

**T.C.  
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
ÖZEL HUKUK ANA BİLİM DALI**

**KAMULAŞTIRMASIZ ELATMA**

**DOKTORA TEZİ**

**Münevver Kübra BAKIRCI**

**Tez Danışmanı : Prof. Dr. Mehmet ERDEM**

**Aralık 2021**

## ÖNSÖZ

Mülkiyet hakkı, temel bir insan hakkıdır. İnsan, doğar doğmaz, hatta henüz dünyaya teşrif etmediği, anne karnında bulunduğu süreçte dahi, kendisini ilişkiler yumağı içerisinde bulur. İnsan, diğer insanlar ve çevre ile ilişki içerisinde. İnsanın, maddi ve manevi varlığını koruması ve geliştirmesi için çevre ile ilişki kurması gerekmektedir. Çevre ile ilişki kurmadan hayatın idame etmesi mümkün değildir. Nihayetinde insanın maddi açlığını gidermesi için besinlere ihtiyacı, soğuktan ve sıcaktan korunması için giyim veya yapı malzemelerine ihtiyacı vardır. İnsanın çevre ile kurduğu ilişkide, yaşamak, hayatta kalmak, anlamak, tüketmek, bozmak veya keyiflenmek gibi çeşitli saikler ile hareket edebilmektedir. İnsan, bu saikler ile bağlantılı olarak iradesini yönlendirerek çevresindeki varlıklara dokunabilmekte, onları kullanabilmekte, tüketebilmekte, tasarruf edebilmekte, işleyip geliştirebilmekte ve farklı bir şey olarak yeniden çevreye sunabilmektedir. İnsanın çevresindeki varlıklarla en geniş yetkiyle donatılmış ilişkisi, mülkiyet hakkının konusunu oluşturmaktadır. İnsanın çevre ile kurduğu bu ilişki, diğer insanlar ile ilişkisinden etkilendiği gibi bu ilişkiyi de şekillendirmiştir. Nihayetinde insan, ne kadar soyutlanmış olsa da, diğer insanların da bulunduğu bir çevrede hayatını sürdürmektedir. Bu çerçevede kişinin çevre ile kurduğu ilişkinin bir türü olan mülkiyet, salt bireysel değil, toplumsal düzeyde de etkileşimin olduğu bir ilişkiler bütünü olmaktadır. İnsanın, mülkiyet hakkı özelinde çevre ile kurduğu bu ilişkinin diğer insanlar ile etkileşime açık olması, insanoğlunun tarihsel serüvenine bakıldığında, pek çok gerilime de sebebiyet vermiştir. İnsan ile toplum arasındaki bu gerilimin, özellikle de 20. yüzyılın başında, Türk Hukuku'ndaki yansımalarından biri, “kamulaştırmасız elatma” meselesidir.

Tezin ortaya çıkmasında fiilen ve manen katkı sağlayan o kadar çok kişi var ki, her bir kişiye, bu başlık altında yer vermek mümkün olmayacaktır. İsimlerini teker teker anamasam da varlıklarını ve sevgilerini her daim hissettiğim bütün dostlarıma teiekkür derim. Ancak özellikle Tez İzleme Komitesi ile Tez Savunma Jürisi'nde yer alan saygıdeğer hocalarımı, çalışma arkadaşlarımı ve ailemi hassaten zikretmek isterim. Öncelikle doktora yeterlilik sonrasında tez süreci boyunca danışmanlığımı üstlenen, konunun belirlenmesi, çerçevesinin şekillenmesi ve bir bütün olarak ortaya çıkması sürecinde ihtiyaç duyduğum her an akademik destek kadar manevi destek de sunan, yapıcı tavrı, eleştiri ve katkıları ile büyük emek sarf etmiş kıymetli Hocam Sayın Prof. Dr. Mehmet Erdem'e sonsuz teşekkürlerimi sunarım. Birey ile toplum arasında menfaat ilişkine dair gerilimin oldukça yüksek olduğu kamulaştırmасız elatma konusunu öneren, doktora yeterlilik öncesinde yaşadığım kafa karışıklığımı gidermemde, akademik alandaki yolumu çizmemde üstlendiği danışmanlık rolü ile bana yol gösterici olan değerli Hocam Sayın Prof. Dr. Tolga Ayoğlu'na; süreç içerisinde bilimsel açıdan sunduğu katkı yanında manevi desteği ile beni cesaretlendirerek metnin yazıya geçirilmesinde önemli bir role sahip olan kıymetli Hocam Sayın Prof. Dr. Aslı Makaracı Başak'a teşekkürü borç bilirim. Konunun İdare Hukuku boyutunun şekillenmesinde kanaatleri ile yol gösterici ve aydınlatıcı olan,

bilgisini ve zamanını benimle paylaşan Sayın Dr. Öğr. Üyesi Özge Aksoylu Ürger Hocama, tez konusunun belirlenmesi sürecinde olası tez konularını elememe yardımcı olan, kamulaştırmaz elatma konusunu işaret eden Sayın Prof. Dr. İpek Sağlam Hocama, önerileri ile desteğini sunan Sayın Prof. Dr. Sezer Çabri Hocama da teşekkürlerimi sunmak isterim. Doktora sürecimde huzurlu bir çalışma ortamının temininde destek olan gerek Yalova Üniversitesi Meslek Yüksekokulu, gerekse de Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Meslek Yüksekokulu nezdindeki akademik ve idari personel konumundaki çalışma arkadaşlarıma ve dahi öğrencilerime teşekkür ederim. Almanca metin çevirilerinde bilgi ve tecrübesi ile bana yol gösteren Sayın Hiltrud Kayacan Hanımefendi'ye şükranlarımı sunarım. Tez metninin ortaya çıktığı bazen eğlenceli, bazen sıkıcı o süreçte rahat bir çalışma ortamı sunmak için bürolarını bana açan, müşfik Doruk Hukuk Bürosu ekibine de teşekkürü borç bilirim.

Tabi ki, doktora sürecinin başından doktora sürecinin meyvesi niteliğindeki tezimizin savunulduğu zamana kadar uzanan bu uzun ve meşakkatli süreçte ve hayatımın her anında yanımda yer alan, desteklerini bir nefes gibi hissettiğim canım aileme sonsuz teşekkürlerimi sunarım. Bu çalışma, annem Aslı Bakırcı, babam Fikri Bakırcı ve yeğenim Doruk Korkmaz özelinde, tüm aileme ithaf edilmiştir.

İstanbul, 2021

## İÇİNDEKİLER

|                   |      |
|-------------------|------|
| ÖNSÖZ .....       | ii   |
| İÇİNDEKİLER ..... | iv   |
| KISALTMALAR ..... | viii |
| ABSTRAIT .....    | x    |
| ABSTRACT .....    | xiv  |
| ÖZET .....        | xvii |

### GİRİŞ

|                                                                                                                                          |    |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| A. TEMEL BİLGİLER .....                                                                                                                  | 1  |
| 1. MÜLKİYET HAKKI KAVRAMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ.....                                                                                        | 1  |
| 2. MÜLKİYET HAKKININ SINIRLANDIRILMASI VE<br>KAMULAŞTIRMASIZ ELATMA .....                                                                | 8  |
| B. SORUNUN GÖRÜNÜM ŞEKİLLERİ .....                                                                                                       | 14 |
| 1. KAMULAŞTIRMA KANUNU ÇERÇEVESİNDE.....                                                                                                 | 15 |
| 2. İMAR KANUNU ÇERÇEVESİNDE .....                                                                                                        | 24 |
| 2.1. İmar Kanunu m. 13'ün İlk Hali ile Anayasa Mahkemesi'nin<br>29.12.1999 Tarihli İptal Kararının Mülkiyet Hakkı Üzerindeki Etkisi..... | 27 |
| 2.2. 7181 sayılı Kanun ile Değişik İmar Kanunu m. 13'ün Mülkiyet<br>Hakkı Üzerindeki Etkisi .....                                        | 37 |
| C. KONUNUN ELE ALINMA GEREĞİ, USULÜ VE AMACI .....                                                                                       | 44 |

### BİRİNCİ BÖLÜM

#### KAMULAŞTIRMASIZ ELATMA KAVRAMI

|                                                                                                                                                                                                                      |    |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| A. KAVRAMSAL TERCİH.....                                                                                                                                                                                             | 49 |
| B. KAMULAŞTIRMASIZ ELATMANIN TÜRK HUKUKUNDAKİ<br>TARİHSEL GELİŞİMİ .....                                                                                                                                             | 53 |
| 1. YARGITAY İÇTİHADI BİRLEŞTİRME KARARLARI<br>ÇERÇEVESİNDE GELİŞİMİ .....                                                                                                                                            | 53 |
| 2. 221 SAYILI AMME HÜKMİ ŞAHISLARI VEYA MÜESSESELERİ<br>TARAFINDAN FİİLEN AMME HİZMETLERİNE TAHSİS EDİLMİŞ<br>GAYRİMENKULLER HAKKINDA KANUN ÇERÇEVESİNDE GELİŞİMİ... 66                                              | 66 |
| 3. 8.11.1983 TARİHLİ RG İLE YÜRÜRLÜĞE GİREN 2942 SAYILI<br>KAMULAŞTIRMA KANUNU'NUN 38. MADDESİ ÇERÇEVESİNDE<br>GELİŞİMİ .....                                                                                        | 69 |
| 4. 5999 SAYILI KANUN İLE 2942 SAYILI KAMULAŞTIRMA<br>KANUNU'NA EKLENEN GEÇİCİ 6. MADDE ÇERÇEVESİNDE GELİŞİMİ .76                                                                                                     | 76 |
| 5. YARGITAY HUKUK GENEL KURULU'NUN 2010/5-662 E.,<br>2010/651 K., 15.12.2010 T. KARARI İLE DANIŞTAY İDARİ DAVA<br>DAİRELERİ KURULU'NUN 2007/2255 E., 2012/801 K., 24.5.2012 T. KARARI<br>ÇERÇEVESİNDE GELİŞİMİ ..... | 84 |

|                                                                                                                                                 |            |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| 6. 6487 SAYILI KANUN İLE DEĞİŞİK KAMULAŞTIRMA KANUNU GEÇİCİ 6. MADDE ÇERÇEVESİNDE GELİŞİMİ.....                                                 | 96         |
| 7. 6745 SAYILI KANUN İLE KAMULAŞTIRMA KANUNU'NA EKLENEN EK MADDE 1 ÇERÇEVESİNDE GELİŞİMİ.....                                                   | 104        |
| 8. 7181 SAYILI KANUN İLE DEĞİŞİK İMAR KANUNU 13. MADDE ÇERÇEVESİNDE GELİŞİMİ.....                                                               | 109        |
| <b>C. KAMULAŞTIRMASIZ ELATMANIN TANIMI, UNSURLARI VE HUKUKİ NİTELİĞİ .....</b>                                                                  | <b>114</b> |
| 1. KAMULAŞTIRMASIZ ELATMANIN TANIMI .....                                                                                                       | 114        |
| 2. KAMULAŞTIRMASIZ ELATMANIN UNSURLARI .....                                                                                                    | 123        |
| 2.1. Özel Hukuk Hükümlerine Tabi Taşınmaz Olmalı .....                                                                                          | 123        |
| 2.2. İdare (Kamu Hukukuna Tâbi Tüzel Kişi) Tarafından Gerçekleştirilmeli.....                                                                   | 127        |
| 2.3. (Hukuka Aykırı) Elatma Niteliğinde Eylem veya İşlem Olmalı..                                                                               | 130        |
| 2.3.1. Fiili Elatma Olgusu (Eylemli Şekilde Doğrudan Müdahale Suretiyle Elatma).....                                                            | 134        |
| 2.3.2. Hukuki Elatma Olgusu (Eylemsiz Kalmak Şeklinde Dolaylı Müdahale Suretiyle Elatma).....                                                   | 148        |
| 3. KAMULAŞTIRMASIZ ELATMANIN HUKUKİ NİTELİĞİ .....                                                                                              | 156        |
| 3.1. Fiili Elatmanın Hukuki Niteliği .....                                                                                                      | 158        |
| 3.2. Hukuki Elatmanın Hukuki Niteliği .....                                                                                                     | 161        |
| 3.3. Kanaatimiz .....                                                                                                                           | 164        |
| <b>D. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ İLE ANAYASA MAHKEMESİ BİREYSEL BAŞVURU KARARLARINDA KAVRAMA YAKLAŞIM.....</b>                              | <b>170</b> |
| 1. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARINDA KAVRAMA YAKLAŞIM .....                                                                           | 171        |
| 1.1. Fiili Elatmayı Konu Alan Kararlarında Kavrama Yaklaşım.....                                                                                | 173        |
| 1.2. Hukuki Elatmayı Konu Alan Kararlarında Kavrama Yaklaşım ..                                                                                 | 181        |
| 1.3. Değerlendirme.....                                                                                                                         | 188        |
| 2. ANAYASA MAHKEMESİ BİREYSEL BAŞVURU KARARLARINDA KAVRAMA YAKLAŞIM .....                                                                       | 192        |
| 2.1. Fiili Elatmayı Konu Alan Kararlarında Kavrama Yaklaşım .....                                                                               | 193        |
| 2.2. Hukuki Elatmayı Konu Alan Kararlarında Kavrama Yaklaşım .....                                                                              | 202        |
| 2.3. Değerlendirme.....                                                                                                                         | 205        |
| <b>İKİNCİ BÖLÜM</b>                                                                                                                             |            |
| <b>KAMULAŞTIRMASIZ ELATMANIN HÜKÜM VE SONUÇLARI</b>                                                                                             |            |
| <b>A. GENEL OLARAK .....</b>                                                                                                                    | <b>210</b> |
| <b>B. ÖZEL KANUNİ DÜZENLEMELER KAPSAMINDAKİ KAMULAŞTIRMASIZ ELATMANIN HÜKÜM VE SONUÇLARI.....</b>                                               | <b>213</b> |
| 1. 221 SAYILI KANUN KAPSAMINDAKİ KAMULAŞTIRMASIZ ELATMANIN HÜKÜM VE SONUÇLARI.....                                                              | 213        |
| 1.1. 221 Sayılı Kanun'un Kapsamı .....                                                                                                          | 213        |
| 1.2. 221 Sayılı Kanun'un Öngördüğü Hüküm ve Sonuçlar .....                                                                                      | 215        |
| 2. 6754 SAYILI KANUN İLE DEĞİŞİK 2942 SAYILI KAMULAŞTIRMA KANUNU GEÇİCİ 6. MADDE KAPSAMINDAKİ KAMULAŞTIRMASIZ ELATMANIN HÜKÜM VE SONUÇLARI..... | 221        |
| 2.1. 6754 Sayılı Kanun ile Değişik 2942 Sayılı Kamulaştırma Kanunu Geçici 6. Maddenin Kapsamı.....                                              | 221        |

|                                                                                                                                          |            |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| 2.2. 6754 Sayılı Kanun ile Değişik 2942 Sayılı Kamulaştırma Kanunu Geçici 6. Madde Uyarınca Uzlaşma .....                                | 223        |
| 2.3. 6754 Sayılı Kanun ile Değişik 2942 Sayılı Kamulaştırma Kanunu Geçici 6. Maddenin Öngördüğü Hüküm ve Sonuçlar .....                  | 228        |
| <b>C. YARGI KARARLARI UYARINCA KAMULAŞTIRMASIZ ELATMANIN HÜKÜM VE SONUÇLARI.....</b>                                                     | <b>234</b> |
| 1. FİİLİ ELATMANIN HÜKÜM VE SONUÇLARI.....                                                                                               | 234        |
| 1.1. Elatmanın Önlenmesi Davası Çerçevesinde Hüküm ve Sonuçları .....                                                                    | 237        |
| 1.1.1. Elatmanın Önlenmesi Davasında Usul ve Taraf Sıfatı .....                                                                          | 237        |
| 1.1.2. Elatmanın Önlenmesi Davasının Hüküm ve Sonuçları.....                                                                             | 242        |
| 1.2. Bedel Davası Çerçevesinde Hüküm ve Sonuçları.....                                                                                   | 244        |
| 1.2.1. Bedel Davasında Usul ve Taraf Sıfatı.....                                                                                         | 244        |
| 1.2.2. Bedel Davasının Hüküm ve Sonuçları .....                                                                                          | 248        |
| 1.3. Tazminat Davası Çerçevesinde Hüküm ve Sonuçları.....                                                                                | 254        |
| 1.4. Ecrimisil Davası Çerçevesinde Hüküm ve Sonuçları .....                                                                              | 256        |
| 2. HUKUKİ ELATMANIN HÜKÜM VE SONUÇLARI.....                                                                                              | 262        |
| 2.1. İdari Başvuru Çerçevesinde Hüküm ve Sonuçları .....                                                                                 | 264        |
| 2.2. İdari Yargı Çerçevesinde Hüküm ve Sonuçları .....                                                                                   | 267        |
| 2.2.1. İptal Davası Çerçevesinde Hüküm ve Sonuçları.....                                                                                 | 269        |
| 2.2.2. Tam Yargı Davası Çerçevesinde Hüküm ve Sonuçları .....                                                                            | 275        |
| <b>D. MEDENİ KANUN VE BORÇLAR KANUNU HÜKÜMLERİ UYARINCA KAMULAŞTIRMASIZ ELATMANIN HÜKÜM VE SONUÇLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ .....</b>      | <b>285</b> |
| 1. MEDENİ KANUN HÜKÜMLERİ UYARINCA KAMULAŞTIRMASIZ ELATMANIN HÜKÜM VE SONUÇLARI.....                                                     | 285        |
| 1.1. Mülkiyet Hakkı ile İlgili Genel Hükümler Uyarınca Kamulaştırmасız Elatma .....                                                      | 286        |
| 1.1.1. Fiili Elatmanın Mülkiyet Hakkını Koruyucu Genel Hükümler Açısından Değerlendirilmesi.....                                         | 287        |
| 1.1.2. Hukuki Elatmanın Mülkiyet Hakkını Koruyucu Genel Hükümler Açısından Değerlendirilmesi .....                                       | 294        |
| 1.2. Taşınmaz Mülkiyeti ile İlgili Özel Hükümler Uyarınca Kamulaştırmасız Elatma .....                                                   | 297        |
| 1.2.1. Kamulaştırmасız Elatmanın Haksız Yapı Açısından Değerlendirilmesi.....                                                            | 298        |
| 1.2.1.1. Yapının Sökölüp Kaldırılması Talebi Açısından .....                                                                             | 302        |
| 1.2.1.2. Tazminat Talebi Açısından .....                                                                                                 | 304        |
| 1.2.1.3. Arazinin Devri Talebi Açısından .....                                                                                           | 307        |
| 1.2.2. Kamulaştırmасız Elatmanın Taşkın Yapı Açısından Değerlendirilmesi.....                                                            | 310        |
| 1.2.3. Kamulaştırmасız Elatmanın Olağanüstü Kazandırıcı Zamanaşımı Olgusu Açısından Değerlendirilmesi .....                              | 314        |
| 1.3. Zilyetlik ile İlgili Hükümler Uyarınca Kamulaştırmасız Elatma .....                                                                 | 319        |
| 1.3.1. Fiili Elatmanın, Tapuda Adına Tescil Kaydı Bulunan Kişi Açısından Zilyetliğı Koruyucu Hükümler Uyarınca Değerlendirilmesi.....    | 322        |
| 1.3.2. Fiili Elatmanın, Tapuda Adına Tescil Kaydı Bulunmayan Kişi Açısından Zilyetliğı Koruyucu Hükümler Uyarınca Değerlendirilmesi..... | 325        |
| 2. BORÇLAR KANUNU HÜKÜMLERİ UYARINCA KAMULAŞTIRMASIZ ELATMANIN HÜKÜM VE SONUÇLARI.....                                                   | 326        |

|                                                                                                               |            |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| 2.1. Haksız Fiil Hükümleri Uyarınca Kamulaştırmасız Elatmanın Hüküm ve Sonuçları.....                         | 328        |
| 2.1.1. Hukuka Aykırı Fiil Unsuru Açısından.....                                                               | 328        |
| 2.1.2. İliyet Bağı İçerisindeki Zarar Unsuru Açısından.....                                                   | 331        |
| 2.1.3. Kusur Unsuru Açısından.....                                                                            | 334        |
| 2.1.4. Fiili Elatma ile Hukuki Elatmanın Haksız Fiil Açısından Değerlendirilmesi.....                         | 337        |
| 2.2. Sebepsiz Zenginleşme Hükümleri Uyarınca Kamulaştırmасız Elatmanın Hüküm ve Sonuçları .....               | 340        |
| 2.2.1. Fiili Elatmanın Sebepsiz Zenginleşme Açısından Değerlendirilmesi.....                                  | 341        |
| 2.2.2. Hukuki Elatmanın Sebepsiz Zenginleşme Açısından Değerlendirilmesi.....                                 | 345        |
| 2.3. Bedel Davası ile Taşınmaz Bedelinin Ödenmesine İlişkin Tam Yargı Davasının Değerlendirilmesi .....       | 345        |
| <b>E. KAMULAŞTIRMASIZ ELATMANIN HÜKÜM VE SONUÇLARINA DAİR BİR MODEL ÖNERİSİ.....</b>                          | <b>353</b> |
| 1. FİİLİ ELATMA İLE HUKUKİ ELATMA HAKKINDA UYGULAMADA KABUL EDİLEN HÜKÜM VE SONUÇLARIN KARŞILAŞTIRILMASI..... | 353        |
| 2. MEVCUT UYGULAMAYA İLİŞKİN ÖNERİLER.....                                                                    | 359        |
| 3. MODEL ÖNERİMİZ .....                                                                                       | 360        |
| <b>SONUÇ .....</b>                                                                                            | <b>369</b> |
| <b>KAYNAKÇA.....</b>                                                                                          | <b>379</b> |
| <b>ÖZGEÇMİŞ .....</b>                                                                                         | <b>395</b> |

## KISALTMALAR

|        |                                           |
|--------|-------------------------------------------|
| AIHM   | : Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi          |
| AIHS   | : Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi         |
| AYM    | : Anayasa Mahkemesi                       |
| B. No. | : Başvuru Numarası                        |
| Bkz.   | : Bakınız                                 |
| C.     | : Cilt                                    |
| Çev.   | : Çeviren                                 |
| D.     | : Daire                                   |
| HGK    | : Hukuk Genel Kurulu                      |
| İBBGK  | : İctihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu |
| İBHKG  | : İctihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu |
| İDDK   | : İdari Dava Daireleri Kurulu             |
| İDDGK  | : İdari Dava Daireleri Genel Kurulu       |
| dn.    | : dipnot                                  |
| DSİ    | : Devlet Su İşleri                        |
| DOP    | : Düzenleme Ortaklık Payı                 |
| E.     | : Esas Numarası                           |
| EBK    | : 818 sayılı Türk Borçlar Kanunu          |
| EMK    | : 743 sayılı Türk Medeni Kanunu           |
| HB     | : Hukuk Bölümü (Uyuşmazlık Mahkemesi)     |
| HD     | : Hukuk Dairesi                           |
| HMK    | : 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu   |



|         |                                                           |
|---------|-----------------------------------------------------------|
| İHEB    | : İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi                      |
| İK      | : 3194 sayılı İmar Kanunu                                 |
| K.      | : Karar Numarası                                          |
| KK      | : 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu                         |
| KOP     | : Kamu Ortaklık Payı                                      |
| KTVKK   | : 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu |
| m.      | : madde                                                   |
| m2      | : metrekare                                               |
| prg.    | : paragraf                                                |
| RG      | : Resmî Gazete                                            |
| s.      | : sayfa                                                   |
| S.      | : Sayı                                                    |
| T.      | : Tarih                                                   |
| TBK     | : 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu                         |
| TCDD    | : Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demiryolları                 |
| TMK     | : 4722 sayılı Türk Medeni Kanunu                          |
| UM      | : Uyuşmazlık Mahkemesi                                    |
| v.      | : versus                                                  |
| vd.     | : ve devamı                                               |
| Y.      | : Yıl                                                     |
| YHGK    | : Yargıtay Hukuk Genel Kurulu                             |
| YİBBGK  | : Yargıtay İçtihadı Birleştirm  Büyük Genel Kurulu        |
| YİBHKGK | : Yargıtay İçtihadı Birleştirm  Hukuk Genel Kurulu        |
| YİBK    | : Yargıtay İçtihadı Birleştirm  Kararı/Kararları          |

## **ABSTRAIT**

Notre étude porte sur le phénomène appelé confiscation sans expropriation en Droit Turc et sur les jugements et conséquences de ce phénomène. Il est illégal de porter atteinte au droit à la propriété et sans respecter les conditions de limitation stipulées dans la Constitution et les lois en violation des garanties constitutionnelles ou sans agir comme l'exigent ces conditions. La confiscation sans expropriation est également une ingérence illégale de la part d'entités publiques. Cette ingérence illégale entraîne la confiscation de manière à priver le propriétaire du droit de propriété.

Dans la phase initiale de notre thèse sur la confiscation sans expropriation, nous avons identifié deux questions fondamentales. Nous avons évalué les réponses à ces deux questions fondamentales en deux sections. Dans la première section, nous avons tenté d'expliquer la question de savoir quelles sont les qualifications juridiques et les éléments de la définition de la confiscation sans expropriation qui constitue notre sujet de thèse. Dans la deuxième section, nous avons présenté les dispositions et les conséquences de la confiscation sans expropriation principalement à travers les réglementations légales et la jurisprudence judiciaire en vigueur. Ensuite, nous avons répondu en examinant les concepts et les institutions du Code Civil et du Code des Obligations comment les conséquences juridiques de ce phénomène peuvent être traitées du point de vue du droit privé. En présentant une proposition type à ce stade, nous voulions apporter une contribution académique à la question de savoir comment résoudre le problème de la confiscation sans expropriation avec une proposition de solution qui prendra en compte le droit à la propriété.

Notre thèse aborde le sujet dans une perspective simple et cohérente afin de mettre fin à la confusion actuelle concernant la définition, la nature juridique, les éléments, les dispositions et les conséquences de la confiscation sans expropriation en Droit Turc. La définition de la notion, la qualification juridique et l'analyse de ses éléments ont été faites dans une perspective holistique, couvrant à la fois les modèles de confiscation effective et de confiscation légale acceptés dans la pratique du Droit Turc. Conformément à la perspective holistique, il vise à présenter les dispositions et les résultats du phénomène façonnés conformément aux décisions judiciaires et aux concepts et institutions juridiques par lesquels le phénomène dans son ensemble peut être traité en droit privé et les dispositions et résultats possibles par le biais de ces institutions. Avec la proposition type que nous avons présentée, il s'agit de contribuer à prévenir l'action de l'administration, qui implique une violation de cette loi lourde d'une manière qui prive le propriétaire du droit de propriété sur le bien immobilier, et d'assurer une protection effective et complète si elle se produit. En reconnaissant et en introduisant le phénomène illégal de la confiscation sans expropriation plus étroitement et d'un point de vue holistique, une aventure d'écriture sur le sujet a été lancée afin de contribuer à la mise en œuvre du principe de l'état de droit. Nous espérons que cette étude apportera une contribution importante à notre littérature.

Notre étude a une caractéristique de travail interdisciplinaire en raison de sa nature. Notre étude est basée sur les droits de propriété. Dans le cadre des notions de propriété et de droits de propriété et des limitations du droit de propriété, qui est le droit fondamental, les principes fondamentaux du Droit Constitutionnel et des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme ont été utilisés dans ce cadre. La confiscation sans expropriation est un acte accompli par des entités publiques. Pour cette raison, les règles du Droit Administratif sont fondées sur la détermination de la portée et du contenu des pouvoirs et devoirs des personnes morales publiques et sur les procédures d'utilisation de leurs pouvoirs et d'accomplissement de leurs devoirs. D'autre part, le phénomène de confiscation sans expropriation est l'intervention illégale de personnes morales publiques contre le droit à la propriété de droit privé en allant au-delà de l'autorité de puissance publique en vertu du Droit Administratif. Dans ce contexte, les principes et les institutions du Droit Civil et du Droit des Obligations ont été évalués en fonction des dispositions et des conséquences de la confiscation proprement dite et de la confiscation légale.

Dans cette thèse, les décisions de la Cour de Cassation, du Conseil de Cassation, de la Cour du Contentieux Administratif, les décisions d'annulation et de recours individuel de la Cour Constitutionnelle et les décisions de la Cour Européenne des Droits de l'Homme ont été utilisées dans le cadre de la procédure d'aujourd'hui et la décision pertinente a été directement citée lorsque cela a été jugé nécessaire. Il existe de nombreuses réglementations légales et procédures réglementaires générales en la matière. Les réflexions sur le sujet dans la législation ont été partagées en examinant les évaluations de la législation en transférant les changements dans le processus historique. Étant donné qu'il s'agit d'une étude interdisciplinaire, une revue de la littérature a été menée dans différentes disciplines juridiques et les opinions ont parfois été transmises par citation directe et parfois par méthode de citation indirecte. Tant la législation que l'analyse documentaire sont limitées au Droit Turc car il s'agit d'un problème juridique national en raison de la nature du sujet. En ce qui concerne les questions abordées dans le cadre de la thèse, des évaluations ont été faites en termes de "*la loi qui est (de lege lata)*" ainsi que "*la loi qui devrait être (de lege ferenda)*".

La notion de "*confiscation sans expropriation*" a été privilégiée pour le phénomène qui fait l'objet de notre thèse. De cette façon, on souhaite relancer une conception correcte dans l'esprit du phénomène, qui est le sujet principal de notre étude de thèse. Le concept a été développé et transformé dans le Droit Turc par des décisions judiciaires sur des plaintes individuelles concrètes pour atteinte aux droits. D'autre part, la législation a pour fonction de suivre, de prévenir ou de déterminer les limites du changement, de la transformation ou du développement que connaissent les décisions judiciaires. Dans l'évolution historique de la notion de confiscation sans expropriation, on constate que la distinction entre confiscation de fait et confiscation légale est faite. Le lien entre ces deux modèles de confiscation est que les deux moyens d'intervention privent le titulaire du droit de propriété. Dans ce contexte, la notion a été définie, précisée et décrite de manière à couvrir les deux types de confiscation.

En règle générale, il a été observé que le concept de la CEDH est traité indépendamment des évaluations en termes de conceptualisation, de définition, de qualification, de justice administrative ou judiciaire en droit turc, sur la base desquelles dispositions seront résolues. En suivant le modèle d'examen autonome mis au point en ce qui concerne le droit de propriété, on évalue s'il y a eu violation du droit en l'espèce. Conformément au modèle de révision autonome, une intervention sur le droit de

propriété est soumise à un contrôle judiciaire sur les critères de "*légalité*" , "*but légitime*" et "*juste équilibre*". On constate que la CEDH se concentre sur le critère du juste équilibre dans de nombreux litiges qui peuvent être traités dans le cadre d'une confiscation sans expropriation et décide de violer ce critère.

On constate que la Cour Constitutionnelle utilise la notion de confiscation sans expropriation et la définit comme "*un processus de confiscation, de facto ou légalement gratuit*", couvrant la confiscation effective et la confiscation légale. La Cour Constitutionnelle décrit le phénomène de confiscation sans expropriation comme illégal et souligne que cette situation est un problème systématique au regard du droit turc. Conformément au modèle d'évaluation de la CEDH, après avoir déterminé en vertu de quelle règle le différend sera traité, la question de savoir s'il y a violation des droits repose sur trois principes fondamentaux: "*légalité*" , "*but légitime*", "*proportionnalité*". La Cour Constitutionnelle évalue les litiges qui peuvent faire l'objet d'une annulation effective en raison de la violation du principe de légalité et les litiges qui peuvent faire l'objet d'une annulation légale sur la base du principe de modération et détermine s'il y a violation des droits.

Les modalités et les conséquences de la confiscation sans expropriation ont été examinées et évaluées sous tous leurs aspects. Tout d'abord, les règles exceptionnelles de l'article 6 provisoire de la Loi sur l'Expropriation sont discutées avec la Loi N° 221 sur les Biens Immobiliers Effectivement Attribués aux Services Publics par des Personnes ou Institutions Juridiques Publiques. Avec ces règlements, il a été observé que le législateur s'efforce d'élaborer des solutions qui légitimeront les mises en œuvre illégales de la confiscation sans expropriation dans un certain délai rétrospectivement. Les cas de confiscation sans expropriation autres que ces réglementations juridiques spéciales sont résolus au moyen de modèles élaborés par les autorités judiciaires. Dans ce contexte, en cas de saisie effective, il est admis qu'il y a confiscation abusive du droit de propriété et qu'une action en justice peut être intentée pour empêcher la confiscation devant la justice ou une action en paiement. Il est indiqué que des actions en dommages-intérêts et des actions en rémunération fondées sur la responsabilité délictuelle peuvent également être intentées en sus de ces principales réclamations. Cette approche des autorités judiciaires turques est généralement acceptée par la Doctrine Turque. Les litiges faisant l'objet d'une confiscation légale sont généralement reconnus comme des situations préjudiciables découlant de procédures ou d'actions administratives. Dans ce contexte, dans le domaine des devoirs de la justice administrative, des actions en annulation et, pour la plupart, des poursuites judiciaires complètes sont engagées. Cette acceptation des autorités judiciaires turques est acceptée par la majorité de la Doctrine Turque, mais les critiques sont exprimées par les détenteurs d'opinion qui restent minoritaires.

Alors que la confiscation de fait est décrite comme l'acte injuste de l'administration, conformément à notre réponse positive à la question de savoir s'il est possible de qualifier la confiscation légale d'acte injuste de l'administration, les conditions et les résultats de la confiscation sans expropriation devraient être traités à travers les concepts juridiques et les institutions réglementés dans le Code Civil et le Code des Obligations du point de vue du droit privé. Nous voulions vous présenter les résultats fondamentaux auxquels nous sommes parvenus en tenant compte de la distinction entre confiscation effective et confiscation légale établie par la loi turque, en tenant compte de la forçabilité à recourir à la force pour protéger la possession et du pouvoir de recouvrer la possession par le biais de la procédure de confiscation dans

le cadre du Code Civil, de la prévention de la confiscation, des dispositions relatives à la restitution de la possession injuste, de la structure injuste, de la structure inondable, de la prescription extraordinaire et des instruments juridiques de la restitution de la possession ou de la cessation de l'attaque contre la possession. Dans le cadre du Code des Obligations, nous avons évalué les conditions et les conséquences possibles de la confiscation effective et de la confiscation légale en termes d'institution d'action déloyale et d'institution d'enrichissement injustifié. Il est admis que les droits de réclamation qui peuvent naître en cas de confiscation sans expropriation par l'intermédiaire d'institutions juridiques relevant du champ d'application du Code Civil et du Code des Obligations sont des exigences qui se font concurrence dans la mesure où leur nature ou leurs fonctions correspondent. De cette manière, le titulaire du droit sera libre de choisir le mécanisme qui lui assurera la meilleure protection juridique et la meilleure indemnisation possible.



## ABSTRACT

This Dissertation examines the proceeding called “confiscation without expropriation” in Turkish Law and its effects and consequences. It is unlawful to interfere with the ownership right in any way that is adverse to Constitutional assurances, without observing the restrictive conditions stipulated in the Constitution and laws or without properly invoking said conditions. Confiscation without expropriation that is enforced by governmental entities also qualifies as an unlawful interference of the foregoing nature. Such unlawful interference involves a seizure process by which the owner is to be dispossessed of their ownership right.

We have set two basic questions in the preface to our dissertation which analyzes confiscation without expropriation. We assessed possible answers to these basic questions in two sections. First Section purposes to shed a light on definition, legal nature and elements of confiscation without expropriation, the topic of the present Dissertation. Second Section manifests the effects and consequences of this phenomenon primarily in light of operative statutory provisions and judicial precedents. Then, we elucidated how should legal consequences of this proceeding be handled on private law perspective in consideration of Civil Code and Code of Obligations concepts and practices. In this stage, we wanted to bring in an academic contribution by introducing a proposed model that takes note of ownership right, for resolving the problematic of confiscation without expropriation.

Our Dissertation approaches the matter from a simple and consistent standpoint to eliminate existent perplexity over the definition, legal nature, elements, effects and consequences of confiscation without expropriation in Turkish Law. Definition of concept and analysis of its legal description and elements has been made from a holistic point of view to include both of *de facto* and statutory seizure patterns accepted in Turkish law practices. In keeping with this holistic point of view, we also aim to draw your attention to the private law concepts and practices on which the matter may be tackled and to the possible effects and consequences of such practices, taken together with its effects and consequences shaped by judicial decisions. Proposed model we have presented has a contributory objective to stop such grossly unlawful proceeding by the administration that would dispossess the owner of their ownership right to the real property and where such proceeding has been already executed, to ensure an efficient and full protection against it. As a touch of contribution to bringing the rule of law principle into being, we have embarked on an adventure of writing on the subject in an effort to know and introduce the unlawful act of confiscation without expropriation from a closer and holistic perspective. We hope this work will make a notable contribution to our literature.

This Dissertation is an interdisciplinary work, as warranted by its nature. It is centered on ownership right. The basic principles of Constitutional Law and international human rights documents are utilized to portray the concepts of ownership and ownership right and restrictions on the ownership right as a fundamental right.

Confiscation without expropriation is a proceeding executed by governmental entities. Therefore, rules of Administrative Law are predicated on when setting the scope and content of governmental entities' authorities and duties and the procedures by which such authorities and duties are exercised and discharged. That said, confiscation without expropriation is an unlawful interference applied against the ownership right, that is subject to private law, by governmental authorities outstepping the authority vested on them pursuant to Administrative Law. In this context, tenets and practices of Civil Code and Code of Obligations are analyzed in terms of *de facto* seizure and statutory seizure.

Dissertation draws on the decisions of the Court of Cassation, Council of State, Court of Jurisdictional Disputes and annulment and individual application decisions of the Constitutional Court and the decisions of the European Court of Human Rights which were handed down from the time dating back to Court of Cassation decision of 1956 on the unification of judicial precedents to present, and relevant decisions has been directly quoted where considered necessary. A great number of statutory arrangements and general regulatory acts regarding the subject are included. Reflections of the matter in the legislation are shared, including the changes in the historical process and relevant legislative assessment. Because the Dissertation is an interdisciplinary work, literature search on the subject is performed to encompass different legal disciplines and opinions are stated by way of direct and indirect citations, situationally. Both legislative and literature searches are kept limited to Turkish Law, as the subject matter hereof is essentially a national legal issue. The matters addressed herein are examined from both "*de lege lata*" (the law as it exists) and "*de lege ferenda*" (what the law should be) angles.

The concept "confiscation without expropriation" is preferred to denote the subject matter proceeding of this Dissertation. In that way, we aim to construct an accurate mental picture of such phenomenon. The concept has evolved and transformed through court rulings which were handed down on individual allegations of palpable rights violations in Turkish Law. However, the legislation has assumed functions to pursue, ban or delimit the change, transformation or evolution arising from court decisions. Historical evolution of the concept has noted a distinction between *de facto* confiscation and statutory confiscation. The connection between these two models is that both interfering vehicles dispossess the right holder of their ownership right. Accordingly, the concept has been defined and qualified to incorporate both models.

It is observed that ECHR approaches the concept, as a rule, independently of its Turkish Law conceptualization, definition, qualifications, and of the considerations on which it is to be adjudicated at administrative or ordinary courts. The autonomous examination model developed for ownership right is used to assess whether the case involves rights violation. Pursuant to autonomous examination model, an interference against ownership right is subject to legality review in terms of "*lawfulness*" "*legitimate purpose*" and "*fair balance*" criteria. We see that, in many disputes that could be treated in the context of confiscation without expropriation, ECHR focused on fair balance criterion and decided for violation due to contrariety to that criterion.

Conversely, the Constitutional Court uses the notion "confiscation without expropriation" and defines it as "*de facto or statutory uncompensated confiscation*

*proceeding*” including both *de facto* and statutory versions. Constitutional Court describes confiscation without expropriation as an unlawful situation, marking it a systematic problem in terms of Turkish Law. In conformity with ECHR’s assessment model, Constitutional Court, after determining the rule by which the dispute is to be handled, assesses if there is a rights violation based on three fundamental principles of “lawfulness” “legitimate purpose” and “proportionality”. To find if there is a rights violation, Constitutional Court bases its rulings on the existence of contrariety to principle of lawfulness in case of *de facto* confiscation related disputes, and on principle of proportionality in case of disputes that may be subject to statutory confiscation.

Effects and consequences of confiscation without expropriation are dealt with and studied in all respects. First, exceptional arrangements in Law no. 221 on Real Properties *De Facto* Allotted to Public Services by Governmental Entities or Institutions and in interim article 6 of Expropriation Law are covered. By those arrangements, legislator attempted to develop solutions to retroactively legitimize unlawful confiscation without expropriation practices that extend across a certain timespan. Confiscation without expropriation cases other than special legal arrangements above are being resolved on modellings developed by judicial authorities. In this regard, it is agreed that, where *de facto* confiscation takes place, *actio negatoria* (action to deny) or appraisal of property action may be filed before the courts of law because it is a wrongful seizure against ownership right. It is also stated that, in addition to foregoing primary claims, lawsuit for damages based on tort liability and lawsuit for damages for unlawful occupation may be filed. This approach by Turkish judicial authorities is also generally accepted in Turkish doctrine. However, statutory confiscation-related disputes are generally reckoned as nuisances that are caused by an administrative act or process. They are thus tried in an annulment action and full remedy action in administrative jurisdiction. This view of Turkish judicial authorities is accepted by the majority of Turkish doctrines, albeit the criticism uttered by holders of minority opinions.

Now that we affirmatively answered the question of whether statutory confiscation may be characterized as an unlawful act of the administration likewise *de facto* confiscation; effects and consequences of such confiscation without expropriation should be looked into as per Civil Code and Code of Obligations concepts and practices from a private law perspective. In the context of Civil Code, we have presented our key conclusions concerning the statutory vehicles that comprise replevin, *actio negatoria* (action to deny), restitution of wrongful possession provisions, wrongful construction, encroached structures, recovery of title via extraordinary prescription, authority for exerting force to maintain possession, return of possession, and discontinuance of offenses against possession, in view of the established distinction between *de facto* confiscation and statutory confiscation in Turkish Law. As for Code of Obligations, we have assessed possible effects and consequences of *de facto* confiscation and statutory confiscation with regard to tort and unjust enrichment. To the extent that claims that would possibly arise in the event of confiscation without expropriation under Civil Code and Code of Obligation practices concur as to their nature or function, such claims are deemed to be competing claims. In this way, right owner will be afforded a service to freely choose the mechanism that would secure the best protection and redress for them.



## ÖZET

Çalışmamız, Türk Hukuku'nda kamulaştırmасız elatma şeklinde isimlendirilen olguyu ve bu olgunun hüküm ve sonuçlarını konu almaktadır. Mülkiyet hakkına, Anayasa ve kanunlarda öngörölen sınırlandırma koşullarına riayet edilmeksizin veya bu koşullar gereği gibi işleilmeksizin, anayasal güvencelere aykırı şekilde müdahale edilmesi hukuka aykırıdır. Kamulaştırmасız elatma da idare tarafından gerçekleştirilen bu tür bir hukuka aykırı müdahaledir. Bu hukuka aykırı müdahale, maliki, mülkiyet hakkından yoksun bırakacak içerikte elatma içermektedir.

Kamulaştırmасız elatmayı konu alan tezimizin başlangıç aşamasında iki temel soru belirledik. Bu iki temel soruya dair verilebilecek cevapları, iki bölüm içerisinde değerlendirdik. Birinci Bölümde, tez konumuzu oluşturan kamulaştırmасız elatmanın tanımının, hukuki nitelik ve unsurlarının ne olduğu sorusuna ışık tutmaya çalıştık. İkinci Bölümde ise kamulaştırmасız elatmanın hüküm ve sonuçlarını, öncelikle yürürlükteki kanuni düzenlemeler ve yargısal içtihatlar üzerinden ortaya koyduk. Ardından bu olgunun hukuki sonuçlarının özel hukuk bakış açısı ile nasıl ele alınabileceğini Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu'nun kavram ve kurumlarını dikkate alarak cevaplandırdık. Bu aşamada bir model önerisi sunmak suretiyle, kamulaştırmасız elatma sorunsalının nasıl çözülebileceği ile ilgili olarak soruya, mülkiyet hakkını gözetecek bir çözüm önerisi ile akademik katkı sunmak istedik.

Tezimiz, Türk Hukuku'nda kamulaştırmасız elatmanın tanım, hukuki nitelik, unsurlar, hüküm ve sonuçları ile ilgili olarak mevcut karmaşaya son vermek maksadıyla konuya, sade ve tutarlı bir bakış açısı ile yaklaşmaktadır. Kavramın tanımlanması, hukuki nitelendirme ve unsurlarına dair analiz, Türk Hukuku uygulamasında kabul edilen fiili elatma ve hukuki elatma modellerinin her ikisini de kapsayacak şekilde bütöncöl bir bakış açısıyla yapılmıştır. Bütöncöl bakış açısı ile uyumlu bir şekilde olgunun, yargı kararları uyarınca şekillenen hüküm ve sonuçları ile bir bütün olarak olgunun özel hukuk nezdinde hangi hukuki kavram ve müesseseler üzerinden ele alınabileceği ve bu müesseseler üzerinden olası hüküm ve sonuçları da ilginize sunulmak istenmiştir. Sunduğumuz model önerisi ile de idarenin, maliki, taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkından mahrum bırakacak şekildeki bu ağır hukuka aykırılık içeren eyleminin önlenbilmesine, gerçekleşmesi halinde ise etkin ve tam bir koruma sağlanabilmesine katkı sunulması amaçlanmıştır. Kamulaştırmасız elatma şeklindeki hukuka aykırı olguyu daha yakından ve bütöncöl bir bakış açısıyla tanımak ve tanıtmak suretiyle, hukuk devleti ilkesinin hayata geçmesinde bir nebze de olsa katkımızın olması maksadıyla konu hakkında yazım serüvenine girişilmiştir. Umut edilir ki, bu çalışmamız, literatürümüze önemli bir katkı sunacaktır.

Çalışmamız, mahiyeti gereği disiplinlerarası bir çalışma özelliğine sahiptir. Çalışmamızın temelinde mülkiyet hakkı bulunmaktadır. Mülkiyet ve mülkiyet hakkı kavramları ile temel hak olan mülkiyet hakkına yönelik sınırlandırmalar kapsamında Anayasa Hukuku'nun ve bu çerçevede uluslararası insan hakları belgelerinin temel ilkelerinden faydalanılmıştır. Kamulaştırmасız elatma, idare kişileri tarafından

gerçekleştirilen bir eylemdir. Bu sebeple de idare kişilerinin yetki ve görevlerinin kapsam ve içeriklerinin belirlenmesi ile yetkilerini kullanma, görevlerini yerine getirme usulleri ile ilgili olarak İdare Hukuku'nun kuralları temel alınmıştır. Diğer yandan ise kamulaştırmaz elatma olgusu, idarelerin, İdare Hukuku uyarınca sahip oldukları kamu gücü yetkisinin dışına çıkarak özel hukuka tabi olan mülkiyet hakkına yönelik hukuka aykırı müdahalesidir. Bu çerçevede fiili elatma ile hukuki elatmanın hüküm ve sonuçları açısından Medeni Hukuk ve Borçlar Hukuku ilke ve müesseseleri değerlendirilmiştir.

Tez içerisinde, 1956 tarihli Yargıtay içtihadı birleştirme kararlarından günümüze uzanan süreçte Yargıtay, Danıştay, Uyuşmazlık Mahkemesi'nin kararları, Anayasa Mahkemesi'nin iptal ve bireysel başvuru kararları ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarından yararlanılmış, gerekli görülen yerlerde ilgili karar doğrudan alıntılanmıştır. Konu ile ilgili pek çok kanuni düzenleme ile genel düzenleyici işlemlere yer verilmiştir. Konunun mevzuattaki yansımaları, tarihsel süreçteki değişiklikler de aktarılacak suretiyle mevzuata dair değerlendirilmeler gözetilerek paylaşılmıştır. Disiplinlerarası bir çalışma olması hasebiyle farklı hukuk disiplinlerinden konu ile ilgili literatür taraması yapılmış, kimi zaman doğrudan alıntılama kimi zaman da dolaylı alıntılama yöntemi ile kanaatler aktarılmıştır. Gerek mevzuat gerekse de literatür taraması, konunun mahiyeti gereği, ulusal bir hukuki sorun olması hasebiyle Türk Hukuku ile sınırlandırılmıştır. Tez kapsamında ele alınan hususlar ile ilgili olarak “olan hukuk (*de lege lata*)” açısından değerlendirme yapıldığı gibi “olması gereken hukuk (*de lege ferenda*)” açısından da değerlendirmelerde bulunulmuştur.

Tez konumuz olan olgu için “kamulaştırmaz elatma” kavramı tercih edilmiştir. Bu suretle tez çalışmamızın temel konusu olan olguya ilişkin zihinlerde doğru bir tasarımın canlanması istenmektedir. Kavram, Türk Hukuku'nda, bireysel somut hak ihlali iddiaları hakkında verilen yargı kararları üzerinden gelişim ve dönüşüm geçirmiştir. Mevzuat ise yargı kararları ile yaşanan değişim, dönüşüm veya gelişimi takip etme, engelleme veya sınırları belirleme fonksiyonlarını üstlenmiştir. Kamulaştırmaz elatma kavramının tarihsel gelişiminde fiili elatma ve hukuki elatma ayrımının yapıldığı görülmektedir. Bu iki elatma modeli arasındaki bağlantı, her iki müdahale aracının da hak sahibini mülkiyet hakkından yoksun bırakmasıdır. Bu çerçevede kavram, her iki elatma modelini de kapsayacak şekilde tanımlanmış, nitelendirilmiş ve tarif edilmiştir.

AIHM'in kavramı, kural olarak, Türk Hukuku'ndaki kavramsallaştırma, tanımlama, nitelendirme, idari yargı ya da adli yargı nezdinde, hangi hükümlere dayanarak çözümleneceğine dair değerlendirmelerden bağımsız bir şekilde ele alındığı gözlemlenmiştir. Mülkiyet hakkı ile ilgili olarak geliştirilen otonom inceleme modeli takip edilmek suretiyle olayda hak ihlali olup olmadığı değerlendirilmektedir. Otonom inceleme modeli uyarınca, mülkiyet hakkına yönelik bir müdahale, “kanunilik”, “meşru amaç” ve “adil denge” kriterleri üzerinden hukukilik denetimine tabidir. AIHM'in, kamulaştırmaz elatma kapsamında ele alınabilecek pek çok uyuşmazlıkta, adil denge kriterine yoğunlaştığı ve bu kritere aykırılık sebebiyle ihlal kararı verdiği görülmektedir.

AYM'nin ise kamulaştırmaz elatma kavramını kullandığı ve kavramı, fiili elatma ile hukuki elatmayı kapsayacak şekilde “fiilen veya hukuken bedelsiz olarak el koyma işlemi” olarak tanımladığı görülmektedir. AYM, kamulaştırmaz elatma

olgusunu hukuka aykırı bir durum olarak nitelendirmekte ve bu halin Türk Hukuku açısından sistematik bir sorun olduğu vurgusunu yapmaktadır. AİHM'nin değerlendirme modeline uygun şekilde, uyumsuzluğun hangi kural kapsamında ele alınacağına ilişkin tespitten sonra, hak ihlali olup olmadığını “*kanunilik*”, “*meşru amaç*”, “*orantılılık*” şeklindeki üç temel ilke üzerinden değerlendirmektedir Anayasa Mahkemesi, fiili elatmaya konu olabilecek uyumsuzlukları, kanunilik ilkesine aykırılık sebebiyle, hukuki elatmaya konu olabilecek uyumsuzlukları ise ölçülülük ilkesi üzerinden değerlendirerek hak ihlali olup olmadığına hükmetmektedir.

Kamulaştırmasız elatma olgusunun hüküm ve sonuçları, bütün yönleri ile ele alınmış ve değerlendirilmiştir. Öncelikle 221 sayılı Amme Hükmi Şahısları veya Müesseseleri Tarafından Fiilen Amme Hizmetlerine Tahsis Edilmiş Gayrimenkuller Hakkında Kanun ile Kamulaştırma Kanunu'nun geçici 6. maddesindeki istisnai düzenlemeler ele alınmıştır. Bu düzenlemeler ile kanunkoyucunun, geçmişe dönük olarak belli bir zaman aralığındaki kamulaştırmasız elatma niteliğindeki hukuka aykırı uygulamaları meşru kılacak çözümler geliştirmeye çalıştığı gözlemlenmiştir. Bu özel kanuni düzenlemeler dışındaki kamulaştırmasız elatma vakaları, yargı makamları tarafından geliştirilen modellemeler üzerinden çözümlenmektedir. Bu çerçevede fiili elatma halinde, mülkiyet hakkına yönelik haksız bir elatmanın olduğu ve adli yargı nezdinde elatmanın önlenmesi davası veya bedel davasının açılabilmesi kabul edilmektedir. Haksız fiil sorumluluğuna dayalı tazminat davası ve ecrimisil davalarının da bu ana taleplere ek olarak açılabilmesi belirtilmektedir. Türk yargı makamlarının bu yaklaşım tarzı, genel itibariyle Türk Doktrini tarafından da kabul görmektedir. Hukuki elatma haline konu uyumsuzluklar ise genel itibariyle, idari işlem ya da eylemden kaynaklı zarar verici hal olarak kabul edilmektedir. Bu çerçevede de idari yargının görev alanında, iptal davası ve çoğunlukla da tam yargı davasının konusu yapılmaktadır. Türk yargı makamlarının bu kabulü, Türk Doktrininin çoğunluğu tarafından kabul görmekte, ancak azınlıkta kalan görüş sahipleri tarafından eleştiriler dile getirilmektedir.

Fiili elatma idarenin haksız fiili olarak nitelendirilirken, hukuki elatmanın da idarenin haksız fiili olarak nitelendirilmesi mümkün olabilir mi sorusuna verdiğimiz olumlu cevap uyarınca kamulaştırmasız elatmanın hüküm ve sonuçlarının, özel hukuk bakış açısıyla Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu'nda düzenlenen hukuki kavram ve kurumlar üzerinden ele alınması gerekmektedir. Medeni Kanun kapsamındaki istihkak davası, elatmanın önlenmesi, haksız zilyetliğin iadesi hükümleri, haksız yapı, taşkın yapı, olağanüstü zamanaşımı yoluyla mülkiyet kazanımı ve zilyetliğin korunmasına hizmet edici mahiyetteki kuvvet kullanma yetkisi ile zilyetliğin iadesi veya zilyetliğe yönelik saldırının sona erdirilmesi hukuki enstrümanları üzerinden vardığımız temel sonuçları, Türk Hukuku'nda yerleşmiş fiili elatma ve hukuki elatma ayrımını dikkate alarak sizlere sunmak istedik. Borçlar Kanunu kapsamında ise haksız fiil kurumu ile sebepsiz zenginleşme kurumu açısından fiili elatma ile hukuki elatmanın olası hüküm ve sonuçlarını değerlendirdik. Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu kapsamındaki hukuki kurumlar üzerinden kamulaştırmasız elatma halinde gündeme gelebilecek talep haklarının, mahiyet veya işlevleri uyduğu ölçüde birbiri ile yarışan talepler olduğu kabul edilmektedir. Bu suretle, hak sahibinin kendisi açısından en iyi hukuki koruma ve telafiye sağlayacak mekanizmayı serbestçe seçmesine hizmet edilmiş olunacaktır.

# GİRİŞ

## A. TEMEL BİLGİLER

Kamulaştırmasız elatma, esas itibariyle mülkiyet hakkına yönelik hukuka aykırı bir müdahaledir<sup>1</sup>. Bu müdahalenin tarihsel gelişimi, tanımı, hukuki niteliği ve unsurları ile hüküm ve sonuçlarını detaylı bir şekilde ele alan çalışmamızın, sağlıklı bir şekilde anlaşılıp değerlendirilebilmesi için konunun merkezi kavramı olan mülkiyet hakkının anlam ve hukuki niteliği ile sınırlandırılması hususuna kısaca yer vermek yerinde olacaktır.

### 1. MÜLKİYET HAKKI KAVRAMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

Sahip olma içgüdüğü, insanın var olması ile varlık bulan bir haldir. İnsanın bu içgüdüğü, mülkiyet kavramı ile ifade edilmektedir. Mülkiyet mefhumu ile ilgili yapılan kökenbilimsel (etimolojik) analizler<sup>2</sup>, bu ifadenin, “*güç, kuvvet, sahip olma, hakimiyet ve kişiye özel olma*” ifadeleri ile bağlantısını göstermektedir<sup>3</sup>. Yapılan etimolojik değerlendirmeler, mülkiyet kavramının ihtiva ettiği/edebileceği anlam çerçevesini

<sup>1</sup> Kamulaştırmasız elatma, uygulamada çoğunlukla, mülkiyet hakkına yönelik bir müdahale şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Ancak mülkiyet hakkına konu eşya üzerindeki sınırlı aynı haklara müdahale neticesinde de doğabilmektedir. Anayasa ve diğer temel hak ve özgürlükleri konu alan ulusal ve uluslararası hukuki düzenlemelerde, mülkiyet hakkı ifadesine, sınırlı aynı hakları da kapsayıcı şekilde yer verilmesi sebebiyle, “*Temel Bilgiler*” başlığı altında sadece mülkiyet hakkı kavramı değerlendirilecektir.

<sup>2</sup> Mülkiyet kavramının etimolojik analizi ile ilgili olarak bkz. Adnan Güriz, **Teorik Açından Mülkiyet Sorunu**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1969, s.XI-XII; Murat Şaşı, **Mülkiyet Hakkı İhlallerinde İdarenin Hukuki Sorumluluğu- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay ve Danıştay Kararları Işığında**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2019, s.19; Mehmet Akif Ertü, **Kamu Hukukunda Mülkiyet Hakkı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Mülkiyet Hakkına Bakışı**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2009, s.11; <https://www.nisanyansozluk.com/?k=m%C3%BClk&lnk=1>, 18.7.2019. Mecelle’nin 125. maddesinde, mülk ifadesi, insanın malik olduğu şey, olarak tanımlanmaktadır. Bkz. Osman Kaşıkçı, **İslam ve Osmanlı Hukukunda Mecelle**, İstanbul, Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları, 1997, s.217.

<sup>3</sup> Ertü, konu ile ilgili olarak “*Mülkiyet kavramının güç, kuvvet ve egemenlik kavramlarıyla olan doğrudan bağlantısı tesadüfi bir ilişki olarak nitelendirilemez. Mülkiyetin ilk olarak ortaya çıkışında güç sarf etmenin (emeğin), korunmasında kuvvet kullanmanın ve kullanımının şeklinde egemenlikten kaynaklanan yetkilerin önemi yadsınamaz bir gerçekliktir. Mülkiyet insanın en temel varlığı olan ‘canının’ devamı için; ihtiyaçlarının karşılanması amacıyla ortaya çıkmış bir olgudur.*” açıklamasında bulunmaktadır. Ertü, s.11.

belirlemekte oldukça yol gösterici mahiyettedir<sup>4</sup>. Mülkiyet, kişiye özgü olarak, bir şeye hâkim olma halini, bir şey üzerindeki egemenlik durumunu ifade etmektedir.

Mülkiyet, “bir şeye hâkim olma” anlamı ile hâkim olan kişi ile hâkim olunan şey arasındaki bağlantıyı göstermektedir. Bu çerçevede mülkiyet, kişi ile şey arasındaki egemenlik ilişkisi olarak ele alınmaktadır<sup>5</sup>. Kişi ile şey arasındaki bu ilişki, şeyi elde bulundurma, ondan yararlanma, onu kullanma, işlem ve eylemlere konu yapma, elden çıkarma, tüketme, yok etme, üçüncü kişilerin şeye müdahalesine engel olma gibi hususları ifade etmektedir<sup>6</sup>. Ancak kişi ile şey arasındaki bu ilişkinin toplumsal boyutunun olduğu da kabul edilmektedir<sup>7</sup>. Bu halde toplum, mülkiyeti elinde

<sup>4</sup> Güriz, mülkiyet hakkına ilişkin etimolojik değerlendirmelerin mülkiyet kavramının anlaşılmasına etkisini şu şekilde izah etmektedir: “Mülkiyet kelimesinin etimolojisine değinen bu kısa açıklama, mülkiyetin toplumsal fonksiyonunu gösterebilmek ve değerlendirebilmek bakımından faydasız değildir. Çünkü mülkiyette saklı bulunan egemenlik ve kişiye özgü olma kavramları, mülkiyet konusunda yapılan tartışmalara belli ölçüde de olsa ışık tutacak bir nitelik göstermektedir. Mülkiyet sorunu tartışılırken, onun kişiye sağladığı egemenlik ve inhisar hem övgülerin hem de eleştirilerin konusu olmaktan kurtulamamıştır.”. Güriz, s.XII. Serozan da, “Mülkiyetin ... kökenine inilmedikçe, mülkiyet hakkının hukuk düzeyinde düzenlenmesine, korunmasına ve sınırlandırılmasına ilişkin kurallar ve kuramlar da bilimsel bir temele oturtulamaz.” şeklinde izah etmektedir. Bkz. Rona Serozan, “Mülkiyet Hakkının Öz, İşlevi ve Sınırları”, **Prof. Dr. Ümit Yaşar Doğanay’ın Anısına Armağan I**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Yayınları, 1982, s.15.

<sup>5</sup> Bkz. Esin Örüçü, **Taşınmaz Mülkiyetine Bir Kamu Hukuku Yaklaşımı Mülkiyet Hakkının Sınırlanması**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1976, s.3, 6-21; M. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2015, s.2-4; Selahattin Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/Atilla Altop, **Tekinay Eşya Hukuku Cilt I Zilyedlik- Tapu Sicili- Mülkiyet**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1989, s.6-9; Ali Fuad Başgil, **Hukukun Ana Mesele ve Müesseseleri, Siyasi ve Sivil Hukuk Üzerinde Etüdler**, İstanbul, Hak Kitabevi, 1946, s.378; Şaşı, s.20; Etgü, s.12-13. Serozan, mülkiyeti, malik ile şey arasındaki egemenlik ilişkisi olarak ele alan bu yaklaşımı, “Genellikle, hukukçu, mülkiyeti statik ve soyut bir ‘insan-eşya ilişkisi’ olarak ele alır; ‘kişinin eşya üzerindeki kesin ve mutlak egemenliği’ olarak tanımladığı mülkiyetin oluşmasındaki somut tarihsel ve sosyal dinamikleri gözardına iter; bu ilişkinin toplumsal emek ve üretim yaşamıyla bağlantısını örtbas eder. Aslında üretici emeğe ve bu emeğin ürünlerine sahip çıkma anlamına gelen mülkiyeti yalın bir ‘eşyaya egemenlik’ kavramına indirger.” ifadesi ile eleştirmektedir. Serozan, Mülkiyet Hakkı, s.14. Gemalmaz da mülkiyet kavramının, malik ile şey arasındaki egemenlik ilişkisi olarak ifade edilmesini eleştirmektedir. Yazar, mülkiyetin tarifinde kullanılan egemenlik ilişkisinin kaçınılmaz olarak karşı bir iktidarı gerektirdiğini, eşyanın ise bir iradeye sahip olmaması sebebiyle hak öznesi karşısında karşı iktidar/muhatap olarak yer almasının mümkün olmadığını belirterek kişi ile şey arasındaki egemenlik ilişkisi tanımlamasını doğru bulmamaktadır. Haydar Burak Gemalmaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Mülkiyet Hakkı**, İstanbul, Beta Yayınları, 2017, s.443, dn.1383.

<sup>6</sup> Örüçü, Mülkiyet Hakkının Sınırlanması, s.6-7.

<sup>7</sup> Pek çok yazar, mülkiyeti ikili bir ilişki olarak ele almakla birlikte, ancak bu ilişkinin toplumsal boyutu olduğunu da belirtmektedir. Bkz. Etgü, s.13-14; Şaşı, s.20-21; Sadullah Özel, **Mülkiyet, Kamulaştırma ve Gerçek Karşılık Hakkı**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013, s.22, 25. Diğer bazı yazarlar da mülkiyet ilişkisinin üçlü bir ilişki olduğunu belirtmektedir. Serozan, mülkiyet kavramının kişinin eşya üzerinde kesin ve mutlak egemenliği şeklinde anlamlandırılması suretiyle kavramın dar bir çevreye indirgenmesini eleştirmekte ve aslında mülkiyetin emek ve üretim sürecinde, üretimin koşullarıyla, üretimin araçlarıyla, gereçleriyle, toprakla, hammaddeyle, orakla, çekiçle ve öz emekle kurulan ilişkiyi yansıttığını, aynı zamanda bu emek ve üretim sürecinde

bulunduran kişi olmamakla birlikte, eşya ile kişi arasındaki ilişkide menfaati dikkate alınması gereken bir varlık olarak ilişkinin üçüncü parçasını oluşturmaktadır. Bu ilişkide malik, hakkın öznesi<sup>8</sup>; şey, hakkın nesnesi<sup>9 10</sup>; toplum da hakkın varlığından etkilenen menfaat ilgilisi niteliğindedir.

Mülkiyet hakkı, malik-şey ve toplum arasındaki mülkiyet ilişkisinin hukuk düzeni tarafından düzenlenmesini ve korunmasını ifade etmektedir<sup>11</sup>. Şey üzerindeki

üretilebilir ürünleri ele geçirme, onlara sahip olma ve onlara el koyma yetkisini de içerdiğini, bu suretle sosyal ilişkiler ağı neticesinde şekillendiğini vurgulamaktadır. Serozan, Mülkiyet Hakkı, s.14-20. Eren ise, Meier-Hayoz'dan yaptığı üçgen benzetmesine katılmakta ve mülkiyet ilişkisinin bir köşesinde malikin, diğer köşesinde şeyin, bir diğer köşesinde ise toplumun bulunduğunu ifade etmekte ve mülkiyet ilişkisinin, birey ve toplum yararı unsurlarından oluşan bir bütün niteliğinde ele alınması gerektiğini ve mülkiyet hakkına konu olan şey üzerinde birey olarak malikin hak ve yararı olduğu kadar bireyin bir parçası olduğu toplumun da yararının bulunduğunu belirtmektedir. Fikret Eren, **Mülkiyet Hukuku**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2016, s.3-4. Özü, toplumun, mülkiyet ilişkisindeki etkinliğinin geçmişten günümüze şu şekilde değişime uğradığını belirtmektedir: “Eskiden malikle mal arası bilateral bir ilişki olan mülkiyet, sosyal fonksiyonun kabulü ile malik, sosyal çevre ve mülkiyete konu olan şey arası bir üçgen ilişki haline dönüşmüştür.”. Detaylı açıklama için bkz. Özü, Mülkiyet Hakkının Sınırlanması, s.11-16. Gemalmaz, AİHS kapsamında mülkiyet hakkının ikili bir ilişki doğurduğunu, bu ikili ilişkinin hakkın öznesi malik ile hakkın muhatabı devlet arasında kurulduğunu, bu iki irade arasındaki ilişkinin, kendileri dışında bir üçüncü varlık olan nesne ile ilgili olduğunu belirtmektedir. Yazar, “Kısacası P1-1’de yer alan mülkiyet hakkı, öznesine, bir nesneye hâkim olmak hususunda başta devlet olmak üzere üçüncü kişileri dışarıda bırakma yetkisi vermektedir. Zaten mülkiyet kelimesi ile hâkimiyet bağlantısı bütün dillerde kendini göstermektedir ve bu hâkimiyet, mülkiyet ilişkisini asimetrik güç ilişkisi haline sokmaktadır.” demektedir. Gemalmaz, Mülkiyet Hakkı, s. 443-444.

<sup>8</sup> Mülkiyet hakkının öznesi ile ilgili olarak bkz. Güriz, s.1-13, 26-34; Başgil, s.382-397; Özü, Mülkiyet Hakkının Sınırlanması, s.4; Ertü, s.12; Şaşı, s.101-111.

<sup>9</sup> Şaşı, kişinin yaşamını devam ettirebilmek ve geliştirebilmek için kullandığı her türlü şeyin, hakimiyet kurmaya elverişli olduğunu belirtmektedir. Şaşı, s.61. “Şey” ifadesinin kapsamına ilişkin değişim-dönüşüm için bkz. Özü, Mülkiyet Hakkının Sınırlanması, s.5-6; Serozan, Mülkiyet Hakkı, s.21-22; Şaşı, s.61-101; Ertü, s.12-13; Betül Özlük, “Mülkiyet ve Zilyetlik Üzerine Düşünceler”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.27, S.1, 2019, s.146-150; Özel, Gerçek Karşılık Hakkı, s.22-23; Eren, Mülkiyet Hukuku, s.52-53; Jale G. Akipek/Turgut Akıntürk, **Eşya Hukuku**, İstanbul, Beta Yayınları, 2009, s.384.

<sup>10</sup> Mülkiyet hakkının nesnesi ile ilgili olarak AİHS ve AİHM yaklaşımı için bkz. Bkz. Gemalmaz, Mülkiyet Hakkı, s.123-407; Özlük, s.146-148; Özel, Gerçek Karşılık Hakkı, s.22-23, 37-39; Eren, Mülkiyet Hukuku, s.52; Şaşı, s.61-101; Ertü, 204-207. Örnek kararlar için bkz. Ertü, s.207-215. Bkz. AİHM *Knick v. Türkiye*, 53138/09 B. No, 76.2016 T. kararında hisse senetleri; AİHM *Çakır ve Diğerleri v. Türkiye*, 25747/09 B. No, 4.6.2013 T. kararında tazminata ilişkin mahkeme kararı; AİHM *Yaşar Holding A.Ş. v. Türkiye*, 48642/07 B. No, 4.7.2017 T. kararında bir bankanın yönetim ve hisseleri; AİHM *Fabian v. Macaristan*, 78117/13 B. No, 15.12.2015 T. kararında aylık hakkı; AİHM *Kutlu ve Diğerleri v. Türkiye*, 51861 B. No, 13.12.2016 T. kararında ise kamulaştırılma hakkı mülkiyet hakkına konu olan şey kapsamında ele alınmıştır (hudoc.echr.coe.int, 12.10.2019).

<sup>11</sup> Ertü, mülkiyet hakkını şu şekilde tarif etmektedir: “İnsan toplumunun ortaya çıkmasından itibaren var olan, toplum yaşamında kimin neye sahip olacağını ve nasıl kullanacağını belirten, bir otorite ile desteklenen, bünyesinde yetkiler yanında ödevleri de barındıran eşya üzerinde kurulması mümkün en kapsamlı ayni haktır.”. Ertü, s.21. Eren ise, mülkiyet hakkını “sahibine eşya üzerinde doğrudan doğruya kullanma, yararlanma ve tasarruf yetkilerinin tamamını veren ve herkese karşı dermeyer edilebilen, tam, mutlak, münhasır bir ayni hak” olarak tanımlanmaktadır. Eren, Mülkiyet Hukuku, s.21. Özel ise “mülkiyet kavramının iç muhtevasında bulunan ‘malikle mülk’ arasındaki ilişkinin topluma ve hukuk düzenine karşı aldığı şekil” olarak tanımlanmaktadır. Özel, Gerçek Karşılık Hakkı, s.33.

hakimiyetin nasıl kurulacağı, nasıl sürdürüleceği, ilgililerine nasıl bir yetki verdiği ve/veya yükümlülük yüklediği, nasıl sınırlandırılabilir veya sona erdirilebileceği, nasıl korunacağı ile ilgili düzenlemeler söz konusu olmaktadır. Şeye hâkim olan malik, hakkın sahibi/öznesi konumundadır. Hak sahibi olarak eşya üzerinde hak ve yetkilere sahiptir. Mülkiyet ilişkisindeki diğer menfaat sahibi olan toplum, doğrudan doğruya mülkiyet ilişkisinin tarafı değildir. Mülkiyet ilişkisinde toplumun menfaatinin var olması, malikin eşya ile kurduğu ilişkinin, salt bireysel menfaat üzerinden değil, toplumun menfaati de gözetilerek düzenlenmesi anlamına gelmektedir. Toplumun menfaatinin gözetilmesi, malikin mülkiyet hakkına, kamu yararı adı altında yükümlülükler/külfetler yüklenmesi, hakkın sınırlandırmalara konu olması ve hatta gerçek karşılığının ödenmesi suretiyle hakkın sona erdirilmesi imkânını vermektedir<sup>12</sup>.

İnsana yaraşır bir yaşam için gerekli olan “şeye hâkim olma” olgusu kapsamında mülkiyet hakkı, bir temel hak ve özgürlüktür. Anayasa Mahkemesi’ne göre, “birey özgürlüğü ile doğrudan ilgili olan mülkiyet hakkı, bireye emeğinin karşılığına sahip olma ve geleceğe yönelik planlar yapma olanağı tanıyan temel bir haktır.”<sup>13</sup>. Temel hak ve özgürlük olması sebebiyle mülkiyet hakkı, ulusal ve uluslararası pek çok düzenleme tarafından koruma altına alınmıştır.

Mülkiyet hakkı, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nin 17. maddesinde, “Herkesin tek başına veya başkalarıyla ortaklaşa mülkiyet hakkı vardır. Hiç kimse keyfi olarak mülkiyetinden yoksun bırakılamaz.” ifadesi ile yer almaktadır. Mülkiyet hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin ilk metninde yer almasa da daha sonra yürürlüğe giren Ek 1. Protokol’ün 1. maddesi ile Sözleşme kapsamına alınmıştır. “Mülkiyetin Korunması” başlıklı Ek 1. Protokol 1. madde hükmü şu şekildedir:

*“Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasa da öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir. Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak*

<sup>12</sup> Bu kanaatin yansıma bulduğu kararlar için bkz. YHGK 2010/5-662 E., 2010/651 K., 15.12.2010 T. karar; YHGK 2011/148 E., 2011/303 K., 11.5.2011 T. karar ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 14.7.2020).

<sup>13</sup> AYM 2016/181 E., 2018/111 K. ve 20.12.2018 T. kararı 61.prg (RG. T.5.4.2019, S.30736).



*için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka hâlel getirmez.”.*

Anayasa’nın “Mülkiyet Hakkı” başlıklı 35. maddesi de şu hükmü içermektedir:

*“Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz.”.*

Anayasa’nın 35. maddesi, “Kişinin Hak ve Özgürlükleri” başlığını taşıyan ikinci bölümde düzenlenmektedir<sup>14</sup>. Anayasa’nın 2. maddesinde ifade edilen Cumhuriyetin temel nitelikleri arasında yer alan sosyal devlet ilkesi ile 17. maddede ifadesini bulan kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının, kişi ile şey arasındaki ilişkiye yansımaları mahiyetindedir<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> Mülkiyet hakkı, kişi hak ve özgürlükleri kapsamında düzenlenmek suretiyle daha güvenceli bir pozisyona sahip kılınmıştır. Şöyle ki, Anayasa’nın 104. maddesi uyarınca Cumhurbaşkanı’na yürütmeye ilişkin mevzularda tanınan kararname çıkarma yetkisi, mülkiyet hakkının da içinde bulunduğu Anayasa’nın ikinci bölümündeki haklar söz konusu olduğunda ortadan kalkmakta ve söz konusu haklar ancak kanunla düzenlenebilecek bir kategoride bulunmakla daha kuvvetli hukuki bir güvenceye kavuşmaktadır. Konu ile ilgili olarak bkz. Nihat Bulut, “Mülkiyet Konusundaki Temel Yaklaşımlar ve Türk Anayasasında Mülkiyet Hakkı”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.X, S.3-4, 2006, s.23; Ertü, s.164. Mülkiyet hakkı ile bağlantılı diğer bazı hususlar ise Anayasa’nın çeşitli maddelerinde, çeşitli içeriklerde karşımıza çıkabilmektedir. Anayasa’nın “Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler” adlı üçüncü bölümünde, “Kamu Yararı” alt başlığı altında “Kıyılardan Yararlanma” başlıklı 43. maddesi, “Toprak Mülkiyeti” başlıklı 44. maddesi ve “Tarım, Hayvancılık ve Bu Üretim Dallarında Çalışanların Korunması” başlıklı 45. maddesi, mülkiyet hakkı ile ilgili düzenlemelere yer vermektedir. Yine aynı bölümdeki Anayasa’nın 46. maddesi “Kamulaştırma”, 47. maddesi de “Devletleştirme ve Özelleştirme” başlığı ile bireysel mülkiyet hakkının sona erdirilebilmesinin şartlarını Anayasal düzeyde ele almaktadır. Bunlar dışında Anayasa’nın Devlet’in temel işleyişinin ekonomik boyutunun ele alındığı “Mali ve Ekonomik Hükümler” başlıklı dördüncü kısmının ikinci bölümündeki “Ekonomik Hükümler” alt başlığı altındaki 168. maddesi, doğal servetler ile kaynaklar, 169-170. maddeleri de ormanlar ile ilgili düzenlemeler üzerinden mülkiyet hakkına yönelik sınırlandırmalara yer vermektedir.

<sup>15</sup> Eren, Anayasa’nın, maliki, sadece devlet müdahalelerine karşı değil, günümüzün modern ve karmaşık sosyal hayatının getirdiği diğer sosyal güçlerin ve üçüncü kişilerin müdahalelerine karşı koruduğunu belirtmektedir. Eren, Mülkiyet Hukuku, s.12. Aynı yöndeki görüş için bkz. Saim Tuğrul, **Kamu Hukuku Açısından Mülkiyet Hakkı ve Sınırlandırılması**, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 2004, s.93.



Mülkiyet hakkının doğal hak/kişi hakları niteliğinde mi yoksa sosyal hak niteliğinde mi olduğu<sup>16</sup> ile ilgili farklı kanaatler bulunmaktadır<sup>17</sup>. Temel hak ve özgürlüklerini doğal hak-sosyal hak ayrımı veya birinci-ikinci ve üçüncü kuşak insan hakları üzerinden ele almak, hakların mahiyetine ilişkin bir değerlendirmeyi ifade etmemektedir<sup>18</sup>. Temel haklar, insanın doğası gereği sahip olduğu maddi ve manevi varlığını koruması ve geliştirmesi amacıyla devletler ve uluslararası/uluslararası hukuk tarafından tanınan, temini, muhafazası ve geliştirilmesi güvence altına alınan haklar yelpazesidir. Temel hakları tek tek saymak mümkün olmadığı gibi bu haklar, numerus clausus-sınırlı sayı ilkesine de tabi değildir. Temel haklar, değişen toplumsal koşullar altında insanın, insan onuruna yaraşır hayat sürdürebilmesi için gerekli olan ihtiyaçları ile çeşitlenmekte, genişlemekte, değişime uğramaktadır. Mülkiyet hakkı da insan onuruna yaraşır bir hayat sürmek için kişinin kendi emeğinin ürünlerine sahip olabildiğini güvence altına alan temel bir haktır<sup>19</sup>. İnsanın en temel bireysel ve toplumsal ihtiyaçlarını karşılayabilmesi ve geleceğini planlayabilmesi, mülkiyet hakkı ile yakından ilgilidir. Mülkiyet hakkının temelindeki sahiplenme arzu ve ihtiyacı, insanın doğasında bulunmakta ve hayatın idamesi için gerekli olan ihtiyaçların karşılanması amacına yönelmektedir. Kişinin doğrudan şahısvarlığı ile ilgili bir hak

<sup>16</sup> Doğal hak, insan doğasında mündemiç olan ve devletten önce var olan, siyasi otoritenin ancak müdahale etmeyerek negatif pozisyonda kalması gereken hakları; sosyal hak ise devletin varlığı ile anlam kazanan, devletin, pozitif pozisyon üstlenerek hakkın temini amacıyla sürece dâhil olmasını gerektiren hakları ifade etmektedir. Bkz. Oktay Uygun, **Devlet Teorisi**, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2014, s.482-497; İbrahim Ö. Kaboğlu, **Özgürlükler Hukuku 1: İnsan Hakları Genel Kuramına Giriş**, İstanbul, İmge Kitabevi, 2013, s.33-36.

<sup>17</sup> Konu ile ilgili farklı yaklaşımlar için bkz. Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020, s.139-140; Eren, Mülkiyet Hukuku, s.15-16; Akipek/Akıntürk, s.377; Özücü, Mülkiyet Hakkının Sınırlanması, s.8-14, dn.41, 27; Esin Özücü, “Taşınmaz Mülkiyeti Sınırlamalarına İlişkin Bazı Öneriler”, **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Y.1976, C.10, S.13, s.52; Birgül Yiğit, “İmar Hukukundan Kaynaklanan Mülkiyet Hakkı Sınırlandırmaları Özelinde, Türk Hukuk Sistemi İçinde Mülkiyet Hakkının Sınırlandırılmasına İlişkin Esaslar”, **Ulusal Hakemli Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Haziran 2016, S.7, s.1255; Ertü, s.107, 113-114; Tuğrul, s.133.

<sup>18</sup> Kaboğlu, insan haklarının bölünmezliği ilkesi uyarınca bütüncül bir bakış açısı ile ele alınması gerektiği, ancak yapılan sınıflandırmaların öğretici ve bilimsel öneminin gözardı edilemeyeceğini belirtmektedir. Kaboğlu, s.43.

<sup>19</sup> Ertaş, mülkiyet hakkını, bütün hakların anası olarak nitelendirmektedir. Bu kanaatini de şu şekilde gerekçelendirmektedir: “Halkımız bunu ‘can malın yongasıdır.’ şeklinde çok güzel bir şekilde ifade etmiştir. Çünkü mülkiyet olmadan diğer hakların da bir anlamı olmaz. ... Düşünce özgürlüğünüz var ama kitap alacak paranız veya düşüncenizi açıklayacak vasıta ve imkanınız yoksa düşünce özgürlüğünün de fazla bir anlamı başpınarolmaz. Yani düşüncenizi aksettirecek birtakım olanaklara sahip olmanız düşünce özgürlüğünün zorunlu bir varlık koşuludur.... Mülkiyet hakkı aynı zamanda hukukun da bir başlangıç kök hücreliğini teşkil eder. Hukuk önce ‘ben’, sonra ‘bu benim’ diyebilme tümcesi ile başlamıştır.”. Şeref Ertaş, “Mülkiyet Hakkının Yeni Boyutu ve Bu Hakka Getirilen Daraltımların Anayasa ve İnsan Haklarına Uygunluğu”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.11, S.145-146, Eylül Ekim 2016, s.1.

olmasa da kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme temel hakkının tezahür edebilmesi için korunması ve gerekiyorsa temin edilmesi gereken bir haktır. Mülkiyet hakkı, diğer temel haklardan farklı olarak, kişinin eşya ile kurduğu ilişkiyi konu almakta ve bu ilişkide sadece malik değil, toplumun da menfaati bulunmaktadır. Mülkiyet hakkı, malike, geniş hâkimiyet yetkileri verirken, siyasi otorite dâhil herhangi bir kişi tarafından mülküne yönelebilecek her türlü müdahaleye karşı koruma da sunmaktadır. Diğer yandan malikin mülkü üzerinde kurduğu hakimiyet, toplum yararına aykırı kullanılamayacağı gibi kamu yararı<sup>20</sup> sebebiyle de sınırlandırılabilir. Mülkiyet hakkı, doğal hak-sosyal hak ayrımından bağımsız olarak anayasal güvence altında temel bir hak ve özgürlük olup, sui generis-kendine özgü bir yapıya sahiptir<sup>21</sup>.

Mülkiyet hakkı, insan hakkı olma özelliği yanında Eşya Hukuku anlamında aynı hak niteliğini de taşımaktadır. Kamu ve özel hukuk karakterlerini bünyesinde barındıran, şey üzerinde en geniş yetkiyi tanıyan özel mahiyette bir aynı hak olarak kabul edilmektedir<sup>22</sup>. Aynı hak, hak sahibine, şey üzerinde doğrudan doğruya hakimiyet kurma yetkisi verdiği gibi bu hakimiyetini sürdürmek ve korumak maksadıyla hakkını herkese karşı ileri sürebilme yetkisi de veren bir haktır<sup>23</sup>. Aynı hak

<sup>20</sup> Anayasa’da, “*kamu yararı*” ifadesinin sınırlandırma sebebi şeklinde kullanıldığı temel haklar incelendiğinde, bu hakların mülkiyet hakkı ve mülkiyet hakkı ile bağlantılı diğer haklar olduğu gözlemlenmektedir. Bu tespit, Anayasa’nın da, mülkiyet hakkını, malik-şey-toplum arasındaki ilişki çerçevesinden ele aldığını göstermektedir.

<sup>21</sup> Benzer bir yaklaşım için bkz. Lale Sirmen, **Eşya Hukuku**, Ankara, Yetkin Hukuk Yayınları, 2017, s.242-243.

<sup>22</sup> Akipek/Akıntürk, s.383; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.272; Eren, Mülkiyet Hukuku, s.4; Ertü, s.16, Özel, Gerçek Karşılık Hakkı, s.34; Şaşı, s.117; Feyzi N. Feyzioğlu/Ümit Doğanay/Aydın Aybay, **Eşya Hukuku Dersleri**, İstanbul, Özel Galatasaray Yüksek İktisat ve Ticaret Okulu Yayınları, 1968, s.79. Özü, “*her ne kadar mülkiyet hakkının niteliği ve ana hatları ile özelliği Medeni Kanunlarca çizilirse de hakkın kapsamı kamu hukuku niteliğindeki kanunlarla belirlenir. Bu bakımdan kural olarak özel hukuk karakterli aynı bir hak olan mülkiyet hakkının, Türk Hukuku’nda kendine özgü bir niteliği vardır. Yukarıda belirtildiği gibi Medeni Kanun’un 618.maddesi ile Anayasa’nın 36.maddesi birlikte incelendiğinde mülkiyetin kamu ve özel hukuk karakterlerini kendinde toplayan özel nitelikte bir aynı hak olduğu görülür.*” demektir. Özü, Mülkiyet Hakkının Sınırlanması, s.26-27. Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/Alttop, mülkiyet hakkını, en geniş yetkileri içeren aynı hak olarak nitelendirmekte ve kişiden kişiye, nesilden nesile aktarılabilir süreklilik arz etme, malikin hiç kimseye tabi olmaması ve hakkı salt kendisine hasretmesi sebebiyle hakkın herkese karşı ileri sürülebilme özelliklerini vurgulamaktadır. Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/Alttop, s.474.

<sup>23</sup> Bkz. Akipek/Akıntürk, s.8-11; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.2-4; Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/Alttop, s.6-9; C. Wieland, (Çev.: İsmail Hakkı), **Kanunu Medeni’de Aynı Haklar**, İstanbul, Sühulet Matbaası, 1934, s.9-11.

özelliği gereği mülkiyet hakkı, herhangi bir zamanaşımı veya hak düşürücü süreye tabi olmayan, kullanılmasa da varlığını muhafaza eden bir haktır<sup>24</sup>.

## 2. MÜLKİYET HAKKININ SINIRLANDIRILMASI VE KAMULAŞTIRMASIZ ELATMA

Mülkiyet hakkı, temel hak ve özgürlük olarak anayasal güvence altındadır. Anayasal güvence, mülkiyet hakkının ancak ve ancak Anayasa’da zikredilen usul ve esaslara riayet edilmek suretiyle sınırlandırılabilmesi anlamına gelmektedir.

Hukuk sistemleri tarafından temel haklara yönelik gerçekleştirilebilecek müdahaleler, “sınırlandırma” olgusunu oluşturmaktadır. Sınırlandırma olgusunun eylemi olan “sınırlama”, kural olarak, dışarıdan yapılan bir müdahale ile hakkın kullanım alanının daraltılmasıdır<sup>25</sup>. Bu halde hak, kullanılabilmekte, ancak hakkın kullanım alanı daraltılmaktadır. Hakkın kullanım imkânının ortadan kaldırılması veya kullanımının aşırı ölçüde güçleşmesi neticesi doğuran işlem veya eylemler, sınırlandırma şekli/aracı olarak kabul edilmemektedir<sup>26</sup>. Ancak mülkiyet hakkı, diğer temel hak ve özgürlüklerden farklı bir karakter/mahiyet özelliği göstermektedir. Mülkiyet kavramını izah ederken belirttiğimiz üzere, mülkiyet hakkı, hakkın konusu olan bir nesneye ilişkin hak sahibi ile üçüncü kişiler/toplum arasında bir ilişkiyi düzenlemektedir. Hakkın konusu, hak sahibinin kendi kişiliği dışında yer alan ve ekonomik değeri olan bir nesne olduğundan mülkiyet hakkının sınırlandırılması, birtakım güvencelerin karşılığında, hak sahibi ile nesne arasındaki ilişkiyi tamamen ortadan kaldırıcı mahiyette olabilmekte ve bu hal, hakkın özüne müdahale olarak değerlendirilmeyebilmektedir<sup>27</sup>. Mülkiyet hakkını, bu içerikte sınırlandırıcı müdahalelerin, usul açısından, en üst norm olan Anayasa’da öngörülme<sup>28</sup>, esas

<sup>24</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s.474; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.29; Dilek Karademir, “Kamulaştırmamız El Atma”, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.XI, S.2-12, Mart-Nisan 2016, s.932.

<sup>25</sup> Bkz. Gemalmaz, Mülkiyet Hakkı, s.451-452, 446.

<sup>26</sup> Özücü, Mülkiyet Hakkının Sınırlanması, s.31; Gemalmaz, Mülkiyet Hakkı, s.451-452.

<sup>27</sup> Bkz. Özücü, Mülkiyet Hakkının Sınırlanması, s.61-62; Özücü, Bazı Öneriler, s.52-53; Tuğrul, s.87.

<sup>28</sup> Gürsel, “Günümüzde yürürlükteki hukuk kuralları bağlamında; kamulaştırmanın, özel hukuk kişinin taşınmaz üzerindeki özel mülkiyet hakkını sona erdirmesi sebebiyle, Anayasa’nın 35. maddesinde belirtilen bir sınırlandırma veya mülkiyet hakkından doğan bir ödev niteliğinde olmadığını belirtebiliriz.” ifadesi ile kamulaştırma işlemi özelinde, mülkiyet hakkının sona ermesi neticesi doğuran bir müdahalenin, Anayasa’nın 35. maddesi kapsamındaki bir sınırlandırma aracı olarak nitelendirilemeyeceğini, mülkiyet hakkının sona ermesi neticesini doğuran

açısından da malikin nesne ile olan ekonomik değer ilişkisini ikame edici nitelikte olma<sup>29</sup> güvencelerini temin etmesi gerekmektedir. Bu çerçevede mülkiyet hakkının sınırlandırılması ifadesinin, hakkın veya bu haktan doğan yetkilerin hiç kullanılmaması, belli derecede kullanılması veya belli koşullarla kullanılması anlamlarını kapsayacak genişlikte anlaşılması gerekmektedir<sup>30</sup>.

Mülkiyet hakkı, Anayasa'nın "*Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması*" başlığını taşıyan 13. maddesi ile 35. maddesinde öngörülen usul ve esaslar uyarınca sınırlandırılabilir. Ancak Anayasa'nın 90/5. maddesi gereğince temel hak ve özgürlükleri konu alan uluslararası anlaşmalar, bu kapsamda AİHS de iç hukukumuzun birer parçasıdır. AİHM, AİHS 1 No'lu Ek Protokol m.1'in, mülkiyet hakkının korunmasına ilişkin üç kural içerdiğini kabul etmektedir<sup>31 32</sup>. AİHM,

sınırlandırmaların Anayasa'da ayrıca düzenlenmesi gerektiğini belirtmektedir. Meltem Kutlu Gürsel, **Kamulaştırma Hukuku**, İstanbul, Seçkin Yayıncılık, 2019, s.40.

<sup>29</sup> Anayasa Mahkemesi 1976/38 E., 1976/46 K., 12.10.1976 T. kararında, 1961 Anayasası'nın "*Kamulaştırma*" başlığını taşıyan 38. maddesinin kamulaştırma işleminde ödenecek bedelin, taşınmazın "*gerçek karşılık*" bedeli üzerinden değil de "*vergi değeri*" üzerinden ödeneceğine ilişkin fıkralarının iptali istemi üzerine verdiği kararda, "*Özel mülkiyetteki bir taşınmazın, malikin rızası olmasa da, kamulaştırma yoluyla, yani zorla, kamu malları arasına geçirilmesi, aslında mülkiyet hakkının özüne dokunan bir işlemdir. Zorla alımın dayanağı olan kamu yaran kayramı, mülkiyetin karşılıksız devrine dayanak tutulamaz. Anayasa'nın 11. maddesinin açık hükmü karşısında temel hakların özüne dokunmak mümkün değildir. Kamu yararına dayanan kamulaştırma işleminde taşınmazın gerçek karşılığının ödenmesi halinde mülkiyet hakkı paraya çevrilmek suretiyle korunmuş olacağından, 'öze dokunma' durumu da 'sınırlama' niteliğine dönüşmüş olacaktır.*" ifadesi ile kamulaştırmada, ancak taşınmazın gerçek karşılığının ödenmesi şeklindeki bir güvencenin varlığında mülkiyet hakkının özüne dokunulmamış olacağını vurgulamaktadır (www.anayasa.gov.tr, 3.10.2019). Gemalmaz, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi uygulamasında, yoksun bırakma tipi veya kontrol tipi müdahale niteliğinde de olsa, mülkiyet hakkına yönelik bir müdahalenin hakkın özüne müdahale olarak değerlendirilmemesi için müdahalenin hak sahibine verdiği ekonomik kaybı giderici bir karşı edimi gerektirdiğini, ancak birtakım istisnai hallerde karşı edimin gerekmediğinin kabul edildiğini belirtmektedir. Bkz. Gemalmaz, Mülkiyet Hakkı, s.452-453.

<sup>30</sup> Tuğrul, s.14. Gürsel ise, bireysel mülkiyet hakkının ortadan kaldırılması sonucunu doğuran kamulaştırma ile mülkiyet hakkının sınırlanması kavramının aşıldığını belirtmektedir. Gürsel, s.129.

<sup>31</sup> "*Üç kural analiz*" metoduna göre birinci kural, maddenin ilk cümlesinde yer alan *mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkıdır*. Bu kural, genel ilkeyi oluşturmaktadır. Diğer kurallar, bu ilkenin özel görünümü niteliğinde kabul edilmektedir. İkinci kural, "*ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir.*" ifadesinden hareketle, *mülkiyet hakkından yoksun bırakılma* şeklindeki müdahalenin hangi hallerde meşru görülebileceğine ilişkindir. Üçüncü kural ise *mülkiyet hakkının kullanımının kısıtlanması/kontrol edilmesi* şeklindeki müdahalelerin meşru olabilmesi için gereken şartlara yer vermektedir. AİHM'nin konuya ilişkin derin bir analizini içeren Sporrong ve Lönnroth v. İsveç, 7151/75 B. No., 7152/75 B. No., 23.9.1982 T. karar için bkz. <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-57580>, 4.7.2020.

<sup>32</sup> Türk Doktrininde, AİHS 1 No'lu Ek Protokol m.1 ve AİHM kapsamında mülkiyet hakkı ile ilgili yapılan incelemelerde üç kural analiz metoduna yer veren çalışmalar için bkz. Güney Dinç, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Malvarlığı Hakları**, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2007, s.38-45; Etgü, s.216-224; Şaşı, s.280-281; H. Gürbüz Sarı, **Avrupa İnsan**

mülkiyet hakkına ilişkin uyuşmazlıklarda, uyuşmazlığın hangi kural kapsamında ele alındığına yer verse de<sup>33</sup>, müdahalenin hukuka uygun olup olmadığını, “kanunilik”, “meşru amaç”, “ölçülülük/adil denge” şeklinde üç temel ilkeyi baz alarak değerlendirmektedir<sup>34</sup>. Anayasa Mahkemesi de mülkiyet hakkı ile ilgili

**Hakları Sözleşmesine Ek Protokole Göre Malvarlığı Haklarının Korunması**, İstanbul, XII Levha Yayıncılık, 2010, s.55-57; Suat Şimşek, “Mülkiyet Hakkının Kapsamı, Sınırlandırılma Nedenleri ve Şartları Açısından 1982 Anayasası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi: Karşılaştırmalı Bir Analiz-II”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Y.2011, S.92, s.322-325; Özge Yücel, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Göre Kamulaştırmaz El Atma”, **Tuncer Karamustafaoğlu’na Armağan**, Ankara, Adalet Yayınları, 2010, s.853-859; Oğuz Sancakdar, “AİHM’in Gayrimenkul Mülkiyeti ve İmar Hukuku Uyuşmazlıklarına Yaklaşımından Kesitler ve Karar Örnekleri”, **İzmir Barosu Dergisi**, Eylül 2019, s.514-523; Gani Kamışlı, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Anayasa Mahkemesinde Mülkiyet Uyuşmazlıklarının Çözümü**, Karahan Kitabevi, 2016, Ankara, s.244-294 . Üç kural analizi uygulaması ile ilgili örnek karar derlemeleri için bkz. Gilles Dutertre, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler**, Almanya, Avrupa Konseyi Yayınları, 2003, s.314-322 (<https://www.anayasa.gov.tr/media/3600/aihmkararlarindanornekler.pdf>, 3.10.2019); Monica Carss-Frisk, **Mülkiyet Hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 1 No’lu Protokolünün 1. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz**, İnsan Hakları El Kitabı No.4, s.7-9, 32-42 ([http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak\\_bilgi\\_bankasi/el\\_kitaplari/mulkiyet\\_hakki.pdf](http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/el_kitaplari/mulkiyet_hakki.pdf), 3.10.2019); Suat Şimşek, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Mülkiyet Hakkıyla İlgili Davaları İnceleme Yöntemi: Üç Kural Analizi”, **Sayıştay Dergisi**, S.88, Ocak-Mart 2013, s.30-45.

<sup>33</sup> Gemalmaz, mülkiyet hakkını konu alan çalışmada, üç kural analizi metodundan hareket etmeyeceğini belirtmekte ve bu konudaki kanaatini şu şekilde izah etmektedir: “*Bu noktada çalışmanın mülkiyet hakkının kayıtlanması meselesine yaklaşımı Strasbourg organlarının ve özellikle AİHM’in 3 kural prensibi doğrultusunda olmayacaktır. Zira bu üçlü tipoloji oldukça tutarsız şekilde uygulanmaktadır ve AİHM’in buna bağladığı farklılıklar son derece azalmıştır. Mahkemenin zaten kendisinin yaptığı bu inceleme tarzını tekrar etmek yerine, çalışmanın amaçlarını gerçekleştirmeye hizmet edecek bütün bu kurallar için ortak ilkeler ve standartlar açığa çıkartılmaya çalışılacaktır. Böyle bir yaklaşım, P1-1’in bütününe kapsayıcı bir model oluşturma potansiyeli taşımaktadır. Elbette, bu model denemesi, mevcut üç kural farklılıklarını yadsımamakta; yerine, bu farklılıkların sindirildiği bir genel rejim çatısı çözülmektedir.*” Bkz. Gemalmaz, Mülkiyet Hakkı, s.446. Sarı da üç kural uygulamasını incelemekte ve AİHM uygulamasında üç kural uygulamasının mutlak olmadığını belirtmektedir. Sarı, 55-57. Şimşek ise, mülkiyet hakkına yönelik müdahalelerin her zaman kesin çizgilerle üç kural üzerinden birbirinden ayrılmasının mümkün olmadığını, bu analiz metodunu bazı istisnalar da olsa geliştirerek uygulamaya özen gösterdiğini belirtmektedir. Şimşek, Üç Kural Analizi, s.29-30.

<sup>34</sup> Bkz. Şimşek, Üç Kural Analizi, s.42-43; Gemalmaz, Mülkiyet Hakkı, s.447-453. Bkz. AİHM Alisic ve Diğerler v. Bosna Hersek, Hırvatistan, Sırbistan, Slovenya ve Eski Yugoslav Makedonya Cumhuriyeti Davası, 60624/08 B. No, 16.7.2014 T. karar; AİHM Microintelect Odd v. Bulgaristan, 34129/03 B. No, 4.3.2014 T. karar; AİHM Kristic v. Sırbistan Davası, 45394/06 B. No, 10.12.2013 T. karar (<https://hudoc.echr.coe.int>, 3.10.2019). Gemalmaz, AİHM’in mülkiyet hakkına ilişkin değerlendirmesinde kullandığı ilkeleri “hukukilik”, “kamu yararı”, “adil denge ya da ölçülülük” başlıkları altında incelemektedir. Gemalmaz, Mülkiyet Hakkı, s.453-614. Sarı ise mülkiyet hakkına müdahalenin varlığının tespiti üzerine AİHM’in “yasallık”, “kamu yararı”, “orantılılık”, “uluslararası hukukun genel prensipleri” kriterleri ışığında değerlendirme yaptığını belirtmektedir. Sarı, s.57-70. Şimşek ise, AİHM’in, mülkiyet hakkına ilişkin incelemelerinde kullandığı kriterleri “hukuk tarafından öngörülme”, “uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olma”, “orantısallık”, “ölçülülük”, “tazminat ödenmesi” şeklinde beş başlık altında değerlendirmektedir. Şimşek, Analiz II, s.325-338. Etgü de bu kapsamda, “sınırlamanın yasal olması”, “sınırlamanın uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olması”, “sınırlamanın ölçülülük ilkesine uygun olması”, “sınırlamanın makul karşılıkla yapılması” şeklinde bir ayrımı tercih etmektedir. Etgü, s.237-245. Sancakdar da mülkiyet hakkına yönelik müdahalenin haklılığı için “meşru amaç”, “müdahalenin yasallığı” ve “müdahalede ölçülülük” ilkelerini taşıması gerektiğini belirtmektedir. Sancakdar, s.523-529.

uyuşmazlıklarda, Anayasa'nın öngördüğü ölçütler ile AİHM tarafından AİHS Ek 1. Protokol m.1 için kullanılan kriterleri bütüncül bir bakış açısı ile mezcetmek suretiyle kapsayıcı bir model kullanmaktadır<sup>35</sup>.

Taşınmaz mülkiyeti, “kanunilik”, “meşru amaç” ve “ölçülülük/adil denge” ilkelerine riayet edilmek kaydıyla Anayasa ve kanun düzeyinde çok çeşitli sınırlandırıcı müdahalelere maruz kalabilmektedir. Bu kriterleri taşıyan mülkiyet hakkını sınırlandıran araçlar, bu araçların malik ile nesne arasındaki ilişkiye etkisi dikkate alınarak, yoksun bırakma tipi sınırlandırma araçları ve kontrol/düzenleme tipi sınırlandırma araçları şeklinde karşımıza çıkabilmektedir<sup>36</sup>.

Yoksun bırakma tipi sınırlandırma modelinde, hak sahibinin nesne ile olan ilişkisi toplum menfaatine ortadan kaldırılmakta, malikin, nesne üzerindeki mülkiyet hakkı sona erdirilmektedir. Anayasa'nın “Kamulaştırma” başlığını taşıyan 46. maddesinde düzenlenen kamulaştırma<sup>37</sup>, kural olarak<sup>38</sup>, malikin, taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkının sona ermesi neticesini doğuran sınırlandırmaların temel modelini teşkil etmektedir. Kamulaştırma modelinin usul ve esasları ile ilgili detaylar, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nda düzenlenmiştir. Türk Hukuku'nda kamulaştırma dışında, 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 18. maddesinde düzenlenen arazi ve arsa

<sup>35</sup> Bkz. AYM 2015/11192 B. No, 30.5.2019 T. karar; AYM 2016/8023 B. No, 6.3.2019 T. karar; AYM 2016/9001 B. No, 18.7.2019 T.; AYM 2017/26291 B. No, 17.7.2019 T. karar ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), 3.10.2019).

<sup>36</sup> Sınırlandırma araçları, AİHS Ek 1 No'lu Protokol m.1'deki üç kural analizi yaklaşımından esinlenerek, yoksun bırakma tipi-kontrol tipi şeklinde ele alınmıştır. Bkz. Gemalmaz, Mülkiyet Hakkı, s.18-23, 452; Dinç, 46-49, 123-125; Şaşı, s.291-351, 352-373; Yücel, s.856-859, Ulrich Haefelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, “Die öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen”, **Schulthess Juristische Medien AG**, 2006, s. 456 ([www.swisslex.ch](http://www.swisslex.ch), 9.5.2019). Sarı ise “mülkiyetten yoksun kılma”, “malvarlığının kullanılmasına ilişkin düzenlemeler” ve “malvarlığının korunması ilkesini zedeleyen genel müdahaleler” şeklinde bir ayrıma gitmektedir. Bkz. Sarı, s.71-110, 111-149, 150-172. AYM de, 2016/181 E., 2018/111 K., 20.12.2018 T. kararında, imar uygulamaları için, “... mülkiyetin kullanılmasının kontrolü çerçevesinde yapılan bir müdahale söz konusudur.” ifadesini kullanmak suretiyle kontrol tipi müdahale araçlarına işaret etmiştir (RG. T.5.4.2019, S.30736).

<sup>37</sup> Anayasa'nın “Devletleştirme ve Özelleştirme” başlığını taşıyan 47. maddesinde düzenlenen devletleştirme, “kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüs” konu alması ve kanun ile gerçekleştirilebilmesi sebebiyle konumuz kapsamında ele alınmayacaktır.

<sup>38</sup> Kamulaştırma Kanunu'nun 4. maddesinde düzenlenen kamulaştırma yoluyla irtifak hakkı kurulması modeli, taşınmazın belirli kesimi, yüksekliği, derinliği veya kaynak üzerinde irtifak hakkı tesis edilmesini öngördüğü için malikin taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkının sona ermesi sonucunu doğurmaz. Ancak mülkiyet hakkından doğan kullanma ve yararlanma yetkilerinin kullanılamaması sebebiyle bu model de yoksun bırakma tipi sınırlandırma modeli kapsamında ele alınmaktadır.

düzenlemesi ile düzenleme ortaklık payı uygulaması<sup>39</sup>, 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarının Korunması Kanunu’nun 17/c. bendinde kullanılan imar haklarının aktarımı da<sup>40</sup>, özel mülkiyete konu taşınmazın tamamı veya bir kısmı üzerindeki mülkiyet hakkının sona ermesi sonucunu doğurabilmektedir. Maliki mülkiyetinden mahrum bırakan bu tarz sınırlandırmaların, Anayasa’da öngörülmezsizin doğrudan kanun ile düzenlenmesinin Anayasaya aykırı olup olmadığı tartışmalıdır<sup>41</sup>. Yoksun bırakma tipi sınırlandırma araçlarının, malik ile nesne arasındaki mülkiyet ilişkisine mutlak ve nihai mahiyette son verme etkileri sebebiyle, en azından ilkesel düzeyde Anayasa’da öngörülmesinin, usule ve esasa ilişkin güvenceyi temin edebilmek

<sup>39</sup> İmar Kanunu m.18/1’e göre, “İmar hududu içinde bulunan binalı veya binasız arsa ve arazileri malikleri veya diğer hak sahiplerinin muvafakatı aranmaksızın, birbirleri ile, yol fazlaları ile, kamu kurumlarına veya belediyelere ait bulunan yerlerle birleştirmeye, bunları yeniden imar planına uygun ada veya parsellere ayırmaya, müstakil, hisseli veya kat mülkiyeti esaslarına göre hak sahiplerine dağıtmaya ve re’sen tescil işlemlerini yaptırmaya belediyeler yetkilidir. Sözü edilen yerler belediye ve mücavir alan dışında ise yukarıda belirtilen yetkiler valilikçe kullanılır.”. Gülan, İK m.18’de düzenlenen uygulama modellerini hamur kuralı, arsa temini amaçlı düzenleme ortaklık payı kesintisi ile şerefiye benzeri düzenleme ortaklık payı kesintisi şeklinde ifade etmektedir. Yazarın kullandığı bu kavramlara ilişkin tanımlamaları için bkz. Aydın Gülan, **Türk İmar Hukuku’nda Hamur Kuralı Uygulaması, 3194 sayılı İmar Kanunu’nun 18. Maddesi Uygulamasına İlişkin Teorik Bir Yaklaşım**, İstanbul, 2000, s.5, 6, 12, 13-17. Kalabalık ise İK m.18’deki modelleri, “Arazi ve Arsa Düzenlemesi” üst başlığı altında ele almaktadır. Ayrıca bkz. Halil Kalabalık, **İmar Hukuku Dersleri**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019, s.409-410, 457-459.

<sup>40</sup> Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu m.17/c şu şekildedir: “Yapılanma hakları kısıtlanmış tescilli taşınmaz kültür varlıklarına veya bunların koruma alanlarında bulunan ya da koruma amaçlı imar plânlarıyla yapılanma hakları kısıtlanan taşınmazlara ait mülkiyet veya yapılanma haklarının kısıtlanmış bölümünü, imar plânlarıyla yapılanmaya açık aktarım alanı olarak ayrılmış, mülkiyetlerindeki veya üçüncü şahıslara ait alanlara, aktarımdan yararlanacak öncelikli hakları belirleyerek bir program dahilinde aktarmaya, belediye sınırları ve mücavir alanlar içinde belediyeler, bunların dışında valilikler yetkilidir.”

<sup>41</sup> Eski İmar Kanunu olarak anabileceğimiz 6785 sayılı İmar Kanunu’nun 42. maddesindeki şüylendirilen taşınmazların yüzde yirmi beşe kadar noksanı ile sahiplerine dağıtılabileceğine ilişkin düzenleme (bu uygulama, günümüzde düzenleme ortaklık payı olarak anılmaktadır.), Anayasa Mahkemesi’nin 1963/65 E., 1963/278 K., 22.11.1963 T. kararı ile Anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmiştir. 1961 Anayasası Dönemi’ndeki AYM, taşınmaz malın gerçek karşılığı verilmeksizin yüzde yirmibeşe kadar noksanı ile sahiplerine dağıtılabileceğini kapsayan hükmün, Anayasa’nın “Kamulaştırma” başlığını taşıyan 38. maddesine aykırı olduğuna hükmetmiştir (Karar için bkz. [www.anayasa.gov.tr](http://www.anayasa.gov.tr), 12.8.2021). 9.5.1985 günlü 18749 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 3194 sayılı İmar Kanunu’nun 18/2 fıkrasındaki benzer içerikteki, “Belediyeler veya valiliklerce düzenlemeye tabi tutulan arazi ve arsaların dağıtım sırasında bunların yüzölçümlelerinden yeteri kadar saha, düzenleme dolayısıyla meydana gelen değer artışları karşılığında ‘düzenleme ortaklık payı’ olarak düşünülebilir. Ancak, bu maddeye gire alınacak düzenleme ortaklık payları, düzenlemeye tabi tutulan arazi ve arsaların düzenlemeden önceki yüzölçümlelerinin yüzde otuzbeşini geçemez.” düzenlemesinin de Anayasa’nın 46. maddesine aykırı olduğu iddia edilmiştir. Ancak AYM, 1990/7 E., 1990/11 K., 21.6.1990 T. kararı ile iptal istemini reddetmiştir. Anayasa Mahkemesi, özetle, söz konusu düzenlemedeki mülkiyete ilişkin sınırlandırmanın, Anayasa’nın 35. maddesi uyarınca kamu yararı amacıyla kanunla yapılan ve 13. maddesindeki kriterlere uygun bir sınırlandırma aracı olduğuna hükmetmiştir (Karar için bkz. [www.anayasa.gov.tr](http://www.anayasa.gov.tr), 12.8.2021).



amacıyla daha uygun olacağı kanaatindeyiz<sup>42</sup>. Ancak Anayasa'nın mevcut içeriği karşısında, kamulaştırma dışında yoksun bırakma tipi sınırlandırmaların kanun ile öngörülmesinde, Anayasa'nın 13. maddesindeki sınırlandırma şartlarına riayet yanında, Anayasa'nın 46. maddesindeki kamulaştırma modelinin ilkesel bir ölçü olarak alınması<sup>43</sup>, mülkiyet hakkının anayasal güvencesini temin açısından bir çözüm olarak sunulabilir.

Kontrol tipi sınırlandırma modelinde ise, malikin nesne üzerindeki mülkiyet hakkı devam etmekte, ancak mülkiyet hakkının malike sunduğu yetkilerin kullanımı ile ilgili kısıtlamalar, daraltımlar söz konusu olmaktadır. Bu sınırlandırma araçları, Anayasa'nın 35. maddesindeki “*kanun ile sınırlandırma*” kriterine uygun olarak pek çok kanuni düzenleme ile uygulama alanına sahiptir. Başta Medeni Kanun'un 731-755. maddelerinde düzenlenen “*Taşınmaz Mülkiyetinin Kısıtlamaları*” başlığı altındaki hükümler, Kamulaştırma Kanunu, İmar Kanunu, Yeraltı Suları Hakkında Kanun, Çevre Kanunu, Orman Kanunu, Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu, Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun gibi isimlerini tek tek saymanın mümkün olmadığı, kamu hukuku<sup>44</sup> ve özel hukuk<sup>45</sup>

<sup>42</sup> Gülan, İmar Kanunu m.18'de düzenlenen ve hamur kuralı olarak isimlendirdiği arazi ve arsa düzenlemesinin, mülkiyet hakkının konusunu değiştirmeye, farklılaştırmaya, ikame etmeye yönelik olması, düzenleme ortaklık payının mal edinme aracı olması sebebiyle anayasal bir düzenlemeye ihtiyaç duyduğunu belirtmektedir. Bkz. Gülan, s.28-34, 44-55. Gürsel de kamulaştırma özelinde, mülkiyet hakkının sona ermesi neticesi doğuran bir müdahalenin, Anayasa'nın 35. maddesi kapsamındaki bir sınırlandırma aracı olarak nitelendirilemeyeceğini, mülkiyet hakkının sona ermesi neticesini doğuran sınırlandırmaların Anayasa'da ayrıca düzenlenmesi gerektiğini belirtmektedir. Gürsel, s.40. Kalabalık ise konu ile ilgili olarak, arazi ve arsa düzenlemesinin mülkiyet hakkının özüne dokunan bir uygulama olmadığı, hakkın kamu yararı amacıyla sınırlandırılmasının söz konusu olduğunu belirtmektedir. Kalabalık, İmar Hukuku, s.414

<sup>43</sup> Anayasa'nın 46. maddesinin, yoksun bırakma tipi sınırlandırma araçlarının taşınması gereken özelliklere dair birtakım kriterler sunduğu kanaatindeyiz. Bunları, taşınmazın gerçek karşılığının ödenmesi/telafi edilmesi, gerçek karşılığın ödenmemesi halinde en yüksek faiz uygulaması, usul ve esasa ilişkin hükümlerin kanun ile detaylı şekilde ele alınması şeklinde ifade edebiliriz.

<sup>44</sup> Medeni Kanun'un 754. maddesi “*Kamu Hukuku Kısıtlamaları*” başlığı altında şu hükme yer vermektedir: “*Taşınmaz mülkiyeti hakkının kamu yararı için kısıtlanması, özellikle yapı, yangın, doğal afetler ve sağlıkla ilgili kolluk hizmetlerine; orman ve yollara, deniz ve göl kıyılarındaki ana ve tali yollara sınır işaretleri ve nirengi noktaları konulmasına; toprağın iyileştirilmesine veya bölünmesine, tarım topraklarının veya yapıya özgü arsaların birleştirilmesine; eski eserler, doğal güzellikler, manzaralar, seyirlik noktaları ve ender doğa anıtları ile içmeler, ılıcalar, maden ve kaynak sularının korunmasına ilişkin mülkiyet kısıtlamaları, özel kanun hükümlerine tâbidir.*”. Bu hüküm, kamu hukuku kaynaklı sınırlandırma araçlarının çok sayıda ve farklı şekillerde karşımıza çıkabileceğine işaret etmesi açısından önemlidir. Kamu hukuku kaynaklı sınırlandırmalar, özellikle İdare Hukuku ile Ceza Hukuku çerçevesinde gündeme gelebilmektedir. Bu sınırlandırmalara imar planını, kültür ve tabiat varlığı tescili kararını, sit alanı ilanını, elkoyma kararını örnek verebiliriz.

<sup>45</sup> Özel hukuk kaynaklı sınırlandırmalarda, doğrudan doğruya belirli ya da belirlenebilir özel hukuk kişinin lehine sonuç doğurmaktadır. Bu tarz sınırlandırmalara örnek olarak Medeni Kanun m.



karakterli geniş bir kanuni düzenleme yelpazesi tarafından bu model hayata geçirilmektedir<sup>46</sup>.

Kamulaştırmasız elatma, taşınmaz mülkiyetinin sınırlandırılması hususu ile çok yakından ilgili bir konudur. Yukarıda ele aldığımız üzere, temel hak ve özgürlük olan mülkiyet hakkı, ancak ve ancak Anayasa’da öngörülen usul ve esaslar çerçevesinde, yine Anayasa ve kanunlarda düzenlenen sınırlandırma araçları ile sınırlandırılabilir. Anayasa’nın 2. maddesinde, Cumhuriyetin nitelikleri arasında hukuk devleti ilkesine yer verilmiştir. Anayasa’nın 11. maddesi uyarınca da, Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlar. Anayasa güvencesi altındaki mülkiyet hakkı, Anayasa hükümlerine bağlı olması gereken, hukuk devleti ilkesi uyarınca hukuk çerçevesinde hareket etmek zorunda olan idare<sup>47</sup> tarafından ihlal edilerek kamulaştırmasız elatma şeklinde hukuka aykırı bir durum ortaya çıkabilmektedir. Kamulaştırmasız elatma, mülkiyet hakkının özüne dokunan, hakkın kullanımını imkânsızlaştırarak veya aşırı ölçüde güçleştirerek maliki hukuka aykırı şekilde mülkiyetinden yoksun bırakan bir müdahaledir. İdarenin mülkiyet hakkı ile ilgili Anayasa ve kanunlarda öngörülen kurallara riayet etmeyerek taşınmaza kamulaştırmasız elatması, arizi ve istisnai mahiyette değil, ne yazık ki, yapısal sorun teşkil edecek bir boyuta ulaşmıştır.

## B. SORUNUN GÖRÜNÜM ŞEKİLLERİ

Tez konumuz olan kamulaştırmasız elatmanın içeriği ile hüküm ve sonuçlarının daha sağlıklı bir şekilde anlaşılabilmesi için sorunun ne olduğunun ve hangi şekillerde karşımıza çıkabileceğinin ortaya konulması gerekmektedir. Öncelikle belirtmeliyiz ki, idare tarafından gerçekleştirilen bu olgu, idarenin, kamu hukuku çerçevesinde sahip olduğu sınırlandırma yetkisi ve bu yetkisini nasıl kullandığı ile yakından ilgilidir. Ancak özellikle de kontrol tipi sınırlandırma araçlarının sayıca çok fazla olması ve çok

732-736’de yer alan kanundan ve sözleşmeden doğan tasarruf yetkisi kısıtlamaları, m. 737-750’deki komşuluk hukuku eksenli kısıtlamalar verilebilir.

<sup>46</sup> Yiğit, çalışmada, kamu hukuku ve özel hukuk karakterli sınırlandırma modellerini bir tablo üzerinden sunmaktadır. Bkz. Yiğit, İmar Hukuku, s.1243-1244.

<sup>47</sup> İdare kavramı ile kamu hukuku hükümlerine tabi olan tüzel kişiler kapsamında Devlet ile Anayasa’nın 123/3. maddesi uyarınca kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kurulabilecek kamu tüzel kişilikleri kastedilmektedir. Tez içerisinde her iki yapıyı da kapsayıcı şekilde, esas itibarıyla, “*idare*” ifadesine yer verileceği gibi zaman zaman “*kamu hukukuna tâbi tüzel kişi*” ifadesi de kullanılacaktır. Ancak yargı makamları ile doktrindeki görüş sahiplerinin kavram tercihleri olduğu gibi korunacaktır.

farklı şekillerde karşımıza çıkma ihtimalleri sebebiyle sorunun kapsamını da sınırlandırmak durumunda kaldık. Bu çerçevede kamulaştırmasız elatma sorununu, Kamulaştırma Kanunu ile İmar Kanunu kapsamında idarenin sahip olduğu ve maliki mülkiyet hakkından yoksun bırakma neticesi doğuracak şekilde sınırlandırma yetki/görevinin nasıl hukuka aykırı bir müdahale aracı haline gelebildiği gerçekliği açısından ele alacağız. Bu kapsamla sınırlı olarak ortaya koyacağımız sorunların, Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu, Umumi Hıfzısıhha Kanunu, Askeri Güvenlik Kanunu gibi diğer pek çok kanunun tatbiki sürecinde de karşımıza çıkabildiğini, bu kanunlardaki mülkiyeti sınırlandırma yetki/görevinin, hukuka aykırı şekilde mülkiyetten mahrum bırakma sonucunu doğuracak şekilde uygulanabildiğini de belirtmeliyiz.

## 1. KAMULAŞTIRMA KANUNU ÇERÇEVESİNDE

Kamulaştırma, kural olarak, hak sahibinin eşya ile olan hâkimiyet ilişkisini toplum menfaatine ortadan kaldıran, malikin, taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkından yoksun bırakılması sonucunu doğuran bir sınırlandırma modelidir. Mülkiyet hakkına ilişkin diğer sınırlandırma araçlarından farklı olarak, Anayasa’da ayrı bir maddede özel olarak düzenlenmiştir<sup>48</sup>. Anayasa’nın “Kamulaştırma” başlığını taşıyan 46. maddesi şu şekildedir:

*“Devlet ve kamu tüzel kişileri; kamu yararının gerektirdiği hallerde, gerçek karşılıklarını peşin ödemek şartıyla, özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların tamamını veya bir kısmını, kanunla gösterilen esas ve usullere göre, kamulaştırmaya ve bunlar üzerinde idarî irtifaklar kurmaya yetkilidir.*

*Kamulaştırma bedeli ile kesin hükme bağlanan artırım bedeli nakden ve peşin olarak ödenir. Ancak, tarım reformunun uygulanması, büyük enerji ve sulama projeleri ile iskân projelerinin gerçekleştirilmesi, yeni ormanların yetiştirilmesi, kıyıların korunması ve turizm amacıyla kamulaştırılan*

<sup>48</sup> Ulusoy, Anayasa’nın 35. maddesinde mülkiyet hakkına ve hakkın sınırlandırılması şartlarına yer verilmişken kamulaştırmanın ayrı bir maddede (46. madde) düzenlenmesinin, tesadüf veya gereksiz bir tekrar olmadığını, idarenin özel mülkiyete elatmasına ve özel mülkiyetteki taşınmazlar üzerindeki mülkiyet hakkının keyfi olarak sınırlandırılmasına duyulan tepkinin göstergesi olduğunu belirtmektedir. Yasin Ulusoy, **Yargıtay Kararları Işığında Kamulaştırmasız El Atma**, Ankara, Nobel Yayıncılık, 2004, s.26.

*toprakların bedellerinin ödenme şekli kanunla gösterilir. Kanunun taksitle ödemeyi öngörebileceği bu hallerde, taksitlendirme süresi beş yılı aşamaz; bu takdirde taksitler eşit olarak ödenir.*

*Kamulaştırılan topraktan, o toprağı doğrudan doğruya işleten küçük çiftçiye ait olanlarının bedeli, her halde peşin ödenir.*

*İkinci fıkrada öngörülen taksitlendirmelerde ve herhangi bir sebeple ödenmemiş kamulaştırma bedellerinde kamu alacakları için öngörülen en yüksek faiz uygulanır.”.*

Anayasa’da düzenlenen kamulaştırma müessesesinin usul ve esasları, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu’nda düzenlenmiştir. Kamulaştırma Kanunu’nun amacı, 1/1. maddede ifade edildiği üzere<sup>49</sup>, Anayasa’da zikredilen kamulaştırma işleminin usul ve esaslarını, hukuki sonuçlarını, karşılıklı hak ve yükümlülükleri ile çözüm sürecini düzenlemektir.

Kamulaştırma, idare tarafından, kamu yararının gerektirdiği hallerde, işleme konu taşınmazın gerçek karşılığı ödenmek ve Kamulaştırma Kanunu’nda yer alan idari ve yargısal usul ve esaslara riayet edilmek suretiyle gerçekleştirilen, taşınmazın tamamı veya bir kısmı üzerinde, özel mülkiyeti sona erdirerek idarenin mülkiyetinin doğumuna sebebiyet veren veya irtifak hakkı kurmak suretiyle mülkiyet hakkını sınırlandıran bir hukuki müdahale modelidir<sup>50</sup>. Bu müdahale modeli, mülkiyet

<sup>49</sup> Kamulaştırma Kanunu m.1/1: “Bu Kanun; kamu yararının gerektirdiği hallerde gerçek ve özel hukuk tüzelkişilerinin mülkiyetinde bulunan taşınmaz malların, Devlet ve kamu tüzelkişilerince kamulaştırılmasında yapılacak işlemleri, kamulaştırma bedelinin hesaplanmasını, taşınmaz malın ve irtifak hakkının idare adına tescilini, kullanılmayan taşınmaz malın geri alınmasını, idareler arasında taşınmaz malların devir işlemlerini, karşılıklı hak ve yükümlülükler ile bunlara dayalı uyuşmazlıkların çözüm usul ve yöntemlerini düzenler.”.

<sup>50</sup> Gürsel, kamulaştırma kavramını, “Devlet veya kamu tüzel kişilerinin yerine getirmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin yürütülmesinde kullanılmak üzere, kamu yararı amacıyla, özel hukuk kişinin mülkiyetinde bulunan taşınmazın (kaynak veya irtifak hakkının), malik ile satın alma sürecinde bedel konusunda anlaşılabilmesi nedeniyle, idarenin başvuru üzerine asliye hukuk mahkemesi tarafından tespit edilecek gerçek karşılığının ödenmesi halinde mülkiyetinin mahkemenin tescil kararı ile idareye geçmesine ilişkin idari ve adli aşamadan oluşan karma bir işlemdir.” şeklinde tanımlamaktadır. Gürsel, s.27. Akyılmaz/Sezginer/Kaya, kamulaştırmayı, idarenin ihtiyaç duyduğu taşınmaz malları kamu gücü kullanarak cebren elde etme yetkisi olarak tarif etmektedir. Bahtiyar Akyılmaz/Murat Sezginer/Cemil Kaya, **Türk İdare Hukuku**, İstanbul, Seçkin Yayıncılık, 2017, s.673. Gözler/Kaplan ve Gözler de benzer şekilde, devlet ve kamu tüzel kişilerinin, kamu yararının gerektirdiği hallerde, gerçek karşılıklarını peşin ödemek şartıyla, özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların tamamının veya bir kısmının, kanunla gösterilen esas ve usullere göre, mülkiyetini zorla devralması olarak tanımlamaktadır. Kemal Gözler/Gürsel Kaplan, **İdare Hukuku Dersleri**, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2013, s.712; Kemal Gözler, **İdare**

kamulaştırması ve kamulaştırma yoluyla irtifak hakkı tesisi şeklinde iki çeşit olarak uygulanabilmektedir.

Kamulaştırma Kanunu'ndaki usul ve esasa ilişkin şartlar dikkate alındığında, kamulaştırma işleminin, idari ve yargısal işlem boyutlarını barındıran karma bir hukuki işlem olduğu kabul edilmektedir<sup>51</sup>. Kamulaştırma, sürece yayılmış bir dizi idari işlemi bünyesinde barındırmaktadır. Kamulaştırma Kanunu m. 5'te sayılan merciler tarafından alınan kamu yararı kararının<sup>52</sup> KK m. 6/1'de sayılan merciler tarafından onaylanması gerekmektedir<sup>53</sup>. Kamu yararı kararının ardından, KK m. 7 uyarınca, kamulaştırmaya konu olacak taşınmaz/taşınmazlar belirlenir<sup>54</sup>, ilgili taşınmazlar hakkında kamulaştırma kararı alınır<sup>55</sup> ve kararın tapu siciline işlenmesi amacıyla, taşınmazın kayıtlı olduğu tapu sicil müdürlüğüne “*kamulaştırma şerhi*” için bildirimde bulunulur. Bu hazırlık sürecinin ardından idare, KK m. 8 uyarınca, tapuya kayıtlı

---

**Hukuku**, Cilt II, Bursa, Ekin Yayınları, 2019, s.958. *Çabri* de, kamulaştırmayı, kamu idareleri veya kamu kurumları tarafından özel kişilere ait ve kamu yararı için gerekli taşınmaz malların kanunda gösterilen usul ve esaslara göre yetkili organlarca karşılığı ödenmek suretiyle mülkiyetin edinilmesi veya bu mallar üzerinde irtifak hakkı kurulması şeklinde tarif etmektedir. Sezer Çabri, **İmar Kanunu Uyarınca Kamulaştırma**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2005, s.38.

<sup>51</sup> Bkz. Gürsel, s.45-46; Gözler, *İdare Hukuku II*, s.988-989; Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s.684; Metin Günday, **İdare Hukuku**, Ankara, İmaj Yayınevi, 2015, s.250; Turgut Tan, **İdare Hukuku**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2014, s.585; Çabri, *Kamulaştırma*, s.39-40.

<sup>52</sup> Detaylar için bkz. Gürsel, s.154-175; Günday, *İdare Hukuku*, s.257-258. Kamu yararı kararının, kural olarak, idareye kamulaştırma yükümlülüğü yüklenmediği hakkında bkz. Pertev Bilgen, **Kamulaştırma Hukuku**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1999, s.49-50; Gözler, *İdare hukuku II*, s.990.

<sup>53</sup> KK m.6/2 uyarınca, Cumhurbaşkanı veya bakanlıklar tarafından verilen kamu yararı kararlarının onaylanmasına gerek bulunmamaktadır. KK m. 6/3. fıkrası da imar planına veya ilgili bakanlıklarca onaylı özel plan ve projeye göre yapılacak hizmetler için kamu yararı kararının alınmasının ve onaylanmasının gerekmediğini, bu durumlarda yetkili icra organınca kamulaştırma işlemine başlanıldığını gösteren bir karar alınacağını belirtmektedir.

<sup>54</sup> Bkz. Gürsel, s.209-222; Gözler, *İdare Hukuku II*, s.994; Bilgen, s.75-76; Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s.686; Tan, s.587-588; Günday, *İdare Hukuku*, s.258-259; Çabri, *Kamulaştırma*, s.49. *Bilgen*, bu suretle kamulaştırma ile ilgili işlemlerin ilk defa kişiselleştğini belirtmektedir. Bilgen, s.75-76. Tapuya kayıtlı taşınmazlarda tapudaki malik/malıkların, tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlarda ise zilyedin belirlenmesi gerekmektedir.

<sup>55</sup> Bkz. Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s.686; Gözler, *İdare Hukuku II*, s.994; Günday, *İdare Hukuku*, s.259; Çabri, *Kamulaştırma*, s.49-51. *Gözler*, idarenin, taşınmazı belirlemesinin ardından kamulaştırma kararı alması gerektiğini, ancak bu kararın, mülkiyet hakkının idareye geçmesi neticesi doğuran bir karar olmadığını ifade etmektedir. Gözler, *İdare Hukuku II*, s.994. *Çabri*, genel ve soyut içerikteki kamu yararı kararının, kamulaştırma kararı ile somut bir taşınmaza yönlendirildiğini, kamulaştırma kararının kim tarafından hangi usul ile alınacağına dair kanunda herhangi bir düzenleme olmadığını, ancak kamu yararı kararının tabi olduğu usule tabi olduğunu belirtmektedir. Çabri, *Kamulaştırma*, s.50. *Bilgen*, ilgili maddede her ne kadar “*kamulaştırma kararı*” denilmekte ise de bu ifadenin “*kamu yararı kararı*” şeklinde anlamlandırılması gerektiğini, kamu yararı kararının alınmasının ve onaylanmasının gerekmediği hallerde, bu ifadenin, KK m.6/3 uyarınca, yetkili icra organınca kamulaştırma işlemine başlanıldığını gösteren karar olarak anlaşılması gerektiğini belirtmektedir. Bilgen, s.82-83.

taşınmazlarda<sup>56</sup> taşınmaz maliki ile öncelikli olarak satın alma usulüne ilişkin süreci işletmelidir<sup>57</sup>. Satın alma sürecinin, taşınmaz malikinin davete cevap vermemesi, olumsuz cevap vermesi veya uzlaşma komisyonundaki görüşmelerde uzlaşmaya varılamaması şeklinde sona ermesi halinde, KK m. 10 gereğince, idare tarafından kamulaştırma bedelinin tespiti ve idare adına tescili istemiyle taşınmazın bulunduğu yer Asliye Hukuk Mahkemesi nezdinde dava açılması süreci işletilmelidir<sup>58</sup>. Kural olarak, süreç, KK m. 25/1 uyarınca, taşınmazın idarenin mülkiyetine geçmesi neticesini doğuran, mahkeme tarafından verilen tescil kararı ile tamamlanır<sup>59</sup>.

İdare, kamu yararının gerektirdiği hallerde, Kamulaştırma Kanunu'ndaki usul ve esasları işleterek, özel hukuka tabi taşınmaz üzerinde mülkiyet hakkını sona erdirerek mülkiyetin idareye geçmesini temin edebilir. Bu süreç sonunda kamunun mülkiyetine geçmiş olan taşınmaz, arzu edilen şekilde kamu yararına özgülenebilir. Ancak idare, Kamulaştırma Kanunu'ndaki usul ve esaslara riayet etmeksizin hukuka aykırı şekilde maliki mülkiyet hakkından mahrum bırakabilmekte, hakkın özüne müdahale ederek onu kullanılmaz kılabilir.

İdare, kamulaştırma sürecini hiç başlatmaksızın veya başlatmış olduğu süreç neticesinde taşınmaz üzerinde henüz idarenin mülkiyetinin veya idare adına irtifak hakkının kurulmadığı bir zaman diliminde<sup>60</sup>, özel hukuka konu olan taşınmazın tamamına veya bir kısmına müdahale ederek, taşınmazı doğrudan doğruya kamu yararına hasredebilmektedir. Taşınmaz, kamulaştırılmaksızın, yol, park alanı, okul,

<sup>56</sup> Tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlar ile ilgili süreç, Kamulaştırma Kanunu'nun 19. maddesinde düzenlenmiştir.

<sup>57</sup> Detaylı bilgi için bkz. Gürsel, s.231-243; Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s.686-687; Günday, İdare Hukuku, s.259-260. *Çabri*, satın alma usulü ifadesine yerine "*iradi yolla devir teşebbüsü yükümlülüğü*" ifadesinin kullanılmasını uygun görmektedir. *Çabri*, Kamulaştırma, s.51.

<sup>58</sup> Süreç ile ilgili geniş bilgi için bkz. Gürsel, s.240, 247, 249-353; Gözler, İdare Hukuku II, s.996-1006; Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s.687-690; Günday, İdare Hukuku, s.260-263; *Çabri*, Kamulaştırma, s.54-56.

<sup>59</sup> Ancak malik, KK m.14/1 uyarınca, mahkeme tarafından 10. madde gereğince yapılan tebligat tarihinden itibaren 30 gün içinde kamulaştırma işlemine karşı idari yargıda iptal davası açılabilir. İdari yargıda açılan iptal davasının, kamulaştırma bedelinin tespiti ve idare adına tescil istemli adli yargı nezdindeki davaya etkisi için bkz. Gözler, İdare Hukuku II, s.999-1000; Gürsel, s.355-421; Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s.688-689.

<sup>60</sup> Yargıtay 18. HD 2014/16189 E., 2015/2733 K., 24.02.2015 T. kararında, kamulaştırma kararı alınmasının üzerinden uzun yıllar geçmesine rağmen KK m.10 uyarınca kamulaştırma bedelinin tespiti ve tescili davası açılmamış olmasına rağmen taşınmazın yola kalbedilmesi halinde kamulaştırmaksızın elatmaya dayalı tazminat davası açılacağından bahisle davanın reddi yönündeki yerel mahkeme kararının bozulması yönünde karar vermiştir ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 21.2.2021).

hastane gibi kamu yararına yönelik kullanım alanı veya tesisler için fiilen kullanılabilir. Bu suretle malikin taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkı varlığını korumasına rağmen fiili hâkimiyet sona erdirilmekte; idare, kendi fiili hâkimiyetini tesis etmektedir. Fiili elatma olarak isimlendirilen ve taşınmaza doğrudan müdahalede bulunulan bu halde malik, hukuka aykırı şekilde mülkiyet hakkından mahrum bırakılarak hakkın özüne müdahale edilmektedir.

Kamulaştırma işleminin yetki-sebep-konu-usul ve amaç unsurlarındaki hukuka aykırılıklar, işlemin hukuki varlık ve geçerliliğini etkilediği ölçüde, mülkiyet hakkı üzerinde hukuka aykırı müdahaleler anlamına gelebilmektedir. Kamulaştırma sürecindeki hukuka aykırılıklar, işlemin yokluk yaptırımını ile malul olması<sup>61</sup> neticesini doğuracak nitelikte olmasına rağmen idare tarafından ilgili taşınmaza fiilen elatılmış ise fiili elatma olgusu söz konusu olabilecektir<sup>62</sup>.

Kısmi kamulaştırmada, taşınmazın kamulaştırılmayan bölümünün kullanılamaz veya değersiz hale gelmesi, o taşınmaz bölümü üzerindeki mülkiyet hakkının kullanımının imkânsızlaşması neticesi doğurabilmektedir. Malik, kamulaştırma işlemine konu yapılmamış olsa da, kamulaştırılmaksızın taşınmaz mülkiyetinden mahrum kalmaktadır. Benzer şekilde, kamulaştırmaya konu sahanın komşu alanı içerisinde kalan taşınmazlara herhangi bir şekilde doğrudan fiili müdahale olmamasına rağmen, ilgili taşınmazların kullanılmasının imkânsızlaşması veya aşırı ölçüde güçlenmesi ile de karşı karşıya kalınabilmektedir. Bu ve benzeri hallerde, taşınmazın artık kullanılamamasına rağmen kamulaştırılmaması mülkiyet hakkının özüne müdahale olarak değerlendirilebilir<sup>63 64</sup>.

<sup>61</sup> Hangi hal ve şartlarda idari işlem veya eylemin yokluk ile malul olacağına ilişkin açıklamalar için bkz. Gözler, İdare Hukuku I, s.1123-1143; Tan, s.776-778.

<sup>62</sup> Bkz. AİHM *Halil Göçmen v. Türkiye Davası*, 24883/07 B. No, 12.11.2013 T. karar (hudoc.echr.coe.int, 12.10.2019).

<sup>63</sup> Kamulaştırma Kanunu'nun 12. maddesi, "*Kısmi Kamulaştırma*" başlığı altında, 5. fıkrada, kısmi kamulaştırmada kamulaştırılmayan kısmın yararlanmaya elverişli olmaması halini, 6. fıkrada ise baraj inşası sebebiyle kamulaştırılan taşınmaza komşu taşınmazdan yararlanılmasının mümkün olmaması halini düzenlemekte ve belli süreler içerisinde malikin başvurusu üzerine taşınmazın kamulaştırılması gerekliliğini öngörmektedir. Kanunkoyucu, olası problemleri öngörerek, olası mülkiyet hakkı ihlallerini önlemek amacıyla ilgili idareye kamulaştırma yükümlülüğü öngörmektedir. Ayrıca, 12. maddenin son fıkrasında, bu maddenin uygulanmasından kaynaklı uyuşmazlıkların adli yargıda çözümleneceği belirtilmektedir. Bu hüküm, fıkralara konu yaptığı olası problemleri, kamulaştırma usulünün bir parçası olarak görmek ve adli yargıya tabi tutmaktadır.

<sup>64</sup> Anayasa Mahkemesi 2018/99 E., 2021/14 K., 3.3.2021 T. kararda, Kamulaştırma Kanunu'nun 12/6. fıkrasındaki düzenlemenin, daha önce açılmış davalar için de uygulanmasını öngören KK

KK m. 25/1 uyarınca, malik açısından, hakların kullanılması ve borçların yerine getirilmesi bakımından kamulaştırma işlemi, kamulaştırma bedelinin tespiti ve tescili davasında mahkemece yapılan tebligatla başlamaktadır. Bu hükümle bağlantılı olarak, KK m. 31/1-b uyarınca da, “*Mahkemece 10 uncu madde uyarınca yapılan tebligat, davet veya ilanen tebliğden sonra taşınmaz malın başkasına devir ve ferağ veya temlik*” işlemi yasaklanmıştır. Taşınmazda yeni inşaat veya ekim yapmak veya mevcut inşaatla esaslı değişiklikler meydana getirmek gibi kullanma hakları ise KK 25. maddenin 2. fıkrasına göre, mahkemece verilen tescil kararı tarihinden itibaren ortadan kalkmaktadır<sup>65</sup>. Bu düzenlemeler karşısında, kamulaştırma sürecinde taşınmaza ilişkin sınırlandırmaların, mahkemenin KK m. 10 gereğince malike yapacağı tebligat tarihinden itibaren devreye gireceği söylenebilir. Ancak bir dizi idari işlemde teşekkül eden kamulaştırma sürecinde, hazırlık mahiyetindeki idari işlemlerden bazılarının gereğinin yapılmaması, kısıtlamaların çok daha önceki bir zaman diliminde doğmasına sebebiyet verebilmektedir.

Kamulaştırma sürecinde kamulaştırma işlemine konu olacak taşınmazlar belirlenmiş ise kamulaştırma kararı alınarak ilgili taşınmazların sicillerine kamulaştırma şerhi işlenmektedir. Kamulaştırma şerhinin düzenlendiği KK 7. maddenin başlığı, “*idari şerh*” ifadesine yer vermektedir. KK m. 7/3’ün ikinci cümlesindeki ifadesine göre<sup>66</sup>, şerhin işlevi, kamulaştırma süreci boyunca, kamulaştırmaya konu olan taşınmazdaki mülkiyet hakkı ve diğer aynı hak

---

geçici madde 13 düzenlemesini iptal etmiştir. Kararda, “*Baraj inşası için yapılan kamulaştırmalar sonunda kamulaştırma sahasına mücavir taşınmaz mallardan yararlanılması, çevrenin sosyal, ekonomik ve yerleşme düzeninin bozulmasından dolayı imkânsız hâle gelebileceği gibi malikin mülkiyet hakkından doğan yetkileri de önemli ölçüde kısıtlanabilmektedir. Nitekim kanun koyucu 2942 sayılı Kanun’un 12. maddesinde kamulaştırma sahasına mücavir taşınmaz malların belirtilen şartları sağlaması halinde kamulaştırma tabi tutulacağını hüküm altına alarak bu hususta idareye takdir yetkisi tanımamıştır.*” şeklinde ifadeye yer verilmiştir (bkz. RG T.7.5.2021, S.31477).

<sup>65</sup> Kamulaştırma Kanunu’nun 25/3.fıkrasında ise bazı projelerde, taşınmazın kullanımına ilişkin sınırlandırmanın, mahkemenin vereceği tescil kararından çok önce, kamu yararı kararının ilan süresi geçtikten sonra işleyeceği hüküm altına alınmıştır. Fıkra şu şekildedir: “*Baraj, sulama şebekeleri ve boru hatları, karayolu, demiryolu, liman ve havaalanı gibi gelecek yıllara sari büyük projelerde kamu yararı kararı kamulaştırılacak taşınmazların bulunduğu mahalle ve/veya köy muhtarlığında on beş gün süre ile asılmak suretiyle ilan edilir. Kamu yararı kararının ilan süresinin bitiminden itibaren, kamulaştırılacak taşınmazlar üzerine yapılan sabit tesisler ile dikilen ağaçların bedeli, kamulaştırma bedelinin tespitinde dikkate alınmaz. Taşınmazlardaki bu sınırlama ilan tarihinin bitiminden itibaren beş yıl olup, (...)*”. Konuyu ele alan Danıştay kararı için bkz. Danıştay 6. D. 2014/9326 E., 2015/2044 K., 3.4.2015 T. kararı ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 24.1.2021).

<sup>66</sup> Kamulaştırma Kanunu m.7/3: “*... Bildirim tarihinden itibaren malik değiştiği takdirde, mülkiyette veya mülkiyetten gayri aynı haklarda meydana gelecek değişiklikleri tapu idaresi kamulaştırmayı yapan idareye bildirmek zorundadır.*”.

sahipliğindeki olası değişimleri takip edebilmektir<sup>67</sup>. Söz konusu idari şerhin süresi, KK m. 7/3 son cümle uyarınca, altı (6) aydır. KK m. 7/3'e göre, bu süre zarfında ilgili idare tarafından, KK m. 10 uyarınca, kamulaştırma bedelinin tespiti ile taşınmazın idare adına tescili talebiyle taşınmazın bulunduğu yer asliye hukuk mahkemesinde dava açılmaz ise, şerh, Tapu Müdürlüğü tarafından ilgilinin talebi ile veya re'sen silinir<sup>68</sup>. Kamulaştırma şerhinin tapu siciline işlenmesinin üzerinden altı aydan daha uzun bir süre geçmesine ve idarenin kamulaştırma bedelinin tespiti ve taşınmazın tesciline dair dava açmamasına rağmen şerhin terkin edilmemesi ya da terkin edilmesi gereken şerhin tekrar tekrar yenilenmesi gibi haller ile karşılaşılabilmektedir. Kamulaştırma şerhi işleminin gereği olan satın alma usulünün işletilmemesi veya işletilmesi neticesinde anlaşma sağlanamaması sonrasında kamulaştırma bedelinin tespiti ve tescili davasının uzun yıllar açılmaması<sup>69</sup>, taşınmaz malikinin tasarruf yetkisinin belirsiz bir süre için sınırlandırması anlamına gelmektedir<sup>70</sup>. Bu suretle

<sup>67</sup> Gürsel, s.222; Bilgen, s.83. Ancak aksi yönde, şerhin, malikin tasarruf yetkisini kısıtladığı kanaati de paylaşılmaktadır. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.217'de, "... kamulaştırmadan doğan tescili isteme hakkının korunmasına yönelik bir tasarruf kısıtlamasına ilişkin şerhin söz konusu olduğu anlaşılmaktadır." ifadesini kullanmaktadır.

<sup>68</sup> Tapu Müdürlüğü'nün, altı aylık sürenin sonunda kamulaştırma şerhini silmemesi halinde, söz konusu uyuşmazlığın çözümleneceği yargı kolunun adli yargı olduğu ile ilgili olarak bkz. Gürsel, s.224; Bilgen, s.83-84.

<sup>69</sup> Kamulaştırma bedelinin tespiti ve taşınmazın idare adına tescili davasının, ne kadarlık bir süre içerisinde açılması gerektiği ile ilgili KK'da herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Konu ile ilgili olarak Gürsel, KK m.7/son'daki hükümden hareketle tapuya şerh tarihinden itibaren altı aylık süre içerisinde bedel tespiti ve tescil davasının açılması gerektiği sonucuna ulaşabileceğini, ancak bu sürenin dava açma hakkını sınırlandıran bir süre olmadığını belirtmektedir. Gürsel, s.263-264. Kamulaştırma bedelinin tespiti ve taşınmazın tesciline ilişkin davanın ne kadarlık bir süre içerisinde açılması gerektiğine dair yargı kararı için bkz. Yargıtay 5. HD 2010/15496 E., 2011/2202 K., 14.02.2011 T. kararı ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 21.2.2021). Kararda Yargıtay, "... davalı idarenin kamulaştırma kararı sonrası Kamulaştırma Kanunu'nun 8. ve 10. maddelerine uygun işlem yaparak taşınmazın kamulaştırma bedelini tespit ettirmesi için taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinde dava açması gerekir. Bunun için idarenin bir an önce dava açması asıl ise de, kanunda bu sürenin belirtilmemiş olması davalıya sonsuza kadar bekleme yetkisini vermez. İdarece taşınmaza el konulması halinde Dairemizin içtihatlarıyla oluşmuş 6 aylık makul süre içerisinde kamulaştırma bedelinin tesbiti davası açmadığına göre, davacı mal sahibince kamulaştırmaz el atma nedeniyle vaki el atmanın önlenmesi ve eski hale iade davası açmasında herhangi bir usulsüzlük yoktur." şeklinde karar vermiştir.

<sup>70</sup> Danıştay İDDK 2011/1720 E., 2014/803 K., 17.3.2014 T. kararına konu olay, 27/01/2000 günlü, 131 sayılı encümen kararı ile taşınmazın kamulaştırılmasına ve tapuya kamulaştırma şerhi konulmasına karar verilmesine rağmen ödenek yetersizliği nedeniyle kamulaştırma işlemine devam edilememesi, 12/04/2005 günlü, 253 sayılı encümen kararı ile yeniden kamulaştırma kararı alınması ve kamulaştırma şerhinin tapuya işlenmiş olmasına rağmen yie kamulaştırma sürecinin tamamlanmamış olmasıdır. Mahkeme, " Davacıya ait söz konusu taşınmazın, imar planında kamunun kullanımı için Belediye Garaj Alanı ve İtfaiye olarak ayrılması nedeniyle bu parselde artık yapılaşmaya gidilemeyeceği ve bu nedenle maliklerinin tasarruf haklarının kısıtlandığı açıktır. İmar planında ayrıldığı amaç doğrultusunda kullanılması amacıyla aradan yirmi yıldan fazla bir süre geçmiş olmasına karşın idarece kamulaştırma yapılmadığı gibi ne zaman yapılacağı konusunda da bir belirlilik bulunmamaktadır. Ayrıca, itfaiye alanı olarak bir başka taşınmaz ayrılmış ve burada hizmet verildiği anlaşılmıştır. Tüm bu nedenlerle, davacının maliki olduğu



KK’de, mahkemenin tebligatı ile başlayabilecek kısıtlamalar, çok daha önceki bir zaman diliminde başlamakta ve kısıtlamanın ne kadarlık bir zaman için süreceği de belirsizlik arz etmektedir.

Kamulaştırma Kanunu m. 27’de düzenlenen acele kamulaştırma usulü ise 3634 sayılı Milli Müdafaa Mükellefiyeti Kanunu gereğince yurt savunması ihtiyacı için veya aceleliğine Cumhurbaşkanınca karar alınacak hallerde veya özel kanunlarla öngörülen olağanüstü durumlarda<sup>71</sup> gerekli olan taşınmazlara, kıymet takdiri dışındaki diğer işlemler sonradan tamamlanmak üzere, mahkemece tespit edilen taşınmaz değerinin mal sahibi adına ilgili bankaya yatırılması suretiyle elatma yetkisi vermektedir<sup>72</sup>. KK m. 27/2’ye göre, mahkemece verilen karar üzerine, taşınmazın başkasına devir, ferağ veya temlikinin yapılamayacağı tapu siciline şerh edilir. Dolayısıyla kamulaştırma usulünde mahkemenin malike yapacağı tebligatla başlayan tasarruf kısıtlaması, acele kamulaştırma usulünde, bedel tespiti ve elatmaya ilişkin mahkeme kararının tapu siciline şerhi ile başlamaktadır. Acele kamulaştırmada idare, bir yandan da kamulaştırma sürecine devam etme gerekliliği altındadır. İdare, KK m. 8 uyarınca satın alma usulünü işletmeli, bu süreçte uzlaşuya varılamaması halinde de KK m. 10’daki bedel tespiti ve tescil davasını makul sürede açmalıdır<sup>73</sup>. Ancak bu sürecin uzun yıllar işletilmemesi sebebiyle kamulaştırma sürecinin yıllarca

*parselin durumu ve mülkiyet hakkından yararlanma olanağı belirsizlik içindedir. Bu bağlamda, uyumsuzluk konusu olayda, davacıların mülkiyet haklarının belirsiz bir süre ile kısıtlandığı açık olup bu kısıtlamanın kaldırılmaması sonucunu doğuran işlemde bu yönüyle hukuka uyarlık bulunmadığı sonucuna varılmıştır.*” yönünde karar vermiştir ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 27.6.2020). AİHM Ziya Çevik v. Türkiye, 19145/08 B. No., 21.6.2011 T. karara konu olayda, taşınmaz, imar planında oyun alanı olarak tahsis edilmesine ve tapu kaydına kamulaştırma şerhi işlenmesine rağmen, otuz yılı aşkın bir süredir taşınmaz üzerinde tahsise uygun herhangi bir inşaata başlanmamış ve kamulaştırma işleminin yapılmamış olması değerlendirilmektedir. AİHM, bu durumun, başvuranın mülkiyet hakkından tam anlamıyla yararlanmasına engel olduğunu, arazinin satış şansı da dâhil, sonucu itibarıyla taşınmazın değerini hatırı sayılır ölçüde azalttığını ve bunu telafi edici bir mekanizmanın öngörülmemiş olduğunu belirterek mülkiyet hakkı ihlali kararı vermiştir (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-105208>, 7.7.2020).

<sup>71</sup> Acele kamulaştırmanın öngörüldüğü özel kanunlara örnek olarak 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun gösterilebilir. Konu ile ilgili olarak bkz. Gürsel, s.520-529. Ayrıca Endüstri Bölgeleri Kanunu, Turizm Teşvik Kanunu, Türk Petrol Kanunu, Elektrik Piyasası Kanunu, özel kanunlara örnek olarak gösterilebilir. Bkz. Onur Kaplan, “Danıştay Kararları Işığında Acele Kamulaştırmalarda “Aceleliliğine Karar Verilen Haller” Bakımından Bir Değerlendirme”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C.24, S.1, Haziran 2018, s.179-181; Mehmet Yoğurtçu, “Kamu Yararı Çerçevesinde Acele Kamulaştırma”, **Anadolu Bil Meslek Yüksekokulu Dergisi**, S.42, 2016, s.45-52.

<sup>72</sup> Acele kamulaştırma süreci ile ilgili olarak bkz. Gürsel, s.507-517; Kaplan, Acele Kamulaştırma, s.184-188; Yoğurtçu, s.42-45; Sami Saygın Yazıcıoğlu, “Kamulaştırma Hukuku’nda Acele Kamulaştırma Uygulaması”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2014/3, s.389-393.

<sup>73</sup> Önder Çetintaş, **Kamulaştırmaz El Atma**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2020, s.78; İrem Karaca, **Kamulaştırmaz El Atma**, Ankara, Adalet Yayınları, 2019, s.50.

tamamlanmaması, malikin, taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkı varlığını korumasına rağmen mülkiyet hakkından doğan yetkilerini, özellikle de tasarruf yetkisini kullanamaması sonucunu doğurabilmektedir<sup>74</sup>.

Kamulaştırma Kanunu m. 1 ve m. 30/1 hükümlerinden hareketle Türk Hukuku'nda, kamulaştırmanın ancak gerçek ve özel hukuk tüzel kişilerinin mülkiyetinde bulunan taşınmazlar için söz konusu olduğu, idarelerin özel hukuka veya kamu hukukuna tabi taşınmazlarının kamulaştırılamayacağı kabul edilmektedir<sup>75</sup>. Bir idarenin diğer bir idarenin taşınmaz malvarlığına gereksinim duyması halinde ise “*Bir İdareye Ait Taşınmaz Malın Diğer İdareye Devri*” başlığını taşıyan KK 30. madde hükümleri uygulama alanı bulacaktır<sup>76</sup>. Kamulaştırma Kanunu'nun 30. maddesi, bir idarenin taşınmazına bir başka idarenin ihtiyaç duyması halinde, idarelerin uzlaşması temelinde, olmaz ise Danıştay'ın ilgili idari dairesi tarafından sorunun çözümlenmesini öngörmüştür. İdarenin, diğer bir idarenin taşınmazına, KK m. 30 hükümlerine aykırı şekilde doğrudan eylemli elatması hali, Anayasa tarafından

<sup>74</sup> Özdemir, Çetintaş ve Karaca, usulüne uygun gerçekleştirilmeyen acele kamulaştırma uygulamasının, hukuka uygunluğunu kaybederek kamulaştırmassız elatma olarak değerlendirilebileceği kanaatindedirler. Yücel Özdemir, **Türk Hukukunda Kamulaştırmassız El Atma**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2018, s.152; Çetintaş, s.78-79; Karaca, Kamulaştırmassız El Atma, s.50.

<sup>75</sup> Bkz. Gürsel, s.93-94; Günday, İdare Hukuku, s.256-257; Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s.682; Tan, s.583; Gürsel, Kaplan, “Kamu Kurumları ve Tüzel Kişileri Arasında Taşınmaz Mal Devri ve Yargısal Denetimi”, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ayferi Göze'ye Armağan**, S.2004/1-2, s.171-174; Emin Memiş, **Genel İdare Hukuku Notları**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2014, s.286; Bilgen, s.61-63; Mehmet Ali Hayta, **Kamulaştırma ve Kamulaştırmassız El Koyma Davaları**, Ankara, Adalet Yayınları, 2014, s.44-45; Zeki Akar, **En Son Değişikliklerle Gerekeçli-Açıklamalı-İçtihatlı Kamulaştırma ve Kamulaştırmassız El Atma Davaları**, Cilt I, Ankara, Turhan Kitabevi, 2007, s.87-88. Kaplan, bu yaklaşımın Fransız Hukukunda farklı değerlendirildiğini, Fransa'da gerek doktrinin gerekse de yargı yerlerinin, kamu tüzel kişilerinin mülkiyetindeki özel malların kamulaştırılabileceğini kabul ettiklerini; Kamulaştırma Kanunu'ndaki mevcut yasal düzenleme karşısında, kamu tüzel kişilerinin özel mallarının kamulaştırılmayacağını kabul etmekten başka seçeneğin bulunmadığını, ancak yasal düzenlemenin, Anayasa'nın 46.maddesinin amir hükmü olmadığını, hatta ilgili yasal düzenlemenin Anayasa'nın 46. ve 35. maddelerine uygunluğunun da tartışmaya açık olduğunu belirtmektedir. Kaplan, Mal Devri, s.174. Gözler ise, Anayasa m. 46 yarıncı kamu tüzel kişilerinin özel hukuka tabi taşınmazların kamulaştırmaya konu olabileceğini, ancak KK m. 1 ve m. 30 hükümleri ışığında kamu tüzel kişilerinin özel hukuka tabi taşınmazlarının kamulaştırılamayacağı sonucunun çıktığını, KK m. 30 hükmü uygulamasının, aynı hukuki statüdeki eşyaların farklı usullere tabi tutulması sebebiyle eşitlik ilkesine aykırılık teşkil ettiğini ve mülkiyet hakkı ihlali oluşturduğunu belirtmekte ve KK m. 1 ve m. 30 hükümlerinin Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasını paylaşmaktadır. Gözler, İdare Hukuku II, 972-974. Kamu hukukuna tâbi tüzel kişilerin özel hukuka konu olan taşınmazlarının genel hükümler uyarınca kamulaştırmasının mümkün olduğuna dair bkz. Onar, s.1557.

<sup>76</sup> İki idare arasındaki taşınmaz mal devri hakkında geniş bilgi için bkz. Gürsel, s.123-148; Gözler, İdare Hukuku II, 974-979; Kaplan, Mal Devri, s.172-181; Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s.682-684; Tan, s.584; Çabri, Kamulaştırma, s.30-31. Gürsel, Kamulaştırma Kanunu'nun 30. maddesini, emredici hukuk kuralı olarak nitelendirmektedir. Bkz. Gürsel, s.126.

güvence altına alınan mülkiyet hakkına hukuka aykırı müdahale olarak değerlendirilmektedir<sup>77</sup>.

Mülkiyet hakkı, ister kamu hukukuna<sup>78</sup> ister özel hukuka tabi olsun, anayasal güvence altındaki temel bir haktır. Kamulaştırma Kanunu uyarınca yapılması gerekenlerin idare tarafından yapılmaması, mülkiyet hakkına anayasal güvencelere aykırı şekilde müdahale anlamına gelebilmektedir. Bu hal de gerek iç hukuk yargı makamları nezdinde gerekse de uluslararası mahiyetteki AİHM nezdinde hak ihlali iddialarının ileri sürülmesine sebebiyet vermektedir.

## 2. İMAR KANUNU ÇERÇEVESİNDE

İmar Kanunu, Anayasa'nın 35/2. fıkrasındaki "... *kamu yararı amacıyla kanunla sınırlanabilir*" düzenlemesine dayanarak mülkiyet hakkına ilişkin sınırlandırmaların öngörüldüğü kamu hukuku kaynaklı bir kanundur. İmar Kanunu, Anayasa'nın 56. maddesinde ifadesini bulan sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkının hayata geçmesi açısından da önemli bir işlev üstlenmiş durumdadır. İmar Kanunu'nun amacı, 1. maddede,

*"Bu Kanun, yerleşme yerleri ile bu yerlerdeki yapılaşmaların; plan, fen, sağlık ve çevre şartlarına uygun teşekkülünü sağlamak amacıyla düzenlenmiştir."*

şeklinde ifade edilmiştir. Kanun'un kapsamı ise 2. maddesinde *"Belediye ve mücavir alan sınırları içinde ve dışında kalan yerlerde yapılacak planlar ile inşa edilecek resmi ve özel bütün yapılar bu Kanun hükümlerine tabidir."* ifadesi ile izah edilmiştir. Bu suretle Kanun, amacını gerçekleştirme hususunda planlama ve yapılaşma şeklinde iki temel araca sahiptir. Planlama faaliyeti kapsamında diğer planlara göre temel hak ve

<sup>77</sup> Konu ile ilgili olarak bkz. Yargıtay 5. HD. 2002/6390 E., 2002/11881 K., 23.5.2002 T. karar ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 11.10.2019). Yargıtay, bu kararında, bir idarenin diğer bir idarenin taşınmazı hakkında Kamulaştırma Kanunu genel hükümleri çerçevesinde yaptığı kamulaştırma işleminin yok hükmünde olduğunu, Kamulaştırma Kanunun 30. maddesi uyarınca bir idarenin malik olduğu taşınmazın diğer bir idare tarafından kamulaştırılmasının mümkün olmadığını, davalı idarenin taşınmazı, fiilen elatmak suretiyle yola dönüştürmesi sebebiyle, idarenin bu eyleminin kamulaştırmasız el atma olarak kabul edilmesi ve davaya kamulaştırmasız el atmaya dayanan bedel davası olarak bakılıp sonuçlandırılması gerektiği kanaatindedir.

<sup>78</sup> Kamu mülkiyeti altında kamu hukukuna tabi mülkiyet hakkının niteliğine ilişkin tartışmalar için bkz. Gözler, İdare Hukuku II, s.861-867.

özgürlükler ile daha somut içeriğe sahip olması, daha somut sınırlandırıcı öngörüler içermesi sebebiyle imar planları önemli bir fonksiyona sahiptir.

İmar planları, İmar Kanunu'na dayanılarak gerçekleştirilen genel, soyut, sürekli, objektif ve uygulanmakla tükenmeme özelliklerini taşıyan sınırlandırma aracı olarak genel düzenleyici işlem mahiyetindedir<sup>79</sup>. Bu planlar, düzenleme alanı içerisindeki gerek kamu mülkiyetine gerekse de özel mülkiyete konu olan taşınmazlar için emredici nitelikte düzenlemeler içerebilmektedir. Bireysel olduğu kadar toplum yaşamını da yakından etkileyen sağlıklı ve dengeli çevrede yaşama hakkının tesisi, fiziksel çevrenin sağlıklı bir yapıya kavuşturulması, sağlıklı, güvenli ve düzenli şehir hayatının temini<sup>80</sup> için hazırlanan imar planlarının onaylanarak bağlayıcılık kazanması, ilgililere birtakım yükümlülükler yükleyebilmektedir. Planı hazırlayan idare açısından doğan yükümlülük, esas itibarıyla, plana uygun işlem ve eylemlerde bulunmak ve planı hayata geçirmek için gerekli olan işlem ve uygulamaları (imar programı, imar uygulama araçları gibi) gerçekleştirmektir<sup>81</sup>. Yatırımcı kamu kuruluşunun yükümlülüğü ise kamu hizmetine özgülünen yerleri gecikmeksizin kamulaştırmak, diğer idareler açısından ise plan ilkelerine uymak ve planın

<sup>79</sup> Bkz. Kalabalık, İmar Hukuku, s.239-240; Çabri, Kamulaştırma, s.74-76; Mehmet Çabuk/Nuran Doğan Çakmak/Dilara Şengöz, **Danıştay Kararları Işığında Kamulaştırmaz El Atma**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2020, s.20. Danıştay 6. Daire, 2006/527 E., 2008/1720 K., 12.3.2008 T. Kararında, “*Hangi ölçekte olursa olsun, imar planları genel düzenleyici işlemler olduklarından ilgilileri hakkında sonuç doğurabilmeleri için ilan edilmek suretiyle kesinleştirilmeleri zorunludur.*” ifadesi ile imar planlarının niteliği belirtilmektedir ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 8.10.2019). Benzer yöndeki karar için bkz. Danıştay İDDGK 2007/136 E., 2010/1358 K., 7.10.2010 T. karar ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 18.10.2019).

<sup>80</sup> İmar planlarının amacı ile ilgili olarak bkz. AYM 2013/1239 B. No, 20.3.2014 T. kararı ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 8.10.2019). AYM 2013/114 E., 2014/ 184 K., 4.12.2014 T. kararının 126. prg’da, kişilerin maddi ve manevi bütünlüklerinin korunması ve geliştirilmesi, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama haklarının sağlanmasının Devletin görevi olduğu ve bu görevleri yerine getirmek üzere kamu idarelerinin kentsel planlama araçlarını kullanılmasının zorunlu olduğu ifade edilmiştir ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 27.8.2019). Danıştay 6. D., 2013/894 E., 2017/4730 K., 12.6.2017 T. kararda, imar planlarının “... insan, toplum ve çevre ilişkilerinde kişi ve aile mutluluğu ile toplum hayatını yakından etkileyen fiziksel çevreyi sağlıklı bir yapıya kavuşturmak, yatırımların yer seçimlerini ve gelişme eğilimlerini yönlendirmek ve toprağın koruma kullanma dengesini en rasyonel biçimde belirlemek üzere...” hazırlandıkları ve bu kriterler üzerinden denetlenmeleri gerektiği belirtilmektedir ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 4.6.2020).

<sup>81</sup> İmar planının idare açısından hukuki sonuçları için bkz. Kalabalık, İmar Hukuku, s.230-233; Ruşen Keleş/Ayşegül Mengi, **İmar Hukukuna Giriş**, İstanbul, İmge Kitabevi, 2003, s.29; Ömer Köroğlu, **İmar Hukukunda Planlama Süreci ve Arazi ve Arsa Düzenlemeleri (Parselasyon)**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016, s.217; Çabri, Kamulaştırma, s.76-78; Çabuk/Çakmak/Şengöz, s.29. YHGK 2010/5-662 E., 2010/651 K., 15.12.2010 T. kararında, idare açısından en belirgin yükümlülüğün, imar planına aykırı davranışta bulunmamak, planların uygulanması için gerekli olan işlemleri Kanunda öngörülen sürede hazırlamak şeklinde ifade etmektedir. Benzer bir yaklaşım için bkz. YHGK 2011/148 E., 2011/303 K., 11.5.2011 T. karar ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 14.7.2020).

uygulanmasında sorumlu idare ile işbirliği yapmak ve eşgüdüm sağlamaktır<sup>82</sup>. Planın kapsadığı alanda taşınmazı bulunan gerçek kişi ile özel hukuk tüzel kişileri açısından söz konusu olan yükümlülük ise imar planında belirlenen işlev, kullanım biçimi ve yapılaşma koşullarına ilişkin kısıtlamalara uygun olarak taşınmazlar üzerinde tasarrufta bulunmak, özellikle imar sınırları içinde girecekleri her türlü imar ve yapı faaliyetlerinde imar plan ve imar programlarına uygun davranmak, her türlü yapı için ilgili idareden izin almak ve izin ilkelerine uygun olarak yapı inşa etmek şeklinde ifade edilebilir<sup>83</sup>. Bu özellikleri sebebiyle imar planları, kontrol tipi sınırlandırma araçları kapsamında, taşınmaz mülkiyetini sınırlandırabilecek en önemli araçlardan biridir.

İmar planının özel hukuka tabi mülkiyet hakkı üzerindeki etkisi, planda kamu veya umumi hizmetlere ayrılan taşınmazlar için daha belirgin ve daha ağır bir şekilde görülmektedir<sup>84</sup>. Bu başlık altında, imar planında kamu veya umumi hizmete tahsis

<sup>82</sup> Bkz. Keleş/Mengi, s.29; Köroğlu, s.217.

<sup>83</sup> Bkz. Kalabalık, İmar Hukuku, s.233-238; Keleş/Mengi, s.29; Köroğlu, s.216; Çabuk/Çakmak/Şengöz, s.29; Şaşı, s.315; M. Sıtkı Çelik, “Mülkiyet Hakkı ve Kamulaştırma- Türk İdari Yargı Uygulamasının Mülkiyet Hakkı ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında İrdelenmesi”, **Yüksek Yargı Kurumlarının Avrupa Standartları Bakımından Rollerinin Güçlendirilmesi Ortak Projesi kapsamında düzenlenen “Kamulaştırma” Konulu Konferans (6 Aralık 2011)**, s.4-5 (<https://docplayer.biz.tr/2198230-Mulkiyet-hakki-ve-kamulastirma.html>, 20.5.2019). AYM 2013/1239 B. No, 20.3.2014 T. kararında, “... Söz konusu imar uygulaması nedeniyle taşınmaza ilişkin belirtilen hukuki tasarruflarda bulunma imkânının şeklen varlığını sürdürmesine rağmen, fiilen kullanılmasının güçleştiği açıktır. Bu kapsamda başvuru, mülkiyet hakkından hukuken yoksun bırakılmadığı halde, söz konusu imar planının taşınmazından yararlanma ve tasarruf etme yetkilerini kısıtlamalara tabi tuttuğu anlaşılmaktadır.” ifadesi ile uygulama imar planının mülkiyet hakkı üzerindeki etkisi vurgulanmıştır ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 8.10.2019). YHGK 2010/5-662 E., 2010/651 K., 15.12.2010 T. kararında, gerçek kişi ile özel hukuk tüzel kişilerinin, imar planlarının onaylanmasından sonra imar sınırları içerisinde girecekleri her türlü imar ve yapı faaliyetlerinde imar plan ve programlarına uygun davranmak, her türlü yapı için ilgili idareden izin almak ve izin ilkelerine uygun olarak yapı inşa etmek yükümlülüğü altında olduğunu belirtmektedir. Benzer bir ifade için bkz. YHGK 2011/148 E., 2011/303 K., 11.5.2011 T. karar ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 14.7.2020).

<sup>84</sup> İmar planının mülkiyet hakkı üzerindeki bu etkisi, pek çok yargı kararında, “İmar planlarında kamu hizmet tesislerine tahsis edilmiş olan yerlerde kalan taşınmazlar üzerinde maliklerin tasarruf hakları kısıtlanmakta, bu yerler kamulaştırma işlemine konu teşkil edeceğinden satış değerleri düşmekte, rayiç değerinden satılamamakta, ancak kamulaştırma bedeli alınmak suretiyle yarar sağlanabilmektedir. Kamulaştırma yapılmadığı takdirde, kişilerin temel haklarından biri olan mülkiyet hakkı süresi belirsiz bir zaman diliminde kısıtlanmakta ve bu durum mülkiyet hakkının özünün zedelemesine neden olmaktadır.” şeklinde ifade edilmiştir. Yargı kararları için bkz. Danıştay 6. D., 2010/11381 E., 2014/84 K., 6.2.2014 T. karar; Danıştay 6.D., 2014/4110 E., 2015/3274 K., 21.5.2015 T. karar; Danıştay 6. D., 2012/4209 E., 2015/148 K., 23.1.2015 T. karar; Danıştay 6. D., 2014/5142 E., 2015/393 K., 3.2.2015 T. karar; Danıştay 6. D., 2012/5959 E., 2015/146 K., 23.1.2015 T. karar; Danıştay 6. D., 2012/1004 E., 2013/3010 K., 29.4.2013 T. karar; Danıştay 6. D., 2010/11949 E., 2013/3312 K., 13.5.2013 T. karar; Danıştay 6. D., 2010/4533 E., 2013/3705 K., 28.5.2013 T. karar; Danıştay 6. D., 2011/4505 E., 2013/3928 K., 4.6.2013 T. karar; Danıştay 6. D., 2010/8300 E., 2013/3927 K., 4.6.2013 T. karar; Danıştay 6. D., 2010/5531 E., 2013/3933 K., 5.6.2013 T. karar; Danıştay 6. D., 2010/3183 E., 2013/3934 K., 5.6.2013 T. karar; Danıştay 6. D., 2010/141 E., 2014/770 K., 5.2.2014 T. karar; Danıştay 6. D., 2010/5426 E., 2014/1113 K., 17.2.2014 T. karar; Danıştay 6. D., 2010/10570 E., 2014/1474 K., 28.2.2014 T.

edilmiş taşınmazlara ilişkin sınırlandırmaların, hukuka aykırı sonuca nasıl evrildiğini, maliki mülkiyet hakkından mahrum bırakan bir müdahale aracı haline nasıl dönüşebildiğini ele alacağız. Bu çerçevede öncelikle 3194 sayılı İmar Kanunu’nun 13. maddesinin ilk hali ile İmar Kanunu’ndaki diğer hükümlerin mülkiyet hakkı üzerindeki etkilerini, AYM’nin İK m.13/1 ve 3. fıkralarını, mülkiyet hakkının özüne dokunduğu gerekçesiyle iptal etme süreci ve iptal sonrası uygulama örneklerini inceleyeceğiz. Ardından ayrı bir alt başlıkta, 7181 sayılı Kanunla değişik İK m.13’ü değerlendireceğiz.

## 2.1. İmar Kanunu m. 13’ün İlk Hali ile Anayasa Mahkemesi’nin 29.12.1999 Tarihli İptal Kararının Mülkiyet Hakkı Üzerindeki Etkisi

İmar Kanunu’nun 13. maddesinin “*İmar Planlarında Umumi Hizmetlere Ayrılan Yerler*” başlığını taşıyan ilk hali<sup>85</sup>, imar planında resmî yapılara, tesislere ve okul, cami, yol, meydan, otopark, yeşil saha, çocuk bahçesi, pazar yeri, hal, mezbaha ve benzeri umumî hizmetlere ayrılan taşınmazlarda<sup>86</sup> inşaat, mevcut bina varsa esaslı

karar; Danıştay 6. D., 2011/4240 E., 2014/1969 K., 12.3.2014 T. karar; Danıştay 6. D., 2012/6962 E., 2015/584 K., 17.2.2015 T. karar; Danıştay 6. D., 2014/9101 E., 2015/2572 K., 22.4.2015 T. karar; Danıştay 6. D., 2013/3038 E., 2015/3249 K., 21.5.2015 T. kararı ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 3.6.2020).

<sup>85</sup> 3194 sayılı İmar Kanunu’nun 13. maddesinin ilk hali:

“Resmî yapılar, tesislere ve okul, cami, yol, meydan, otopark, yeşil saha, çocuk bahçesi, pazar yeri, hal, mezbaha ve benzeri umumî hizmetlere ayrılan alanlarda inşaat ve mevcut bina varsa esaslı değişiklik ve ilaveler yapılmasına izin verilmez. Ancak imar programına alınıncaya kadar mevcut kullanma şekli devam eder.

İmar programına alınan alanlarda kamulaştırma yapılmıncaya kadar emlak vergisi ödenmesi durdurulur. Kamulaştırmanın yapılması halinde durdurma tarihi ile kamulaştırma tarihi arasında tahakkuk edecek olan emlak vergisi, kamulaştırmayı yapan idare tarafından ödenir. Birinci fıkrada yazılı yerlerin kamulaştırma yapılmadan önce plan değişikliği ile kamulaştırmayı gerektirmeyen bir maksada ayrılması halinde ise durdurma tarihinden itibaren geçen sürenin emlak vergisini mal sahibi öder.

Ancak, parsel sahibi imar planlarının tasdik tarihinden itibaren beş yıl sonra müracaat ettiğinde imar planlarında meydana gelen değişikliklerden ve civarın özelliklerinden dolayı okul, cami ve otopark sahası ve benzeri umumî hizmetlere ayrılan alanlardan ilgili kamu kuruluşunca yapımından vazgeçildiğine dair görüş alındığı takdirde, tüm belirli çevredeki nüfus, yoğunluk ve donatım dengesini yeniden irdelleyerek hazırlanacak yeni imar planına göre inşaat yapılır. Bu Kanunun yayımı tarihinden önce yapılan imar planlarında, bahsedilen beş yıllık süre bu Kanunun yürürlük tarihinden itibaren geçerlidir.

Onaylanmış imar planlarında, birinci fıkrada yazılı yerlerdeki arsa ve arazilerin, bu Kanunda öngörülen düzenleme ortaklık payı oranı üzerindeki miktarlarının mal sahiplerince ilgili idarelere bedelsiz olarak terk edilmesi halinde bu terk işlemlerinden ayrıca emlak alım ve satım vergisi alınmaz.”

<sup>86</sup> İmar Kanunu’nun 10. maddesinde “kamu hizmet tesislerine tahsis edilmiş olan yerler” ifadesi kullanılırken 13. maddesinde “umumi hizmetlere ayrılan alanlar” ifadesinin kullanıldığına işaret etmek isteriz. Uygulamada bu iki ifadenin birbirinin yerine eşanlamlı ya da yakın anlamli şekilde



değişiklik ve ilave yapılmasına izin verilmeyeceği hükmünü taşımaktadır. Ancak imar programına alınıncaya kadar taşınmazın mevcut kullanım şeklinin devam edeceği de belirtilmektedir. Maddede, imar planında umumi veya kamu hizmetlerine tahsis edilen taşınmazlardaki emlak vergisi uygulaması ile taşınmaz üzerindeki kısıtlılık ile ilgili malikin kullanabileceği başvuru imkânına da yer verilmektedir. Bu çerçevede malik, imar planında okul, hastane alanı, park ya da yol olarak tahsis edilen taşınmazı için inşaat ruhsatı alamayacağı gibi, taşınmazı rayiç değeri üzerinden satamayacaktır. Taşınmaz üzerinde bir yapı mevcut ise bu binada esaslı herhangi bir değişiklik ve ilave yapamayacak, taşınmazı ancak mevcut şekli ile kullanmaya devam edebilecektir. İmar planındaki umumi hizmete tahsis, taşınmaza ilişkin kullanma, semerelerinden yararlanma ve dahi tasarruf etme yetkilerini sınırlandırabilmektedir.

İmar Kanunu'nun "*İmar Planı, Kamulaştırma ve Kısıtlılık*" başlığını taşıyan 10. maddesi<sup>87</sup> ise imar planının tatbiki ile ilgili idarenin yükümlülüklerini düzenlemektedir. Madde uyarınca, belediyeler<sup>88</sup>, imar planlarının yürürlüğe girmesinden itibaren üç ay içerisinde, imar planındaki tasarımların gerçekleştirilmesini temin edecek ve beş yıllık bir süreci kapsayacak şekilde imar programları<sup>89</sup> hazırlama

---

kullanıldığı veya "*umumi ve kamu hizmetine tahsis edilen*" şeklinde birlikte anıldığı görülmektedir. Bu iki ifade arasındaki sıkı bağlantı, 7181 sayılı Kanun ile değişik İmar Kanunu'nun 13. maddesinde daha bariz şekilde göze çarpmaktadır. Herhangi bir karmaşaya sebebiyet vermemek adına kanunlarda terim birliğinin temin edilmesi ve terim tanımlamalarının yapılması ayrı bir önemi haizdir.

<sup>87</sup> İmar Kanunu m. 10: "*Belediyeler; imar planlarının yürürlüğe girmesinden en geç 3 ay içinde, bu planı tatbik etmek üzere 5 yıllık imar programlarını hazırlarlar. Beş yıllık imar programlarının görüşülmesi sırasında ilgili yatırımcı kamu kuruluşlarının temsilcileri görüşleri esas alınmak üzere Meclis toplantısına katılır. Bu programlar, belediye meclisinde kabul edildikten sonra kesinleşir. Bu program içinde bulunan kamu kuruluşlarına tahsis edilen alanlar, ilgili kamu kuruluşlarına bildirilir. Beş yıllık imar programları sınırları içinde kalan alanlardaki kamu hizmet tesislerine tahsis edilmiş olan yerleri ilgili kamu kuruluşları, bu program süresi içinde kamulaştırırlar. Bu amaçla gerekli ödenek, kamu kuruluşlarının yıllık bütçelerine konulur. İmar programlarında, umumi hizmetlere ayrılan yerler ile özel kanunları gereğince kısıtlama konulan gayrimenkuller kamulaştırılınca veya umumi hizmetlerle ilgili projeler gerçekleştirilinceye kadar bu yerlerle ilgili olarak diğer kanunlarla verilen haklar devam eder.*"

<sup>88</sup> İmar Kanunu'nun 10. maddesinde, imar programı hazırlama yükümlülüğü yüklenen idare, "*belediye*" olarak anılmaktadır. Hâlbuki imar mevzuatı ve diğer kanuni düzenlemeler uyarınca imar planı ve bu planın uygulanmasına ilişkin programı hazırlamak yetkisine sahip kamu kuruluşu, sadece belediye ile sınırlı değildir. İmar Kanunu m. 8/b bendi uyarınca, belediye ve mücavir alan sınırları içinde imar planı hazırlama yetki ve görevi belediyeye ait iken belediye ve mücavir alan sınırları dışında ise il özel idaresine aittir. İmar Kanunu'nun 9. maddesinde zikredilen hal ve şartlarda Çevre ve Şehircilik Bakanlığı'nın re'sen imar planı hazırlama yetkisi bulunmaktadır. Korunması gereken tabiat ve kültür varlıkları gibi birtakım özel durumlarda ise belediye ve il özel idaresi dışında ilgili özel kanunlarda zikredilen diğer kamu makamları da yetkili olabilmektedir. Bkz. Kalabalık, İmar Hukuku, s.267-268; Çelik, Mülkiyet Hakkı, s.6-7; Köroğlu, s.220; Çabri, Kamulaştırma, s.76, dn.213.

<sup>89</sup> Köroğlu, imar programının tanımı, hukuki niteliği ve içeriği konusunda 3194 sayılı İmar Kanunu'nda bir düzenleme ve hüküm bulunmadığına işaret etmektedir. Köroğlu, s.218. Kalabalık,

yükümlülüğü altındadır<sup>90</sup>. Diğer yandan da hazırlanan beş yıllık imar programlarının sınırları içerisinde kalan kamu hizmet tesislerine tahsis edilmiş taşınmazların ilgili kamu kuruluşlarınca (belediye veya yatırımcı kamu kuruluşu) kamulaştırılması yükümlülüğü öngörülmektedir<sup>91</sup>. Beş yıllık imar programı kapsamında olan ve kamulaştırılması gereken taşınmazlarla ilgili olarak diğer kanunlarda verilen hakların kamulaştırılınca kadar devam edeceği de belirtilmektedir<sup>92</sup>.

İdare için öngörülen yükümlülüklerin gereği gibi yerine getirilmesi, özellikle de imar planlarında kamu hizmet tesisine tahsis edilen taşınmazlar açısından ayrı bir önemi haizdir. İmar Kanunu’nun 10. maddesindeki imar planının hayata geçirilmesi için imar programlarının belirli bir zaman diliminde hazırlanması ve imar programı kapsamındaki kamu hizmet tesislerine tahsis edilmiş taşınmazların bu süre zarfında kamulaştırılması yükümlülüğü, imar planı ile umumi veya kamu hizmetine tahsis edilmiş özel mülkiyete konu taşınmazlara getirilen sınırlandırmaların, hak ihlali sonucunu doğurmasını engelleme amacını taşımaktadır. Ancak uygulamada,

---

imar programını, imar planında öngörülen işlerden beş takvim yıllık süreçte gerçekleştirilmesi gerekenleri, bütün unsurları ile içeren ve belediye meclisince kabul edilip yürürlüğe konan belge olarak ifade etmekte olup genel düzenleyici işlem olarak nitelendirmektedir. Bkz. Kalabalık, İmar Hukuku, s.266-267. *Çabri* ise belediyelerin imar planları ile gerçekleştirmeyi düşündükleri işleri sırasına göre belirten ve yapılacak kamulaştırma işlemlerini, her türlü yapı ve tesislerin yapım maliyetini ve bunların yıllara göre dağılımını gösteren düzenleme olarak tarif etmektedir. *Çabri*, Kamulaştırma, s.95. İmar programlarının hazırlanması ve onaylanması ile ilgili olarak bkz. Kalabalık, İmar Hukuku, s.268-269.

<sup>90</sup> İmar Kanunu’nun 10. maddesi ile ilgili gerekçede, imar programı hazırlama yükümlülüğünün önemi şu şekilde ifade edilmektedir: “*İmar planlarının, beş yıl gibi belli bir zaman periyodu içinde uygulamaya konulmasını, uygulamanın programlı bir şekilde gerçekleştirilebilmesini sağlamak bakımından önem taşımaktadır. Bu madde ile beşer yıllık imar programlanması şartı getirilmiştir.*” (<https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?pkunlarno=38710&pkunnuma=3194>, 6.5.2020). AYM 2013/1239 B. No, 20.3.2014 T. kararında, imar programı hazırlanması gerekliliğini, “*İmar planlarının belirli aralıklarla, düzenlemeye konu olan alanın imar ve gelişimini denetim altına almayı amaçlamalarından dolayı, imar planı ile getirilen esasların bir anda gerçekleştirilebilmesi hukuki, mali ve teknik sebeplerden dolayı mümkün değildir. Dolayısıyla, imar planlarının uygulanması amacıyla yapılması gereken imar, yapı ve kamulaştırma işlemlerinin bir programa bağlanarak, imar planı uygulamasının bölümlere ayrılmasında ve bunların belirli zaman diliminde gerçekleştirilmesinde zorunluluk bulunmaktadır.*” şeklinde gerekçelenmektedir ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 4.6.2020).

<sup>91</sup> Bu düzenlemenin ilgili kamu kurum ve kuruluşları için kamulaştırma yükümlülüğü öngördüğü hakkında bkz. Kalabalık, İmar Hukuku, s.293; *Çabri*, Kamulaştırma, s.95-96. *Gürsel*, İK m.10’deki, beş yıllık imar programı sınırları içinde kalan kamu hizmetine tahsis edilmiş taşınmazların bu program süresi içerisinde kamulaştırılmasının yasanın emredici bir hükmü olduğu kanaatinde. *Gürsel*, s.581, 607. *Kasarcı* ise, beş yıllık sürenin tüm kamulaştırma işlemlerinin yapılması için verilen bir süre olduğu kanaatini paylaşmaktadır. Hakkı Kasarcı, **3194 Sayılı Kanunu’un 10. Maddesi Kapsamında İdarenin Mülkiyet Hakkına Hukuki Müdahalesi**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020, s.30.

<sup>92</sup> İmar Kanunu m.10/2’deki bu hükmü, yukarıda bahsettiğimiz İK m.13’ün ilk halinde ifade edilen inşaat yasağı, esaslı değişiklik ve ek yapma yasağı şeklindeki kısıtlamaları da dikkate alarak anlamlandırmalıyız.



uygulama imar planının yürürlüğe girmesine rağmen beş yıllık imar programlarının hazırlanmaması veya hazırlanmış olan imar programında kamulaştırılması öngörülen taşınmazlara ilişkin takvimin beş yıllık süreç içerisinde tamamlanmaması ya da imar planında kamu hizmetine tahsis edilmiş taşınmazlardan bir kısmının imar programı kapsamına alınmaması gibi durumlar ile karşılaşilmektedir. Bu hal de, imar planında umumi veya kamu hizmetine tahsis edilen taşınmazlarla ilgili, yukarıda ele aldığımız İK m. 13'ün öngördüğü kısıtlamaların uzun yıllar boyunca devam etmesine sebebiyet vermektedir. Hatta bu durum, idarenin gereğini yapmaması sebebiyle, tapu sicilinde malik olarak görülülmesine rağmen mülkiyet hakkından mahrum kalma neticesi doğurarak hakkın özüne müdahale anlamı taşıyabilmektedir. İmar programının üç aylık sürede hazırlanmamasının neticesi veya program kapsamına alınmasına rağmen kamulaştırma işlemine tabi tutulmamış ya da hazırlanmış olan beş yıllık imar programı kapsamına alınmayan taşınmazların hukuki durumu hakkında Kanun'da herhangi bir düzenleme bulunmadığı gibi yürürlükteki imar planının azami kaç yılda uygulanması gerektiği ile ilgili bir düzenleme de bulunmamaktadır<sup>93</sup>.

Anayasa Mahkemesi 1999/33 E., 1999/51 K., 29.12.1999 T. kararı ile yukarıda ele aldığımız, İmar Kanunu'nun 13. maddenin 1. fıkrasını, Anayasa'nın 2., 13. ve 35. maddelerine aykırı olması sebebiyle, maddenin 3. fıkrasını da 1. fıkra ile hukuki bütünlük arz etmesi sebebiyle iptal etmiştir<sup>94</sup>. AYM, İmar Kanunu'nun 13. maddesinin 1. fıkrasının iptaline hükmettiği kararda şu gerekçeye dayanmıştır:

*“3194 sayılı Yasa'nın 13. maddesinin itiraz konusu birinci fıkrasında imar plânlarında, resmi yapı, okul, cami, yol, meydan gibi umumi hizmetlere ayrılan*

<sup>93</sup> Köroğlu, İmar Kanunu'nun bu hususları ayrıntılı bir biçimde düzenlememiş olmasının, tipik bir yasa boşluğu olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir. Bkz. Köroğlu, s.222. Ayhan da 3194 sayılı İmar Kanunu'nda, beş yıllık imar programlarının üç ay içerisinde hazırlanmamasının yaptırım hakkında, beş yıllık imar programı kapsamına alınmayan taşınmazların veya program kapsamına alınmasına rağmen kamulaştırma işlemine tabi tutulmamış taşınmazların hukuki durumu hakkında kanun boşluğu bulunduğu fikrini paylaşmaktadır. Fatma Ayhan, “Karar İncelemesi- İmar Planlarında Umumi Hizmete Ayrılan Taşınmazların Uzun Süre Kamulaştırılmaması Sorunu”, **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, C.15, S. 2, Y.2012, s.139-140. Kasarcı, İmar Kanunu m.10'da imar programlarının hazırlanması için gereken üç aylık sürenin kaldırılarak, imar programı hazırlanmaksızın imar planlarının yürürlüğe giremediği bir sistem kurgulanması gerektiğini belirtmektedir. Kasarcı, s.99.

<sup>94</sup> AYM 1999/33 E., 1999/51 K., 29.12.1999 T. kararı (RG. T.29.06.2000, S.24094). Anayasa Mahkemesi, İmar Kanunu'nun 13. maddesi ile ilgili evvelki iptal taleplerini, 1988/34 E., 1989/26 K. sayılı kararında, iptali istenen maddelerin Anayasaya aykırı olmadığı gerekçesiyle; 1996/18 E., 1996/12 K. sayılı kararında da Anayasa Mahkemesi'nin kesinleşmiş ret hükmünün varlığına dayanarak reddetmişti.

*yerlerin, imar programına alınıncaya kadar mevcut kullanma şeklinin devam edeceği öngörülmüştür. Yasa'nın 10. maddesinde de belediyelerin, imar plânlarının yürürlüğe girmesinden en geç 3 ay içinde bu planı uygulamak üzere 5 yıllık imar programlarını hazırlayacakları belirtilmiş, ancak Yasa'da bu plânların tümünün hangi süre içinde programa alınarak uygulanacağına ilişkin bir kurala yer verilmemiştir.*

*13. maddenin birinci fıkrası uyarınca imar planlarında umumi hizmetlere ayrılan yerlerin mevcut kullanma şekillerinin ne kadar devam edeceği konusundaki bu belirsizliğin, kişilerin mülkiyet hakları üzerinde süresi belli olmayan bir sınırlamaya neden olduğu açıktır.*

*İmar plânlarının uygulamaya geçirilmesindeki kamusal yarar karşısında mülkiyet hakkının sınırlandırılmasının demokratik toplum düzeninin gerekleriyle çelişen bir yönü bulunmamakta ise de, itiraz konusu kuralın neden olduğu belirsizliğin kişisel yarar ile kamu yararı arasındaki dengeyi bozarak mülkiyet hakkını kullanılamaz hale getirmesi, sınırlamayı aşan hakkın özüne dokunan bir nitelik taşımaktadır.”.*

Anayasa Mahkemesi, bu kararda, İmar Kanunu'nda, imar plânlarının tümünün hangi süre içinde programa alınarak uygulanacağına ilişkin bir kurala yer verilmediği tespitini yapmaktadır. Süreye ilişkin bu belirsizliğin, mülkiyet hakkı üzerinde belirsiz süreli sınırlandırmalara yol açtığını ve bu halin hakkın özüne dokunduğunu belirterek düzenlemenin iptaline hükmetmiştir<sup>95</sup>. AYM, iptal edilen hükümler nedeniyle meydana gelen kanuni boşluğun doldurulabilmesi için kanunkoyucuya uygun bir zaman vermek için, kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak altı ay sonra yürürlüğe girmesi yönünde hüküm kurmuştur. Kanunkoyucu, İmar Kanunu'nun 13. maddesini, ancak, yaklaşık yirmi yıl sonra, 10.7.2019 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanan 7181 sayılı Kanun ile yeniden düzenlemiştir<sup>96</sup>.

<sup>95</sup> AYM kararı hakkındaki değerlendirmeler için bkz. Keleş/Mengi, s.50-51; Köroğlu, s.230; Gürsel, s.185-191; Çabri, Kamulaştırma, s.97-103; Çelik, Mülkiyet Hakkı, s.7.

<sup>96</sup> AYM'nin iptal kararından 7181 sayılı Kanun değişikliğine kadarki süreçte İmar Kanunu'nun 13. maddesi şu hali ile yürürlükte kaldı: “İmar programına alınan alanlarda kamulaştırma yapıncaya kadar emlak vergisi ödenmesi durdurulur. Kamulaştırmanın yapılması halinde durdurma tarihi ile kamulaştırma tarihi arasında tahakkuk edecek olan emlak vergisi, kamulaştırmayı yapan idare tarafından ödenir. Birinci fıkrafta yazılı yerlerin kamulaştırma yapılmadan önce plan değişikliği

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı sonrasında, ilgili idareler, İmar Kanunu'nun iptal edilen 13/1. maddesinde, imar planında umumi veya kamu hizmetine tahsis edilmiş olan taşınmazlar için öngörülen yapı ya da esaslı değişiklik/ilave yapma yasağını uygulamaya devam etmişlerdir. İmar planlarının genel düzenleyici işlem niteliği ile bağlayıcı olma özelliğine dayanarak, imar planında umumi veya kamu hizmetine tahsis edilen taşınmaz malikinin, tahsis ile uyuşmayan yapı veya değişiklik yapma yasağı altında olduğu kabul edilmiş ve bu yönde işlemler tesis edilmiştir<sup>97</sup>. Diğer yandan imar planında umumi veya kamu hizmetine tahsis edilen taşınmazların kamulaştırılmasına ilişkin talepler, idareler tarafından (açık veya zımnî) reddedildiği gibi imar planının değiştirilmesi (ve/veya inşaat ruhsat verilmesi) yönündeki talepler de reddedilmiştir. Kamulaştırma taleplerinin reddi işlemlerine karşı idari yargıda açılan davaların çoğu da, idarenin işlem tesisine zorlanamayacağı gerekçesi ile redde uğramıştır<sup>98</sup>. İmar planı değişikliği talebinin reddi işlemlerine karşı idari yargıda açılan davaların çoğunda da, bu taleplerin, mülkiyet hakkının maruz kaldığı kısıtlılık hali üzerinden ele alınmayarak, çevredeki nüfus, yoğunluk ve donanım dengesi açısından irdelenmesi gerekeceği belirtilmiş ve idarenin işleminde herhangi bir hukuka aykırılık görülmediği yönünde kararlar verilmiştir<sup>99</sup>. Tabiri caizse, malik, bir kısır döngünün içerisinde sıkışmış vaziyette, taşınmazından mahrum

*ile kamulaştırmayı gerektirmeyen bir maksada ayrılması halinde ise durdurma tarihinden itibaren geçen sürenin emlak vergisini mal sahibi öder. Onaylanmış imar planlarında, birinci fıkrada yazılı yerlerdeki arsa ve arazilerin, bu Kanunda öngörülen düzenleme ortaklık payı oranı üzerindeki miktarlarının mal sahiplerince ilgili idarelere bedelsiz olarak terk edilmesi halinde bu terk işlemlerinden ayrıca emlak alım ve satım vergisi alınmaz.”*

<sup>97</sup> YHGK 2010/5-662 E., 2010/651 K., 15.12.2010 T. kararında, idari makamların bu tavrı, şu şekilde ifade edilmiştir: “Ne var ki, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararında, ‘kişilerin mülkiyet hakları üzerinde süresi belli olmayan bir sınırlama’ olarak nitelendirilen imar plan ve programlarının hangi sürede tamamlanacağına ilişkin mevcut yasal belirsizlik devam etmekte olup, 3194 sayılı Kanun’un 13.maddesinin iptal edilen fıkralarında yer alan kısıtlamaların eylemli olarak uygulandığı açıktır.” kanaatindedir. Benzer bir ifade için bkz. YHGK 2011/148 E., 2011/303 K., 11.5.2011 T. karar ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 14.7.2020).

<sup>98</sup> Danıştay 6. Daire, 2002/4906 E., 2002/5794 K., 10.12.2002 T. kararı ([www.lexpera.com](http://www.lexpera.com), 2.7.2019). Bkz. Danıştay 6. D., 2002/3200 E., 2003/3476 K., 5.6.2003 T. karar; Danıştay 6. D., 2007/3362 E., 2009/2104 K., 6.3.2009 T. karar; Danıştay 6. D., 2007/4350 E., 2009/3840 K., 10.4.2009 T. karar; Danıştay 6.D., 2007/7844 E., 2009/10731 K., 3.11.2009 T. karar; Danıştay 6. D., 2008/10053 E., 2010/5801 K., 8.6.2010 T. karar ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 20.6.2020).

<sup>99</sup> Danıştay 6. D., 2007/5611 E., 2009/5008 K., 5.5.2009 T. karar; Danıştay 6. D., 2007/6183 E., 2009/7064 K., 9.6.2009 T. karar; Danıştay 6. D., 2007/4605 E., 2009/5003 K., 5.5.2009 T. karar; Danıştay İDDK, 2005/2154 E., 2008/1839 K., 23.10.2008 T. karar ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 12.6.2020). Gürsel, bu süreçte, yargı organlarının kararlarında kamu hizmeti alanı olarak ayrılmış alanlarla ilgili İmar Kanunu 10. maddede belirtilen beş yıllık sürenin sona ermesinden sonra inşaat izni taleplerinin reddi işlemine karşı açılan iptal davalarında, beş yıl içinde kamulaştırma yapılmadığı gerekçesiyle iptal kararı verdiklerini tespit edemediklerini belirtmektedir. Gürsel, s.600.

bırakılmıştır. Netice itibariyle, imar planında umumi veya kamu hizmetine tahsis edilmiş taşınmazlara ilişkin mülkiyet hakkının özüne dokunulduğu gerekçesiyle iptal edilen İK m. 13/1'deki kısıtlamalara, belirsiz bir süre için dolaylı şekilde maruz kalınmıştır<sup>100</sup>.

AYM'nin 1999/33 E., 1999/51 K., 29.12.1999 T. kararı sonrasında, idarelerin, imar planında umumi ve kamu hizmetine tahsis edilmiş taşınmazlarla ilgili yapı ve kullanım kısıtlamalarına devam etmesi, imar planı değişikliği veya kamulaştırma taleplerini reddetmesi, idari yargının da bu tür uyuşmazlıkları çözmekten uzak kararlar vermesi şeklindeki tutumu karşısında AİHM, Türkiye aleyhine pek çok karar vermiştir<sup>101</sup>. Özellikle AİHM *Hakan Arı*<sup>102</sup>, *Ziya Çevik*<sup>103</sup> ve *Hüseyin Kaplan*<sup>104</sup> kararlarının tesiri ile doktrinde<sup>105</sup>, imar planlarında umumi ve kamu hizmetine ayrılan taşınmazların hukuki durumu ile ilgili kanuni bir boşluğun doldurulması gerektiği yorumları gündeme gelmiştir. Yargı makamları da kanuni boşluğun varlığını kabul ederek, verdikleri kararlar ile boşluğu doldurmaya çalışmışlardır.

Kronolojik açıdan kanuni boşluğu doldurmayı hedefleyen ilk yargı kararı olarak, Yargıtay HGK 2010/5-662 E., 2010/651 K., 15.12.2010 T. kararını<sup>106</sup> ele alabiliriz. Kararda, İmar Kanunu'nun 10. maddesindeki, belediyenin imar planının yürürlüğe girmesinden itibaren üç ay içerisinde beş yıllık imar programı hazırlama ve yatırımcı idarenin programın gereğini yapma yükümlülüğüne vurgu yapılmıştır. Uyuşmazlık

<sup>100</sup> Bkz. Köroğlu, s.223-225, 230-231; Ayhan, Karar İncelemesi, s.136-139. Anayasa Mahkemesi de 20.3.2014 tarihli bireysel başvuru kararında, "... belirtilen hükümler iptal edilmiş olmakla beraber, hiçbir taşınmaz imar planında ayrıldığı amaç dışında kullanılamayacağı için, taşınmazlar hakkındaki inşaat yasağına ilişkin kısıtlamanın fiilen devam ettiği anlaşılmaktadır." ifadesiyle, bahsettiğimiz kısıtlamalara işaret etmiştir. Bkz. AYM 2013/1239 B. No, 20.3.2014 T. kararı ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 8.10.2019).

<sup>101</sup> Konu ile ilgili detaylı bilgi için bkz. I. Bölüm, D., 1.

<sup>102</sup> AİHM *Hakan Arı v. Türkiye*, 13331/07 B. No., 11.1.2011 T. karar özeti (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-102680>, 7.7.2020).

<sup>103</sup> AİHM *Ziya Çevik v. Türkiye*, 19145/08 B. No., 21.6.2011 T. karar (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-105208>, 7.7.2020).

<sup>104</sup> AİHM *Hüseyin Kaplan v. Türkiye*, 24508/09 B. No., 1.10.2013 T. karar (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-127004>, 7.7.2020).

<sup>105</sup> Bkz. Gürsel, s.193; Köroğlu, s.230-231; Ayhan, Karar İncelemesi, s.136-139; Kalabalık, İmar Hukuku, s.270. *Çabri* ise imar programına alınsın veya alınmasın, umumi hizmetlere ayrılan taşınmaz maliklerinin yapı yapabileceğini, mevcut yapılara da esaslı değişiklik ve ilave yapabileceğini belirtmektedir. *Çabri*, Kamulaştırma, s.103-105. Söz konusu kanuni boşluğun nasıl doldurulması gerektiği ile ilgili olarak bkz. Köroğlu, s.233-234; Çelik, Mülkiyet Hakkı, s.12-27.

<sup>106</sup> Yargıtay HGK 2010/5-662 E., 2010/651 K., 15.12.2010 T. karar ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 5.11.2019). Benzer diğer bir karar için bkz. YHGK 2011/148 E., 2011/303 K., 11.5.2011 T. karar ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 14.7.2020). Karar ile ilgili olarak ayrıca bkz. I. Bölüm, B., 5.

konusu olayda, taşınmazın, 1978'den beri imar planlarında eğitim alanında kalmasına rağmen yatırımcı idare tarafından kamulaştırılmaması, mülkiyet hakkının özüne dokunan ve onu ortadan kaldıran bir hal olarak nitelendirilmiş ve (kamulaştırmaz elatma hükümleri uyarınca) taşınmaz bedelinin tahsilinin talep edilebileceği belirtilmiştir. Yargıtay 5. HD 2011/4408 E., 2011/9974 K., 7.6.2011 T. kararında da<sup>107</sup>, İmar Kanunu'nun 10. maddesinin amir hükmü uyarınca 1/1000 ölçekli uygulama imar planının kesinleştiği tarihten itibaren beş yıl içerisinde davalı belediyece ayrılma amacına uygun olarak kamulaştırma görevinin yerine getirilmemesi, malikin mülkiyet hakkının süresi belirsiz şekilde kısıtlanması olarak değerlendirilmiştir<sup>108</sup>.

Konu, sadece adli yargı tarafından değil, idari yargı tarafından da detaylı bir şekilde değerlendirmeye konu olmuştur. Danıştay 6. D., 2009/10109 E., 2011/3784 K., 18.10.2011 T. kararında<sup>109</sup>, İmar Kanunu'nun 10. maddesinde öngörülen yükümlülükler dikkate alınarak hüküm tesis edilmiştir. Kararda, İK m. 10 uyarınca, imar programına alınarak kamulaştırılması gereken taşınmazın 1985 yılından itibaren uzun yıllar boyunca imar programına alınmaması ve dolayısıyla kamulaştırılmamasının, mülkiyet hakkının özünü zedelediği ve açıkça kanuna aykırı olduğu belirtilmiştir. Uzun yıllar imar programına alınmama veya kamulaştırılmayarak mülkiyet hakkının özünü zedeleme olgusunun varlığının, azami ne kadarlık bir süre geçtikten sonra kabul edilebileceği ile ilgili olarak Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu 2007/2255 E., 2012/801 K., 24.5.2012 T. kararına da değinilmelidir<sup>110</sup>. Kararda, İmar Kanunu'nun iptal edilen 13/3. maddesinde malike tanınan, imar planının kesinleşmesinin üzerinden beş yıl geçtikten sonra idareye müracaat hakkı ile Kamulaştırma Kanunu m. 23'te, kamulaştırılmasının üzerinden beş

<sup>107</sup> Yargıtay 5. HD 2011/4408 E., 2011/9974 K., 7.6.2011 T. karar ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 9.3.2019).

<sup>108</sup> Benzer uyuşmazlıklar ile ilgili benzer içeriğe sahip olan Yargıtay kararları için bkz. Yargıtay 5. HD, 2012/2638 E., 2012/9077 K., 7.5.2012 T. karar; Yargıtay 5. HD, 2012/6265 E., 2012/12430 K., 11.6.2012 T. karar; Yargıtay 5. HD 2012/12193 E., 2012/19328 K., 11.10.2012 T. karar; Yargıtay 5. HD, 2012/19080 E., 2013/32 K., 14.1.2013 T. karar; Yargıtay 5. HD, 2012/19148 E., 2013/315 K., 16.1.2013 T. karar; Yargıtay 5. HD, 2012/20446 E., 2013/664 K., 22.1.2013 T. karar; Yargıtay 5. HD, 2012/26520 E., 2013/4587 K., 18.3.2013 T. karar; Yargıtay 5. HD 2013/3618 E., 2013/13509 K., 1.7.2013 T. karar ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 12.11.2019).

<sup>109</sup> Danıştay 6. D., 2009/10109 E., 2011/3784 K., 18.10.2011 T. kararı ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 23.5.2020).

<sup>110</sup> Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu 2007/2255 E., 2012/801 K., 24.5.2012 T. Kararı ([www.lexpera.com](http://www.lexpera.com), 5.6.2020). Benzer bir yaklaşım ile idari yargı makamlarının, MK m.1 uyarınca hukuk yaratma yetkisini kullanarak hüküm kurması gerektiği ile ilgili olarak bkz. Danıştay İDDK, 2010/2108 E., 2013/4577 K., 16.12.2013 T. karar; Danıştay İDDK, E. 2014/1615 K. 2014/2763 T. 23.06.2014 ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 5.6.2020).

yıl geçmesine rağmen kamu yararına kullanılmayan taşınmazın eski malikine tanınan geri alma hakkı kıyas edilmiştir. Mahkeme, idarenin, taşınmazın kamulaştırılması, kamulaştırılmaması halinde ise imar planı değişikliğinden önceki duruma dönülerek yapılaşma izni verilmesi isteminin reddi yönündeki işlemini, “...imar planlarının onaylanmasından itibaren beş geçmesine karşın, ilgili idarelerce kamunun kullanımına ayrılan taşınmazların kamulaştırılmaması durumunda, mülkiyet hakkının kullanımının belirsizliğe itildiğini, dolayısıyla, kamu yararının gerekleri ile mülkiyet hakkı arasında gözetilmesi gereken adil dengenin bozulduğunu kabul etmek gerekmektedir.” gerekçesi ile iptal etmiştir<sup>111</sup>. Mülkiyet hakkı ihlallerinin önlenmesi amacıyla kanuni boşluğun doldurulması çabası gerek adli yargı gerekse de idari yargıda gelişme göstermiştir.

Anayasa Mahkemesi de<sup>112</sup>, imar planında umumi veya kamu hizmetine tahsis edilmesine rağmen tahsisin gereğinin uzun yıllar yapılmaması sebebiyle yaşanan mülkiyet hakkı ihlalleri ile ilgili uyuşmazlıklarda, kamusal yarar ile mülkiyet hakkı

<sup>111</sup> Benzer içerikteki kararlar için bkz. Danıştay 6. D., 2009/8736 E., 2013/2 K., 17.1.2013 T. karar; Danıştay 6. D., 2012/1004 E., 2013/3010 K., 29.4.2013 T. karar; Danıştay 6. D., 2010/11949 E., 2013/3312 K., 13.5.2013 T. karar; Danıştay 6. D., 2010/4533 E., 2013/3705 K., 28.5.2013 T. karar; Danıştay 6. D., 2011/4505 E., 2013/3928 K., 4.6.2013 T. karar; Danıştay 6. D., 2010/8300 E., 2013/3927 K., 4.6.2013 T. karar; Danıştay 6. D., 2010/5531 E., 2013/3933 K., 5.6.2013 T. karar; Danıştay 6. D., 2010/3183 E., 2013/3934 K., 5.6.2013 T. karar; Danıştay 6. D., 2012/3814 E., 2013/7931 K., 4.12.2013 T. karar; Danıştay 6. D., 2010/750 E., 2014/718 K., 5.2.2014 T. karar; Danıştay 6. D., 2010/5426 E., 2014/1113 K., 17.2.2014 T. karar; Danıştay 6. D., 2013/8402 E., 2014/1124 K., 18.2.2014 T. karar; Danıştay 6. D., 2010/10570 E., 2014/1474 K., 28.2.2014 T. karar; Danıştay 6. D., 2010/6329 E., 2014/1716 K., 6.3.2014 T. karar; Danıştay 6. D., 2011/4240 E., 2014/1969 K., 12.3.2014 T. karar; Danıştay 6. D., 2011/8152 E., 2013/2702 K., 17.4.2013 T. karar; Danıştay 6. D., 2012/4227 E., 2014/3404 K., 28.4.2014 T. karar; Danıştay 6. D., 2011/5174 E., 2015/83 K., 22.1.2015 T. karar; Danıştay 6. D., 2012/6962 E., 2015/584 K., 17.2.2015 T. karar; Danıştay 6. D., 2011/2617 E., 2015/2357 K., 15.4.2015 T. karar; Danıştay 6. D., 2014/9101 E., 2015/2572 K., 22.4.2015 T. karar; Danıştay 6. D., 2013/3038 E., 2015/3249 K., 21.5.2015 T. kararı ([www.lexpera.com](http://www.lexpera.com), 3.6.2020).

<sup>112</sup> AYM 2018/836 B. No., 18.4.2019 T. kararda, “Somut başvuruda da başvurucuya ait taşınmaz 17/1/2014 tarihinde onaylanan 1/1000 ölçekli revizyon uygulama imar planında bölge parkı olarak kamu hizmeti alanına ayrılmıştır. 3194 sayılı Kanun’un 10. maddesi gereğince 1/1000 ölçekli uygulama imar planında kamu hizmeti alanına ayrılan taşınmazın bu planın kesinleştiği tarihten itibaren beş yıl içerisinde imar programına alınarak kamulaştırılması gerekmektedir. Somut olayda da imar planının onaylanarak kesinleştiği tarihten Anayasa Mahkemesinin karar tarihine kadar beş yılı aşkın bir süre geçmiş olmasına rağmen taşınmazın hâlen kamulaştırılmadığı ve başvurucuya herhangi bir tazminat da ödenmediği dikkate alındığında bu ilkelerden ayrılmayı gerektirir bir durumun söz konusu olmadığı sonucuna varılmıştır. Dolayısıyla başvurucunun mülkiyet hakkına yapılan müdahale ölçülü değildir.” denmektedir ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 4.6.2020). Benzer içerikteki diğer kararlar için bkz. AYM 2017/19773 B. No., 17.4.2019 T. karar; AYM 2017/20808 B. No., 18.4.2019 T. karar ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 4.6.2020).

arasındaki makul dengenin bozulduğu ve bu suretle mülkiyet hakkının ihlal edildiği yönünde kararlar vermiştir.

İmar planlarında umumi ve kamu hizmetine ayrılan taşınmazların, planın yürürlüğe girmesinden itibaren beş yıl içerisinde kamulaştırılması gerektiği yönündeki yargı kararlarının varlığına rağmen idari makamlar aksi yöndeki uygulamalarına devam edegelmiştir. İlerleyen süreçte 6745 sayılı Kanunla<sup>113</sup> Kamulaştırma Kanunu'na eklenen ek madde 1 ile yargı kararlarında benimsenen yaklaşım, kanuni bir hüküm haline getirilmiştir. KK ek madde 1'ye göre<sup>114</sup>,

*“Uygulama imar planlarında umumi hizmetlere ve resmî kurumlara ayrılmak suretiyle mülkiyet hakkının özüne dokunacak şekilde tasarrufu hukuken kısıtlanan taşınmazlar hakkında, uygulama imar planlarının yürürlüğe girmesinden itibaren beş yıllık süre içerisinde imar programları veya imar uygulamaları yapılır ve bütçe imkânları dâhilinde bu taşınmazlar ilgili idarelerce kamulaştırılır veya her hâlde mülkiyet hakkını kullanmasına engel teşkil edecek kısıtlılığı kaldırarak şekilde imar planı değişikliği yapılır/yaptırılır.”.*

KK ek madde 1, imar planları vasıtasıyla mülkiyet hakkının özüne dokunacak müdahaleler ile karşı karşıya kalılabileceğini öngörerek böyle bir sonucun ortaya çıkmaması için yapılması gerekenleri belirtmektedir. Umumi veya kamu hizmetine ayrılan taşınmazlar için uygulama imar planının yürürlüğe girmesinden itibaren beş yıl içerisinde imar programı veya imar uygulaması yapılarak bütçe imkânları ölçüsünde kamulaştırılması<sup>115</sup> veya her halde kısıtlamayı giderecek şekilde imar planı

<sup>113</sup> 6745 sayılı Yatırımların Proje Bazında Desteklenmesi ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun m. 33 (RG T.7.9.2016, S.29824).

<sup>114</sup> 6745 sayılı Kanun ile Kamulaştırma Kanunu'na eklenen ek madde 1 hükmünün 1. fıkrasının ilk cümlesi dışındaki diğer hükümleri, Anayasa Mahkemesi'nin 2016/181 E., 2018/111 K., 20.12.2018 T. kararı ile iptal edilmiştir (RG T.5.4.2019, S.30736). Bu sebeple, buradaki anlatımımız kapsamında KK ek madde 1'ye yaptığımız atıfta, sadece, maddenin yürürlükte olan ilk cümlesine yer verilmiştir.

<sup>115</sup> İmar Kanunu'nun 10. maddesinde, belediyelerin, imar programını, imar planının yürürlüğe girmesinden itibaren üç ay içerisinde hazırlayacağı ve imar programı kapsamındaki kamu hizmet alanlarının beş yıllık süreçte kamulaştırılacağı öngörülmüşken, Kamulaştırma Kanunu ek madde 1'de uygulama imar planının yürürlüğe girmesinden itibaren beş yıl içerisinde imar programlarının yapılacağı ve maddenin kapsamına giren taşınmazların bu beş yıllık süreçte kamulaştırılması, aksi halde imar planı değişikliğinin yapılması gerektiği öngörülmüştür. İmar Kanunu m. 10, beş yıllık imar programı kapsamındaki kamu hizmet tesisine tahsis edilen yerlerin kamulaştırılması gerekliliğini vurgulamaktadır. KK ek madde 1 ise imar planında umumi hizmetlere veya resmî kurumlara tahsis edilen taşınmazların imar planının yürürlüğe girmesinden itibaren beş yıllık süre

değişikliğinin yapılması gerektiği öngörülmektedir. Bu düzenleme ile, yukarıda kanuni boşluk olarak ifade edildiğini belirttiğimiz, imar programının süresinde hazırlanmaması veya hazırlanmış olan imar programının süresinde uygulanmaması ya da imar programının imar planındaki alanın bir kısmını kapsamına almaması sebebiyle yaşanabilecek hak ihlallerinin önlenmesi amaçlanmıştır.

Bütün bu düzenlemelere rağmen idari makamların, imar planının yürürlüğe girmesinden itibaren beş yıl geçmesine rağmen imar programını hazırlamadığı, imar programını hazırladığı yerlerde de umumi veya kamu hizmetine tahsis edilen alanları beş yıllık süreçte kamulaştırmadığı, kamulaştırılmayan taşınmazlar hakkındaki imar planı değişiklikleri taleplerini ise reddettiği durumlar ile hâlâ karşılaşmaktadır. İdarelerin bu tutumları, mülkiyet hakkını belirsiz süreli kısıtlayarak kullanılmaz kılan, hakkın özüne dokunma neticesi doğuran çok sayıda uyuşmazlığa sebebiyet vermektedir.

## **2.2. 7181 sayılı Kanun ile Değişik İmar Kanunu m. 13’ün Mülkiyet Hakkı Üzerindeki Etkisi**

AYM’nin 1999/33 E., 1999/51 K., 29.12.1999 T. kararı ile kısmen iptal edilen İmar Kanunu’nun 13. maddesi, 7181 sayılı Kanun<sup>116</sup> ile tamamen değiştirilmiş ve “İmar Planlarında Umumi Hizmetlere ve Kamu Hizmetlerine Ayrılan Yerler” başlığını almıştır. Maddenin birinci fıkrası şu şekildedir:

*“Özel hukuk kişilerinin mülkiyetinde olup uygulama imar planında düzenleme ortaklık payına konu kullanımlarda yer alan taşınmazlar;*

*a) Bu kullanımlardan umumi hizmetlere ayrılan alanlar öncelikle 18 inci maddeye göre arazi ve arsa düzenlemesi yapılarak,*

*b) 4/11/1983 tarihli ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu kapsamında sırasıyla, ilgisine göre Hazine veya ilgili idarelerin mülkiyetindeki taşınmazlar*

---

içerisinde bütçe imkânları ölçüsünde kamulaştırılacağına veya bir şekilde kısıtlılığın kaldırılması hususuna odaklanmıştır.

<sup>116</sup> 7181 sayılı Tapu Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun m. 7 (RG. T.10.7.2019, S.30827).



*ile trampa yapılmak veya satın alınmak suretiyle, ilgili kamu kurum ve kuruluşunca kamulaştırılarak kamu mülkiyetine geçirilir.”*

İK m.13, özel hukuk kişilerinin mülkiyetinde bulunup da uygulama imar planında düzenleme ortaklık payına konu kullanımlarda yer alan taşınmazlara ilişkin kısıtlamaları ve bu taşınmazların kamunun mülkiyetine kazandırılması sürecini konu almaktadır<sup>117 118</sup>. Düzenleme ortaklık payına konu kullanım alanlarının ne anlama geldiği, İmar Kanunu’nun 18/3. maddesinde örneklendirmeler üzerinden izah edilmektedir<sup>119</sup>. İmar Kanunu m.18/3’e göre düzenleme ortaklık payına konu kullanımlar, düzenlemeye tabi tutulan yerler ile bölgenin ihtiyacı olan yol, meydan, park, otopark, çocuk bahçesi, yeşil saha, ibadet yeri ve karakol, Milli Eğitim Bakanlığına bağlı öğretime yönelik eğitim tesis alanları, Sağlık Bakanlığına bağlı sağlık tesis alanları, pazar yeri, semt spor alanı, toplu taşıma istasyonları ve durakları, otoyol hariç erişme kontrolünün uygulandığı yol, su yolu, resmî kurum alanı, mezarlık alanı, belediye hizmet alanı, sosyal ve kültürel tesis alanı, özel tesis yapılmasına konu olmayan ağaçlandırılacak alan, rekreasyon alanı olarak ayrılan parseller ve mesire alanları gibi umumi hizmet alanlarından oluşmaktadır<sup>120 121</sup>.

<sup>117</sup> İmar Kanunu’nun mülga 13. maddesinde, imar planında umumi hizmetlere ayrılan taşınmazlar için söz konusu olan kısıtlamalara, vergi uygulamalarına ve malike tanınan başvuru imkânına yer verilmekteydi.

<sup>118</sup> İmar Kanunu’nun 10. maddesi, kamu hizmet tesislerine tahsis edilmiş olan yerleri, kamulaştırılması gereken taşınmazlar şeklinde ifade etmektedir. İmar Kanunu’nun 7181 sayılı Kanun ile değişik 13. maddesinin ise kamulaştırma yerine kamunun mülkiyetine geçirilme ifadesini kullandığını ve kamunun mülkiyetine kazandırılması gereken taşınmazları, düzenleme ortaklık payına konu kullanım alanlarındaki taşınmazlar şeklinde ifade ettiğine dikkatinizi çekmek isteriz.

<sup>119</sup> İmar Kanunu’nun 18. maddesi de, 7181 sayılı Tapu Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 9. maddesi ile başlık da dâhil olmak üzere değişikliğe uğramıştır (RG. T.10.7.2019, S.30827).

<sup>120</sup> İmar Kanunu’nun mülga 18. maddesinin 3. fıkrasında, düzenleme ortaklık payı olarak ayrılacak alanlar, “*Düzenleme ortaklık payları, düzenlemeye tâbi tutulan yerlerin ihtiyacı olan Milli Eğitim Bakanlığına bağlı ilk ve ortaöğretim kurumları, yol, otoyol hariç erişme kontrolünün uygulandığı yol, su yolu, meydan, park, otopark, çocuk bahçesi, yeşil saha, ibadet yeri ve karakol gibi umumi hizmetlerden ve bu hizmetlerle ilgili tesislerden başka maksatlarla kullanılmayacaktır.*” şeklinde ifade edilmiştir. Mülga düzenlemede, düzenleme ortaklık payı, sadece düzenlemeye tabi tutulan yerlerin ihtiyacı olan umumi hizmetleri ve bu hizmetler ile ilgili tesislerin karşılanması için kullanabilmektedir. Değişiklik sonrasında ise düzenleme ortaklık payı, düzenlemeye tabi tutulan yerler ile bölgenin ihtiyacı olan umumi hizmet alanlarının karşılanmasına hizmet edecektir. Dolayısıyla düzenleme ortaklık payının kullanım alanının kapsamının genişlediğini belirtmeliyiz. Aynı yöndeki kanaat için bkz. Kalabalık, İmar Hukuku, s.285.

<sup>121</sup> Mülga nitelikteki İmar Kanunu 18. Maddesi Uyarınca Yapılacak Arazi ve Arsa Düzenlemesi ile İlgili Esaslar Hakkında Yönetmelik’in (Yönetmelik, 22.2.2020 T. ve 31047 S. RG ile yürürlüğe giren Arazi ve Arsa Düzenlemeleri Hakkında Yönetmelik ile yürürlükten kaldırılmıştır.) “*Kamu Tesis Arsalarına Tahsis*” başlığını taşıyan 12. maddesi uyarınca, düzenleme sahasında resmi tesis alanı gibi umumi hizmetlere ayrılan taşınmazlar, kamu ortaklık payı (KOP) adı altında

İmar Kanunu'nun 13. maddesi, imar planında umumi veya kamu hizmetine ayrılan taşınmazlardan özel hukuk kişilerinin mülkiyetinde olanlar için yapı yasağı olan ve olmayan ayrımı üzerinden kısıtlamalar öngörmektedir<sup>122</sup>. Maddeye göre, yol, meydan, ibadet yerleri, park ve çocuk bahçeleri ile ilgili mevzuat uyarınca hiçbir şekilde yapı yapılamayacak alanlarda geçici de olsa yapı yapılmasına izin verilmeyecektir. Mevcut yapıların ise kamulaştırılınca kadar korunabileceği öngörülmüştür<sup>123</sup>. Bu çerçevede yapı yasağı bulunan taşınmazlar üzerinde hiçbir şekilde geçici-sürekli yapı yapılmasına müsaade edilmezken, taşınmazda zaten mevcut olan yapıların korunması amacına hizmet edecek ölçüde değişiklik, bakım, onarım faaliyetlerine müsaade edilebilecektir. Yapı yapılabilecek taşınmazlarda ise kamu mülkiyetine geçinceye kadarki süreçte, ilgili idarenin uygun görmesi halinde, plandaki tahsis amacına uygun özel tesis yapma hakkı verilebilecektir<sup>124</sup>. Bu hükmün mefhumu muhalifinden, yapı yapılabilecek alanlarda, tahsis amacına aykırı yapı yapılamayacağı

---

hisselendirilmekteydi. KOP uygulaması, ilgili alanda düzenleme ortaklık payı kesintisi yapıldıktan sonra, düzenleme alanlarının ihtiyacını aşan genel nitelikli resmi bina ve tesislere tahsis edilecek yerlerin temini için kullanılmaktaydı. Danıştay 6. D. 2015/1565 E., 2016/1022 K., 16.3.2016 T. kararı ile Yönetmelik'te öngörülen ve mülkiyet hakkını sınırlandıran bu düzenlemenin hukuka uygun olduğu yönünde karar vermiştir (bkz. <https://barokart.com.tr/blog/016-19122016/blog19122016.html>, 3.1.2022). Kamu ortaklık payı ile ilgili olarak bkz. Kalabalık, İmar Hukuku, s.285-286, 483-484; Çabri, Kamulaştırma, s.85-87, 92-93, Çabuk/Çakmak/Şengöz, s.33-40. Yeni yürürlüğe giren Arazi ve Arsa Düzenlemeleri Hakkında Yönetmelik'te bu yönde bir düzenlemeye yer verilmemiştir. İmar Kanunu'nun düzenleme ortaklık payına konu olabilecek alanları belirttiği 18/3. maddesi, gerek düzenleme alanında gerekse de bölgede ihtiyaç duyulan umumi hizmetlerin teminini amaçladığı için kamu ortaklık payı veya başka bir ad altında herhangi bir düzenlemeye ihtiyaç kalmadığını belirtmeliyiz.

<sup>122</sup> İmar Kanunu m.13/2-3:

*“Düzenleme ortaklık payına konu kullanımlardan yol, meydan, ibadet yerleri, park ve çocuk bahçeleri hariç olmak üzere yapı yapılabilecek diğer alanlarda; alanların kamuya geçişi sağlanıncaya kadar maliklerinin talebi hâlinde ilgili kamu kuruluşunun uygun görüşü alınarak plandaki kullanım amacına uygun özel tesis yapılabilir.*

*İlgili mevzuat uyarınca hiçbir şekilde yapı yapılamayacak alanlarda muvakkat da olsa yapı yapılmasına izin verilmez. Mevcut yapılar kamulaştırılınca kadar korunabilir. Bu alanlarda beş yıllık imar programı süresi içinde, birinci fıkranın (a) ve (b) bentlerine göre işlem tesis edilerek parsel, kamu mülkiyetine geçirilmek zorundadır. Bu süre en fazla bir yıl uzatılabilir.”* Yapı yasağı olan ve olmayan ayrımı ve sonuçları hakkında bkz. Kalabalık, İmar Hukuku, s.272-273, 287-288.

<sup>123</sup> Kalabalık, bu düzenleme ile, yapı yasağı bulunan taşınmazlar üzerindeki yapıların korunmasına dair ilgili idareye takdir yetkisi verildiğini belirtmektedir. Kalabalık, İmar Hukuku, s.273.

<sup>124</sup> Gürsel, İK m.13/2 kapsamındaki taşınmazlarda tahsis amacına uygun özel tesis yapılabilme düzenlemesini şu açıdan eleştirmektedir: *“2. fıkradaki kural ile adeta imar planındaki amaç doğrultusunda özel tesis yapma gücü bulunmayan malik, taşınmazını, bu tesis yapacak özel hukuk kişisine devretmeye teşvik edilmektedir. Diğer bir ifade ile imar planı ile belirlenen kamu hizmet alanlarında, sermaye sahibi özel hukuk kişilerine imar planına dayanarak özel tesis yapma olanağı verilmektedir. ... Devletin kamulaştırma için kaynak bulamaması nedeniyle imar planında kamu hizmetine ayrılan alanlar özel sektörün kullanımına açılmaktadır. Daha da önemlisi meşruluğunu kamu yararından alan kamu gücüne dayanarak hazırlanan imar planı ve kamulaştırma gibi kavramlar aracılığıyla sermayesi olmayan taşınmaz sahibi özel hukuk kişisi, taşınmazını sermayesi olan özel hukuk kişisine devretmek zorunda bırakılmaktadır.”* Gürsel, s.638.

sonucuna ulaşılmaktadır. Dolaylı olarak, belli bir kullanım amacıyla yapı yapma yetkisi şeklinde sınırlandırma söz konusudur. Diğer yandan bu hal, tahsis amacına uygun yapı yapma imkânı bulunmayan ya da bu imkânı kullanmak istemeyen hak sahipleri açısından yapı yasağı bulunan alanlardan farksız olabilecektir. İmar Kanunu'nun 10. maddesindeki "... diğer kanunlarla verilen haklar devam eder." ifadesinin ise 13. maddedeki düzenlemelerle birlikte değerlendirilmesi yerinde olacaktır. Bu çerçevede Medeni Kanun ve diğer kanunlardan doğan mülkiyet hakkı ile ilgili yetkiler, ancak İmar Kanunu'nun 13. maddesinde öngörülen sınırlandırmalar ışığında kullanılabilecektir.

İmar Kanunu'nun 13/1. maddesi, özel hukuk kişilerinin mülkiyetinde bulunmasına rağmen uygulama imar planında düzenleme ortaklık payına konu kullanımlara tahsis edilen taşınmazların, kamu mülkiyetine kazandırılmasını ve bu süreçte kullanılacak imar uygulama araçlarını öngörmektedir<sup>125</sup>. Kanunkoyucunun, kullanılacak imar uygulamalarını belirlerken, imar planında umumi hizmete ayrılan ve kamu hizmetine ayrılan taşınmazlar şeklinde ikili bir ayrımı tercih ettiği gözlemlenmektedir<sup>126</sup>. İK m.13, düzenleme ortaklık payına konu kullanımlara tahsis edilen taşınmazlardan umumi hizmetlere ayrılan alanların, öncelikle İmar Kanunu 18.

<sup>125</sup> İmar mevzuatı kapsamında imar uygulama araçları, kamulaştırma, ifraz ve tevhit, arazi ve arsa düzenlemesi şeklinde üç başlık altında toplanabilir. Bkz. Köroğlu, s.217; Hasan Gök, **Koruma Alanlarındaki İmar Uygulamaları**, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2017, s.157; Kalabalık, İmar Hukuku, s.261-263. *Keleş/Mengi*, imar planı uygulama araçlarını bölgeleme, yerbölümleme (toprağın parsellere ayrılması), kamulaştırma, imar programı, yapı izni, yapı yasağı ve yapı denetimi başlıkları altında ele almaktadır. Bkz. Keleş/Mengi, s.34-75. İfraz ve tevhit uygulaması ile ilgili detaylı bilgilendirme için bkz. Kalabalık, İmar Hukuku, s.381-408; Köroğlu, s.247-272; Gürsel, s.494-495. Arazi ve arsa düzenlemesi hakkında ise bkz. Gülan, s.40-109; Kalabalık, İmar Hukuku, s.409-483; Köroğlu, s.273-409, Erdal Köktürk/Erol Köktürk, "Arsa Düzenlemelerinin Hukuksal Dayanağı", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 70, 2007, s.261-282; Gürsel, s.490-502.

<sup>126</sup> Bkz. Kalabalık, İmar Hukuku, s.272, 283-288. "*Umumi hizmet alanı*" tanımı için bkz. Kalabalık, İmar Hukuku, s.467-469. *Gürsel*, İK m.13 kapsamında umumi hizmet-kamu hizmetine tahsis şeklinde ikili bir ayırmadan bahsetmemekte, yapı yasağı bulunan ve bulunmayan şeklinde ikili bir ayırımın varlığından bahsetmektedir. Bkz. Gürsel, s.637-639. Arazi ve Arsa Düzenlemeleri Hakkında Yönetmelik'te umumi hizmet alanı ve kamu hizmet alanı ifadesinin birlikte kullanıldığı görülmektedir. Yönetmelik'in m. 4/p bendinde "*umumi ve kamu hizmet alanları*" kavramı, "*Yol, meydan, park, otopark, çocuk bahçesi/parkı ve yeşil alan, ibadet yeri, karakol ve Milli Eğitim Bakanlığına bağlı öğretime yönelik eğitim tesis alanları, kamuya ait kreş alanları, pazar yeri, semt spor alanı ve şehir içi toplu taşıma istasyonları ve durakları, Sağlık Bakanlığına bağlı sağlık tesis alanları, otoyol hariç erişme kontrolünün uygulandığı yol, su yolu, spor alanı, teknik altyapı alanı, kamuya ait trafo alanı, belediye hizmet alanı, sosyal ve kültürel tesis alanı, kent meydanı, kent parkı, özel tesis yapılmasına konu olmayan ağaçlandırılacak alan, rekreasyon alanı ve mesire alanları, resmî kurum alanı, idari tesis alanı, mezarlık alanı, bunun dışında kamusal ihtiyaçlara göre ortaya çıkacak imar planı kararıyla belirlenen diğer umumi ve kamu hizmet alanları ile taşkın kontrol tesisidir.*" şeklinde tanımlanmıştır (RG T.22.2.2020, S.31047).

maddede ele alınan arazi ve arsa düzenlemesi kullanılmak suretiyle kamunun mülkiyetine geçirilmesini öngörmüştür. Kamu hizmetlerine tahsis edilen alanlar ile arazi ve arsa düzenlemesinin kullanılamayacağı hallerde umumi hizmete tahsis alanlarının trampa yapılmak veya satın alınmak suretiyle kamulaştırılması öngörülmektedir<sup>127 128</sup>.

İK m.13, kamunun mülkiyetine kazandırılma süreci ile ilgili olarak sürelerle de yer vermektedir. Üzerine yapı yapılamayacak alanların, beş yıllık imar programı kapsamında kamu mülkiyetine geçirilmesi yönünde ilgili idareye yükümlülük yüklemiştir<sup>129</sup>. İK m. 13/3'e göre, yapı yasağı bulunan taşınmazların, beş yıllık imar programı kapsamında kamu mülkiyetine geçirilme zorunluluğu, en fazla bir yıl daha uzatılabilecektir<sup>130 131</sup>. Ancak üzerine yapı yapılabilecek alanların, hangi süre içerisinde kamu mülkiyetine kazandırılacağı ile ilgili herhangi bir hükme yer vermemiştir<sup>132</sup>. Kanunkoyucunun, bu tür tahsis alanlarında, tahsis amacına uygun özel tesis yapılabilmesi halinde, mülkiyet hakkının özüne dokunacak şekilde bir kısıtlama olmayacağı kanaati ile azami süre belirtmekten imtina etmiş olduğu düşünülebilir. Ancak yapı yapılabilecek alanlarda özel tesis yapılmasının uygun görülmediği veya

<sup>127</sup> Bkz. Kalabalık, İmar Hukuku, s.262, 282-286. Konu ile ilgili detayların yer aldığı mevzuat için bkz. İmar Kanunu m.18, Arazi ve Arsa Düzenlemeleri Hakkında Yönetmelik m.5, m.14-15.

<sup>128</sup> İmar Kanunu 10. maddedeki “*kamulaştırılır*” ifadesi ile Kamulaştırma Kanunu ek madde 1’deki “*kamulaştırılır*” ifadesini, İK m.13 düzenlemesi üzerinden değerlendirmek gerekmektedir. Bu çerçevede “*kamulaştırılır*” ifadelerini, 13. maddede öngörülen öncelik sırası takip edilmek üzere çeşitli imar uygulamaları kullanılmak suretiyle “*kamu mülkiyetine kazandırılır*” şeklinde anlamlandırmak yerinde olacaktır.

<sup>129</sup> Azami süreye dair benzer düzenlemeler, İmar Kanunu’nun 10. maddesi ile Kamulaştırma Kanunu ek madde 1’de de yer almaktadır. Yapı yasağı olan-olmayan ayrımı gözetmeksizin, İK m.10, beş yıllık imar programı kapsamındaki kamu hizmet tesislerine tahsis edilen alanların bu süre içerisinde; KK ek madde 1 ise umumi veya kamu hizmetine tahsis edilen alanların uygulama imar planının yürürlüğe girmesinden itibaren beş yıl içerisinde kamulaştırılmasını öngörmektedir. İmar Kanunu m. 10 ile 13 ve Kamulaştırma Kanunu ek madde 1 hükümleri arasındaki ilişki için bkz. I. Bölüm, B., 8.

<sup>130</sup> Çabuk/Çakmak/Şengöz, İK m. 13’teki bir yıllık ek sürenin, Kamulaştırma Kanunu ek madde 1’e aykırı olduğunu belirtmektedir. Çabuk/Çakmak/Şengöz, s.36. Gürsel ise İmar Kanunu 13. maddesindeki değişiklik sonrasında Kamulaştırma Kanunu ek madde 1 hükmünün öneminin kalmadığını belirtmektedir. Bkz. Gürsel, s.639-642.

<sup>131</sup> Kasarcı, İmar Kanunu 13/3. maddesindeki ifadenin, aynı Kanun’un 10. maddesindeki beş yıllık sürenin bir yıl daha uzatılabileceği neticesi doğurduğunu belirtmektedir. Kasarcı, s.31.

<sup>132</sup> Gürsel, söz konusu alanlar için öngörülen özel tesis yapabilme imkânının, mülkiyet hakkı ihlalini önlemeyi amaçladığını, bu taşınmazların, kamu mülkiyetine geçişinin trampa, satış alma veya kamulaştırma yöntemiyle olabileceğini; taşınmazın, yapılabilecek özel tesis ile imar planında belirtilen amaç doğrultusunda kullanılmasının belirsiz süreli olarak öngörülmesinin mülkiyet hakkı ihlaline yol açabileceğini, bu düzenlemenin bu haliyle İmar Kanunu 10. madde ile de bağdaşmadığını ve bu düzenlemeyle, yapı yapılabilecek umumi hizmet alanlarına ilişkin tahsislerde, malikin idareye karşı bedel davası açmasının adeta engellendiğini belirterek eleştirileirni sunmaktadır. Gürsel, s.638-640.

malikin bu tür bir tesisi yapması veya işletmesinin mümkün olmadığı ya da bu yönde bir talebinin olmadığı hallerde, yapı yasağı bulunan taşınmazlar ile aynı hukuki sonuç ortaya çıkabilecektir. Bu hallerde, İK m. 13/3'te, yapı yasağı bulunan alanlar için öngörülen sürenin uygulanması söz konusu olabilir<sup>133</sup>.

İmar Kanunu'nun 13. maddesinin ilk halindeki 1. ve 3. fıkraları, neden oldukları belirsizlik ile mülkiyet hakkını kullanılamaz hale getirerek hakkın özüne dokundukları gerekçesiyle, yukarıda ele aldığımız, AYM'nin 1999/33 E., 1999/51 K., 29.12.1999 T. kararı ile iptal edilmişlerdi. Maddenin iptali ile oluşan hukuki boşluk, yaklaşık yirmi yıl sonra, 7181 sayılı Kanun'un 7. maddesi ile değişik İmar Kanunu 13. maddesi ile giderilmek istenmiştir<sup>134</sup>. Ancak bu haliyle İK 13. madde, AYM'nin iptal kararında, mülkiyet hakkının özüne dokunacak şekilde süresi belirsiz kısıtlılığın doğumuna gerekçe olarak sunulan, *“imar plânların tümünün hangi süre içinde programa alınarak uygulanacağına ilişkin”* bir kurala yer vermemiştir. Böyle bir durumda da, imar programının İK m. 10'da öngörülen üç aylık sürede hazırlanması gereği önemini korumaktadır. İmar programının süresinde hazırlanmaması, İK m.13/2 ve 3'te öngörülen yapı yasakları sebebiyle, imar planında umumi veya kamu hizmetine tahsis edilen taşınmazların belirsiz bir süre için sınırlandırılması neticesi doğurabilecektir.

<sup>133</sup> Benzer konuların ele alındığı İmar Kanunu'nun 10. maddesi ile Kamulaştırma Kanunu ek madde 1'de beş yıllık sürelerin öngörülmesi, bu kanaatimizi desteklemektedir. Henüz konu ile ilgili kanuni düzlemde azami sürenin öngörülmediği dönemde, yukarıda ele aldığımız Danıştay İDDK kararları da, umumi veya kamu hizmetine tahsis edilen taşınmazların imar planının yürürlüğe girmesinden itibaren beş yıllık süre içerisinde kamulaştırılması gerektiğine hükmetmiştir. İlgili kararlar için bkz. Giriş, B., 2.1. *Gürsel* de, İK m.13/2'deki kuralın, İK m.10 ile çelişecek şekilde uygulanmaması gerektiğini, İK m.10'daki süre içerisinde kamu mülkiyetine geçişin sağlanmaması halinde mülkiyet hakkı ihlali iddiası ile adli yargıda genel hükümlere göre bedel ve tazminat davasının açılabilceğini, ancak plandaki tahsis amacı doğrultusunda özel tesis yapan malikin, mülkiyet hakkı iddiası ile dava açmakta hukuki yararının bulunmadığını ifade etmektedir. *Gürsel*, s.640-641.

<sup>134</sup> 7181 sayılı Kanun'un 7. maddesinin gerekçesi şu şekildedir: *“3194 sayılı İmar Kanunu'nun 13 üncü maddesinde yapılan değişiklik ile; uygulama imar planlarında umumi hizmet alanına ayrılan veya kamulaştırılması gereken alanların kamu eline geçmesini sağlama, kamulaştırma yükünü ve kamulaştırmaz el atmadan kaynaklanan sorunları azaltma, nüfusun ihtiyaç duyduğu açık ve yeşil alanların elde edilmesini sağlama yönünde kanuni düzenlemelerin hayata geçirilmesi amaçlanmaktadır. Ayrıca düzenleme ortaklık payına konu kullanımlardan, yol, meydan, ibadet yerleri, park ve çocuk bahçeleri hariç olmak üzere yapı yapılabilecek diğer alanlarda; alanların kamuya geçişi sağlanıncaya kadar maliklerinin talebi halinde ilgili kamu kuruluşunun uygun görüşü alınarak plandaki kullanım amacına uygun özel tesis yapılabilmesine imkan sağlanması öngörülmektedir.”*(<https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?pkanunlarno=250508&pkanunnumarasi=7181>, 6.5.2020). *Kasarcı*, kanunkoyucunun bu düzenleme ile parselasyonu önceleyerek hem kamulaştırılması gereken alanların ortaya çıkarılmaması hem de mülkiyet hakkı ihlaline sebebiyet verecek şekilde özel mülkiyete müdahalenin ortadan kaldırılmasını amaçladığını belirtmektedir. *Kasarcı*, s.47.

İK m. 13 kapsamındaki yapı yasağı olan taşınmazların, beş yıllık imar programı süresi içerisinde (ve bir yıl uzatma hakkı çerçevesinde) kamu mülkiyetine geçirilmemesinin sonucuna maddede yer verilmemiştir<sup>135</sup>. Aslında kanuni yükümlülüklerin gereğinin yapılmaması, idare ve/veya kamu görevlisinin idari, hukuki ve cezai sorumluluğuna sebebiyet verebilmektedir. Kanuni yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde bu sorumluluklar gereği gibi işletilmiş olsa da, taşınmaz üzerindeki kısıtlılığın devamına engel bir mekanizmanın öngörülmesi yerinde olacaktır. Diğer yandan imar planındaki tahsis sebebiyle yapı yasağı olan taşınmazların imar programının kapsamına alınmamasının hukuki neticesi ile ilgili de herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır<sup>136</sup>. Yukarıda belirttiğimiz üzere, tecrübeler göstermektedir ki, bu konulardaki belirsizlikler, idarelerin, özel mülkiyete tâbi taşınmazların kamu mülkiyetine kazandırılması gerekliliğini uzun yıllar yapmaması neticesi doğurmaktadır. Bu hal de, mülkiyet hakkının belirsiz bir süre için kısıtlanmasına ve hakkın özüne dokunulmasına sebebiyet verebilecektir<sup>137</sup>. Bu çerçevede 7181 sayılı Kanun ile değişik İK m. 13'ün varlığı, yukarıda izah ettiğimiz ve mülkiyet hakkını belirsiz süreli kısıtlayarak kullanılmaz kılan uyuşmazlıkların doğumunu engellemeyecektir.

<sup>135</sup> Bu hususta KK ek madde 1'in uygulanabileceği kanaatindeyiz. İK m.13'te değişiklik öngören Kanun, KK ek m.1'yi yürürlükten kaldırmamıştır. Her iki maddenin kapsamındaki taşınmazlar da aynıdır. Uygulama imar planlarında umumi hizmetlere ve resmî kurumlara ayrılmak suretiyle mülkiyet hakkının özüne dokunacak şekilde tasarrufu hukuken kısıtlanan taşınmazlar, İK m.13 uyarınca beş yıllık imar programı süresi içerisinde kamunun mülkiyetine kazandırılmaz ise KK ek madde 1 uyarınca, "... mülkiyet hakkını kullanmasına engel teşkil edecek kısıtlılığı kaldırarak şekilde imar planı değişikliği" yapılmalı veya yaptırılmalıdır. Bu şekildeki bir yorum, temel hak niteliğindeki mülkiyet hakkını koruma amacına daha uygundur. Bkz. I. Bölüm, B., 8. başlığı altındaki anlatımlarımıza.

<sup>136</sup> Yürürlüğe giren bir imar planı, beş yıllık imar programları uyarınca uygulanmaktadır. Bu çerçevede çeşitli kriterler baz alınarak uzun bir sürece yayılmış şekilde çok sayıda beş yıllık imar programları ile karşı karşıya kalınmaktadır. İK m.13'te, yapı yasağı bulunan alanların, en fazla bir yıl uzatmak kaydıyla, beş yıllık imar programı süresi içerisinde kamu mülkiyetine kazandırılacağı belirtilirken taşınmazın kamu mülkiyetine kazandırılması için azami bir süre öngörüldüğü izlenimi uyanmaktadır. Ancak bu alanların hangi beş yıllık program kapsamında yer alacağı veya imar programında bu tür alanlara öncelik tanınacağına dair bir düzenleme de bulunmamaktadır. Bu hal de, imar planında umumi veya kamu hizmetine tahsis edilmesine rağmen program kapsamına alınmayan taşınmazlar ile karşı karşıya kalınmasına sebebiyet verebilecektir.

<sup>137</sup> Bu çerçevede imar planında umumi veya kamu hizmetine tahsis edilip de yapı yasağı olan ve olmayan taşınmazların, uygulama imar planının (imar programı değil) yürürlüğe girmesinden itibaren azami belli bir süre içerisinde kamunun mülkiyetine kazandırılacağına dair bir hükme yer verilmesi, olası olumsuz sonuçları önleyebilecektir. İK m. 13'ün 1. ve 3. fıkralarının AYM tarafından iptali sonrasında oluşan kanuni boşluğun doldurulmasını amaçlayan Danıştay kararlarında da benzer yaklaşım görülmektedir. Danıştay kararları için bkz. Giriş Bölüm, B., 2., 2.1.

### C. KONUNUN ELE ALINMA GEREĞİ, USULÜ VE AMACI

Temel bir hak ve özgürlük olan mülkiyet hakkı, bu sıfatı gereği, ancak ve ancak Anayasa ve kanunlarda öngörülen usul ve esaslar uyarınca sınırlandırılabilir. Ancak “*Sorunun Görünüm Şekilleri*” başlığı altında da izah ettiğimiz üzere, idare, işlem ya da eylemleri (eylemsizliği de dâhil) ile Anayasa ve kanunlarda öngörülen usul ve esaslara riayet etmeksizin mülkiyet hakkını kullanılamaz hale getiren, hakkın özüne dokunan müdahalelerde bulunabilmektedir. Bu durum, temel bir insan hakkının, bizzat hakkı korumakla yükümlü olan idareler eliyle ihlal edilmesi anlamına gelmektedir. Hukuk devleti ilkesi ile hiçbir hal ve şartta bağdaşmayacak bu hal, ne yazık ki, ülkemiz açısından sistematik bir sorun arz etmektedir.

Türk hukuk uygulamasında, idarenin taşınmaza doğrudan eylemli şekilde müdahale ederek maliki mülkiyet hakkından yoksun bırakması, fiili elatma şeklinde kamulaştırmaksız elatma/elkoyma adı ile anılmaktadır. İdarelerin kamulaştırma şerhi, imar planı, sit alanı ilanı gibi kontrol amaçlı sınırlandırma yetkilerinin dışına çıkarak, bu araçlar vasıtasıyla maliki mülkiyet hakkından yoksun bırakması hali de Türk Yargısı ile Türk Hukuk Doktrini’nin çoğunluğu tarafından, hukuki elatma şeklinde (ya da bu ifadeyi kullanmaksızın idari işlem ya da eylemden kaynaklı zarar verici durum olarak), kamulaştırmaksız elatmadan ayrı bir başlık altında ifade edilmektedir. Bu halde, idare, yapması gerekeni yapmayarak, yapmaması gereken şeyleri yapmakta, belirsiz süreli kısıtlamalar dolayısıyla mülkiyet hakkının özüne müdahale etmektedir. Fiili elatmada taşınmaza doğrudan doğruya fiili bir müdahale mevcut iken hukuki elatmada fiili bir müdahale olmaksızın idarenin yapması gerekeni yapmayarak dolaylı şekilde müdahale etmesi söz konusudur. İdareler tarafından farklı araçlar kullanılmak suretiyle de olsa, Anayasa ve kanunlarda öngörülen usul ve esaslara başvurulmaksızın mülkiyet hakkından yoksun kalma neticesi doğuran her iki müdahalenin aynı çatı altında, kamulaştırmaksız elatma adıyla anılabileceği ana önermesinde bulunmaktayız. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da, 2010/5-662 E., 2010/651 K., 15.12.2010 T. kararında<sup>138</sup>, bu yaklaşım ile hareket etmiş ve fiilen elatıp taşınmazın tamamen veya kısmen kullanılmasına engel olunması ile imar uygulaması sonucu taşınmazın kullanımına engel sınırlamalar getirilmesi arasında sonucu itibariyle bir fark

<sup>138</sup> Yargıtay HGK 2010/5-662 E., 2010/651 K., 15.12.2010 T. karar ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 5.11.2019).

bulunmadığı ifade edilmiştir. Konunun bu bakış açısı ile ele alınması halinde olası sonuçlarının değerlendirilmesi gerekmektedir.

Fiili elatmanın tanım, hukuki nitelik, hüküm ve sonuçları hakkında yerleşmiş bir kanaatin var olduğunu belirtebiliriz. Bu konuda özellikle Yargıtay'ın 1956/1 Esas, 1956/6 Karar, 16.5.1956 T. kararı ve 1956/1 Esas, 1956/7 Karar, 16.5.1956 T. içtihadı birleştirme kararları<sup>139</sup> ile Yargıtay'ın 1958/17 E., 1959/15 K., 11.2.1959 T. içtihadı birleştirme kararının<sup>140</sup> etkisi yadsınamaz. İdarelerin fiili elatma şeklindeki hukuka aykırı eylemlerinin hukuki niteliği tartışmasız bir şekilde ortaya konulmuş olmasına ve bu eylemlerden idareyi sorumlu tutan mahkeme kararlarının varlığına rağmen fiili elatma eylemleri önlenebilmiş değildir. Diğer yandan hukuki elatma ile ilgili yerleşmiş ve kapsayıcı içerikte bir tanımlama mevcut değildir. Kavram, örneklendirmeler üzerinden anlamlandırılmaya çalışılmaktadır. Hukuki elatmanın hukuki niteliği ile ilgili olarak, içerisinde bulunduğumuz şu vakit itibarıyla, Türk Yargısı'nda yerleşmiş bir kanaatin varlığını belirtebiliriz. Türk Hukuk Doktrini'nde çoğunluk görüş de aynı kanaattedir. Bu çerçevede uyuşmazlığın, idari işlem veya eylemlerden kaynaklı bir uyuşmazlık olarak idari yargı nezdinde çözülmesi gerektiği kabul edilmektedir. Ancak yukarıda belirttiğimiz Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2010/5-662 E., 2010/651 K., 15.12.2010 T. kararının da tesiri ile gerek kamu hukuku alanında gerekse de özel hukuk alanında çalışan bazı yazarlar tarafından aksi görüş de savunulmaktadır. Bu görüş uyarınca, hukuki elatma, idarenin haksız fiili niteliğinde olup, özel hukuk hükümleri uyarınca adli yargı tarafından çözümlenmelidir. Belirttiklerimizden hareketle, günlük hayatta karşımıza çıkan bir uyuşmazlığın, fiili elatma kapsamında mı hukuki elatma kapsamında mı ele alınacağı meselesi, önemli bir mesele olmaktadır. Çünkü bu husustaki tespit ile bağlantılı olarak uygulanacak hukuk ve uyuşmazlığı çözümleyecek yargı teşkilatı da değişim gösterecektir.

Ortaya koymaya çalıştığımız soruna konu olan ve bu suretle ihlal edilen mülkiyet hakkı, kural olarak, özel hukuka tabi taşınmaz mülkiyetidir. Özel hukuka tabi taşınmaz mülkiyetinin içerik, kapsam ve hükümleri Medeni Hukuk'a tabidir. Ancak bu sorun, idarenin işlem veya eylemleri sebebiyle ortaya çıkmaktadır. Bu çerçevede ele

<sup>139</sup> YİBBGK 1956/1 E., 1956/6 K., 16.05.1956 T. kararı; YİBBGK 1956/1 E., 1956/7 K., 16.05.1956 T. kararı ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 29.10.2019).

<sup>140</sup> YİBBGK 1958/17 E., 1959/15 K., 11.2.1959 T. kararı ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 29.10.2019).



aldığımız konu, hem Medeni Hukuku hem de İdare Hukuku'nu ilgilendiren disiplinlerarası bir sorundur. Konu, İdare Hukuku alanında çalışan pek çok yazar tarafından ele alınmıştır. Ancak yaptığımız incelemelerde, konunun, Medeni Hukuk alanında çok sınırlı sayıda yazar tarafından değerlendirildiğini gözlemledik. Özel hukuka tabi mülkiyet hakkının ihlali sonucunu doğuran bu olgunun, özel hukuk bakış açısıyla bütün boyutları ile, tanımı, unsurları, hukuki niteliği ile hüküm ve sonuçları açısından ele alınması gerekliliği, önemli bir ihtiyaçtır.

Tezimize dair zihin haritamızda iki temel sorunsal belirledik. Bu iki temel soruya iki bölüm içerisinde cevap bulmaya çalıştık. Çalışmamızın Birinci Bölümü'nde kamulaştırmaz elatma olgusunun, fiili elatma ve hukuki elatma boyutları ile bir bütün olarak ele alınması halinde ne ifade edebileceği sorusuna ışık tuttuk. Bu çerçevede çalışma konumuz olan olgu için hangi kavramın ve neden tercih edildiğine dair izahatın ardından olgunun Türk Hukuku'nda nasıl bir tarihsel gelişim gösterdiğini ortaya koyduk. Bu süreçte olgunun herhangi bir değişim ve dönüşüme uğrayıp uğramadığı sorusunu da cevaplamaya çalıştık. Ardından kapsayıcı bir tanım yapmak ve unsurlarını da belirtmek suretiyle kavramın ne anlama geldiği sorusuna geniş bir perspektif üzerinden cevap vermek istedik. Türk Hukuku'nda olgunun nasıl nitelendirildiğini ele almamızın ardından özellikle de hukuki elatmayla ilgili farklı bir nitelendirme yapılabilmesinin mümkün olup olmadığı sorusuna yanıt aradık. Temel bir hakka yönelik hukuka aykırı müdahale olan kamulaştırmaz elatmanın, AİHM ve AYM tarafından nasıl tanımlandığı, nasıl nitelendirildiği ve nasıl değerlendirildiği sorularına da cevap verdik.

İkinci Bölüm'de ise kamulaştırmaz elatmanın hüküm ve sonuçlarının ne olduğu sorusunu sorduk. Öncelikle konu ile ilgili özel kanuni düzenlemelerde öngörülen hüküm ve sonuçlar belirtilerek değerlendirilmiştir. Ardından bu özel kanuni düzenlemeler dışında kalan kamulaştırmaz elatma vakalarının yargı makamları tarafından nasıl ve ne şekilde ele alındığı, hangi hüküm ve sonuçlara bağlandığı, durum tespiti mahiyetinde de lege lata şeklinde ortaya konulmuştur. Ardından Medeni Kanun ile Borçlar Kanunu'nun çeşitli hukuki müesseseleri üzerinden olgunun ele alınıp alınamayacağı, ele alınabilecek ise hüküm ve sonuçlarının ne olabileceği değerlendirilmiştir. Bu suretle özel hukuk bakış açısıyla, Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu'ndaki hangi kavram ve kurumların kamulaştırmaz elatma kapsamındaki

uyuşmazlıklara doğrudan veya kıyasen uygulanabileceğini, bu suretle de sunulan hukuki enstrümanların, mülkiyet hakkı ihlal edilen hak sahipleri için telafi edici bir mekanizma sunma potansiyelinin olup olmadığı ele alınmak istenmiştir. Nihai olarak da de lege ferenda mahiyette kamulaştırmасız elatmanın hüküm ve sonuçlarına dair model önerimizi ilginize sunduk.

Çalışma konumuz, temelde mülkiyet hakkı ile ilgili disiplinlerarası bir çalışma olması hasebiyle, usul açısından pek çok hukuki disiplinden faydalanılmıştır. Mülkiyet ve mülkiyet hakkı kavramları ile temel hak ve özgürlük olan mülkiyet hakkına yönelik sınırlandırmalar ile ilgili olarak Anayasa Hukuku, Genel Kamu Hukuku, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi ve İnsan Hakları Hukuku arka planı gerekmektedir. Bu çerçevede özellikle Anayasa Hukuku ile uluslararası insan hakları belgelerinin temel ilkelerinden faydalanılmıştır. Kamulaştırmасız elatma, idareler tarafından gerçekleştirilen bir eylemdir. Bu sebeple de idarelerin yetki ve görevlerinin kapsam ve içeriklerinin belirlenmesi ile yetkilerini kullanma, görevlerini yerine getirme usulleri ile ilgili olarak İdare Hukuku'nun kuralları temel alınmıştır. Diğer yandan kamulaştırmасız elatma olgusu, idarelerin İdare Hukuku uyarınca sahip oldukları yetkinin dışına çıkarak özel hukuka tabi olan mülkiyet hakkına yönelik hukuka aykırı müdahalesidir. Bu sebeple kamulaştırmасız elatma olgusu ve bu olgunun hüküm ve sonuçları, özel hukuk kapsamında Medeni Hukuk ve Borçlar Hukuku ilke ve kurumları üzerinden değerlendirilmiştir.

Tez içerisinde yaptığımız değerlendirmelerde, 1956 tarihli Yargıtay'ın içtihadı birleştirme kararlarından günümüze uzanan süreçte Yargıtay, Danıştay, Uyuşmazlık Mahkemesi'nin kararları, Anayasa Mahkemesi'nin iptal ve bireysel başvuru kararları ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarından yararlanılmıştır. Kararlar ile ilgili varsa doktrin görüşlerine de atıf yapılmıştır. Konu ile ilgili pek çok kanuni düzenleme (süreç içerisindeki değişiklikler de aktarılmak suretiyle) ile genel düzenleyici işlemlere de yer verilmiştir. Konunun mevzuata yansımaları, tarihsel süreçteki değişiklikler ve konu ile ilgili doktrindeki değerlendirmeler de gözetilerek aktarılmıştır. Disiplinlerarası bir çalışma olması hasebiyle farklı hukuk disiplinlerinden konu ile ilgili literatür taraması yapılmış, kimi zaman doğrudan alıntılama kimi zaman da dolaylı alıntılama yöntemi ile kanaatler aktarılmıştır. Ulusal bir problem olması hasebiyle gerek mevzuat gerekse de literatür taraması, Türk

Hukuku ile sınırlandırılmıştır. Mümkin olduğu kadar çok sayıda yargı kararına yer verilmek suretiyle olgunun Türk Hukuku'ndaki tablosu çizilmek istenmiştir. Bu süreçte de lege lata şeklinde “*olan hukuk*” ortaya konulduğu gibi de lege ferenda şekliyle “*olması gereken hukuka*” dair değerlendirmelerde de bulunulmuştur. Yorum biliminin (hermeneutik) çeşitli formları ile ele alınan olgu, özel hukuk bakış açısıyla yeniden ve tüm boyutları ile kapsayıcı şekilde ilginize sunulmuştur.

Kamulaştırmasız elatma şeklindeki hukuka aykırı olguyu daha yakından ve bütüncül bir bakış açısıyla tanımak ve tanıtmak suretiyle net, sade ve tutarlı bakış açısıyla olguyu ele almak amaçlanmaktadır. Her ne kadar tezimizin sorunsal çerçevesini, Kamulaştırma Kanunu ile İmar Kanunu ile sınırlı şekilde ortaya koymuş olsak da, kamulaştırmasız elatmaya ilişkin tespit ve analizlerimiz, mahiyetine uygun düştüğü ölçüde, bu kanunlar dışındaki diğer pek çok kanunun tatbiki sırasında ortaya çıkabilecek kamulaştırmasız elatma vakaları için de uygulanabilir olma özelliğini taşımaktadır. Bu suretle, sorunun ana kaynağına dikkat çekmeyi de amaçlamaktayız. Bu çalışmamızın, özelde mülkiyet hakkının, genelde tüm temel hak ve özgürlüklerin korunması ve gerçekleştirilmesine hizmet eden hukuk devleti ilkesinin hayata geçmesinde bir nebze de olsa katkı sunmasını umut etmekteyiz.

# BİRİNCİ BÖLÜM

## KAMULAŞTIRMASIZ ELATMA KAVRAMI

### A. KAVRAMSAL TERCİH

Türk Hukuku'nda kamulaştırmасız elatma, olgusal olarak, idarelerin uygulamaları neticesinde ortaya çıkmıştır. İdarelerin uygulamaları sebebiyle yaşanan somut uyuşmazlıkların yargı makamlarına taşınması ile olgunun kavramsal olarak adlandırılması, tanımlanması ve nitelendirilmesi sonradan (a posteriori) gerçekleştirilmiştir. Somut uyuşmazlıkları hak ve nesafet ilkeleri uyarınca hakkaniyete uygun çözmeyi amaçlayan yargı makamlarının kararlarındaki kavramsal kullanım, tanımlama ve nitelendirme çalışmaları mevzuatta değişiklik ve dönüşümü zorunlu kılmıştır. Süreç incelendiği zaman görülecektir ki, kavramın mevzuattaki gelişimi, yargı kararları ile yaşanan değişim, dönüşüm veya gelişimi takip etme, engelleme veya sınırları belirleme gayesini taşımaktadır.

Çalışmamızın konusu olan olguyu nasıl bir kavram ile adlandıracağımız hususu, özel bir değerlendirmeyi gerektirmektedir. Söz konusu olgu, “*taşınmazın kamulaştırılmaksızın kamu emlakine kalbedilmesi*”<sup>141</sup>, “*kamulaştırmасız el atma*”<sup>142</sup>,

<sup>141</sup> Bkz. M. Kemal Oğuzman, “Bir Gayrimenkulün İstimlak Edilmeden Amme Emlakine Kalp Edilmesi (Tevhidi İctihadı Gerektiren Bir Durum)”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C.XIX, Y.1953, S.3-4, s.809, 812, 820. Yazar, Fransa mahkeme içtihatları tarafından “*dolayısıyla kamulaştırma*” kavramının ortaya atıldığını belirtmekte, ancak kendisi bu kavramı kullanmadığı gibi ayrı bir kavramsal ifade tercihinde de bulunmamaktadır.

<sup>142</sup> Bkz. Ulusoy, Kamulaştırmасız El Atma, s.6; Çabuk/Çakmak/Şengöz, s.40; Gözler, İdare Hukuku II, s.1014 vd. Ulusoy, çalışmada kavram bütünlüğü sağlamak amacıyla “*kamulaştırmасız el atma*” kavramını tercih ettiklerini, “*kamulaştırmасız el koyma*” ifadesinin aynı hukuki durumu belirttiğini, ancak “*dolayısıyla kamulaştırma*” ifadesinin, sonradan da olsa kamulaştırmanın gereklerini yerine getirildiği izlenimi uyandırdığından ve konuyu tam anlamıyla ifade edemediğinden bahisle tercih edilmediğini belirtmektedir. Ulusoy, Kamulaştırmасız El Atma, s.6, dn.x.

“dolaylı/dolayısıyla kamulaştırma”<sup>143</sup>, “fili kamulaştırma”<sup>144</sup>, “fiilen el atma”<sup>145</sup>, “kamulaştırılmaksızın kamu hizmetine ayrılan taşınmazlarda haklar”<sup>146</sup>, “kamulaştırmaz el koyma”<sup>147</sup> ya da “hukuka aykırı kamulaştırmaz el koyma/el atma”<sup>148</sup> gibi çeşitli kavramlar ile ifade edilmektedir. Kavramsallaştırma, süreç olarak

<sup>143</sup> Bkz. Sıddık Sami Onar, **İdare Hukukunun Temel Esasları**, III. Cilt, İstanbul, Hak Kitabevi, 1966, s.1557-1562. Ayhan, adli yargı makamlarının, idarelerin özel kişilerin taşınmazlara vaki müdahalesini, taşınmaz bir kamu hizmetine tahsis edilmiş olsa da kamulaştırmaz el atma olarak nitelendirdiğini belirterek, dolayısıyla kamulaştırma teriminin (Yargıtay tarafından) kullanılmamasını eleştirmektedir. Bkz. Fatma Ayhan, “Kamulaştırma Kanunu’nun Geçici 6. Maddesi ve Türk Hukukunda ‘Dolayısıyla Kamulaştırma’ Uygulaması Üzerine Bir Deneme”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C.69, S.1-2, Y.2011, s.1128. Yazar, aynı makalenin s.1127’de şu ifadeler ile kavramın kanun metnindeki ifadesini de eleştirmektedir: “... Her ne kadar, dolayısıyla kamulaştırma bir kamulaştırma usulü olmamasına rağmen öyle imiş gibi anlaşılabilirse de, kanaatimizce kamulaştırmaz el atma terimine tercih edilmelidir. Zira ‘kamulaştırmaz el atma’ da kavramı tam olarak ifade edememektedir. Yargıtay’ın bu durumla ilgili bütün kararlarında kullanılan ve konuya ilişkin son yasal düzenleme olan geçici 6.maddenin başlığında geçen bu terim, idarenin eylemini ve bu eylemin haksızlığını ifade eden bir tamlamadan oluştuğu için, bu fiilin bir neticesinin de olduğunu akla getirmekten uzaktır. ... kamulaştırmaz el atma yalnızca ‘el atma’dan ibaret değildir. ... bu el atmanın kamulaştırmaz el atma’ sayılıp bu sebeple tazminata hükmedilebilmesi için el atılan taşınmazın kamu hizmetine ayrılarak ya da kamu yararına tahsis edilerek üzerinde tesis yapılması gerekir. İdarenin el atma fiilini vurgulamak ve kavramı ifade eden buna yer vermek, kavramın anlamını ve işlevini doğru belirlemek bakımından mutlak bir gereklilik ise, Oğuzman’ın bu konuyla ilgili makalesinde yer verdiği, “bir gayrimenkulün istimlak edilmeden amme emlakine kalbedilmesi” şeklinde, bu fiilin neticesini de bünyesinde barındıran bir terimin kullanılmasını teklif etmekteyiz.”. Yayla, Böke, Gülan, Bilgen, Avcı da “dolayısıyla kamulaştırma” kavramını tercih etmektedir. Bkz. Yıldızhan Yayla, **İdare Hukuku**, İstanbul, Beta Yayınları, 2010, s.218; Veli Böke, **Kamulaştırma Kanunu ve Kamulaştırma Bedelinin Tespiti Davaları**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2004, s.29; Gülan, s.33; Bilgen, s.97-98; Mustafa Avcı, “Türk Hukukunda Kamulaştırmaz El Atma Sorunu Üzerine Bir İnceleme”, in International Conference on Eurasian Economies 2014, **Law&JusticeReview**, V.5, I.1, June 2014, s.1 (147) (<https://www.avekon.org/papers/1144.pdf>, 13.5.2018). Bilgen, s.97-98’de, kamulaştırmanın dolayısıyla ifadesi ile birlikte anılmasının sebebi, el koymanın kamu hizmeti için vazgeçilmesi imkânsız bir zilyetlik olmasına dayandırmaktadır.

<sup>144</sup> Onar, s.1558. Böke, s.29’da, “dolayısıyla kamulaştırma” ifadesi yanında “fili kamulaştırma” ifadesini de kullanmaktadır.

<sup>145</sup> Oktay Akkaya, **Açıklamalı-İçtihatlı Kamulaştırma ve Kamulaştırmaz El Atma**, Ankara, Lazer Yayınları, 1998, s.176.

<sup>146</sup> Akgüner/Berk, bilinen adıyla “dolayısıyla kamulaştırma” olarak ifade edilen durumun, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu geçici 6.maddesinin başlığında 6487 sayılı Kanun ile değişiklik sonrasında “kamulaştırılmadan kamu hizmetine ayrılan taşınmazlarda haklar” halini aldığını belirtmektedir. Bkz. Tayfun Akgüner/Kahraman Berk, **İdare Hukuku**, İstanbul, Der Yayınları, 2017, s.933.

<sup>147</sup> Bkz. Hayta, s.381, dn.55. Yazar, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu’nun geçici 6.maddesinde “kamulaştırmaz el koyma” ifadesinin kullanılması sebebiyle Kanun ile kavram birliği oluşması açısından “kamulaştırmaz el koyma” ifadesinin tercih edildiğini belirtmektedir. Kaplan ise, kamulaştırmaz el atma deyimi yerine kamulaştırmaz el koyma deyiminin kullanılmasının daha isabetli olduğunu, olgunun belli bir nicelik ve süreklilik içermesi karşısında el koyma teriminin, olguyu daha iyi karşıladığını belirtmektedir. Bkz. Gürsel Kaplan, “Yeni Yasal Düzenlemelere Göre Kamulaştırmaz El Koyma Sebebiyle Doğan Tazmin Hakkının Tabi Olduğu Usul ve Esaslar”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Mart-Nisan 2012, S.99, s.128. Gürsel de “dolayısıyla kamulaştırma” kavramının temel hak ve özgürlükler açısından eleştirilebilir olduğunu belirtmekte ve “kamulaştırmaz el koyma” kavramını tercih etme sebeplerini detaylı bir şekilde ele almaktadır. Bkz. Gürsel, s.384-386.

<sup>148</sup> C. Salih Şahin, **Teori ve Uygulamada Kamulaştırmaz El Koyma, İdarenin Özel Mülkiyetteki Taşınmazlara Hukuka Aykırı El Koyması**, İstanbul, Seçkin Yayıncılık, 2006, s.15-16; Günday, **İdare Hukuku**, s.276-281; Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s.693; Ali D. Ulusoy, **Yeni**

zor ve titizlikle yürütülmesi gereken bir aşamayı ifade etmektedir. Kavram, her bir nesnenin, düşüncenin veya olgunun zihindeki genel ve soyut tasarımıdır<sup>149</sup>. Diğer bir ifadeyle kavram, nesnelerin veya olayların ortak özelliklerini kapsayan ve bir ortak isim altında toplayan soyut tasarımlardır<sup>150</sup>. Bu çerçevede kavramsal tercih, olguya ilişkin temel soyut tasarımıyı, herhangi bir tereddütte kalmayacak netlikte ortaya koyabilmelidir. Kavram tercihinde, kullanılan ifadenin, inceleme konusu olan olguyu bütün boyutları ile olmasa bile genel hatları ile olgunun varlık koşulları, hukuki nitelik ve sonuçları ile ilgili olarak doğru bir hukuki algı yaratacak özellikte olması beklenir<sup>151</sup>. Bir olguya karşılık kullanılan kavram, telaffuz edildiği zaman ve ortam itibarıyla, henüz tanım ya da tarif yapılmamış olsa da, o olgunun çerçevesi, olgunun ulaşabileceği sınır ile ilgili zihinlerde doğru bir iz bırakmalıdır. Biz çalışmamız kapsamında “*kamulaştırmaz elatma*” kavramını kullanmayı tercih etmekteyiz.

“*Kamulaştırmaz elatma*” kavramının tercihi ile tez çalışmamızın temel konusu olan olguya ilişkin zihinlerde doğru bir tasarımın canlanması istenmektedir. “*Kamulaştırmaz*” kavramının tercihinde, idarelerin yaptıkları müdahalede, özel mülkiyete konu olan taşınmazlar üzerindeki mülkiyet hakkını sona erdirebilecek temel müdahale yolu olan kamulaştırma sürecini işletmeksizin, mülkiyet hakkından doğan hak ve yetkilerin kullanımını imkânsız kılması ya da aşırı ölçüde güçleştirilmesi etkili olmuştur. Bu suretle idarenin her türlü müdahalesi değil, netice itibarıyla mülkiyet hakkından yoksun kalma neticesini doğuracak şekilde belli yoğunluk ve formdaki müdahaleleri kapsama alınmıştır. İdarenin mülkiyet hakkından yoksun bırakma neticesini doğuran müdahalelerinin hukuki çerçevesi, Anayasa’nın 46. maddesinde

---

**Türk İdare Hukuku**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2019, s.633-636; Halil Kalabalık, **İdare Hukuku Dersleri**, Cilt II, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2021, s.426-428. Yazarlar, “*kamulaştırmaz el koyma/el atma*” kavramı üzerinden hukuka uygun ve hukuka aykırı ayrımı yapmakta ve konumuz kapsamına girebilecek olguları “*hukuka aykırı kamulaştırmaz el koyma/el atma*” şeklinde kavramsallaştırmışlardır. Erol ise, kamulaştırmaz elatmanın hukuka uygun ve hukuka aykırı şeklinde ikili bir ayrım üzerinden ele alınmasını eleştirmektedir. Ömer Faruk Erol, “Yargı Kararlarında İmar Planı Yoluyla Kamulaştırmaz El Atma”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi**, Y.2013, C.9, S.105-106, s.195.

<sup>149</sup> Türk Dil Kurumu, kavram ifadesini, bir nesnenin veya düşüncenin soyut ve genel tasarımı, mefhum, fehva, konsept, nosyon olarak tanımlamaktadır (<https://sozluk.gov.tr/>, 21.10.2019).

<sup>150</sup> A. Teyfur Erdoğan, “Kavram ve Kavramsallaştırmada Üç İddia: Eşanlamlılığın İmkânsızlığı, Çevrilemezlik ve Kavramsal Dakiklik”, in **Kavram Geliştirme: Sosyal Bilimlerde Yeni İmkanlar** (Editör: Kübra Bilgin Tiryaki/Lütfi Sunar), İstanbul, Nobel Yayınları, 2016, s.57.

<sup>151</sup> Erdoğan, bu mevzuu şu şekilde izah etmektedir: “*Kısaca tekrar edelim kavram, bir türün mensupları arasındaki benzerlik ilişkisidir. Bu şu anlama gelir: Bir kavramın gösterdiği, işaret ettiği aileye mensubiyet için olmazsa olmaz şartlar ile olmasa da olur özellikler vardır. Bu olmazsa olmaz şartlar ile olmasa da olur özelliklerin tamamını bünyesinde barındıran, ailenin en iyi mümessilidir.*”. Erdoğan, s.59.

düzenlenen kamulaştırma müessesesi ile çizilmiştir. Ancak daha önce ele aldığımız üzere İmar Kanunu ve diğer birtakım mevzuat hükümleri uyarınca da mülkiyet hakkını sona erdirmeye neticesi doğuran işlemlerin bulunduğunu hatırlatmak isteriz. Bu ifadenin tercihi ile idarelerin, hukuki sınırlarının dışına çıktığına, bu suretle olgunun hukuka aykırılık niteliğine işaret edilmek istenmektedir. “*Elatma*” kavramının tercih edilmesi, olgunun varlık koşullarından olan mülkiyet hakkına yönelik eylem ya da işlemin, mülkiyet hakkını sona erdirmeyip ondan doğan hak ve yetkilerin kullanımını imkânsız kılma veya aşırı derecede güçleştirme neticesi doğurması ile ilgilidir. *Elatma* eylemi, mülkiyet hakkının esasına, verdiği yetkilere müdahale niteliğindedir. İdarelerin, Hukuk Devleti ilkesi çerçevesinde şekillenen hukuka uygun eylem ve işlemde bulunma yükümlülüğünün ihlalinin bir örneği olan inceleme konumuz, neticeleri itibariyle özel hukuka tabi mülkiyet hakkına müdahale etmektedir. Medeni Hukuk alanında mülkiyet hakkından doğan hak ve yetkilerin kullanımına engel olan müdahaleler karşısında malikin talep hakkı, TMK m. 683/2 uyarınca elatmanın önlenmesi dava hakkı şeklinde ifade edilmektedir. Bu çerçevede elatma ifadesi, kavramın kapsamına giren olguların, Medeni Hukuk bakış açısıyla ele alınacağına da işaret etmektedir. Kavramın bileşik bir kelime şeklinde kullanılmasının arka planında da Medeni Kanun m. 683/2’deki “... her türlü haksız elatmanın önlenmesini dava edebilir” şeklindeki kullanım bulunmaktadır. Bu bağlamda “*elkoyma*” ifadesi, Ceza Muhakemesi Kanunu m. 116-134’te ifade edilen ve bir Ceza Muhakemesi Hukuku müessesesi olması hasebiyle kullanılmamıştır<sup>152</sup>. Bütün bu sebepler ışığında, idareler tarafından, özel mülkiyete tabi taşınmaza yönelik gerçekleştirilen ve kamulaştırma yapmaksızın mülkiyet hakkından doğan hak ve yetkilerin kullanımını imkânsız kılacak veya aşırı ölçüde güçleştirecek müdahaleleri karşılayacak, tezimiz ile ilgili genel ve soyut bir tasarım sunacak ifade olarak “*kamulaştırmaz elatma*” kavramını tercih etmekteyiz.

Tez konumuzun kapsamındaki taşınmaz mülkiyetine yönelik müdahaleleri, ayrı bir kavram altında, özel bir isimlendirme ile sunmak suretiyle bir paradoks ile karşı karşıya kaldığımızın bilincinde olduğumuzu belirtmeliyiz. Bir olgu için özel bir adlandırma yapılması, o olguyu olumlama ve onu belirginleştirme amacına hizmet olarak değerlendirilebilir. Bu çerçevede *kamulaştırmaz elatma* adı altında ele

<sup>152</sup> Çabuk/Çakmak/Şengöz, yargı kararlarında ve doktrinde el koyma ifadesi kullanılmaktaysa da, el atma ifadesinin olgu için daha uygun olduğu kanaatindedir. Çabuk/Çakmak/Şengöz, s.40, dn.34.

alabileceğimiz vakaları, *idarenin haksız fiilleri* adı altında zikretmenin yeterli olduğu ve bu suretle bahsettiğimiz paradoksun engellenebileceği kanaatindeyiz. *Yalçınduran*<sup>153</sup>, “*Bir hukuk devletinde asla bulunmaması gereken bir kavram olan kamulaştırmasız el koyma, idarelerin hukuka aykırı davranışlarını cesaretlendirdiği gibi, bu kavramı yasal bir zemine oturtma çabaları da zaten bu yönde davranan idareleri kamulaştırma yolunu tamamıyla bırakarak bu yöndeki hukuka aykırı davranışları teşvik edecektir.*” ifadesiyle bahsettiğimiz paradoksa işaret etmektedir. Ancak Türk Hukuku’ndaki hâkim kullanım sebebiyle özel kavramsallaştırma uyarınca hareket edilmesi gereği ortaya çıkmıştır<sup>154</sup>. Ayrıca bazı durumlar vardır ki, olmaması gerekenin çerçevesinin çizilmesini ve sonuçlarının belirginleştirilmesini gerektirebilir. Kamulaştırmasız elatma olgusu da hukuk devleti ilkesi açısından olmaması gereken, varlığı asla kabul edilemeyecek bir hal olarak kavramsal çerçevesi netleştirilmesi gereken bir olgu olmaktadır.

## **B. KAMULAŞTIRMASIZ ELATMANIN TÜRK HUKUKUNDAKİ TARİHSEL GELİŞİMİ**

### **1. YARGITAY İÇTİHADİ BİRLEŞTİRME KARARLARI ÇERÇEVESİNDE GELİŞİMİ**

Kamulaştırmasız elatma, olgusal düzeyde ilk olarak, idarelerin özel mülkiyete konu olan taşınmazları, kamu hizmetlerinin yürütülmesini temin sebebiyle kamulaştırma yapmaksızın yol, su yolu gibi hizmetlere özgülmesi suretiyle ortaya çıkmıştır. Mahkemeler, elatma eylemleri karşısında ilgili taşınmaz maliklerinin hak

<sup>153</sup> Türker Yalçınduran, “6745 Sayılı Kanun ile Hukuki El Koymalara Dair Yapılan Değişiklikler ile Hukuki ve Fiili El Koymalara Uygulanacak Hükümler”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.66, S.2, Y.2017, s.493. Aksi yönde Çabri, “... bu konuda herhangi bir düzenleme olmaması uygulamada idarenin Anayasa ve kanuna aykırı olarak özel mülkiyete onu taşınmazlara el atmasını engellememekte, bu konudaki mağduriyetler devam etmektedir.” demektedir. Sezer Çabri, “Kamulaştırmasız El Atma Kavramının Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 15.12.2010 Tarihli Kararı Doğrultusunda Tanımlanması”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.XV, S.1-2, 2011, s.83. Akgüner/Berk de, Fransız Hukuku’nu örnek göstererek, konu ile ilgili sürekli yürürlükte olan ve uygulanabilir bir kanunun bulunması gerekliliğini dile getirmektedir. Akgüner/Berk, s.935-936.

<sup>154</sup> Hatta öyle kanuni düzenlemeler mevcuttur ki, hak sahiplerinin, ilgili idare aleyhine kamulaştırmasız elatma davası açabileceği hüküm altına alınmıştır. 5393 sayılı Belediye Kanunu’nun 73. maddesinin 8. fıkrasında, kentsel dönüşüm ve gelişim alanı ilan edilen yerlerde belediye ile anlaşma yapmayan veya belediyece kamulaştırılmasına gerek duyulmayan gayrimenkul sahiplerinden proje alanında kendilerine 3194 sayılı İmar Kanunu’nun 18. maddesine göre ayrı ada ve parselde imar hakkı verilmemiş olanlar kamulaştırmasız el atma davası açabilir, denilmektedir.



talepleri hakkında farklı, birbiri ile çelişkili içtihatlarla bulunmuşlardır<sup>155</sup>. Yargıtay, benzer uyuşmazlıklarda Hukuk Daireleri'nin birbiriyle çelişen kararlar vermesi karşısında içtihadı birleştirme yoluna gitmiştir. Yargıtay, 1956/1 Esas, 1956/6 Karar, 16.5.1956 T. kararı ve 1956/1 Esas, 1956/7 Karar, 16.5.1956 T. içtihadı birleştirme kararları ile kamulaştırmaz elatma olgusunun mülkiyet hakkı üzerindeki etki ve hukuki sonuçları hakkında çözüm getirilmek istenmiştir.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 1956/1 Esas, 1956/6 Karar ve 16.05.1956 T. kararında<sup>156</sup> davaya konu olan uyuşmazlık, “*usulü dairesinde istimlak muamelesine tevessül edilmeksizin Devlet ve diğer bir amme hükmi şahsiyeti tarafından gayrimenkulün yola kalbedilmesi*” fiili neticesinde, ileri sürebilecek taleplere ilişkindir. Mahkeme, devlet ve kamu tüzel kişileri tarafından kamulaştırma yapılmaksızın taşınmazı kamu hizmetine (yola) özgülenen malikin, bu durumda, taşınmaza yönelik müdahalenin önlenmesi davası mı yoksa taşınmazın bedelinin ödenmesi davası mı açabileceği, bedelin dava edilmesi halinde taşınmazın fiilen yola özgülendiği tarihteki değeri mi, yoksa dava tarihindeki değerinin mi dikkate alınacağı hususlarını ele almaktadır. Yargıtay, bu kararda, “... *usulü dairesinde verilmiş bir istimlak kararı olmadan ve bedeli ödenmeden gayrimenkulü yola kalbedilen şahsın mezkûr gayrimenkul üzerindeki mülkiyet hakkı, bu fiili durum dolayısıyla, hiçbir surette zeval bulmaz.*” demektedir. Bu tespitten hareketle de “*Usulü dairesinde istimlâk muamelesine tevessül edilmeksizin gayrimenkulü yola kalbedilen şahsın, esas itibariyle, gayrimenkulünü yola kalbeden amme hükmi şahsiyeti aleyhine men'i müdahale davası açmaya hakkı olduğuna, ancak dilerse bu fiili duruma razı olarak,*

<sup>155</sup> Bkz. Oğuzman, s.809-820. Oğuzman, çalışmasında, Yargıtay 4. HD 3086 E., 2285 K., 15.5.1953 T. kararı ile Yargıtay 3. HD 7470 E., 5108 K., 17.9.1953 T. kararını ele almakta ve bu iki karar arasındaki çelişkili hususlara dikkat çekerek içtihadı birleştirme kararının gerekliliğini vurgulamakta ve konu ile ilgili şahsi kanaatini açıklamaktadır. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi kararında, Belediye tarafından kamulaştırma yapılmaksızın yola kalbedilmesi ile ilgili uyuşmazlıkta, taşınmazın tapuda davacının uhdesinde kayıtlı olduğu müddetçe davacının mülkünden çıkmayacağından arsa bedelini talep etmeye hakkı olmadığı ve kamulaştırma yönünde de bir karar olmadığından hareketle davacının müdahalenin önlenmesi veya zararı varsa tazminat talep etme muhtariyetine sahip olduğu kabul edilmektedir. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi ise Belediye tarafından bir taşınmaz üzerinde hidroelektrik santrali kurulması için kamulaştırma yapılmaksızın su isale kanalı geçirilmesi olgusunda, fiilen kamu hizmetine tahsis edilen taşınmaz hakkında davacının kamulaştırılmayan ancak üzerinde mülkiyeti zeval bulan yer bedelinin talep edilebileceğini, aksi halin fiilen vâki idari tasarrufun iptalini ve mecranın kapatılmasını gerektirdiğini, bu sebeple kamulaştırma dışında bırakılan yer bedelinin tespiti ve bu yerin davalıya temlik suretiyle bedelin tahsilinin gerekli olduğunu kabul etmiştir. Kararlar ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Oğuzman, s.809-812; Ayhan, Dolayısıyla Kamulaştırma, s.1135-1136.

<sup>156</sup> YİBBGK 1956/1 E., 1956/6 K., 16.05.1956 T. kararı ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 29.10.2019). Kararın tam metni için ayrıca bkz. Şahin, s.21-23.

*mülkiyet hakkının amme hükmi şahsiyetine devrine karşılık gayrimenkulün bedelinin tahsilini de dava edebileceğine ve isteyebileceği; bedelin de, mülkiyet hakkının devrine razı olduğu tarih olan dava tarihindeki bedel olduğuna ...*” şeklinde karar vermiştir. Yargıtay İBBGK’nin 1956/1 E., 1956/6 K. ve 16.05.1956 T. kararında, kamulaştırmaz elatma olgusu tanımlanmamakta, unsurları üzerinde durulmamakta ve kavram ile ilgili herhangi bir hukuki nitelendirme yapılmamaktadır. Ancak bu şekildeki bir elatma olgusunun hukuki sonuçları değerlendirilmektedir. Yargıtay’ın İBBGK kararına göre, her ne sebeple olursa olsun –kamu hizmetine özgülemek suretiyle kamu yararı sebebine dayanılmış olsa bile- taşınmaza hukuka aykırı şekilde yapılan fiili müdahaleler ile malikin mülkiyet hakkı ortadan kalkmaz<sup>157</sup>. Bu sebeple de malik, Medeni Kanun m.683/2’de (EMK m. 618) zikredilen mülkiyet hakkına yönelik haksız müdahalelerin ortadan kaldırılmasına yönelik “*elatmanın önlenmesi davasını*” açabilecektir. Ancak malik, elatmanın önlenmesi davasının icrasında yaşanabilecek güçlük veya imkânsızlık sebebiyle kamu hizmetine özgülenerek kullanım amacı değişen taşınmazın idareye devrine rıza göstererek taşınmazın değerinin tahsiline yönelik “*bedel davası*” da açabilecektir. Karara göre bedel davası açılması halinde dikkate alınacak değer, taşınmazın “*dava tarihindeki değeri*” olmaktadır<sup>158</sup>.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu’nun 1956/1 Esas, 1956/7 Karar ve 16.05.1956 T. kararında ise<sup>159</sup> taşınmazı, kamulaştırma işlemleri

<sup>157</sup> Oğuzman, Yargıtay’ın bu kararından önce kaleme aldığı makalesinde, ferdin taşınmaz üzerindeki mülkiyetinin, tahsisin fiilen vukuu bulunduğu anda sona erdiğini kabul etmektedir ve mevzuu şu şekilde izah etmektedir: “*Şöyle ki, idarenin ferdin mülkünü istimlak etmeksizin âme menfaatine fiilen tahsisi etmesi meselâ yola kalbetmesi bir gasp teşkil eder. İdare bu gasbettiği gayrimenkulü iade ile mükellef tutulmak iktiza ederse de bu imkân mevcut değildir. ... İşte tıpkı bu durumda olduğu gibi, idare de ferdin gayrimenkulünü amme amlâkine kalbedince artık iade imkânı ortadan kalkmıştır. Zira bunun iadesi ancak tahsisi kararının iptaline bağlıdır ki adli mahkeme bu hususta selâhiyetli değildir. Şu halde idare, bir şahsın mülkiyet hakkına son veren fakat kendisinden iade talep edilmesine imkân olmayan gasıb’ın durumunda olduğu veçhiyle ancak bir tazminata mahkum edilecektir. Bu bir haksız fiil tazminatıdır*”. Bkz. Oğuzman, s.814-815. Yazar, ferdin mülkiyeti sona erse de ortada bir intikalin söz konusu olmadığını, taşınmazın kamu malına kalbedilmesinin idarenin mülkiyetine girdiği anlamına gelmediğini, Medeni Hukuk’un anladığı manada bir mülkiyetin mevzubahis olmadığını, Medeni Kanun hükümleri uyarınca menfaati kamuya ait olan malların devletin mülkiyetinde değil, hüküm ve tasarrufu altında olduğunu belirtmektedir. Bkz. Oğuzman, s.816, dn.12.

<sup>158</sup> Oğuzman ise yukarıdaki dipnotta izah ettiğimiz üzere haksız fiil tazminatının mevzubahis olduğu bu tür uyuşmazlıklarda istenirse taşınmazın elatıldığı tarihteki kıymeti istenirse dava esnasındaki kıymetinin esas alınacağını, idarenin ağır bir kusuru bulunduğu ve malikin de müterafik kusuru bulunmadığı sürece zararın tamamının idare tarafından tazmin edilmesi gerektiğini, bu bedelin kamulaştırma bedelinden farklı olduğunu ve genel itibarıyla ondan daha yüksek olduğunu belirtmektedir. Bkz. Oğuzman, s.817.

<sup>159</sup> YİBBGK 1956/1 E., 1956/7 K., 16.05.1956 T. kararı ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 29.10.2019). Kararın tam metni için ayrıca bkz. Şahin, s.23-25.

yapılmaksızın yol, baraj gibi kamu hizmetine özgülünen malikin, taşınmazın bedelinin tahsiline ilişkin açabileceği bedel davasının Borçlar Kanunu m. 82’de (EBK m.66) düzenlenen sebepsiz zenginleşme borç kaynağına ilişkin zamanaşımı süresine tabi olup olmadığı hususu değerlendirilmektedir. Kararda, “*Usulü dairesinde istimlâk muamelesine tevessül edilmeksizin gayrimenkulü yola kalbedilen şahsın, gayrimenkulün bedelinin tahsiline ilişkin olarak, gayrimenkulünü yola kalbeden hükmi şahsiyeti aleyhine açacağı bedel davasında müruruzamanın mevzubahis olamayacağına ve bu itibarla da, hadisede Borçlar Kanunun 66.maddesinin tatbik kabiliyeti bulunmadığı*” yönünde hüküm verilmiştir. Yargıtay, bu kararında “... Böyle gayrimenkulü istimlak edilmeksizin yola kalbedilen malikin mülkiyet hakkı zeval bulmayıp baki kaldığı cihetle, bu hakkına dayanarak her vakit men’i müdahale davası açabileceği gibi, bunun yerine, mülkiyet hakkının gayrimenkulünü yola kalbeden amme hükmi şahsiyetine devrine razı olarak, gayrimenkulünün bedelini de dava edebilir.” tespitinde bulunulmuştur. Hak sahibinin taşınmazın bedelini talep etmesi halinde ise “*Dava edeceği bedel, gayrimenkulü üzerindeki mülkiyet hakkının devrine karşılık olduğu*” gerekçesine dayanarak “... mülkiyet hakkına dayanılarak açılacak bir davada müruruzamanın bahis konusu olamayacağı” sonucuna ulaşılmıştır<sup>160</sup>.

İlgili kararlar, lehe veya aleyhe pek çok değerlendirmeye konu olmuştur. Onar, YİBBGK’nin 1956/6 K. nolu kararını iki açıdan değerlendirmektedir<sup>161</sup>. İdarenin müdahalesi karşısında mülkiyetin devam ettiği görüşüne katıldıklarını, ancak Medeni Hukuk esaslarına dayanan elatmanın önlenmesi davasının her zaman için bu tür müdahalelere uygulanamayacağını, özellikle bayındırlık eserlerini ortadan kaldırarak kamu menfaatini ihlal edecek bir elatmanın önlenmesi davasının kabulünün hukukumuzun ruhu ile uyuşmadığını, bu halde, Medeni Hukuk’taki başkasının arazisine inşaat yapılması (haksız yapı) kurumunun kıyas edilebileceğini

<sup>160</sup> Oğuzman ise bu tür uyuşmazlıkları haksız fiil temeline oturttuğu için zamanaşımı süresinin haksız fiil zamanaşımı süresi olduğu görüşünü paylaşmaktadır. Bkz. Oğuzman, s.817.

<sup>161</sup> Bkz. Onar, s.1560-1562.

belirtmektedir<sup>162</sup> <sup>163</sup>. Onar, 1956/7 K. nolu YİBBGK kararı ile ilgili olarak da<sup>164</sup> “Mülkiyet devam ettiğine göre bedel davası ne haksız fiil ve ne de sebepsiz iktisap davasıdır; belki o tarihte izhar edilen mülkiyetin intikaline razı olmak iradesi neticesinde bu suretle rızaî olarak nakledilmiş bulunan mülkün bedelinin davasıdır. Binaenaleyh böyle bir davada haksız fiil veya sebepsiz iktisap müruruzamanları bahis mevzuu olamaz.” ifadesine yer vermektedir. Akgüner/Berk<sup>165</sup>, bahse konu Yargıtay içtihadı birleştirme kararlarının idare hukuku ilkelerine uymadığını, özel hukuk ilkelerine göre hareket edildiğini belirtmekte ve kamu hizmetinin süreklilik ilkesine aykırı, bayındırlık yapıtlarını ortadan kaldırabilecek nitelikteki elatmanın önlenmesi davasının bir çözüm olarak benimsemenin güçlüğüne dile getirmektedir. Bilgen de<sup>166</sup>, Yargıtay’ın vardığı sonuç itibarıyla tamamen özel hukuk ilkelerinden esinlendiği, malike zilyetlik davaları açma hakkı tanınarak kamu hizmetlerinin devamlı ve düzenli bir şekilde işletilmesi ilkesine aykırı sonuçların doğumuna sebebiyet verildiği kanaatindedir. Yayla<sup>167</sup>, YİBBGK’nin, men’i müdahale imkânını sunmak suretiyle kamusal faaliyeti zorlaştıran bir çözüm yolunu açmakta olduğunu belirtmektedir.

<sup>162</sup> Onar, haksız yapı müessesesinin kıyasen uygulanabileceği mevzuunu şu şekilde izah etmektedir: “Bu gibi hallerde medeni hukukumuzda göre bu eserlerin arzin mütemmim cüzü olacağı tabii ise de bu eserler ve inşaat arzdan daha kıymetli ve ehemmiyetli ise inşaat ve malzeme sahibinin arzin bedelini vermek suretiyle arzi cebren temellük etmesi de gene Medeni Kanunumuzun sarıh hükümleri icaplarındandır. Bu gibi hadiselerde ise böyle bir durum görünmektedir: tevhibi içtihad kararında da belirtildiği gibi amme malzemesi, nafia işleri ve eserleriyle arzin mahiyeti tamamen değişmiş ve orada husule gelen amme menfaati hususi menfaatten daha üstün bir hal almıştır. İdareye, memurların ihmal ve teseyyübünde, usulsüzlüğünden dolayı kötüniet izafe olunmayacağı gibi esasen arzla malzemenin, malikle malzeme ve inşaat sahibinin hak ve menfaatlerinin imtizacından husule gelen iktisaplarda hüsnüniyet ve suiniyet noktaları da, ancak bedelin takdirinde bahis mevzuu olur, iktisaba tesir etmez; çünkü bu gibi hadiselerde Medeni Kanunumuzda şahsi menfaatleri değil, milli serveti ve amme menfaatini gözönünde bulundurmakta ve eserler ve inşaat haksız olarak vücade getirilmiş olsa bile amme menfaatini korumak için istirdat ve yıkma esasını kabul etmemektedir....”.

<sup>163</sup> Onar’ın Yargıtay içtihadı birleştirme kararları ile ilgili kanaatini şekillendirirken dayandığı, Medeni Hukuk’taki “haksız yapı” müessesesinin kamulaştırmasız elatma vakaları için uygulanmasının mümkün olup olmadığına ilişkin değerlendirmemiz için bkz. II. Bölüm, D., 1., 1.2., 1.2.1. Oğuzman, Yargıtay’ın incelediğimiz içtihadı birleştirme kararlarından önce kaleme aldığı makalesinde, tahsisin fiilen vuku bulduğu tarih itibarıyla taşınmazın özel mülkiyetin konusu olmaktan çıktığı için söz konusu uyuşmazlıkların, taşınmazlarda haksız (gasben) inşaat ve taşınmazlarda hukuki taşıyıcı hükümlerine kıyasen çözülemeyeceğini, bu kurallar uyarınca üzerine inşaat yapılan veya işlenen malın özel mülkiyete konu olmaya devam ettiğini ve bu sebeple mülkiyetin hangi tarafa kalacağına tetkinin mümkün olduğunu, ancak konumuz kapsamındaki hadiselerde taşınmazın kamu mülkiyetine geçmekle özel mülkiyete konu olmaktan çıktığı, yeni bir idari tasarrufta bulunmadıkça veya tahsis kararı iptal edilmedikçe özel mülkiyete dönmeyeceğini belirtmektedir. Bkz. Oğuzman, s.816, dn.11.

<sup>164</sup> Onar, s.1561.

<sup>165</sup> Akgüner/Berk, s.935.

<sup>166</sup> Bilgen, s.100-101.

<sup>167</sup> Yayla, s.218.

*Gözler* ise<sup>168</sup>, bu kararların alelade kamulaştırmasız elatmalar için doğru olduğunu, ancak bayındırlık eseri inşası sebebiyle ortaya çıkan kamulaştırmasız elatmalarda bu içtihadı savunmanın kamu yararıyla bağdaşmadığını belirterek kararı eleştirmektedir. *Kaplan* da<sup>169</sup> yalnızca ve tamamen mülkiyet hakkının korunması perspektifinden uyuşmazlıkları değerlendiren Yargıtay’ın bu yaklaşımının, elatmanın sadece malikin taşınmaz üzerindeki tasarruf yetkisine engel olmaktan ibaret olduğu haller için uygun olduğunu, ancak elatılan taşınmazın bir bütün olarak kamu hizmetinin yürütülmesinde vazgeçilmez olduğu haller için özünde doğru sayılabilecek yaklaşımın, kamusal yarar ve çıkarları hiç gözetmemesi sebebiyle eleştiriye açık bulunduğunu belirtmektedir. *Ulusoy*<sup>170</sup> da, mülkiyet hakkına öncelik veren, temel hak ve özgürlükleri koruma anlamında kendi içinde belli bir tutarlığı olan karardaki yaklaşım yerine Fransız Hukuku’nun benimsediği üzere, idarenin taşınmazın bedelini peşin ödemesine hükmedilmesinin kamu hizmetlerinin aksamaması ilkesine daha uygun bir yaklaşım olacağını ifade etmektedir. *Ayhan*<sup>171</sup>, malikin ister bedel isterse müdahalenin men’i talebinde bulunabileceğine ilişkin Yargıtay içtihadına katılmadıklarını, malikin müdahalenin men’i talebinin kabulü ihtimalinde, taşınmaz üzerindeki bayındırlık eserlerinin yıktırılması ya da kaldırılması neticesinde kamu hizmetinin sürekliliğinin kesintiye uğrayacağını ve bu halde taşınmazın bedelini katbekat aşan zararların doğabileceğini vurgulamaktadır. *Yazar*<sup>172</sup>, ayrıca, kararda söz konusu olan davanın tazminat davası değil, bedel davası olduğunu, tazminat davasının idarenin müdahalesi nedeniyle doğan zararın tazminini hedeflerken bedel davasında ilgili taşınmazın mülkiyetinin bedeli karşılığında idareye devrinin amaçlandığını vurgulamaktadır. *Şahiniz*<sup>173</sup>, idarenin kanuni hiçbir dayanağı bulunmaksızın elattığı taşınmazı halkın yararlanmasına ya da kamu yararına tahsis etmesinin özel hukuka tabi mülkiyeti sona ermediğini, ancak taşınmazın üzerine bayındırlık eserinin yapıldığı hallerde “*kamu hizmetinin devamlılığını kesintiye uğratacağı*” ve “*önemli ölçüde ekonomik zarara yol açacağı*” gerekçesiyle elatmanın önlenmesi açısından “*fiili imkânsızlığın*” bulunduğu kabul edilebileceğini, Yargıtay içtihadı birleştirme kararında da bu

<sup>168</sup> Gözler, İdare Hukuku II, s.1021.

<sup>169</sup> Kaplan, Kamulaştırmasız El Koyma, s.134, 145-146.

<sup>170</sup> Ulusoy, İdare Hukuku, s.636.

<sup>171</sup> Ayhan, Dolayısıyla Kamulaştırma, s.1138, 1147.

<sup>172</sup> Ayhan, Dolayısıyla Kamulaştırma, s.1138, dn.43.

<sup>173</sup> Şahiniz, s.37.

sonuca varıldığını belirtmektedir. *Çabri*'ye göre<sup>174</sup> malikin mülkiyet hakkının devam ettiği, yani idare açısından sebepsiz zenginleşme teşkil edecek bir durumun söz konusu olmadığı bu durumda, taşınmazın idareye devri karşılığı açılacak bedel davasının zamanaşımına bağlı olması mümkün değildir. *Yiğit* de<sup>175</sup> bu kararlar ile kamulaştırmatsız elatma kavramının ilk defa tanımlandığını ve taşınmaz malikinin talep hakkının kapsam ve şeklinin ilk defa belirlendiğini belirtmektedir. *Yazar*<sup>176</sup>, "... çok eski tarihli olmakla birlikte, temel hak ve özgürlükler açısından yenilikçi ve zamanının ötesinde olan bu karar ile kamulaştırmatsız el atma sorununa modern hukuk sisteminin gereklerine uygun bir çözüm getirilmiş..." demek suretiyle kararın modern yaklaşımını vurgulamaktadır. *Yalçınduran*<sup>177</sup>, bu kararların, sonraki yasal düzenleme ve yargı kararlarından çok daha ileri bir anlayışla, Anayasa'da belirtilen mülkiyet hakkını koruyucu bakış açısına sahip olduğunu belirtmektedir. *Bayraktar* da<sup>178</sup>, bu kararlarda ortaya konulan hususların, sonraki yasal düzenleme ve yargı kararlarından çok daha ileri bir anlayışla ortaya konulan ve mülkiyet hakkını koruma altına alan ilkeler mahiyetinde olduğu kanaatini paylaşmaktadır. *Şaşı*<sup>179</sup>, ilgili kararların, modern mülkiyet anlayışı ile mülkiyeti bir aynı hak olmaktan çok bir insan hakkı olarak ele alması ve hakkın zaman üstünlüğünü vurgulaması açısından mülkiyet hakkının önemini günümüzdeki pek çok karardan daha güzel şekilde ele aldığını belirtmektedir. *Ayanoğlu*<sup>180</sup>, kararda geçen, kamu hizmetine tahsisi ile malikin taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkının zeval bulmayacağı ifadesine atıfta bulunmakta, kamu hizmetine tahsisin fiili durumdaki hukuka aykırılığı meşrulaştıramayacağının kabul edilmesine rağmen kamulaştırmatsız elatmanın haksız fiil ya da idari eylem olup olmadığı veya açılacak müdahalenin önlenmesi davasının hangi yargı yolunda açılacağı ile ilgili herhangi bir değerlendirmenin bulunmadığına işaret etmektedir.

<sup>174</sup> Çabri, Kamulaştırmatsız El Atma, s.84.

<sup>175</sup> Birgül Yiğit, "Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları Işığında Adli Yargı Boyutu ile Kamulaştırmatsız El Atma Kavramı", Ankara, 2013, s.12 (<http://docplayer.biz.tr/390139-Uyusmazlik-mahkemesi-kararlari-isiginda-adli-yargi-boyutu-ile-kamulastirmasiz-el-atma-kavrami-birgul-yigit-uyusmazlik-mahkemesi-raportoru.html>, 16.5.2018)

<sup>176</sup> Bkz. Yiğit, Kamulaştırmatsız El Atma, s.12-13.

<sup>177</sup> Yalçınduran, Hukuki ve Fiili El Koyma, s.510.

<sup>178</sup> Mehmet Bayraktar, "Kamulaştırmatsız El Atma Davaları İlgili Düzenlemeler ve Uygulaması", *İstanbul Barosu Dergisi*, Ocak-Şubat 2012, C.86, S.2012/1, s.75.

<sup>179</sup> Şaşı, s.303.

<sup>180</sup> Taner Ayanoğlu, *Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlarına Göre İdari Eylemin Tanımlanması*, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2004, s.63.



Söz konusu Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararları, dava konusu olan taşınmazın yola kalbedilmesi vakasına benzer uyuşmazlıkları bir kavram etrafında toplayacak şekilde herhangi bir kavrama, tanıma ya da unsura (fiilen elatma olgusu gibi) yer vermemiştir. Ancak kamulaştırmaksız elatma olgusunu bağlayıcı düzeyde ele alan ilk hukuki kaynaklar olmaları ve uygulama açısından önemli birtakım sorunlara ışık tutmaları hasebiyle dikkate değer metinlerdir. İdarenin kamulaştırma yapmaksızın fiilen taşınmazı kamu hizmetine özgülediği hallerde malikin mülkiyet hakkının zeval bulmadığı tespitinde bulunmaktadır. Bu halde açılacak elatmanın önlenmesi davası ile bedel davasının yarışan talepler olduğu, bu talepler arasında zikredilen bedel davasında taşınmaz bedelinin hangi tarihteki değere göre hesaplanacağı ve davanın herhangi bir zamanaşımı süresine tabi olmadığı hususları bağlayıcı şekilde karara bağlanmıştır<sup>181</sup>. Belirtmeliyiz ki, söz konusu kararlar, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun geçici 6. maddesi ile 221 sayılı Kanun'un kapsamı dışındaki kamulaştırmaksız elatma olguları için hâlâ bağlayıcı olma özelliklerini korumaktadırlar.

1956/6 K. sayılı karar, hukuk devletinde hukukun dışına çıkabileceğini düşünemeyeceğimiz kamu gücünü kullanma yetkisi bulunan idare tarafından gerçekleştirilen mülkiyet hakkına haksız müdahaleler karşısında malikin sahip olduğu talep haklarına ilişkindir. Kararda, Fransa Hukuku'nda gelişim gösteren ve kamu yararı gerekçesiyle bayındırlık eseri yapılmak suretiyle gerçekleşen haksız elatma eylemlerinde sadece tazminat talep etme imkânı veren “*dolayısıyla kamulaştırma*” kavram ve yaklaşımı benimsenmemiştir<sup>182</sup>. İdarenin söz konusu eylemi açısından

<sup>181</sup> Oğuzman ise Yargıtay 4. HD ile 3. HD kararlarındaki çelişkinin içtihadı birleştirmeyi gerektirdiğini belirtmekte ve şu şekilde bir çözüm modeli sunmaktadır: “*Ferdin istimlak edilmeden amme emlakine kalbedilmesinin idarenin bir haksız fiili olarak tavsif edilmesi gerektiği ve ferdin mülkiyeti fiili tahsisle sona erdiği cihetle ancak bir tazminat talep edebileceği, bu tazminatın da haksız fiil kaidelerine göre adli mahkemelerce tayin edileceği neticesine varmış bulunuyoruz.*”. Oğuzman, s. 820.

<sup>182</sup> Fransız Hukuku'nda, taşınmazın kamulaştırılmaksızın kamu hizmetine tahsis edilmesi veya üzerinde kamu hizmeti amacıyla tesisler yapılması olgusu “*dolaylı/dolayısıyla kamulaştırma*” kavramı ile ifade edilmektedir. Bu kavram uyarınca, idarenin özel hukuka tabi taşınmazı kamulaştırmaksızın kamu hizmetine tahsis etmesi halinde, taşınmaz üzerinde idarenin fiili hâkimiyetini kaldırılarak malikin fiili hâkimiyetinin iade edilmesinin kamu zararına sebebiyet vereceği gerekçesiyle elatmanın önlenmesi davası açamayacağı, malikin ancak mülkiyet hakkının kaybı sebebiyle taşınmazın bedelini (kamulaştırma usulleri tatbik edilmeksizin) tazminat olarak isteyebileceği, mahkemenin tazminat/bedel hükmünün inşai özelliği gereğince malikin mülkiyet hakkının sona ermesi neticesi doğuracağı, mahkemenin tazminat hükmünde içkin şekilde mülkiyet hakkının idareye geçeceği kabul edilmektedir. Bkz. Onar, s.1558-1562; Oğuzman, s.814-817; Düren, s.71; Gözler, İdare Hukuku II, s.1018-1019; Günday, İdare Hukuku, s.278; Kaplan, Kamulaştırmaksız El Koyma, s.130-134; Yücel Oğurlu, “İdare Hukukunda ‘Fiili Yol’ ve Yargısal Denetimi”, **Kamu Hukuku Arşivi Dergisi**, Yıl.6, Mart 2003, s.67; Ayhan, Dolayısıyla Kamulaştırma, s.1126-1130. Gözler, Fransa'da, 1995 yılından itibaren idari yargı makamlarına

kamu hukununun koruyucu hükümlerinden faydalanamayacağı, genel hükümler uyarınca hukuka aykırı elatmanın varlığına dayanılarak Medeni Hukuk kapsamında “*elatmanın önlenmesi davasına*” muhatap olabileceği kabul edilmiştir. Kamu yararı amacıyla da olsa, idarenin eyleminin hukuka aykırı bir müdahale olduğunun belirtilmesi, temel hak ve özgürlüklere ilişkin yargısal bakış açısını yansıtmaları açısından önemli ve modern bir yaklaşımdır. İdarenin, temel haklar arasında yer alan mülkiyet hakkına hukuka aykırı müdahalesinin, özel hukuk problematiği kapsamında ele alınması anlamlı bir bakış açısıdır.

Medeni Kanun’un 2. maddesinde “*Dürüst Davranma*” başlığı altında zikredilen dürüstlük kuralı, sadece Medeni Hukuk veya özel hukuka egemen bir ilke değil, bütün bir hukuk sistemine hâkim olan bir ilkedir<sup>183</sup>. MK m. 2/1’de “*Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüst davranmak zorundadır*” şeklinde ifade edilen dürüstlük kuralına aykırı hareket etmenin yaptırımı, maddenin 2. fıkrasında, “*Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.*” şeklinde ifade edilmektedir. Bu hüküm çerçevesinde idarelerin, kamu yararı amacıyla kamu gücü kullanarak usulü dairesince kişilerin özel mülkiyetine müdahale etme hakkını kötüye kullandığı kamulaştırmaz elatma gibi olgular, hukuk düzeni tarafından hiçbir halde korunamaz. Anayasa’nın 2. maddesinde zikredilen hukuk devleti ilkesi de idarenin hukuka bağlı olması ilkesi ile sahip olduğu kamu gücü yetkisinin hukuki

---

idareye para cezası ile desteklenmiş yargısal emir verme yetkisi tanınması ile dolayısıyla kamulaştırma teorisinin temelini oluşturan bayındırlık eserlerinin dokunulmazlığı ilkesinin zaman zaman terk edildiğini, zaman zaman yumuşatıldığını belirtmektedir. Bkz. Gözler, İdare Hukuku II, s.1019. Kaplan, Fransa’da yaklaşık bir buçuk asırdan beri uygulanan dolaylı kamulaştırma teorisinin 1990’lı yıllardan itibaren yavaş yavaş terk edilmeye başlandığını Fransız Danıştay (19.4.1911 T. Epoux Denard et Martin kararı) ve Yargıtay’ından (6.1.1994 T. Baodon de Mony kararı) örnek kararlar vererek izah etmekte; Fransız kanunkoyucusunun, 1995 yılında gerçekleşen kanun değişiklikleri ile idari yargı makamlarına tanınan para cezası ile desteklenmiş yargısal emir yetkisi ile dolaylı kamulaştırma teorisinin terk edilmesine aktif destek verdiğini belirtmektedir. Kaplan, Kamulaştırmaz El Koyma, s.131-133. Gürsel, yüzyıldan fazla bir süredir içtihatla kabul edilen dolaylı kamulaştırma uygulamasından yine bir içtihatla vazgeçildiğini, bu süreçte AHİM kararlarının etkili olduğunu ifade etmektedir. Gürsel, s.476.

<sup>183</sup> Bkz. Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s.81-84; Fatma Alaslan, “Medeni Hukuk’da Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı”, **Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.1, S.2, Ekim 2016, s.415, 417. Çakrak/İldeş, dürüstlük kuralının tarihi seyir içerisinde başkalaşım Kamu hukuku alanlarına da etki ettiğini, doğrudan uygulanması da, hakkın kötüye kullanılması yasağı şeklinde karşımıza çıktığını belirtmektedir. Recep Çakrak/Samet İldeş, Kamu Hukuku ve Özel Hukuk Açısından Dürüstlük Kuralı ve Uygulama Alanı, **Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.2, S.2, Aralık 2014, s.67-68. İdare Hukuku ile özel hukuk arasındaki ilişki için bkz. Dilşat Yılmaz, “İdare Hukuku ve Özel Hukuk Arasında Yarışma mı Uzlaşma mı?”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.4, S.2, Y.2013, s.165-170; Ender Ethem Atay, “İdare Hukukuna İlişkin Temel Prensipler ve Bu Hukuk Dalının Belli Başlı Özellikleri”, **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y.2007, C.11, S.1, s.503-528.



çerçevede kalmasını sağlamaktadır<sup>184</sup>. Müdahalenin kim tarafından ve hangi amaçla yapıldığından bağımsız olarak, mülkiyet hakkına yönelik bir müdahalede, hukuka uygunluk sınırının aşılması halinde sınırlandırma yetkisinin kötüye kullanımı mahiyetinde bir hal ortaya çıkmaktadır. Bu sebeple de kararda uyuşmazlık konusu olgu için özel bir kavramlaştırma ihtiyacı duyulmamıştır. Yine aynı gerekçeyle, hukuki nitelendirme üzerinde durulmadığı ve görevli yargı kolunun belirlenmesi ihtiyacının hissedilmediği kanaatindeyiz. Malikin elatmanın önlenmesi davası üzerinden talep hakkına sahip olduğunun kabulü, zaten idarenin eyleminin hukuka aykırı bir eylem olduğu önkabulü üzerine şekillenmiştir.

Kararda, malike sunulan ikinci bir talep imkânı da elatmaya konu olan taşınmazın idareye geçmesine razı olmak kaydıyla taşınmazın dava tarihindeki değerinin ödenmesine ilişkin bedel davasıdır. Mahkeme, bu yaklaşımı ile Özel Hukuka hâkim olan “*mağdurun rızası*” hukuka uygunluk sebebine dayanmakta, hukuka aykırı müdahalenin muhatabı olan malikin iradesini öncelemektedir. İrade serbestisi ilkesinin yansıması olan mağdurun rızası, üzerinde serbestçe tasarruf edilebilen haklarda hukuka aykırılığı giderici bir etkiye sahip olur. Kamulaştırma usulü, taşınmaz malikin rızasının olup olmamasına bağlı olmaksızın, kamu gücü kullanılmak suretiyle gerçekleştirilmektedir. Kamulaştırmasız elatma ise kamu gücünün kötüye kullanımı mahiyetinde olduğundan, idareye verilen kamu gücü kullanma hakkı, hukuk düzeni tarafından korunmaz. Bu suretle de mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin hukuka uygunluğunu teminde, malikin serbest iradesine dayalı rızası esas alınır. Malik, ister ise taşınmaz mülkiyetine yönelik müdahalenin ortadan kaldırılmasına hizmet eden elatmanın önlenmesi dava yolunu, isterse de müdahaleye rıza göstermek suretiyle mülkiyetin idareye devrine razı olma yolunu seçer. Mülkiyetin idareye devrine rıza gösterme, Yargıtay tarafından “*bedel davası*” olarak zikredilmiş ve davaya konu olacak değer de taşınmazın idareye devrine rıza gösterildiği tarih olan “*dava tarihinde taşınmazın taşıdığı değer*” olarak belirtilmektedir. Ancak taşınmazın dava tarihindeki değerinin hangi esaslar üzerinden hesaplanacağı ile ilgili herhangi bir açıklamaya yer verilmemiştir.

<sup>184</sup> Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s.111-113; Halil Kalabalık, **İdare Hukuku Dersleri**, Cilt I, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019, s.66-77. Hande Sena Çalış, “Genel Olarak Nesafet Kavramı ve Bu Kavramın İdare Hukukundaki Bazı Görünüş Şekilleri”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.25, S.2, 2017, s.192-197.

YİBBGK'na konu olan 1956/7 K. sayılı kararda ise malikin açabileceği bedel davası, mülkiyet hakkının devrine karşılık teşkil ettiği için mülkiyet hakkına dayanan, taşınmazın aynına ilişkin bir dava olarak değerlendirilmektedir. Yargıtay, bedel davasını, malikin, idarenin haksız müdahalesi sonucu maruz kaldığı zararın tazminine hizmet eden, haksız fiil tazminatının tahsili niteliğinde bir dava olarak ele almamıştır. Malikin sonradan verdiği rıza ile kurulduğu farz edilebilecek satım sözleşmesindeki satış bedelinin tahsili amacına yönelik bir dava şeklinde de değerlendirmemiştir. Yargıtay'ın söz konusu davayı, kamulaştırma sürecinin zorunlu koşulu olan taşınmazın gerçek değerinin malike ödenmesi gerekliliğinin, kamulaştırmaz elatma olgusuna yansması olarak kurguladığı kanaatindeyiz<sup>185</sup>. Bu yaklaşıma göre davanın konusu, malikin, mülkiyetin elinden çıkması karşılığında taşınmazın yerini tutan ikame değer (sürrogat) olarak talep edebileceği bedelin tespiti ve ödenmesidir<sup>186</sup>. Bu çerçevede bedel talep hakkı, mülkiyet hakkına dayanan aynı bir talep olarak kabul edilerek herhangi bir süreye tabi tutulmamaktadır.

Yargıtay'ın ilgili kararlarından kısa bir süre sonra, 8.9.1956 tarihli Resmî Gazete ile yayımlanan 6830 sayılı İstimlak Kanunu yürürlüğe girmekle birlikte bu Kanun'da da kamulaştırmaz elatma kavramına yer verilmemiştir. Kanun'da ilgili olguya yer verilmemesinin sebebi, idarenin istimlak ile ilgili tabi olduğu yasal usule aykırı hareket etmesinin, YİBBGK kararlarına da hâkim olan anlayış gereğince, genel hükümler uyarınca ele alınması gerekliliğidir.

Ardından Yargıtay'ın 1958/17 E., 1959/15 K., 11.2.1959 T. içtihadı birleştirme kararı<sup>187</sup> ile kamulaştırmaz elatma kapsamındaki uyuşmazlıkların çözümleneceği yargı yolu ile ilgili önemli bir karar verilmiştir<sup>188</sup>. Bu kararda, idarelerin plan ve projeye uygun yol yaparken ya da su yolu inşa ederken kişilerin evinin duvarının

<sup>185</sup> Detaylar için bkz. II. Bölüm, D., 2., 2.3. Gürsel, s.40'de vurguladığı üzere, kamulaştırma işleminin en önemli işlem basamağını oluşturan *kamulaştırma bedeli*, mülkiyet hakkının sona ermesi neticesinde taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkının gerçek karşılığı olarak kabul edilmektedir.

<sup>186</sup> YİBGK 1988/4 E., 1989/3 K., 20.10.1989 T. kararında Mahkeme, kamulaştırma usulünün haksız fiil ya da tarafların serbest iradesi ile kurdukları sözleşmesel bir ilişki olarak nitelendirilemeyeceğinden hareket ederek kamulaştırma bedelinin tazminat bedeli veya sözleşme bedeli şeklinde ifade edilmesinin mümkün olmadığını belirtmektedir. Kamulaştırma bedeli için "... hukuka uygun idari bir işlem sonunda malı alınana verilen bir karşılık olarak nitelemek yerinde olur." İfadesi kullanılmakta ve kamulaştırma bedelinin taşınmaz maliki açısından para alacağına dönüştüğü belirtilmektedir.

<sup>187</sup> YİBBGK 1958/17 E., 1959/15 K., 11.2.1959 T. kararı ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 29.10.2019).

<sup>188</sup> Ayanoğlu, idareye ilişkin haksız fiil teorisinin esaslarının bu karar ile şekillendiğini belirtmektedir. Ayanoğlu, s.54.

yıkılmasına ya da suların çekilip tarladaki mahsulün kurumasına sebebiyet vermesi hallerinin, idari karar ve bu idari kararın icrası mahiyetinde hukuka uygun idari eylemler neticesinde meydana gelen zarar mahiyetinde olduğu, kamu tesislerinin bakılması ve kullanılması şeklindeki kamu yükümlülüğüne aykırı davranılması hallerinin de idari karara dayanan eylemlerin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi mahiyetinde olduğu tespitinde bulunulmuş ve her iki halde de idari karar ve eylemden doğan zarar olgusunun varlığı sebebiyle idari yargının görevli olduğuna hükmedilmiştir. Her ne kadar içtihadı birleştirme kararının kapsamı dışında kaldığı belirtilse de kararın gerekçe kısmında kamulaştırmасız elatma vakalarına ilişkin şu ifadeler yer verilmiştir: “İstimlâksız el atma halinde, amme teşekkülü İstimlâk Kanununa uygun hareket etmeden ferdin malını elinden almış olması sebebiyle, kanunsuz bir harekette bulunmuş durumdadır. Bu bakımdan, dava, Medeni Kanun hükümlerine giren mülkiyete tecavüzün önlenmesi veya haksız fiil neticesinde meydana gelen zararın tazmini davasıdır ve bu bakımdan adliye mahkemesinin vazifesi içindedir.”. Kararda “istimplaksız el atma” kavramı kullanılmış, ancak kavram tanımlanmamıştır. Kamulaştırmасız elatma olgusunda, Kamulaştırma Kanunu’na aykırı, kanunsuz bir hareketin bulunması sebebiyle mülkiyete tecavüzün önlenmesi veya haksız fiil tazminatı davalarının söz konusu olacağını ve bunların adli yargı nezdinde görüleceğini belirtmektedir<sup>189</sup>. İçtihadı birleştirme kararının bağlayıcılığı, kamu hukukuna tâbi tüzel kişilerin idari karar ve bu idari kararın icrası mahiyetindeki hukuka uygun idari eylemlerden dolayı meydana gelen zararlar ile kamu tesislerinin bakılması ve kullanılması şeklindeki kamu yükümlülüğüne aykırı davranılması halinde meydana gelen zararlar ile ilgili davalarda idari yargının görevli olduğu hususu ile sınırlıdır. Kamulaştırmасız elatma ve diğer hususlar ile ilgili Mahkemenin kanaati, içtihadı birleştirme kararının kapsamı dışında bulunmaktadır.

Söz konusu karar, kamulaştırmасız elatma halinde malikin açabileceği davaları, “... Medeni Kanun hükümlerine giren mülkiyete tecavüzün önlenmesi veya haksız fiil neticesinde meydana gelen zararın tazmini davasıdır.” şeklinde ifade etmektedir.

<sup>189</sup> Yargıtay İBGK kararının kapsamı dışında tutulmasına rağmen, kararda ele alınan diğer bir konu da, idarelerin bir kamu hizmetinin ifası sırasında devlet malı olmayan yerlerden toprak alması veya bu yerlere toprak yığılması şeklindeki geçici elatmalarıdır. Mahkeme, istimplaksız elatma gibi bu tarz müdahaleleri, plan veya projelere aykırı olarak gerçekleştirildikleri için idari kararın icrası mahiyetinde idari eylem olarak değerlendirilemeyeceğini ve haksız fiil hükümlerine tabi olacağını belirtmiştir.

Yargıtay, bu ifade ile kamulaştırmasız elatma halinde malikin açabileceği bedel davasını, haksız fiil sorumluluk sebebine dayanan tazminat davası olarak isimlendirmektedir<sup>190</sup>. Bu yaklaşım, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 1956/1 Esas, 1956/7 Karar ve 16.05.1956 T. kararında zikrettiği bedel davasının, “*mülkiyet hakkının devrine karşılık olduğuna göre, mülkiyet hakkına dayanılarak açılacak bir davada mürruzamanın bahis konusu olamayacağı*” ifadesi ile çelişmektedir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, bedel davası, malikin, idarenin haksız müdahalesi sonucu maruz kaldığı zararın tazminine hizmet eden haksız fiil tazminatı niteliğinde bir dava ya da malikin sonradan verdiği rıza ile kurulduğu farz edilen satım sözleşmesindeki satış bedelinin tahsili amacına yönelik bir dava olarak nitelendirilmemiştir. Söz konusu dava, kamulaştırma sürecinin zorunlu koşulu olan taşınmazın gerçek değerinin malike ödenmesi gerekliliğinin kamulaştırmasız elatma olgusuna yansımadır<sup>191</sup>.

Şahiniz<sup>192</sup>, bu karara ilişkin yorumunda, kamulaştırmasız elatma vakalarının, idarenin haksız fiili, yani fiili yol oluşturduğunu, bu yüzden uğranılan zararların tazminine ilişkin bir davanın, haksız fiil hükümlerince yürütülen ve adli yargıda görülen tazminat davası niteliğinde olduğunu ifade etmektedir. Yazar<sup>193</sup>, bu karara dayanarak, kamulaştırmasız elatmanın, idari karar, plan veya projelere dayanması halinde uğranılan zararın tazmin amacına ilişkin davanın tam yargı davası olacağı ve

<sup>190</sup> Yargıtay'ın bu kararı uyarınca “*tazminat davası*” ifadesinin kullanıldığı kararlara örnek olarak bkz. Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü 1985/27 E., 1985/33 K., 9.12.1985 T. kararında, davacıya ait tarladan, DSİ Genel Müdürlüğü'nce kamulaştırma yapılmadan kanal açılması olayında, davalı idarenin haksız fiil niteliğinde bir eylemi ve bunun sonucunda oluştuğu iddia edilen bir zararın mevcut olduğu ve anılan zarardan idarenin, Borçlar Kanunu'nun haksız fiile ilişkin 41. maddesine göre sorumlu olup olmadığı sorunu ortaya çıktığını belirtmektedir. Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü 1993/3 E., 1993/3 K., 22.2.1993 T. kararında da, belediye tarafından kamulaştırma işlemi yapılmaksızın doğrudan taşınmaza el konulması kamulaştırmasız elatma eylemi olarak değerlendirilmekte ve mülkiyet hakkına yasa dışı müdahaleden doğan bir tazminat istemi bulunduğu belirtilmektedir. Danıştay 10. Daire 1982/205 E., 1982/126 K., 24.2.1982 T. kararına konu olan Türkiye Elektrik Kurumu tarafından, kamulaştırma kararı alınmadan, bahçe üzerinden geçen enerji nakil hattı istikametindeki kavak ağaçlarının kesilmesi olayında, Mahkeme; davanın, İdarenin haksız fiil teşkil eden eylemi sonucu fertlere verilen zararın tazmini istemine ilişkin olduğunu kabul etmektedir. Danıştay 6. Daire 1990/344 E., 1990/295 K., 8.9.1990 T. kararında, Ağrı-Van caddesinin genişletilmesi nedeniyle 490 m2 arsanın davalı idarece yola katıldığı ve üzerinde bulunan ağaçların kestirilmesi olayını değerlendirmekte ve Mahkeme; idarenin taşınmaza müdahalesinin kamulaştırma kararına veya bir başka idari işleme dayanmadığının anlaşıldığı, bu durum karşısında davalı idarenin haksız fiil niteliğindeki eyleminden doğan zararın tazmini isteminin adli yargı kolunda çözümlenmesi gerektiğini belirtmektedir. Kararlar için bkz. [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 29.10.2019.

<sup>191</sup> Bkz. II. Bölüm, D., 2., 2.3.

<sup>192</sup> Şahiniz, s.27.

<sup>193</sup> Şahiniz, s.27.

idari yargının görev alanına gireceği şeklindeki bir kanaate ulaşılmaması gerektiğini, “... bir tam yargı davasının açılabilmesi için, idarenin ağır ve açık bir sakatlık ile malul olmayan kararları ve bunları uygulamak için hazırlanan plan ve projeler uyarınca gerçekleştirilen bir eylem neticesinde bir zarar meydana gelmiş olmalıdır. Zira idarenin ağır ve açık bir sakatlık ile malul olan kararları, yokluk ile sakat, diğer bir deyişle yok hükmünde olduklarından, idarenin, bu tür kararların uygulanması için girişeceği eylemler de, idarenin haksız fiili niteliğinde olacaklardır. ... İşte kamulaştırmatsız el koyma da, idarenin haksız fiili niteliğinde bir eylem olduğundan, bu yönde verilecek bir idari karar ve buna dayanılarak hazırlanan bir plan ve proje de, yokluk ile sakat bir idari işlem oluşturacaktır.” ifadeleri ile açıklığa kavuşturmaktadır.

## 2. 221 SAYILI AMME HÜKMİ ŞAHISLARI VEYA MÜESSESELERİ TARAFINDAN FİİLEN AMME HİZMETLERİNE TAHSİS EDİLMİŞ GAYRİMENKULLER HAKKINDA KANUN ÇERÇEVESİNDE GELİŞİMİ

12.1.1961 tarihli 10075 sayılı Resmî Gazete ile yürürlüğe giren 221 sayılı Amme Hükmi Şahısları veya Müesseseleri Tarafından Fiilen Amme Hizmetlerine Tahsis Edilmiş Gayrimenkuller Hakkında Kanun ile kamulaştırmatsız elatma kapsamında değerlendirilebilecek uyuşmazlıkların bir kısmı, Yargıtay’ın yukarıda zikrettiğimiz kararlarının kapsamı dışına alınmış ve özel hükümlere tabi kılınmıştır<sup>194</sup>.

Kanun’un 1. maddesi, “6830 sayılı İstimlâk Kanununun yürürlüğe girdiği tarihe kadar, kamulaştırma işlerine dayanmaksızın, kamulaştırma kanunlarının gözönünde tuttuğu maksatlara fiilen tahsis edilmiş olan gayrimenkuller ilgili amme hükmi şahsı

<sup>194</sup> Akgüner/Berk, Günday, Gürsel ve Kaplan, ilgili Kanunun, bir kez uygulanma özelliği taşıdığı, soruna kesin bir çözüm getiremediği belirtilmektedir. Bkz. Akgüner/Berk, s.935; Günday, İdare Hukuku, s.279; Gürsel, s.506-507; Kaplan, Kamulaştırmatsız El Koyma, s.136-137. Çetintaş ise halen yürürlükte olan bu düzenlemenin, hukuki güvenlik ilkesine ve mülkiyet hakkına açık aykırılıklar içerdiği kanaatindedir. Çetintaş, s.44-45. 8.11.1983 tarihli RG ile yürürlüğe giren 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu, geçici 4. maddesinde, 221 sayılı Kanunun kapsamına girmeleri nedeniyle kamu tüzelkişileri veya kurumları adına kamulaştırılmış sayılan taşınmaz malların eski malik, zilyed veya bunların halefleri tarafından açılmış ve kesin hükme bağlanmamış davalarda ilgili Kanunun uygulanacağını belirtmektedir. 2942 sayılı Kanun’un geçici 4. maddesinin, Anayasa’ya aykırılığı iddia edilmiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi, 17.11.1983 günlü 1983/11 E. 1983/12 K., 1982/6 E. 1983/13 K., 1983/7 E. 1983/14 K., 1983/8 E. 1983/15 K. sayılı kararları ile, bu maddenin, 1982 Anayasası’nın geçici 15. maddesinin son fıkrasındaki “Anayasaya aykırılığı iddia edilemez” hükmünün koruması altında olduğu gerekçesiyle iptal istemlerini reddetmiştir.

veya müessesesi adına tahsis tarihinde kamulaştırılmış sayılır.” ifadesiyle Kanun’un işlevini ortaya koymaktadır. Kanun uyarınca, 6830 sayılı İstimlâk Kanunu’nun yürürlük tarihi olan 9.10.1956 tarihinden önceki bir zaman diliminde idare tarafından kamulaştırılmaksızın kamu yararına fiilen tahsis edilen<sup>195</sup> taşınmazlar kamulaştırılmış sayılmaktadır. Dolayısıyla Kanun, sadece belli bir zaman dilimindeki fiili elatma vakalarını konu almaktadır.

Kanunun 3. maddesi uyarınca, tapuda kayıtlı taşınmazların kayıt sahipleri veya mirasçılarına, tapuda kayıtlı olmayan taşınmazlar için ise fiili tahsisin üzerinden on (10) yıl geçmemiş ise fiili tahsis tarihinde zilyetlik hükümleri uyarınca hak sahibi olan zilyet veya mirasçılarına bedel davası açma imkânı verilmektedir. Bedel davasına konu olabilecek değer de, taşınmazın fiili tahsis tarihindeki değeridir<sup>196</sup>. Kanunun 4. maddesi uyarınca söz konusu bedel davası, Kanun’un yürürlük tarihinden itibaren iki yıllık hak düşürücü süreye tabi tutulmaktadır<sup>197</sup>.

<sup>195</sup> 221 sayılı Kanun’un 2. maddesi, “fiilen tahsisi” şu şekilde tanımlamaktadır: “Gayrimenkulde amme hizmetinin mahiyet ve gayesine uygun şekilde tesisler veya inşaat vücuda getirilmiş olması bu kanunun uygulanması bakımından fiilen tahsistir.”.

<sup>196</sup> 221 sayılı Kanun’un 3. maddesinde zikredilen ve taşınmazın “fiili tahsis tarihindeki değerinin” bedel davasına konu olabileceğine ilişkin hüküm, 1961 Anayasası’nın 38. maddesinde aranan kamulaştırma şartlarına aykırı olduğu gerekçesiyle açılan iptal davasında Anayasa Mahkemesince incelenmiştir. Anayasa Mahkemesi 1962/37 E., 1962/35 K., 11.9.1962 T. kararında, “Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının geçici 4 üncü maddesinin 3 üncü fıkrasında ve Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri hakkındaki 22/4/1962 tarihli ve 44 sayılı kanunun geçici 6 ncı maddesinde 27 Mayıs 1960 tarihinden (Bu tarih dâhil) itibaren 5 Ocak 1961 tarihine kadar (Bu tarih dâhil) kabul edilen kanun mahiyetindeki kararlar ve kanunlar aleyhine iptal ve itiraz yollarıyla Anayasa Mahkemesine başvurulamayacağı açıkça belirtilmiş olup 12/1/1961 tarihinde yayınlanmış olan bahse konu (Âmme hükmî şahısları veya müesseseleri tarafından fiilen amme hizmetlerine tahsis edilmiş gayrimenkuller) hakkındaki 221 sayılı kanun da 5 Ocak 1961 tarihinde kabul edilmiş bulunduğundan bu kanunun iptali için hiçbir suretle Anayasa Mahkemesine başvurulması mümkün değildir. Bu sebeple mahkemece yapılan istemin reddi gerekir.” şeklinde hüküm vermiştir. 221 sayılı Kanun, 1961 Anayasası’nın geçici 4.maddesinin koruması altında olup, Anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurulamayacak kanuni bir düzenlemeydi.

<sup>197</sup> AYM 2004/25 E., 2008/42 K., 17.1.2008 T. kararında iki (2) yıllık hak düşürücü süre, iptal davasına konu olan uyuşmazlığa uygulanabilme özelliği bulunmadığı için anayasaya aykırılık değerlendirmesinin dışında tutulmuştur. Şaşı, AYM kararına yansıyan bu yaklaşımın hukuk devleti ilkesine aykırı olduğunu belirtmektedir. Şaşı, s.305. Bayraktar da, AYM’nin iptal kararındaki tazminat ifadesinin, “taşınmazın bedeli” olarak ele alınmadığını, bedel artırımı olmamak kaydıyla taşınmaza verilen zararın tazmini anlamında olduğunu; bu hali ile kararın pratik bir faydasının bulunmadığını, taşınmazın bedeli için açılacak davalarda iki yıllık hak düşürücü sürenin çoktan geçtiğini, bedel dışındaki diğer her türlü tazminat talebinin ise zamanaşımı sebebiyle redde mahkûm olduğunu belirtmekte, Anayasa Mahkemesi’nin daha gerçekçi bir yol izleyerek, AİHS ve mülkiyet hakkı ile ilgili AHİM kararlarını dikkate alarak, yasanın bütününe ilişkin bir iptal kararı vermesinin hukukun önünü açacağı gerekçesiyle ilgili Anayasa Mahkemesi kararını eleştirmektedir. Bkz. Bayraktar, s.82.

221 sayılı Kanun'un 3/2. maddesinin ilk halinde, men'i müdahale ve tazminata ilişkin taleplerin dinlenmeyeceği belirtilmekteydi. Ancak AYM 2004/25 E., 2008/42 K., 17.1.2008 T. kararı ile tazminat taleplerinin dinlenmeyeceğine ilişkin ifade, Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesiyle iptal edilmiştir<sup>198</sup>. İptal kararı sonrasında, ilgili fıkra, şu hükmü taşımaktadır: “*Herhalde gayrimenkule müdahalenin men'i davası dinlenmez.*”.

221 sayılı Kanun, kamulaştırmасız elatma kavramı ile ilgili ilk kanuni düzenleme olarak kabul edilebilir. Ancak Kanun'da doğrudan doğruya kavram ile ilgili bir tanım yapılmamaktadır. İleride görüleceği üzere, kamulaştırmасız elatmanın unsurları arasında anılan “*fiilen tahsis*” koşulunun, belirli bir zaman aralığında gerçekleşmiş olmasının hukuki sonuçlarına yer verilmektedir. İdare tarafından kamu yararı maksadıyla fiilen elatılan taşınmazların, fiili tahsis tarihi itibarıyla özel mülk konusu olmaktan çıkacağı ve kamu malı haline geleceği, mülk sahiplerinin hak düşürücü süre içerisinde bedel talebinde bulunabileceği belirtilmektedir. Görülmektedir ki, 221 sayılı Kanun, Yargıtay'ın içtihadı birleştirme kararları ile belirlenen kamulaştırmасız elatmanın hukuki sonuçlarını, zamansal bir sınırlama ile de olsa bertaraf etmekte<sup>199</sup> ve özel hükümler öngörmektedir. 221 sayılı Kanun'un, Yargıtay içtihadı birleştirme kararları aleyhine ortaya konulan yoğun eleştiriler sebebiyle kabul edildiği de ifade edilmektedir<sup>200</sup>.

<sup>198</sup> Anayasa Mahkemesi 2004/25 E., 2008/42 K., 17/1/2008 T. kararında, 221 sayılı Kanun'un 3/2. fıkrasındaki taşınmaza ilişkin müdahalenin men'i ve tazminat talebinin dinlenmeyeceği hükmü ile ilgili olarak, “*İtiraz konusu kuralla, taşınmaz malı kamulaştırılmış sayılan kişiye tazminat davası açma hakkı tanınmamaktadır. Bedel artırımına dönük olmaması kaydıyla açılan tazminat davasının yargı denetiminin engellenmesi, Anayasa'nın 36.maddesinde güvence altına alınan hak arama özgürlüğü alanına yapılmış açık bir müdahale niteliğindedir.*” demek suretiyle, sadece “*tazminat talebinin dinlenmeyeceğine*” ilişkin ifadeyi iptal etmiştir. Kararda, sadece tazminat ile ilgili düzenleme değerlendirilmiş olup, madde metnindeki “*men'i müdahalenin dinlenmeyeceğine*” ilişkin hükmün Anayasaya aykırı olup olmadığı hususu değerlendirilmemiştir. Bkz. AYM 2004/25 E., 2008/42 K., 17.1.2008 T. kararı ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 25.10.2019). Özel, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının uygulamaya yansıyan bir etkisi olmadığını ifade etmektedir. Özel, Gerçek Karşılık Hakkı, s.149.

<sup>199</sup> Bayraktar, bu Kanun ile içtihadı birleştirme kararlarında kabul edilen ilkelerin daha gerisine düşüldüğünü, Kanun'un sonraki yasal düzenlemeler için olumsuz örnek teşkil ettiğini belirterek eleştirilerini sunmaktadır. Bkz. Bayraktar, s.76-78.

<sup>200</sup> Akgüner/Berk, s. s.935; Günday, İdare Hukuku, s.279.

### 3. 8.11.1983 TARİHLİ RG İLE YÜRÜRLÜĞE GİREN 2942 SAYILI KAMULAŞTIRMA KANUNU’NUN 38. MADDESİ ÇERÇEVESİNDE GELİŞİMİ

2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu, 8.11.1983 tarih ve 18215 sayılı RG ile yürürlüğe girmiştir. Kanun’un 38. maddesi, kamulaştırmaz elatma ile ilgili önemli bir düzenlemeyi içermektedir. Kamulaştırma Kanunu’nun 38. maddesi, “*Hak Düşürücü Süre*” başlığı altında şu şekilde düzenlenmiştir:

*“Kamulaştırma yapılmış, ancak işlemleri tamamlanmamış veya kamulaştırma hiç yapılmamış iken kamu hizmetine ayrılarak veya kamu yararına yönelik bir ihtiyaca tahsis edilerek üzerinde tesis yapılan taşınmaz malın malik, zilyed veya mirasçılarının bu taşınmaz mal ile ilgili her türlü dava hakkı yirmi yıl geçmekle düşer. Bu süre taşınmaz mala elkoyma tarihinden başlar.”.*

Madde uyarınca, kamulaştırma yapılmış ancak işlemleri tamamlanmamış veya kamulaştırma hiç yapılmamış iken kamu hizmetine ayrılarak veya kamu yararına yönelik bir ihtiyaca tahsis edilerek üzerinde tesis yapılmış taşınmazın varlığı halinde ileri sürülebilecek talepleri yirmi yıllık bir süreye bağlanmış ve bu süre hak düşürücü süre olarak ifade edilmiştir. Yirmi yıllık hak düşürücü süre, taşınmaza fiilen elatıldığı tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır<sup>201</sup>. Madde, zikrettiği birtakım koşulların gerçekleşmesi halinde ortaya çıkan olguyu tanımlamamakta, olgunun hukuki niteliği ile ilgili bir yargıda bulunmamakta ve olgunun hukuki sonuçları ile ilgili herhangi bir ifadeye de yer vermemektedir. Ancak fiili elatma şeklindeki bu hukuki olgu ile ilgili

<sup>201</sup> Bu süre, taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkı sahipliğinin henüz çekişmeli olduğu bir zaman aralığında işlemez. Bu konu ile ilgili olarak bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 1993/5-152 E., 1993/459 K., 16.6.1993 T. karar; Yargıtay 5. HD 1999/8599 E., 1999/9730 K., 8.6.1999 T. karar; Yargıtay 5. HD 2000/17583 E., 2000/21366 K., 21.12.2000 T. karar; Yargıtay 5. HD 2001/357 E., 2001/3875 K., 27.2.2001 T. karar ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 9.3.2019). Yargıtay 5. HD 2000/17583 E., 2000/21366 K., 21.12.2000 T. kararında, dava konusu olan taşınmaz hakkında kamulaştırma kararı alınmış, ancak mülkiyet çekişmeli olduğundan kamulaştırma kararı tebliğ edilememiştir. *Mahkeme*, yerel mahkemenin hukuki elatma olarak isimlendirilen kamulaştırma kararının alınmasından itibaren KK m.38’deki süreyi işletmesinin doğru olmadığını, mülkiyet hakkı ile ilgili çekişmenin ortadan kalkmasından itibaren ilgili süreyi işletmesi gerektiğini belirtmektedir. Malik, zilyet ya da mirasçılarının tespit edilemediği hallerle ilgili olarak Yargıtay 18. HD 2002/1215 E., 2002/2218 K., 7.3.2002 T. kararında şöyle bir hüküm vermiştir: “*Mahkemece, dava konusu yerin malik, zilyet ve onların mirasçıları saptanamadığı takdirde davada Hazinesin kanuni hasım gösterildiği kabul edilerek taşınmaza davacı tarafından 1968 yılında el konulduğu iddiası da araştırılarak koşullar oluştuğu takdirde 2942 Sayılı Yasanın 38. maddesi uyarınca davacı idare adına tapuya tesciline karar verilmesi gerekirken, yukarıda yazılı olduğu şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.*” ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 9.3.2019).



olarak malik, zilyet ya da mirasçılarının sahip olduğu her türlü dava hakkını hak düşürücüye süreye tabi tutmaktadır.

2942 sayılı Kanun'un 38. maddesi, malik, zilyet<sup>202</sup> veya mirasçıların taşınmaza ilişkin her türlü talebinin, öngörülen süreye tabi olduğunu belirtmiştir. Madde, bu haliyle, Yargıtay'ın 1956/7 K. sayılı içtihadı birleştirme kararında yansımaları bulan, aynı hakların zamanaüstü olma, herhangi bir zamanaşımı veya hak düşürücü süreye tabi olmama şeklindeki temel özelliği ile çelişmektedir<sup>203</sup>. Hükümde geçen “*her türlü dava açma hakkı*” ifadesi ile hangi davaların kastedildiği açık ve net bir şekilde belirtilmemiştir<sup>204</sup>. Belirttiğimiz bu hususlar, ilgili madde ile ilgili temel çekinceleri oluşturmaktadır.

KK'nin 38. maddesindeki yirmi yıllık sürenin uygulanacağı zaman dilimi üzerinde de durmak gerekmektedir. İlgili hükümdeki yirmi yıllık hak düşürücü süre, 2942 sayılı Kanun'un yürürlük tarihi olan 8.11.1983 tarihinden itibaren, hakkında kamulaştırma işlemleri tamamlanmamış veya kamulaştırma hiç yapılmamış iken kamu hizmetine ayrılarak veya kamu yararına yönelik bir ihtiyaca tahsis edilerek üzerinde tesis yapılan taşınmaz malik, zilyet veya mirasçıları için uygulanma özelliğine sahiptir. Kanun ve diğer mevzuat metinleri, kural olarak, yürürlüğe girdikleri tarihten itibaren, bu tarihten sonra gerçekleşen olay ve olgular için uygulanır. Hak sahipleri için kısıtlama, külfet ya da yükümlülük getiren düzenlemelerin, hukuk devleti olmanın şartları arasında yer alan “*öngörülebilir olma*” ilkesinin tezahürü niteliğinde, ancak ve ancak yürürlük tarihinden sonra gerçekleşen olaylara uygulanması gerekmektedir.

<sup>202</sup> Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2007/5-859 E., 2010/544 K., 27.10.2010 T. kararında, kamulaştırmaz elatma kapsamında dava açabilecek kişilerin, taşınmaza tapu kaydında malik olan kimse veya onun mirasçılarının olabileceği, Kamulaştırma Kanunu 38. maddede geçen “*zilyet*” ifadesinin de, ancak kazandırıcı zamanaşımı yoluyla mülkiyet hakkını kazanmış olan zilyetleri ifade ettiği belirtilmiştir. ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 10.3.2019).

<sup>203</sup> Arcak/Doğrusöz, idarenin bir taşınmaza el koyarak tesis yapmasının üzerinden 20 yıllık sürenin geçmesi halinde malikin her türlü dava hakkının düşmesi neticesini doğuran Kamulaştırma Kanunu'nun 38. maddesindeki bu hükmü, “*Türk Hukukunda aynı haklarda devrim niteliğinde bir hüküm*” olarak değerlendirmektedir. Bkz. Ali Arcak/ Edip Doğrusöz, **Kamulaştırmaz El Koyma, El Atmanın Önlenmesi ve Tazminat Davaları**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 1992, s.27.

<sup>204</sup> Bilgen, Kanun'un, malikler tarafından açılacak davaların türünü belli etmediği için eksik düzenleme yaptığını belirtmektedir. Bkz. Bilgen, s.101. Aynı yönde bkz. Kaplan, Kamulaştırmaz El Koyma, s.137-138. Karademir de, “*her türlü dava*” ifadesindeki belirsizliğe işaret etmekte ve kamulaştırmaz elatmadan doğan tazminat davalarının zamanaşımına tabi tutulabileceği kabul edilse bile, bütün dava haklarının 20 yıllık hak düşürücü süre ile sınırlı tutulması, bu çerçevede zamanaşımına uğramayan bir hak olan mülkiyet hakkının aynına ilişkin elatmanın önlenmesi davasının da zamanaşımına tabi kılınmasının hukuka aykırı olduğunu ifade etmektedir. Karademir, s.939

Ancak söz konusu süre, Yargıtay tarafından, maddenin yürürlük tarihinden önce gerçekleşmiş olan elatma vakaları için de uygulanmıştır. İlgili maddenin yürürlük tarihi olan 8.11.1983 tarihinden önce idare tarafından gerçekleştirilmiş elatma eyleminin üzerinden, dava tarihi itibarıyla yirmi (20) yıllık sürenin geçtiği haller için de Yargıtay, her türlü dava açma hakkının sona erdiği yönünde kararlar vermiştir<sup>205</sup>.

KK m. 38 kapsamında ele alınması gereken bir diğer husus da her türlü dava açma hakkı için öngörülen yirmi (20) yıllık sürenin geçmesinin hukuki neticeleridir. Hak düşürücü sürenin geçmesinin hukuki neticeleri hakkında madde metninde açık ve net herhangi bir ifade bulunmamaktadır. *Yargıtay*, ilgili maddenin yürürlükte kaldığı süre boyunca, 20 yıllık sürenin geçmesinin neticesi olan “*dava hakkı düşer*” ifadesini, malik ya da mirasçıların elatılan taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkının sona erdiğinin ve idare lehine kazanılmış bir mülkiyet hakkının varlığının kabulü için gerekçe olarak kullanmıştır<sup>206</sup>. Medeni Kanun’un 717. maddesine göre, “*Taşınmaz mülkiyeti, terkin veya taşınmazın tamamen yok olmasıyla sona erer. Kamulaştırma halinde mülkiyetin ne zaman sona ereceği özel kanunla belirlenir.*”. Medeni Kanun hükümleri uyarınca,

<sup>205</sup> Yargıtay 5 HD 1999/931 E., 1999/3491 K., 8.3.1999 tarihli kararında, “*Davacı kooperatifçe yola terk işlemi 8.5.1978 tarihinde yapılmıştır. Davalı idarenin el atma tarihinin belirtilen tarihte olması halinde dava tarihine kadar Kamulaştırma Kanunu’nun 38.maddesinde belirtilen 20 yıllık hak düşürücü sürenin geçtiğinin kabulü gerekir. Yol olarak terk edilen bölüm dışına çıkılarak kamulaştırmaz el atmanın mahallinde keşif yapıp, gerektiğinde tanıkla dinlenmek suretiyle hangi tarihte vuku bulduğu tesbit edilmeden davanın hak düşürücü süre içerisinde açıldığının kabulü gerekir.*” demektedir ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), 9.3.2019). Benzer yöndeki kararlar için bkz. Yargıtay 5. HD. 1993/16231 E., 1993/25006 K., 23.12.1993 T. kararı; Yargıtay HGK 1996/5-67 E., 1996/230 K., 3.4.1996 T. kararı; Yargıtay 8. HD, 1997/100 E., 1997/6242 K., 17.10.1997 T. kararı; Yargıtay 5. HD, 1998/8635 E., 1998/10095 K., 22.6.1998 T. kararı; Yargıtay HGK 2001/5-1002 E., 2001/752 K., 24.10.2001 T. kararı ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 4.11.2019). Bayraktar, 2942 sayılı Kanun’daki hak düşürücü süreye ilişkin düzenlemenin, kanunların geriye yürütmezliği ilkesi uyarınca yürürlük tarihinden itibaren hesap edilmesi gerektiğini; sürenin, taşınmaz mala elatma tarihinden itibaren başlayacağına ilişkin tümcenin, doktrin ve Yargıtay tarafından hiç tartışılmaksızın uygulandığını belirtmektedir. Bayraktar, s.83-84.

<sup>206</sup> Yargıtay 16. HD 1999/188 E., 1999/98 K., 1.2.1999 T. kararında, Kamulaştırma Kanunu’nun 38. maddesindeki şartları, taşınmaz mülkiyeti hakkının “*iktisap şartı*” olarak nitelendirmektedir. Yargıtay 5 HD. 1999/8599 E., 1999/9730 K., 8.6.1999 tarihli kararında, dava konusunun, Kamulaştırma Kanunu 38.maddesine dayalı tapu iptal ve tescil davası olduğunu ifade etmektedir. Yargıtay 5. HD 2001/21777 E., 2001/1192 K., 29.1.2001 tarihli kararında, “*Dava konusu taşınmazın davacı idarece fiilen el atılma tarihi ile dava tarihi arasında Kamulaştırma Kanunu’nun 38.maddesinde belirtilen 20 yıllık hak düşürücü süre geçtiğinden dava konusu taşınmazlarla ilgili davalı Belediye’nin her türlü hakkı düşmüş ve bunun karşılığında da davacı, Üniversite taşınmazların mülkiyet hakkını iktisap etmiştir. Açıklanan nedenle tapu iptal ve tescil talebinin kabulü yerindedir.*” demektedir ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), 9.3.2019). Aynı yöndeki diğer kararlar için bkz. Yargıtay 14. HD, 1994/575 E., 1994/1097 K., 3.2.1994 T. kararı; Yargıtay 18. HD, 1994/12192 E., 1995/5183 K., 5.5.1995 T. kararı; Yargıtay 18. HD, 1995/8948 E., 1995/10223 K., 16.10.1995 T. kararı; Yargıtay 5. HD, 1998/1051 E., 1998/1637 K., 19.2.1998 T. kararı; Yargıtay 5. HD, 2002/18473 E., 2002/23230 K., 27.12.2002 T. kararı ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 4.11.2019).

taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkının sona ermesi, tapuda yapılan terkin işlemi veya taşınmaz eşyanın tamamen yok olması ile veya 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun ilgili maddeleri uyarınca mahkemenin tescil kararı ile gerçekleşebilmektedir. Medeni Kanun veya diğer bir kanunda öngörülen ve hak düşürücü süre olarak nitelendirilen bir sürenin, herhangi bir hakkın kaybına sebebiyet verebilmesi için bu sonucun, ilgili maddede açıkça ve hiçbir şüpheyi yer vermeyecek açıklıkta belirtilmiş olması gerekmektedir. Kamulaştırma Kanunu'nun 38. maddesindeki yirmi (20) yıllık hak düşürücü süre, malik, zilyet ya da mirasçılarının, idare tarafından gerçekleştirilen elatma eylemine karşı sahip olduğu dava haklarına ilişkindir. Yargıtay'ın 1956/6 K. sayılı içtihadı birleştirme kararında taşınmaz malikinin idareye karşı sahip olduğu dava hakları, elatmanın önlenmesi davası ile bedel davası şeklinde ifade edilmiştir. Bu davalara, tazminat davası ile ecrimisil taleplerini eklemek de mümkündür. Ancak maddedeki ifadeden, zikrettiğimiz hangi dava haklarının düşeceği anlaşılmamakla birlikte taşınmaz üzerindeki özel hukuka tabi mülkiyet hakkının sona ereceğine, idarenin taşınmaz üzerinde mülkiyet hakkı kazanacağına ilişkin hiçbir anlama da ulaşılamamaktadır<sup>207</sup>.

Kamulaştırma Kanunu'nun 38. maddesinin Anayasa'ya aykırılığı, 2942 sayılı Kanun'un Anayasa'nın geçici 15. maddesi kapsamında “*anayasaya aykırılığı iddia edilemeyecek*” hükümler arasında yer alması sebebiyle uzun yıllar ileri sürülememiştir. 2942 sayılı Kanun'un Anayasa'ya aykırılığının iddia edilmesine engel teşkil eden 1982 Anayasası'nın geçici 15. maddesinin son fıkrasının 17.10.2001 tarihli Resmî

<sup>207</sup> Başpınar, bu madde uygulamasının, mülkiyet hakkı ile hak arama özgürlüğünün ihlali sonucunu doğurduğunu belirtmektedir. Veysel Başpınar, **Mülkiyet Hakkı İhlal Eden Müdahaleler**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2009, s.295, 298. Gürsel ise hükümdeki 20 yıllık sürenin, Medeni Kanun m.713'teki kazandırıcı zamanaşımı olarak değerlendirilmesini eleştirmekte ve “...Aslında Kamulaştırma Kanunu'nun 38.maddesinde öngörülen süre, dava hakkı ile ilgili hak düşürücü süredir; bu sürenin Medeni Kanun'daki kazandırıcı zamanaşımı süresi olarak değerlendirilmesi ve idare lehine mülkiyet hakkının bu süreye bağlı olarak, taşınmazın karşılığı ödenmeksizin tesciline karar verilmesi yönündeki uygulamanın mülkiyet hakkının özüne aykırı olduğu kanaatindeyiz. ... İdarenin hak düşürücü süre veya kazandırıcı zamanaşımı süresi gibi sürelerden yararlanmak suretiyle karşılığını ödemeksizin özel hukuk kişinin mülkiyetindeki bir taşınmazın mülkiyetinin kendi adına tescilini talep etmesi mümkün olmayacağı gibi mülkiyet hakkının tescil öncesi idare lehine doğduğunun kabulü ise hukuk devletinde anayasal güvence altına alınan mülkiyet hakkının korunması ile bağdaşmamaktadır.” demektedir. Bkz. Gürsel, s.474, 539-546. Morali ise, 38. maddenin gerekçesinde belirtilen “*kazandırıcı zamanaşımı*” hususuna atıf yapmakta, kazandırıcı zamanaşımı için aranması gereken “*taşınmaza zilyetliğin davasız ve aralıksız devam etmesi*” gerekliliğinin, idare için aranmamasını eleştirmektedir. Ahu Ayanoğlu Morali, “Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararı Işığında Kamulaştırmaz Elatma Uygulamasının Özel Hukuk Yönünden Değerlendirilmesi”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y.2, S.1, Ocak 2003/1, s.226, dn.12.

Gazete’de yayımlanan 4709 sayılı Kanun ile kaldırılmasının ardından, 38. maddenin Anayasa’ya aykırılığı iddiası Anayasa Mahkemesi tarafından incelenebilmiştir. Anayasa Mahkemesi 2002/112 E., 2003/33 K., 10.4.2003 T. kararında<sup>208</sup>, yirmi yıllık hak düşürücü sürenin geçmesiyle taşınmaz malikinin her türlü dava açma hakkının engellenmesi ve taşınmazın hiçbir karşılık ödenmeden idareye geçmesine ilişkin hükmü, mülkiyet hakkının sınırlanmasını aşan, hakkın özünü zedeleyen, mülkiyet hakkının zaman ötesi niteliğine aykırı bir hüküm olarak değerlendirmiş ve iptali yönünde karar vermiştir. Bu suretle yargı içtihatları uyarınca hem yürürlük tarihinden önceki olgu/olaylara uygulanması hem de taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkının sona ermesi neticesini doğurması ile hukuka aykırı pek çok sonucun ortaya çıkmasına sebebiyet verecek şekilde yorumlanan ve uygulanan Kamulaştırma Kanunu’nun 38. maddesi yürürlükten kalkmıştır<sup>209</sup>. Maddedeki yirmi yıllık süre, yukarıda belirttiğimiz şekliyle, maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren hesaplanmış olsaydı 8.11.2003 tarihinde dolacak olan süre, AYM’nin 4.11.2003 tarihli RG ile yayımlanan iptal kararı sebebiyle uygulanma imkânına sahip olmayacak ve bu suretle de herhangi bir hak ihlaline sebebiyet vermeyecekti.

Anayasa Mahkemesi’nin maddenin iptaline ilişkin kararının ardından, kararın zaman açısından yürürlüğü ve bunun etkisi ile ilgili tartışmalar yaşanmıştır. KK m. 38’in iptali sonrasında, Yargıtay’ın ilgili daireleri<sup>210</sup>, bu maddedeki hak düşürücü

<sup>208</sup> Anayasa Mahkemesi’nin madde ile ilgili karar gerekçesinde şu ifadeler yer verilmiştir: “...İdare kendisine Anayasa tarafından tanınan olanak ve yetkileri Yasa’ya uygun bir biçimde kullanmaksızın taşınmaza elatarak kamulaştırma ilkelerine aykırı davranamaz. Anayasa’nın sınırlarını belirleyerek izin verdiği kamulaştırma yöntemini kullanmadan yapılan elatmalar, itiraz konusu kurala göre yirmi yıl geçtikten sonra yasal bir kamulaştırmanın bütün sonuçlarını doğurmakta ve taşınmazın, idarenin adına tapu kütüğüne tescili ile sonuçlanabilmektedir. Bu ise anayasal dayanağı olmayan kamulaştırmamız el koymadır. Yirmi yıllık hak düşürücü sürenin geçmesiyle taşınmaz malikinin her türlü dava açma hakkının engellenmesi ve taşınmazın hiçbir karşılık ödenmeden idareye geçmesi, mülkiyet hakkının sınırlanmasını aşan, hakkın özünü zedeleyen bir durumdur. Bu nedenlerle kural, Anayasa’nın 13, 35 ve 46. maddelerine aykırıdır.” (RG. T. 4.11.2003, S.25279).

<sup>209</sup> Başpınar, Anayasa Mahkemesi’nin kararının, mülkiyet hakkına müdahaleyi önleyen son derece olumlu ve yerinde bir karar olarak kabul etmek gerektiğini belirtmektedir. Bkz. Başpınar, s.296.

<sup>210</sup> Yargıtay 5. HD, 2003/9048 E., 2003/13284 K., 13.11.2003 T. kararında, “Dava, kamulaştırmamız el konulan taşınmazın el atma tarihinden dava tarihine kadar Kamulaştırma Kanunu’nun 38.maddesinde yazılı 20 yıllık hak düşürücü sürenin geçmiş olması nedeniyle tapu kaydının iptali ile idare adına tescili istemine ilişkindir. Mahkemece davanın kabulüne karar verilmiş, hüküm davacı idare vekilince temyiz edilmiştir. 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 38.maddesi; Anayasa Mahkemesinin 04.11.2003 tarihli Resmi Gazetede yayınlanan 2002/112 Esas, 2003/33 Karar sayılı ve 10.04.2003 tarihli kararıyla iptal edilmiştir. Yasal dayanağı kalmayan davanın reddine karar verilmek üzere hükmün bozulması gerekmektedir.” denmektedir. Benzer yöndeki kararlar için bkz. Yargıtay 5. HD, 2003/6231 E., 2003/13457 K., 17.11.2003 T. kararı; Yargıtay 5. HD, 2003/6718 E., 2003/13622 K., 18.11.2003 T. kararı; Yargıtay 5. HD, 2003/12198 E.,

sürenin dolduğundan bahisle idareler tarafından yapılan tescil taleplerini, talebin yasal dayanağının bulunmadığı gerekçesiyle reddetmiştir. Ancak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2005/5-288 E., 2005/352 K., 25.5.2005 T. kararında<sup>211</sup>, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararlarının ilke olarak, Resmi Gazete'de yayımlandıkları tarihten itibaren ve geleceğe dönük hüküm ve sonuç doğuracağından hareket edilerek, *“Anayasa Mahkemesinin iptal kararından önce 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 38. maddesinde öngörülen yirmi yıllık hak düşürücü süre geçirildiğinden, davalının mülkiyet hakkı sona ermiş, taşınmaz artık tesisi yapan davacı idarenin*

2003/13680 K., 19.11.2003 T. kararı; Yargıtay 5. HD, 2003/6272 E., 2003/13886 K., 8.12.2003 T. kararı; Yargıtay 18.HD 2003/8518 E., 2003/9832 K., 11.12.2003 T. kararı; Yargıtay 5. HD, 2003/13313 E., 2004/158 K., 20.1.2004 T. kararı; Yargıtay 5. HD, 2003/12469 E., 2004/573 K., 29.1.2004 T. kararı; Yargıtay 5. HD, 2003/10211 E., 2004/729 K., 9.2.2004 T. kararı; Yargıtay 5. HD, 2003/13035 E., 2004/949 K., 12.2.2004 T. kararı; Yargıtay 5. HD, 2004/1888 E., 2004/5137 K., 27.4.2004 T. kararı; Yargıtay 18. HD, 2004/9166 E., 2005/599 K., 10.2.2005 T. kararı; Yargıtay 2005/267 E., 2005/4476 K., 2.5.2005 T. kararı ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 4.11.2019). Yargıtay 8. HD, 2003/7781 E., 2003/8860 K., 25.12.2003 T. kararında, “...şekli anlamda hüküm kesinleşmediği için devam eden temyiz incelemesi nedeniyle dava derdest sayılır. Anayasa Mahkemesinin iptal kararları Resmi Gazetede yayımlandıktan itibaren ve geleceğe dönük olarak hüküm ve sonuç doğururlar. Resmi Gazetede yayımlanması üzerine ortaya çıkan bu etki derdest olan davalara da uygulanır. Tüm bu açıklamalar karşısında davanın görüldüğü, ‘derdest’ bulunduğu tarihte 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 38. maddesi iptal edilmek suretiyle ortadan kaldırılmış bulunduğu göre dava hakkının düştüğü gerekçesiyle verilen karar doğru olmaz. İptal kararının Resmi Gazetede yayımlanması ile Kamulaştırma Kanununun 38. maddesi yürürlükten kaldırılmış bulunduğu göre iddia ve savunma çerçevesinde taraf delilleri toplanarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekmektedir.” demektedir ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 4.11.2019). Bu süreçte Yargıtay ilgili daireleri tarafından KK m.38'in iptal edilmesi sebebiyle tapu iptal ve tescil davaları çoğunluk kararı ile reddedilirken, muhalefet şerhlerinde; dava tarihi itibarıyla 20 yıllık sürenin dolması sebebiyle mülkiyetin idareye geçtiği hususunun göz ardı edildiği, her davanın açıldığı tarihteki şartlara göre yürütülmesi gerektiği belirtilmektedir. Muhalefet şerhleri için bkz. Yargıtay 5. HD, 2003/12732 E., 2004/3473 K., 22.3.2004 T. kararı; Yargıtay 5. HD, 2004/3072 E., 2004/4829 K., 20.4.2004 T. kararı ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 4.11.2019).

<sup>211</sup> Benzer karar için bkz. Yargıtay 3. HD 2007/11446 E., 2007/11564 K., 5.7.2007 T. kararında, “Ancak, dosya içeriğinden dava konusu taşınmazın 1306 metre kareye 1980 yılında yol yapılmak suretiyle kamulaştırılmaksızın fiilen el konulduğu anlaşılmaktadır. 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 38.maddesinde yazılı 20 yıllık hak düşürücü süre, Anayasa Mahkemesi'nin, 4.11.2003 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan 10.4.2003 gün ve 2002/112 Esas, 2003/33 Karar sayılı kararı ile iptal edilmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından önce 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 38.maddesinde öngörülen yirmi yıllık hak düşürücü süre geçirildiğinden, davalının mülkiyet hakkı sona ermiş, taşınmaz, artık tesisi yapan davalı idarenin mülkiyetine geçmiştir. Olayda, gerek 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 705/2.maddesi, gerekse 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 38.maddesi uyarınca davalı idare yararına gerçekleşmiş ve tamamlanmış hukuki durum söz konusu olup, bu nedenle Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından etkilenmeyeceği açıktır. Anayasa Mahkemesinin iptal kararlarının ilke olarak Resmi Gazetede yayımlandıkları tarihten itibaren ve geleceğe dönük olarak hüküm ve sonuç doğuracağı unutulmamalıdır. Bu nedenledir ki, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından önce, iptal edilen yasa kuralına dayanılarak, davalı idare yararına kazanılmış mülkiyet hakkının Anayasa Mahkemesi kararından etkilenmeyeceği, kuşku ve duraksamadan uzaktır. Daha açık anlatımla Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının, iptal edilen yasa kuralına dayanılarak daha önce davalı yararına gerçekleşen kazanılmış hakka etkili olması olanaklı değildir.” ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 9.3.2019).

*mülkiyetine geçmiştir.”* denilmiştir. Mahkeme, el atıldığı tarihten itibaren yirmi yıllık sürenin, Anayasa Mahkemesi’nin iptal kararının yürürlüğe girmesinden önce dolmuş olduğu hallerde, taşınmazın mülkiyetinin, hak düşürücü sürenin dolması ile kazanıldığı, iptal kararı karşısında elatan idare lehine kazanılmış hakkın var olduğu yönünde karar vermiştir<sup>212</sup>. Yargıtay HGK’nin bu kararı karşısında Yargıtay’ın ilgili Hukuk Daireleri arasında içtihat farklılıklarının devam etmesi sebebiyle, Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu 15.12.2005 gün ve 183 sayılı Kararı ile içtihadı birleştirme yoluna gidilmesi yönünde karar verilmiştir<sup>213</sup>. Ancak kanun tasarısı hazırlama girişimlerinin varlığı gerekçe gösterilmek suretiyle içtihadı birleştirme süreci ertelenmiştir<sup>214</sup>.

<sup>212</sup> Başpınar, s.298’de, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun bu kararına katılmanın mümkün olmadığını; idarenin kamulaştırmaz el koyduğu taşınmazın adına tescili için açtığı davada, dava henüz sonuçlanmadan, davanın dayanağı olan Kamulaştırma Kanunu 38. maddesi iptal edildiğine göre, var olmayan bir maddeye dayanılarak hükmün kurulamayacağını; ayrıca iptal edilen maddenin öngördüğü 20 yıllık süre içinde dava hakkının kullanılmamış olmasının, malikin dava hakkının düşmesi neticesini doğururken, taşınmaz mülkiyetinin doğrudan doğruya idareye geçeceği yönünde bir hükme yer vermediğini belirterek, “... var olmayan kazanılmış hakka ve dolayısıyla ortadan kalkmış bulunan hükme dayanılarak karar verilmesi doğru olmamıştır.” demektedir. Yazar, Anayasa Mahkemesinin iptal kararlarının geçmişe yürütmezliği ilkesinin, idareyi değil de, yönetilenleri korumak amacıyla kabul edildiğini, devlete güven, sosyal devlet, kamu düzeni ilkelerini sarsmamak için, hukuki ve objektif alanda etkilerini göstermiş, sonuçlarını doğurmuş bulunan durumların, iptal kararının yürürlüğe gireceği güne kadarki dönem için geçerli sayılması sağlanmıştır, demektedir. Geniş bilgi için bkz. Başpınar, s.298-302. Şaşı, Anayasa Mahkemesi’nin iptal kararında dava açma süresini sınırlandıran bir hükmün bulunmadığını; bu sebeple 1956 tarihinde verilen Yargıtay İBK kararları uyarınca herhangi bir zaman sınırlamasına tabi tutulmaksızın kamulaştırmaz elatma sebebiyle dava açılmasının mümkün olması gerektiğini belirtmektedir. Şaşı, s.306. Gürsel ise s.539’da, “... Kamulaştırma Kanunu’nun 38.maddesinin iptal kararından önce, yani söz konusu kuralın yürürlükte bulunduğu dönemde, idarenin elde ettiği mülkiyet hakkı korunsun da idarenin taşınmazın gerçek karşılığını ödeme konusundaki yükümlülüğünün devam ettiği kanaatindeyiz. Hem kamulaştırma yapmayıp hem de belli bir süre geçtikten sonra taşınmazın mülkiyetinin tescilini bedel ödemeksizin talep etmek hukuk devleti ve idareye güven ilkesi ile bağdaşmamaktadır.” ifadesiyle, s.544’te ise “ Ancak burada taşınmazın kayıtlı olup olmamasına göre bir ayırım yapmak zorundayız. ... İdarenin kamulaştırmaz el koyma yoluyla, MK 713.madde uyrınca tapuya kayıtlı bir taşınmazı kazandırıcı zamanaşımı yoluyla iktisap etmesinin kabulü hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu görüşündeyiz.” ifadesiyle uygulamadaki çelişkiye işaret etmektedir. Daha detaylı bilgi için bkz. Gürsel, s.539-546.

<sup>213</sup> Bkz. Yargıtay 5 HD 2005/11295 E., 2005/11023 K., 18.10.2005 T. kararında; Yargıtay HGK 2005/5-288 E., 2005/352 K., 25.5.2005 T. kararındaki kanaatin benimsendiği belirtilirken, Yargıtay 18. HD 2005/5393 E., 2005/8790 K., 10.10.2005 T. kararında “...2942 Sayılı Yasanın 38. maddesinin Anayasa Mahkemesi tarafından iptali nedeniyle konusuz kaldığından bahisle reddine karar verilmesi kural olarak doğru ise de..” ifadesine yer vermektedir ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 4.11.2019). Yargıtay 18. HD 2006/6096 E., 2006/6892 K., 26.9.2006 T. karardaki karşı oy yazısında, Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu’nun 15.12.2005 gün ve 183 sayılı kararına atıf yapılmaktadır ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 4.11.2019).

<sup>214</sup> Beklenen Kanun Taslağı’nın, aşağıdaki başlıkta ele alacağımız 5999 sayılı Kanun ile kanunlaşarak yürürlüğe girmesinin ardından 6.10.2010 tarihli Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu tarafından, “5999 sayılı yasa ile 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununa eklenen geçici 6.madde ile ... hükmü getirilmiş olup, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunun 38.maddesi ile ilgili olan İçtihadı Birleştirme yoluna gidilmesine ilişkin 15.12.2005 tarih ve 183 sayılı Birinci Başkanlık Kurulu kararının



#### 4. 5999 SAYILI KANUN İLE 2942 SAYILI KAMULAŞTIRMA KANUNU'NA EKLENEN GEÇİCİ 6. MADDE ÇERÇEVESİNDE GELİŞİMİ

18.6.2010 kabul tarihli 5999 sayılı Kanun (RG. T.30.6.2010, S.27627) ile 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'na “Kamulaştırmaz El Koyma Sebebiyle Tazmin” başlığını taşıyan geçici 6. madde eklenmiştir<sup>215</sup>. İlgili madde, kamulaştırma işlemleri

*konusu kalmadığından bu aşamada içtihatların birleştirilmesi yoluna gidilmesine gerek olmadığı” yönünde karar alınmıştır. Bkz. Bayraktar, s.85-86.*

<sup>215</sup> 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'na eklenen geçici 6. madde metni şu şekildedir: “Kamulaştırma işlemleri tamamlanmamış veya kamulaştırması hiç yapılmamış olmasına rağmen 9/10/1956 tarihi ile 4/11/1983 tarihi arasında fiilen kamu hizmetine ayrılan veya kamu yararına ilişkin bir ihtiyaca tahsis edilerek üzerinde tesis yapılan taşınmazlara veya kaynaklara kısmen veya tamamen veya hahut irtifak hakkı tesis etmek suretiyle malikin rızası olmaksızın fiili olarak el konulması sebebiyle, malik tarafından ilgili idareden tazminat talebinde bulunulması halinde, öncelikle uzlaşma yoluna gidilmesi esastır.

*Tazminat müracaatı üzerine, fiilen el konulan taşınmazın veya üzerinde tesis edilen irtifak hakkının malikin müracaat ettiği tarihteki tahmini değeri; bu Kanunun 8 inci maddesinin ikinci fıkrasına göre teşkil edilen kıymet takdir komisyonu marifetiyle, taşınmazın el koyma tarihindeki nitelikleri esas alınmak ve bu Kanunun 11. ve 12. maddelerine göre hesaplanmak suretiyle tespit edilir. Tespitten sonra, bu Kanunun 8 inci maddesinin üçüncü fıkrasına göre teşkil olunan uzlaşma komisyonunca, müracaat tarihinden itibaren en geç altı ay içerisinde 7201 sayılı Kanun hükümlerine göre tebliğ edilen bir yazı ile, tahmini değer bildirilmeksizin, talep sahibi uzlaşma görüşmelerine davet edilir.*

*Uzlaşma; nakdi ödeme, idareye ait taşınmazın trampası, idareye ait taşınmaz üzerinde sınırlı aynı hak tanınması veya imar mevzuatı çerçevesinde başka bir yerde imar hakkı kullanılması suretiyle yapılabilir.*

*Uzlaşma görüşmeleri, hukuki veya fiili engel bulunmadığı takdirde davete icabet tarihinden itibaren en geç altı ay içerisinde sonuçlandırılır ve uzlaşmaya varılıp varılmadığı, malik veya temsilcisi ile komisyon üyeleri tarafından imzalanan bir tutanağa bağlanır. Bu tutanak ile uzlaşma görüşmelerine ilişkin bilgi ve belgeler, açılacak davalarda taraflar aleyhine delil teşkil etmez. Uzlaşmaya varılması halinde, üzerinde uzlaşılan hakkın türünü, tanınma şart ve usullerini, nakdi ödemede bulunulacak ise miktarını ve ödeme şartları ile taşınmazların tesciline veya terkinine dair muvafakati de ihtiva eden bir sözleşme akdedilerek bu sözleşme çerçevesinde işlem yapılır ve uzlaşma konusu taşınmazlar resen tapuya tescil veya terkin edilir.*

*Uzlaşılan nakdi tazminat bedeli, bütçe imkanları dahilinde, sonraki yıllara sari olacak şekilde taksitli olarak da ödenebilir. Taksitli ödeme süresince, 4/12/1984 tarihli ve 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanuna göre ayrıca kanuni faiz ödenir.*

*İdare ve malik arasında uzlaşma sağlanamadığı takdirde, uzlaşmazlık tutanağının tanzim edildiği veya ikinci fıkradaki sürenin uzlaşmaya davet olmaksızın sona erdiği tarihten itibaren üç ay içerisinde malik tarafından sadece tazminat davası açılabilir. Dava açılması halinde, fiilen el konulan taşınmazın veya üzerinde tesis edilen irtifak hakkının müracaat tarihindeki değeri, ikinci fıkranın birinci cümlesindeki esaslara göre mahkemece tespit ve taşınmazın veya hakkın idare adına tesciline veya terkinine ve malike tazminat ödenmesine hükmedilir. Tescile veya terkinine ilişkin hüküm kesin olup tarafların hükmedilen tazminata ilişkin temyiz hakkı saklıdır.*

*Kesinleşen mahkeme kararlarına istinaden bu madde uyarınca ödemelerde kullanılmak üzere, ihtiyaç olması halinde, idarelerin yılı bütçelerinde sermaye giderleri için öngörülen ödeneklerden yüzde iki pay ayrılır. Kesinleşen alacakların toplam tutarının ayrılan ödeneğin toplam tutarını aşması halinde, ödemeler, sonraki yıllara sari olacak şekilde, garameten ve taksitlerle gerçekleştirilir. Taksitlendirmede, bütçe imkanları ile alacakların tutarları dikkate alınır. Taksitli ödeme süresince, 3095 sayılı Kanuna göre ayrıca kanuni faiz ödenir. İdare tarafından, mahkeme kararı gereğince nakdi ödeme yerine, üçüncü fıkra da belirtilen diğer uzlaşma yolları da teklif edilebilir ve bu maddenin uzlaşmaya ilişkin hükümlerine göre işlem yapılabilir.*

tamamlanmamış veya kamulaştırması hiç yapılmamış olmasına rağmen 9/10/1956 tarihi ile 4/11/1983 tarihi arasında fiilen kamu hizmetine ayrılan veya kamu yararına ilişkin bir ihtiyaca tahsis edilerek üzerinde tesis yapılan taşınmazlara veya kaynaklara kısmen veya tamamen veyahut irtifak tesis etmek suretiyle malikin rızası olmaksızın fiili olarak el konulması halinde, malikin ilgili idareden tazminat talep etme imkânını ve bunun usulünü düzenlemektedir<sup>216</sup>.

KK geçici 6. madde, kamulaştırma işleminden hareket etmek suretiyle kamulaştırma usulüne riayet edilmeksizin gerçekleştirilen fiili elatma vakalarını konu almakta ve bu vakaları “*kamulaştırmaz el koyma*” kavramı ile ifade etmektedir. Madde, geçici olma özelliğinden dolayı belli bir zaman aralığında (9.10.1956 ile 4.11.1983 tarihleri arasında) gerçekleşen elatma vakaları için uygulanabilme özelliğine sahiptir.

KK geçici 6. maddenin ilk fıkrası, belirttiği zaman aralığındaki fiili elatma vakaları karşısında, taşınmaz maliklerinin idareden sadece tazminat talep edebileceğini ve bu talep için öncelikle “*uzlaşma*” yoluna gidilmesinin esas olduğunu

*Bu maddenin tazminata ilişkin hükümleri, vuku bulduğu tarih itibarı ile bu maddenin kapsamında olan kamulaştırmaz el koymadan dolayı açtıkları tazminat davası süre bakımından dava hakkının düştüğü gerekçesiyle reddedilmiş olanlar hakkında da uygulanır. Evvelce açtıkları davalar sonunda tazminat almaya hak kazanmış veya süre dışındaki sebeplerden dolayı davaları reddedilmiş olanlar hakkında bu madde hükümleri uygulanmaz. Ancak, gerek iç hukuka ve gerekse milletlerarası hukuka göre evvelce açtıkları davalar sonunda hak kazanmış oldukları tazminat henüz ödenmemiş olanlara, idare tarafından nakdi ödeme yerine, üçüncü fıkrafta belirtilen diğer uzlaşma yolları teklif edilebilir ve bu maddenin uzlaşmaya ilişkin hükümlerine göre işlem yapılabilir.*

*Vuku bulduğu tarih itibarı ile bu maddenin kapsamında olan kamulaştırmaz el koymadan dolayı bu maddenin yürürlüğe girmesinden önce tazmin talebiyle dava açmış olanlar; bu madde hükümlerine göre uzlaşma yoluna gitmeyi isteyip istemediklerini bu maddenin yürürlüğe girmesinden itibaren üç ay içinde idareye ve mahkemeye verecekleri dilekçeler ile bildirebilirler. Uzlaşma talebi üzerine, uzlaşma görüşmelerinin neticesine kadar dava bekletilir; uzlaşamaması halinde, uzlaşmazlık tutanağının mahkemeye sunulmasından sonra davaya devam edilir.*

*Bu madde uyarınca ödenecek olan tazminatın tahsili sebebiyle idarelerin mal, hak ve alacakları haczedilemez.”.*

<sup>216</sup> Ünlü, 5999 sayılı Kamulaştırma Kanunu’nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı’nın genel gerekçesinden alıntılar yapmak suretiyle, eklenen geçici 6.maddenin isabetli olduğunu vurgulamaktadır. Bkz. Ufuk Ünlü, “Kamulaştırmaz El Koyma Sebebiyle Tazmine Yönelik Yasal Düzenlemenin Getirdikleri”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Y.7, S.68, Nisan 2012, s.62-63. Ayhan da ilgili maddenin belli bir tarih aralığında gerçekleşen olaylara ilişkin olduğunu, ancak hangi davaların açılabilmesine ilişkin bir belirlilik olmadığını, bu tarihten sonra gerçekleşen olgulara ilişkin ise herhangi bir düzenlemenin bulunmadığını, ilgili maddenin konunun içeriğine ve sorunun çözümüne ilişkin bir belirleme getirmediğini zikretmektedir. Bkz. Ayhan, Dolayısıyla Kamulaştırma, s. 1146. Kaplan, söz konusu madde ile ilgili olarak “... ilgililere sadece tazminat talebinde bulunma hakkı tanıdığı için özünde kendisinden önceki düzenlemelerden pek farklı değildir.”, demektedir. Bkz. Kaplan, Kamulaştırmaz El Koyma, s.140. Madde ile ilgili detaylı içerikte eleştiriler için bkz. Bayraktar, s.92-104.



belirtmektedir<sup>217</sup>. Madde metninde, uzlaşma usulünün “*öncelikle*” uygulanmasının esas olduğu belirtilirken, madde gerekçesinde “*uzlaşma yoluna başvurulmaksızın dava açılmayacağı*” zikredilmektedir. Uzlaşma usulünün bir dava şartı niteliğinde olup olmadığı hususu, madde metninden kesin bir şekilde anlaşılmamaktadır<sup>218</sup>. Madde gerekçesindeki ifade ise dava şartı niteliğini çağrıştırır nitelikte olmakla birlikte, gerekçedeki ifadeler bağlayıcı bir özelliğe sahip değildir. Dava şartı gibi dava açma hakkını düzenleyen ve sınırlama getiren kuralların, Anayasa’nın 13. maddesindeki temel ilkeler uyarınca kanun ile öngörülmesi gerekmektedir. Geçici 6. maddedeki ifadenin muğlaklığı karşısında, uzlaşma usulüne gidilmesinin, dava şartı niteliğinde olmadığı kabulü gerekmektedir<sup>219</sup>.

Madde kapsamında uzlaşma görüşmelerinin başlayabilmesi için malikin idareye yönelik olarak tazminat talebinde bulunması gerekmektedir. Tazminat talebinin idareye yöneltilmesi üzerine, Kamulaştırma Kanunu 8/3. maddesi uyarınca süreçteki işlemleri yürütmek ve sonuçlandırmak için idarenin kendi bünyesi içinde oluşturduğu uzlaşma komisyonu, malike, Kamulaştırma Kanunu’nun 8/2. maddesi uyarınca kurulan kıymet takdir komisyonu tarafından tespit edilen taşınmazın tahmini değerini bildirmeksizin, uzlaşma görüşmeleri için davette bulunur (geçici 6. madde 2. fıkra)<sup>220</sup>. Uzlaşma görüşmelerinde amaç, taşınmaz malikin tatmin edilmesi suretiyle taşınmazın idare adına tescil ya da terkininin sağlanmasıdır. Geçici m. 6/2 uyarınca,

<sup>217</sup> Başpınar, henüz bu maddeye ilişkin düzenlemenin Kanun Taslağı mahiyetinde olduğu dönemde, uzlaşma modelinin, Alman Hukukunu örnek göstererek, malikin muhatap alınması anlamına geldiğini belirtmekte ve yerinde bir düzenleme olarak değerlendirmektedir. Bkz. Başpınar, s.308-309.

<sup>218</sup> Uzlaşma usulünün dava şartı olup olmadığı ile ilgili farklı görüşler bulunmaktadır. Dava şartı olarak kabul edilmesi gerektiği ile ilgili olarak Kaplan, Kamulaştırmaksız El Koyma, s.140-141, 143. Dava şartı olarak kabul edilmediğine ilişkin olarak bkz. Bayraktar, s.94-95’te, Kanun’un gerekçesinde “*Bu hükme göre, uzlaşma yoluna başvurulmaksızın dava açılmayacaktır.*” denmesine rağmen bu şartı dikkate alan Yargıtay kararının bulunmadığını belirtmektedir. Karademir, s.944’te ise uzlaşma usulünün bir dava şartı niteliğinde olup olmadığı hususunun madde metninden kesin bir şekilde anlaşılmadığını belirtmektedir.

<sup>219</sup> Yargıtay 5. HD 2011/17580 E., 2011/20948 K., 13.12.2011 T. kararında, 5999 sayılı Kanunla getirilen geçici madde 6/1’de, uzlaşmanın önerilmesinin amacının, kişinin mahkemeye müracaat hakkını ortadan kaldırmak değil, malikin idareye başvurması halinde uzlaşma yolunun denemesi olduğu, malikin idareye başvurmadan doğrudan doğruya dava açmasının hak arama özgürlüğünün gereği olduğu, uzlaşma usulünün dava şartı olmadığı ifade edilmiştir ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 4.11.2019).

<sup>220</sup> Uzlaşma komisyonu tarafından davet, malikin tazminat talebi ile idareye başvurusundan itibaren altı ay içerisinde yapılmalıdır (geçici 6.madde 2.fıkra). Aksi halde, söz konusu süre içerisinde malikin davet edilmemesinin hukuki sonucu “*uzlaşmazlık hali*” olarak varsayılmıştır (geçici madde 6/4).

uzlaşma görüşmelerinde nakdi ödemeye<sup>221</sup> esas alınacak değer, taşınmazın veya üzerinde tesis edilecek irtifak hakkının, elatma tarihindeki nitelikleri dikkate alınmak ve Kamulaştırma Kanunu'nun 11. ve 12. maddelerine göre hesaplanmak kaydıyla idareye başvuru tarihindeki değeridir<sup>222</sup>. Görüşmeler neticesinde uzlaşmaya varılırsa bu husus tutanağa geçirilir ve uzlaşılan hakkın türünü, hakkın tanınma şart ve usullerini, nakdi ödemede bulunulacak ise miktar ve ödeme şartları<sup>223</sup> ile taşınmazın tesciline veya terkinine dair muvafakati içeren bir sözleşme akdedilir. Bu sözleşme çerçevesinde işlem yapılarak taşınmaz, idare adına re'sen tescil veya terkin edilir.

Taraflar arasında uzlaşma sağlanamaz ise anlaşmazlık tutanağının tanzim edilmesinden itibaren veya malikin idare tarafından süresinde davet edilmemesi halinde ise 2. fıkra da belirtilen altı aylık sürenin sona ermesinden itibaren üç aylık süre içerisinde<sup>224</sup> malik<sup>225</sup>, sadece tazminat davası açma hakkına sahiptir. Tazminat davasına konu olan taşınmazın veya tesis edilen irtifakın değeri, uzlaşma usulünde olduğu gibi elatma tarihindeki nitelikleri dikkate alınmak ve Kamulaştırma

<sup>221</sup> Uzlaşma görüşmeleri, salt nakdi ödeme üzerinden yürütülmeyebilir. Geçici 6. maddenin 3. fıkrasında, uzlaşmanın, nakdi ödeme, idareye ait taşınmazın trampası, idareye ait taşınmaz üzerinde sınırlı aynı hak tanınması veya imar mevzuatı kapsamında başka bir yerde imar hakkı tanınması suretiyle gerçekleştirilebileceği belirtilmektedir.

<sup>222</sup> Anayasa Mahkemesi 2010/83 E., 2012/169 K., 1.11.2012 T. kararında, "... taşınmazın el koyma tarihindeki nitelikleri esas alınmak ..." ifadesinin iptaline ilişkin talebi, "Kuralın, geçici bir nitelik taşıdığı ve geçmişte meydana gelen kamulaştırmasız el atmalardan kaynaklanan hukuksal sorunların tasfiyesini amaçladığı anlaşılmaktadır. Kamulaştırma olmaksızın el konulan taşınmazların niteliğinde meydana gelen değişiklikler kamunun işlemleri sonucunda gerçekleşmiş olup, bu işlemler dolayısıyla taşınmazın değerinde meydana gelen artış ya da azalmaların malike ödenecek tazminatın hesaplanmasında dikkate alınması, maliklerin haksız kazanç elde etmesine ya da haksız bir şekilde zarara uğramasına sebep olabilecektir." gerekçesiyle reddetmiştir (RG T.22.2.2013, S.28567). Karara yönelik eleştiri için bkz. Özel, Gerçek Karşılık Hakkı, s.150, dn.392.

<sup>223</sup> Uzlaşma görüşmeleri neticesinde uzlaşılan nakdi ödeme bedeli "tazminat bedeli" olarak zikredilmekte ve bu bedel için "... bütçe imkânları dâhilinde, sonraki yıllara sâri olacak şekilde taksitli olarak da ödenebilir. Taksitli ödeme süresince 4/12/1984 tarihli ve 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanuna göre ayrıca kanuni faiz ödenir." denilmektedir (Geçici m.6/5).

<sup>224</sup> Bahsi geçen sürenin, hak düşürücü süre olduğu ifade edilmektedir. Konu ile ilgili olarak bkz. Karademir, s.942; Kaplan, Kamulaştırmasız El Koyma, s.143. Anayasa Mahkemesi 2010/83 E., 2012/169 K., 1.11.2012 T. kararında, "Öngörülen hak düşürücü süre malikin başvurusu üzerine başlayan uzlaşma sürecinin başarısızlıkla sonuçlanması üzerine işlemeye başlamaktadır. Üç aylık hak düşürücü süre bireyler açısından dava açmak için yeterli düşünme ve hazırlanma imkânı tanımaktadır. Bu nedenle, dava konusu kuralla getirilen sürenin hak arama hürriyetine ölçsüz bir müdahale olduğu söylenemez. Ayrıca, bu sürenin hak aramayı aşırı derecede zorlaştıran ya da ortadan kaldıran, dolayısıyla hakkın özüne dokunan bir sınırlama olmadığı da açıktır." ifadesi ile üç aylık dava açma süresinin Anayasa'ya aykırı iddiası reddedilmiştir (RG T.22.2.2013, S.28567). Karara yönelik eleştiri için bkz. Özel, Gerçek Karşılık Hakkı, s.150, dn.392.

<sup>225</sup> Kaplan, kanunkoyucunun malike ve doğal olarak mirasçılara hak tanırken zilyede hiçbir hak tanımamasını eleştirmekte ve Kanunun gerekçesinde de bu konuda herhangi bir açıklama bulunmadığını belirtmektedir. Kaplan, Kamulaştırmasız El Koyma, s.142.

Kanunu'nun 11. ve 12. maddelerine göre hesaplanmak kaydıyla idareye başvuru tarihindeki değeri üzerinden hesaplanır<sup>226</sup>. Mahkeme tarafından tespit edilen tazminat bedelinin malike ödenmesi karşılığında<sup>227</sup> taşınmazın idare adına tescili veya terkini yönünde karar verilir (geçici madde 6/6). Tescil veya terkine ilişkin mahkeme kararı, kesin hüküm niteliğinde olup, tazminata ilişkin kanunyoluna başvuru hakkı saklı bulunmaktadır<sup>228</sup>. Geçici 6. maddenin 10. fıkrasına göre, “*Bu madde uyarınca ödenecek olan tazminatın tahsili sebebiyle idarelerin mal, hak ve alacakları*” haczedilemez. Bu suretle madde kapsamındaki tazminatın tahsili amacıyla idarelerin mal, alacak ve hakları üzerinde herhangi bir cebri icra işlemi tatbik etmek mümkün değildir<sup>229</sup>.

KK geçici 6. madde, kapsamındaki kamulaştırmaz elatma vakaları için belli bir süre içerisinde sadece tazminat talep etme hakkı öngörmesiyle, YİBK kararları uyarınca şekillenen kamulaştırmaz elatma olgusunun hukuki neticelerine istisna getiren bir kanun hükmü olarak kabul edilebilir. Ancak 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun geçici 6. maddesi 6. fıkrasında geçen “*sadece tazminat davası açılabilir*” hükmündeki “*sadece*” ifadesi, Anayasa Mahkemesi'nin 2010/83 E., 2012/169 K., 1.11.2012 T. kararı ile, Anayasa'nın 36. maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle iptal edilmiştir<sup>230</sup>. AYM'nin iptal kararı sonrasında, geçici 6. madde kapsamındaki elatma

<sup>226</sup> Kaplan, tazminat davası ile neyin kast edildiğinin açık olmadığını, ancak kamulaştırma usulünde taşınmazın bedelinin hesaplanması ile ilgili hükümlere atıf yapılmasından hareketle, “*tazminat*” kavramından “*taşınmazın bedeli*”nin anlaşılması gerektiğini belirtmektedir. Bkz. Kaplan, Kamulaştırmaz El Koyma, s.142. Ayhan da madde başlığı ile metinde geçen ‘tazminat’ ifadesinin aslında “*bedel davası*” olarak anlaşılması gerektiğini zikretmektedir. Bkz. Ayhan, Dolayısıyla Kamulaştırma, s. 1146. Benzer görüş için bkz. Karademir, s.942.

<sup>227</sup> Tazminat bedelinin icrası için geçici 6. maddenin 7. fıkrasında şu hükme yer verilmiştir: “*Kesinleşen mahkeme kararlarına istinaden bu madde uyarınca ödemelerde kullanılmak üzere, ihtiyaç olması halinde, idarelerin yılı bütçelerinde sermaye giderleri için öngörülen ödeneklerden yüzde iki pay ayrılır. Kesinleşen alacakların toplam tutarının ayrılan ödeneğin toplam tutarını aşması halinde, ödemeler, sonraki yıllara sari olacak şekilde, garameten ve taksitlerle gerçekleştirilir. Taksitlendirmede, bütçe imkânları ile alacakların tutarları dikkate alınır. Taksitli ödeme süresince, 3095 sayılı Kanuna göre ayrıca kanuni faiz ödenir.*”. Kaplan, bu hükmün, Anayasa'nın 46. maddesindeki ‘peşin ödeme’ şeklindeki emredici kuralı ile uyuşmadığını belirtmektedir. Kaplan, Kamulaştırmaz El Koyma, s.143.

<sup>228</sup> Karademir'e göre, tescil veya terkin kararının kanunyoluna götürülmesinin engellenmesi hak arama özgürlüğüne aykırılık teşkil etmektedir. Karademir, s.941.

<sup>229</sup> Anayasa Mahkemesi 2010/83 E., 2012/169 K., 1.11.2012 T. kararında, haczedilmezlik kuralının ölçülülük ilkesine aykırı olmadığı yönünde karar vermiştir (RG T.22.2.2013, S.28567). Karara yönelik eleştiri için bkz. Özel, Gerçek Karşılık Hakkı, s.150, dn.392.

<sup>230</sup> Anayasa Mahkemesi'nin 2010/83 E., 2012/169 K., 1.11.2012 T. kararı (RG. T.22.2.2013, S. 28567).

olguları için, tazminat davası dışında, YİBK kararları uyarınca elatmanın önlenmesi veya ecrisimil davasının açılabilmesi mümkündür.

KK geçici 6. maddedeki tarih aralığı ayrı bir önem arz etmektedir. Zira 9.10.1956 tarihi, 6830 sayılı İstimlâk Kanunu'nun yürürlük tarihine karşılık gelmektedir. 221 sayılı Kanun uyarınca “6830 sayılı İstimlak Kanununun yürürlüğe girdiği tarihe kadar” kamulaştırma işlemine dayanmaksızın, kamulaştırma kanunlarının gözönünde tuttuğu maksatlara fiilen tahsis edilmiş olan taşınmazlar, ilgili idare tarafından tahsis tarihinde kamulaştırılmış sayılacağı için bu tarihten sonraki vakalar geçici 6. maddenin kapsamına alınmıştır. 4.11.1983 tarihi ise KK m.38 hükmünü iptal eden Anayasa Mahkemesi'nin 2002/112 E., 2003/33 K., 10.4.2003 T. kararının Resmî Gazete’de yayımlanma tarihinin yirmi yıl öncesine karşılık gelmektedir. AYM’nin iptal kararının, 4.11.2003 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanmasından geriye doğru, iptal edilen hükümdeki yirmi yıllık hak düşürücü sürenin çıkarılması durumunda 4.11.1983 tarihine ulaşılmaktadır. Bu zaman aralığının gizemi, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu’nun Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen 38. maddesinde düzenlenen ve taşınmazlarına elatılmasına rağmen yirmi yıllık hak düşürücü süre sebebiyle tazminat ya da diğer bir hak talebinde bulunamayan ya da bulunduğu hak talebi reddedilen mülkiyet hakkı sahiplerinin hukuki durumlarının düzenlenmesi gerekliliğindedir. Kanun değişikliğinin genel gerekçesinde bu durum şu şekilde ifade edilmektedir<sup>231</sup>: “Anayasa Mahkemesinin söz konusu iptal kararının yürürlüğe girdiği tarihten sonra ve önceki yirmi yıl içinde kamulaştırmasız elkonulanların dava açmalarının önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır. Ancak yirmi yıllık dava açma süresinin geçmiş olması sebebiyle artık dava açılmayacağı yolundaki içtihat sebebiyle, söz konusu iptal kararının yürürlüğe girmesinden önceki yirmi yıldan önce taşınmazlarına kamulaştırmasız elkonulanlar ya hak düşürücü süre sebebiyle dava açamayacaklar veya açacakları davalar hak düşürücü süre sebebiyle reddedilebilecektir. Bu nedenle 4.11.1983 tarihinden önce taşınmazlarına kamulaştırmasız elkonulanların hak ve durumlarının düzenlenmesi gerekmektedir... bir taraftan yirmi yıllık dava açma süresini geçirmiş olmaları sebebiyle artık kamulaştırmasız elkoyma sebebiyle dava açamayan ve böylece hiçbir bedel ödenmeden mülkiyet hakları ellerinden alınanların mağduriyetlerini gidermek,

<sup>231</sup> Geçici 6. madde gerekçesi için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss475.pdf>, 26.03.2018.

*tazminat ödenmesini objektif esaslara bağlamak; diğer taraftan da idarenin muhatap olacağı ihtilafları en aza indirmek ve idarenin mali sıkıntıya düşmesini mümkün olduğunca önlemek maksadıyla ... bu Kanun Tasarısı hazırlanmıştır*". Bir bütün olarak, yasama, yürütme ve yargı erkleri ile hukuka bağlı olması gereken devlet sistemi içerisindeki idareler tarafından taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkına hukuka aykırı müdahalede bulunulması anlamındaki kamulaştırmasız elatma, başlı başına hukuk devleti ilkesine aykırılık teşkil ederken, bu hususun bir de mevzuatta detaylı bir şekilde düzenlenmesi hukuk devleti ilkesi ile bağdaştırılması mümkün olmayan bir olgudur. Özellikle de gerekçeler arasında yer verilen *"idarenin muhatap olacağı ihtilafları en aza indirmek ve idarenin mali sıkıntıya düşmesini mümkün olduğunca önlemek"* maksadıyla özel kanuni bir düzenleme yapılarak hak taleplerine sınırlandırmalar getirilmesi, hukuk devleti ilkesine aykırılık teşkil eden bir gerekçe mahiyetindedir. Ancak alıntıladığımız gerekçede de belirtildiği üzere, Anayasa'ya aykırı olduğu için iptal edilen Kamulaştırma Kanunu 38. maddesinin yürürlüğü sürecinde sebebiyet verilen mağduriyetlerin giderilmesi için geçici bir hükmün yerindeliği hususunda hemfikir olunabilir.

Süreç içerisinde 6111 sayılı Kanun'un geçici 2. maddesi ile<sup>232</sup>, 4.11.1983 tarihinden sonra gerçekleşen fiili elatma eylemlerine, 6111 sayılı Kanun'un yürürlük tarihinden (6111 sayılı Kanun m.215/1-j bendi uyarınca yayımı tarihi olan 25.2.2011 tarihinde yürürlüğe girmektedir.) itibaren onbeş (15) yıl süreyle, Kamulaştırma Kanunu'nun geçici 6. maddesindeki usulün uygulanması öngörülmüştür. Bu düzenleme neticesinde ortaya şöyle bir sonuç çıkmaktadır: 9.10.1956 tarihinden 25.2.2026 tarihine kadarki süreçte gerçekleşecek fiili elatma niteliğindeki kamulaştırmasız elatma vakaları için malik, geçici 6. maddedeki usulü takip etmek suretiyle tazminat talebi dile getirebilecektir<sup>233</sup>. Ancak Anayasa Mahkemesi, 2010/83

<sup>232</sup> 6111 sayılı Kanun'un Geçici Madde 2: *"Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren onbeş yıl süreyle geçerli olmak üzere; 4/11/1983 tarihli ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun geçici 6. maddesi hükmü, 4/11/1983 tarihinden sonraki kamulaştırmasız el koyma işlemlerine de uygulanır. Ancak, bu tarihten sonraki kamulaştırmasız el koyma işlemleri sebebiyle açılan tazminat davalarında verilen ve kesinleşen mahkeme kararlarına istinaden 2942 sayılı Kanunun geçici 6.maddesinin yedinci fıkrası uyarınca ödemelerde kullanılmak üzere, ihtiyaç olması halinde, idarelerin yılı bütçelerinde sermaye giderleri için öngörülen ödeneklerden ayrıca yüzde beş pay ayrılır."* (RG. T.25.2.2011 S.27857 Mükerrer).

<sup>233</sup> 6111 sayılı Kanunun geçici 2. maddesi ile ilgili eleştiriler için bkz. Bayraktar, s.104-107. Kaplan, kanunkoyucunun gelecekte gerçekleşmesi muhtemel sorunları kapsamına almasını isabetli olduğunun söylenebileceğini, ancak bu düzenlemenin etkisiyle idarenin olağan usul olan

E., 2012/169 K., 1.11.2012 T. kararı ile 6111 sayılı Kanun'un geçici 2. maddesini Anayasa'ya aykırılık gerekçesiyle iptal etmiştir<sup>234</sup>. Bu suretle belirtmeliyiz ki, KK geçici 6. madde, gerekçeden de anlaşılacağı üzere, KK m. 38'in AYM tarafından iptali sonrasında gelişen içtihat sebebiyle mağduriyet yaşayabilecek, sadece belli bir zaman aralığında (9.10.1956-4.11.1983) gerçekleşen fiili elatma niteliğindeki eylemler ile ilgili uyuşmazlıkları, malikin tatminini sağlarken idareye de yük teşkil etmeyecek ve öngördüğü kısa süreler sebebiyle hızlı şekilde çözümlemeyi hedef tutan, adı üzere, geçici mahiyette bir hüküm olma özelliğini taşımaktadır.

kamulaştırma yerine bu usule daha sıklıkla başvurma tehlikesinin bulunduğunu belirtmektedir. Kaplan, Kamulaştırmaz El Koyma, s.144.

<sup>234</sup> İptal kararının gerekçesi şu şekilde ifade edilmektedir: “2942 sayılı Kanun'un Geçici 6. maddesi, 9.10.1956 ile 4.11.1983 tarihleri arasında meydana gelen kamulaştırmaz el atmalara dayalı tazminat taleplerine uygulanacak kuralları öngörmektedir. Bu kuralda getirilen düzenlemeler, malikler açısından kamulaştırma için Anayasa'nın 46. maddesinde ve 2942 sayılı Kanun'da öngörülen güvencelerden daha aleyhe kurallar içermektedir. 2942 sayılı Kanun'a göre, kamulaştırma kararı verilebilmesi için öncelikle taşınmazın değerinin idare tarafından tespit ettirilmesi, uyuşmazlık halinde idarenin mahkemeye başvurarak bedel tespitini istemesi gerekmektedir. Tespit edilen bedelin peşin olarak bankaya yatırılmasıyla kamulaştırma kararı kesinleşmektedir. Bu nedenle bir kamu idaresi kamulaştırma bedelini ödeyecek yeterli ödeneği olmadıkça kamulaştırma kararı alamayacaktır. Diğer taraftan, malikin kamulaştırma işlemi aleyhine idari yargıda dava açma hakkı bulunmaktadır. 2942 sayılı Kanun'da kamulaştırma bedellerinin taksitlendirilmesi belli hallerde münhasır kılınmış ve bu hallerde de taksitlendirme süresinin beş yılı geçemeyeceği ve taksitlendirme halinde kamu alacakları için uygulanan en yüksek faizin uygulanması kuralı yer almaktadır. Geçici 6. maddede ise geçmişte idarelerce kamulaştırmaz el atılan taşınmazlarla ilgili olarak uzlaşma ve dava yoluna başvurma külfeti maliklere yüklenmiştir. Bu nedenle dava harçlarını ödeme yükümlülüğü de maliklerin üzerindedir. Diğer taraftan, hükmedilen tazminatın ödenmesi için bütçeden belli bir pay ayrılması ve hükmedilen tazminatlar toplamının bu ödenekten fazla olması halinde ödemelerin taksitlendirilmesi öngörülmüştür. Anayasa'nın 46. maddesindeki taksitlendirme koşullarının bulunup bulunmadığına bakılmadığı gibi, sürenin beş yılı aşması ihtimali de vardır. Ayrıca, taksitlendirme halinde 3095 sayılı Kanun'a göre ödenecek olan kanuni faiz oranı kamulaştırmada uygulanacak olan kamu alacakları için öngörülen en yüksek faiz oranından daha düşüktür. Öte yandan, mahkeme kararından sonra idarelere tekrar uzlaşma teklif etme yetkisi tanındığı gibi tazminatın ödenmesini sağlamak üzere idarelerin mal, hak ve alacaklarının haczedilmesi de yasaklanmıştır. Geçmişe yönelik bazı mağduriyetlerin giderilmesi amacıyla çıkarılan ve istisnai nitelik taşıyan Geçici 6. maddedeki malik aleyhine hükümlerin geleceğe yönelik olarak uygulanması halinde kamulaştırma için Anayasa ve Kanun'da öngörülen bütün güvenceler etkisiz kalabilecektir. Kuralla, Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 15 yıl boyunca 2026 yılına kadar idarelerin özel mülkiyete kamulaştırmaz el atma yoluyla müdahalesine yol açılmaktadır. Böylece idareler kamulaştırma yapmak yerine, hukuka aykırı olarak el atmak suretiyle taşınmazları elde edebileceklerdir. Böyle bir durumda devletin hukuka bağlılığı ilkesi zedeleneyeceği gibi bireyler açısından hukuki güvenlik ve öngörülebilirlik de ortadan kalkacaktır. Bir hukuk devletinde kanunların hukuka aykırı uygulamaları teşvik etmesi kabul edilemez. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2., 35. ve 46. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.” (RG. T.22.2.2013, S. 28567). Yalçınduran, Anayasa Mahkemesi'nin, KK geçici 6. Maddenin, geçicilik sıfatı ile bazı mağduriyetlerin giderilmesi amacıyla çıkarılan istisnai düzenleme olduğuna vurgu yaparak Anayasa'ya aykırılık iddialarının reddi yaklaşımını eleştirmektedir. Türker Yalçınduran, **Kamulaştırmaz El Koyma**, Yetkin Yayınları, İstanbul, 2015, s.251.



## 5. YARGITAY HUKUK GENEL KURULU'NUN 2010/5-662 E., 2010/651 K., 15.12.2010 T. KARARI İLE DANIŞTAY İDARİ DAVA DAİRELERİ KURULU'NUN 2007/2255 E., 2012/801 K., 24.5.2012 T. KARARI ÇERÇEVESİNDE GELİŞİMİ

Yargıtay'ın içtihadı birleştirme kararlarından Yargıtay HGK 2010/5-662 E., 2010/651 K., 15.12.2010 T. karara kadarki süreçte, kamulaştırmасız elatma, KK geçici 6. maddesinde de ifade edildiği üzere, taşınmaza kısmen veya tamamen veyahut irtifak tesis etmek suretiyle malikin rızası olmaksızın fiilen elatılması olarak kabul edilmiştir. İdarenin, İmar Kanunu gibi çeşitli kanunlara dayanarak yaptığı ve mülkiyet hakkını kontrol etme amacı taşıyan imar planı gibi işlemlerinin gereğini yapmaması sebebiyle yaşanan mülkiyet hakkı ihlallerini dışlayıcı bir yaklaşım tercih edilmiştir.

Bu süreçte *Yargıtay*<sup>235</sup>, kamulaştırmасız elatma olgusunu, zaman aralığından bağımsız olarak, salt kamulaştırma usulüne riayet edilmeksizin taşınmaza kısmen veya tamamen veya irtifak tesis etmek suretiyle fiilen elatılması şeklinde değerlendirmiştir. Bu çerçevede de fiilen elatma olgusunun olmadığı ancak idarenin imar planı, sit alanı gibi idari işlemlerinin gereğini yapmayarak mülkiyet hakkından doğan yetkilerin kullanılamaz hale geldiği durumları, bu kavramın dışında telakki etmiş ve davaları reddetmiştir. *Danıştay*<sup>236</sup> da idarenin yapması gerekeni yapmayarak mülkiyet hakkının

<sup>235</sup> Yargıtay HGK 2003/5-281E., 2003/284 K., 9.4.2003 T. kararında, imar planında rekreasyon (kentsel park) alanı olarak ayrılmış ve ilan edilen taşınmaz ile ilgili olarak "... taşınmazın fiili imar uygulamasına tabi tutulmadığı, fiilen de el konulmadığı bu nedenle kamulaştırmасız el atma olgusundan söz etme olanağı bulunmadığı böylelikle bu durumun mülkiyet hakkı sahibi davacıya bir dava hakkı vermeyeceği sonucuna varılmıştır." denmektedir. Benzer içerikteki kararlar için bkz. Yargıtay 5. HD, 2007/5382 E., 2007/7881 K., 14.6.2007 T. kararı; Yargıtay HGK 2007/5-718 E., 2007/805 K., 31.10.2007 T. kararı; Yargıtay HGK 2007/5-805 E., 2007/826 K., 7.11.2007 T. kararı; Yargıtay HGK 2007/5-933 E., 2007/951 K., 5.12.2007 T. karar ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 5.11.2019). Yargıtay HGK 2007/5-805 E., 2007/826 K., 7.11.2007 T. karar ile ilgili değerlendirme için bkz. İlgezdi, s.40-41. Aksi yöndeki Yargıtay içtihadı için bkz. Yargıtay HGK 2004/555 E., 2005/17 K., 2.2.2005 T. karar ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 20.6.2020). İlgili kararda, "Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, mahkeme kararında açıklanan gerektirici nedenlere ve özellikle 3194 sayılı İmar Kanunun 18.maddesine göre uygulamaya tabi tutularak davacılara pay tahsis edilen dava konusu imar parseli, imar planında lise alanı olarak ayrıldığından; davacıların taşınmazdan bağımsız yararlanma ve başka türlü kullanma olanağı kalmadığına göre; mahkemenin, kamulaştırmасız elatma koşullarının gerçekleştiği yönündeki direnme kararı yerindedir." hükmü ile idarenin idari işlemler vasıtasıyla mülkiyet hakkını kullanılmaz kılması, kamulaştırmасız elatma kapsamında ele alınmıştır.

<sup>236</sup> Danıştay 6. Daire, 2002/4906 E., 2002/5794 K., 10.12.2002 T. kararında, "İdarelerin kamu hizmetlerini yerine getirebilmeleri için hizmetin ihtiyacı olan özel kişilere ait taşınmazları 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu hükümlerine göre kamulaştırabilecekleri; ancak bu kamulaştırma işlemlerini de program ve ödeneklerinin yeterliliği çerçevesinde yapabilecekleri açık olduğundan, idareleri kamulaştırmaya zorlayıcı nitelikte yargı kararı verilmesi mümkün değildir. Diğer

özünün zedelendiği yönündeki iddialar üzerinden gelen kamulaştırma ya da parselasyon yapılması veya imar planı değişikliği yapılması yönündeki taleplerin reddi işlemlerinin (kısıtlılığın kaldırılmasını reddeden idari işlem) iptali taleplerini, idari işlem veya eylem niteliğinde yargı kararı verilemeyeceği, idarenin idari işlem ya da eylemde bulunmaya zorlanamayacağı gerekçelerine dayanarak reddetmiştir. Ancak idarenin eylemsiz kalması sebebiyle mülkiyet hakkının özünü zedeleme neticesi doğuran uyuşmazlık sayılarının artması ve bunlarla ilgili olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi nezdinde Türkiye aleyhine çok sayıda kararın varlığı sebebiyle Türk Yargı Teşkilatı içtihat değişikliğine gitmiştir<sup>237</sup>. Fiilen taşınmaza elatılmış olmamasına rağmen mülkiyet hakkının özüne dokunacak şekilde taşınmazın kullanımının sınırlandırıldığı hallerin, “kamulaştırmatsız el atma/koyma” veya “hukuki el atma/el koyma” kavramı ile anıldığı ve/veya mülkiyet hakkı ihlali olarak değerlendirildiği kararlar verilmeye başlamıştır<sup>238</sup>.

Bu tür uyuşmazlıklar ile ilgili göze çarpan ilk değişiklik, Yargıtay HGK 2004/555 E., 2005/17 K., 2.2.2005 T. kararı<sup>239</sup> ile yaşanmıştır. Kararda, imar planında okul alanına tahsis edilen taşınmazla ilgili yerel mahkemenin, “Kamulaştırmatsız elatma koşullarının kayden ve hukuken gerçekleştiği” gerekçesiyle davanın kabulüne dair verdiği karar, Özel Dairece “fiilen el atmadığı gibi, üzerinde tesis de yapmadığı” gerekçesiyle bozulmuştur. Yerel mahkemenin önceki kararında direnmesi üzerine Hukuk Genel Kurulu, “Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki

---

taraftan, davacı taşınmazı üzerinde bulunan kısıtlılığın kaldırılmasını idare mahkemesinden istemiş olduğundan, mahkemenin idarenin yerine geçerek idari işlem niteliğinde karar verebilmesi de olanaksızdır.” demektedir ([www.lexpera.com](http://www.lexpera.com), 2.7.2019). Bkz. Danıştay 6. D., 2002/3200 E., 2003/3476 K., 5.6.2003 T. karar; Danıştay 6. D., 2007/3362 E., 2009/2104 K., 6.3.2009 T. karar; Danıştay 6. D., 2007/4350 E., 2009/3840 K., 10.4.2009 T. karar; Danıştay 6. D., 2007/7844 E., 2009/10731 K., 3.11.2009 T. karar; Danıştay 6. D., 2008/10053 E., 2010/5801 K., 8.6.2010 T. karar ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 20.6.2020).

<sup>237</sup> Türk yargı teşkilatının içtihat değişikliğine gitmesinde etkili olan kararlar için bkz. AİHM *Hakan Arı v. Türkiye*, 13331/07 B. No., 11.1.2011 T. karar özeti (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-102680>, 7.7.2020); AİHM *Ziya Çevik v. Türkiye*, 19145/08 B. No., 21.6.2011 T. karar (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-105208>, 7.7.2020); AİHM *Hüseyin Kaplan v. Türkiye*, B. No. 24508/09, 1.10.2013 T. karar (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-127004>, 7.7.2020).

<sup>238</sup> Türk Yargı Teşkilatı’nın içtihat değişikliğine girdiği bu süreçten önce de “hukuki el atma/el koyma” kavramına pek çok yargı kararında çeşitli anlamlarda yer verildiği görülmektedir. Yargıtay 5. HD 2000/17583 E., 2000/21366 K., 21.12.2000 T. kararında, uyuşmazlık konusu olayda idarenin aldığı kamulaştırma kararı hukuki elatma olarak nitelendirilmiştir. Diğer bazı Yargıtay kararlarında ise idarenin idari işlemler aracılığıyla taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkını elde etme neticesini doğuran ferağ işlemi, hükmen tescil gibi işlemler için “hukuki el koyma/atma” kavramı kullanılmıştır. Bkz. Yargıtay 5. HD, 1989/17421 E., 1990/3218 K., 9.2.1990 T. kararı; Yargıtay HGK 1995/18-633 E., 1995/826 K., 18.10.1995 T. kararı ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 7.11.2019).

<sup>239</sup> Yargıtay HGK 2004/555 E., 2005/17 K., 2.2.2005 T. karar ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 20.6.2020).



*tutanak ve kanıtlara, mahkeme kararında açıklanan gerektirici nedenlere ve özellikle 3194 sayılı İmar Kanunun 18.maddesine göre uygulamaya tabi tutularak davacılara pay tahsis edilen dava konusu imar parseli, imar planında lise alanı olarak ayrıldığından; davacıların taşınmazdan bağımsız yararlanma ve başka türlü kullanma olanağı kalmadığına göre; mahkemenin, kamulaştırmасız elatma koşullarının gerçekleştiği yönündeki direnme kararı yerindedir.” şeklinde hüküm vermiştir.*

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 2010/5-662 E., 2010/651 K., 15.12.2010 T. kararı<sup>240</sup> da, kamulaştırmасız elatma kavramı ile ilgili olarak bu yeni bakış açısını detaylı ve teorik açıdan ele alması açısından önemli bir karardır. Söz konusu kararda, dava konusu taşınmaz, 18.04.1978 tarihli 1/5000 ölçekli Nazım İmar Planı’nda ve 26.05.1992 tarihli 1/1000 ölçekli Maltepe Uygulama Planı’nda okul alanı olarak gösterilmiş, bilahare 16.07.2004 T.T’li 1/5000 Ölçekli E-5 Üstü Nazım İmar Planı’nda okul alanında çıkarılarak konut alanına dönüştürülmüş ise de itirazlar nedeniyle yeniden 16.04.2005 T.T’li 1/5000 ölçekli Maltepe E-5 Kuzeyi Nazım İmar Planı’nda "İlkokul alanı" olarak kamu hizmetine ayrılmış; taşınmazın 1978 yılından beri okul alanı olarak kamu hizmetine tahsis edilmesine rağmen, bu güne kadar üzerinde tahsis amacına uygun bir tesis kurulmadığı, taşınmazın kamulaştırılması ya da mülkiyet hakkını kısıtlayan tahsis amacı dışına çıkarılması talebiyle malikin defalarca Maltepe Belediye Başkanlığı’na, İstanbul Büyükşehir Belediye Başkanlığı’na, İstanbul Valiliği’ne ve İstanbul Milli Eğitim Müdürlüğü’ne yaptığı başvuruların sonuçsuz kaldığı, taşınmazın imar planında yıllardır okul alanı olarak ayrılmış olmasına karşın davalı İstanbul İl Özel İdaresince amacına uygun olarak kamulaştırılmadığı görülmektedir. Mahkeme, uzun yıllar programa alınmayan imar planının fiilen hayata geçirilmemesi nedeniyle kamulaştırma ya da takas cihetine gitmeyen davalı idarenin, malikin taşınmaz üzerindeki tasarruf hakkını belirsiz bir süre için kullanılamaz hale getirdiği, dolayısıyla malikin taşınmazdan mülkiyet hakkının özüne uygun şekilde yararlanma olanağı kalmadığı, mülkiyet hakkının hukuksal bir nedene dayanılmadan idarece engellendiği tespitinde bulunmaktadır. Ardında da, bir kişinin taşınmazına eylemli olarak el atıp tamamen veya kısmen kullanılmasına engel olunması ile imar uygulaması sonucu o kişinin mülkiyetinde olan taşınmaza hukuken kullanmaya engel sınırlamalar getirilmesi arasında sonucu itibariyle bir fark bulunmadığı, her ikisinin de

<sup>240</sup> Yargıtay HGK 2010/5-662 E., 2010/651 K., 15.12.2010 T. karar ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 5.11.2019).

kişinin mülkiyet hakkının sınırlandırılması anlamında aynı sonucu doğurduğu belirtilerek, “... uzun yıllar programa alınmayan imar planının fiilen hayata geçirilmemesi nedeniyle kamulaştırma ya da takas cihetine gitmeyen davalı İdarece, pasif ve suskun kalınmak ve işlem tesis edilmemek suretiyle taşınmaza müdahale edildiği; bu haliyle İdarenin eyleminin, mülkiyet hakkının özüne dokunan ve onu ortadan kaldıran bir niteliğe sahip bulunan kamulaştırmасız el koyma olgusunun varlığı için yeterli bulunduğu, her türlü izahtan varestedir.” ifadeleri ile söz konusu olgu, kamulaştırmасız elatma kapsamında ele alınmıştır.

Yargıtay HGK kararı ile kamulaştırmасız elatma vakalarının kapsamı genişletilmiştir. Bu kararda idarenin, fiilen elatması olmaksızın, ancak eylemsiz kalmak suretiyle taşınmaz mülkiyeti üzerinde gerçekleştirdiği birtakım kısıtlamalar, kamulaştırmасız elatma kavramının kapsamında ve adli yargının görev alanı içerisinde değerlendirilmiştir. Yargıtay, bu karar ile imar planında kamu hizmetine<sup>241</sup> tahsis edilen ve bu tahsis amacına uygun olarak idare tarafından kamuya kazandırılması gereken taşınmazın, idare tarafından mal edinme usulleri vasıtasıyla kamuya kazandırılmaması sebebiyle yaşanan belirsiz süreli kısıtlılık halini, mülkiyet hakkının özüne dokunan ve onu ortadan kaldıran bir hal olarak nitelendirmiştir.

YHGK kararında, kamulaştırmасız elatmanın hukuki nitelik ve unsurlarına da yer verilmiştir. Mahkeme, kamulaştırmасız elatma müessesesini, kaynağını ve dayanağını Anayasa ve kanunlardan almayan, mülkiyet hakkının özüne dokunan bir işlem olarak nitelendirmektedir. YHGK kararında kamulaştırmасız elatmanın unsurları, kamulaştırma ile karşılaştırmak suretiyle izah edilmektedir. Mahkeme, kamulaştırmасız elatma ile kamulaştırmanın konu, amaç ve yetki açısından benzer yönlerinin bulunduğunu vurgulamaktadır. Bu çerçevede kamulaştırma yapmaya yetkili idareler tarafından taşınmaza elatılmış olması, kamulaştırmada olduğu gibi taşınmaza elatmada kamu yararının bulunması ve elatmanın konusunun ancak özel mülkiyette bulunan taşınmaz olması gerektiğini ifade edilmektedir. Karar kapsamında

<sup>241</sup> Yargıtay 5. HD., 2012/24823 E., 2013/2504 K, 19.2.2013 T. kararında, dava konusu olan taşınmazın kamu hizmetine ayrılmadığı, heyelan bölgesi olması nedeniyle niteliği gereği jeolojik sakıncalı alan olarak belirlendiği ve davacılar vekilince belirtildiği gibi taşınmaza henüz fiilen el atılmadığı anlaşıldığından kamulaştırmасız elatma olgusunun bulunmadığı yönünde karar vermiştir (www.kazanci.com.tr, 26.11.2019). Yargıtay, bu karar ile hukuki elatma olgusundan bahsedebilmek için imar planında herhangi bir amaca değil, kamu hizmetine tahsis halinde, bu tahsisin gereğinin yapılmaması olgusunun söz konusu olması gerektiği vurgusunu yapmaktadır.

mülkiyet hakkının kuramsal boyutu ele alınarak, Türk Hukuku'nda mülkiyet hakkının kavram ve içeriğine, imar planlarının hukuk kuralları arasındaki yerine ve hukuki sonuçlarına yer verilmekte ve AİHS maddeleri ile AİHM kararları üzerinden kamulaştırmасız elatma kavramı incelenmektedir.

YHGK kararı ile ilgili olarak lehe veya aleyhe çeşitli görüşler bulunmaktadır. Aleyhe görüş beyan edenler arasında ele alabileceğimiz *Ayhan*<sup>242</sup>, bu karar ile Yargıtay'ın 1956 yılındaki İçtihadı Birleştirme Kararları üzerinden sürdürdüğü kamulaştırmасız elatma uygulama ve yorumunu genişleterek değiştirdiğini belirtmektedir. Detaylı bir şekilde söz konusu kararın değerlendirildiği çalışmada *Yazar*, imar planında kamu hizmetine ayrılmasına rağmen uzun süre kamulaştırılmayan taşınmazlar ile ilgili uyuşmazlığın, bir idari işlem olmadığı gibi idari bir eylem olarak da kabul edilmeyen, bu sebeple de adli yargıda çözümlenen kamulaştırmасız elatma olgusu kapsamında ele almasına rağmen, Yargıtay'ın, idarenin bu eylemsizliğini “işlem” olarak nitelendirmesini, idari bir işlem olan kamulaştırma ile benzerlik kurmasını çelişkili bulmakta ve kararda taşınmaz malikine sadece mülkiyetin bedele çevrilmesi imkânı tanınırken, elatmanın önlenmesi talebini sunma imkânının tanınmamasının gerekçesine açıklık getirilmemesini eleştirmekte ve “... nasıl ki, idarenin imar planlarının uygulanması amacıyla yaptığı işlem ve eylemler idari nitelikte ise, bu işlem ve eylemleri çeşitli gerekçelerle yapmayı geciktirmesi ya da hiç yapmaması da idari nitelik taşımaktadır. ... İdarenin süregelen hareketsizliğinin ve pasif davranışının, temel hak ve özgürlüklere saygılı idare anlayışı ile bağdaşmadığı ve bu durumda kamu yararından da bahsedilemeyeceği noktasında YHGK ile hemfikir olmakla birlikte, bu soruna çözüm yolu olarak ‘kamulaştırmасız el atma’ müessesesi hükümlerinden yararlanılması görüşünün isabet taşımadığı kanaatindeyiz.” demek suretiyle kararı belli ölçüde eleştirmektedir<sup>243</sup>. *Akgüner/Berk*<sup>244</sup>, hukuken taşınmazın kullanılabilirliğinin engellenmesi olarak tanımladığı hukuki elatmayı konu alan Yargıtay kararının arka planında İmar Kanunu m.10/1 ve 3. fıkra hükümlerinin iptaline ilişkin AYM 1999/33 E., 1999/51 K., 29.12.1999 T. kararının bulunduğunu belirtmekte ve hukuki elatma vakalarında,

<sup>242</sup> Fatma Ayhan, “Karar İncelemesi- İmar Planlarında Umumi Hizmete Ayrılan Taşınmazların Uzun Süre Kamulaştırılmaması Sorunu”, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, C.15, S. 2, Y.2012, s.142.

<sup>243</sup> Ayhan, Karar İncelemesi, s.147-148.

<sup>244</sup> Akgüner/Berk, s.947-948.

idarenin taşınmazı kamulaştırması gerekirken bunu ihmal etmesi sebebiyle zilyet olan malikin, mülkiyet hakkının uzantısı olan kullanım hakkından tam olarak yararlanamaması halinin var olduğunu belirtmektedir. Şaşı ise<sup>245</sup>, bu kararın alınmasında, kararda yapılan atıflardan, İmar Kanunu m.13/1 ve 3. fıkraların iptal edilmesi ve AİHM kararlarının etkili olduğunun anlaşıldığını, ancak AİHM kararlarında idarenin sorumluluğu, kamu külfetleri karşısında eşitliğin bozulmasına dayandırılırken, Yargıtay içtihadında fiili yol yani haksız fiil sorumluluğuna dayandırıldığını aktarmaktadır. Yazar<sup>246</sup>, hukuki elatmada tasarruf yetkisinin önemli ölçüde sınırlandırıldığını ancak ortadan kalkmadığını, bu sebeple bu iki olgunun aynı sebebe dayandırılmasını doğru bulmadığını belirterek Yargıtay'ın hukuki elatmayı fiili elatma ile bir tutmasını eleştirmektedir.

Lehe görüş beyan edenlerden Erol<sup>247</sup>, Yargıtay'ın, AYM 1999/33 E., 1999/51 K., 15.12.1999 T. kararı ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 23.9.1982 tarihli Sporrong ve Lönnroth kararlarının tesiri ile içtihat değişikliğine gittiğini belirtmekte ve Yargıtay'ın "... fiili el atma şartını aramayarak, belirsizlik nedeniyle mülkiyet hakkının özüne dokunulduğuna karar vererek isabetli bir adım atmıştır." ifadesi ile karar hakkındaki olumlu kanaatini aktarmaktadır. Gürsel<sup>248</sup>, Yargıtay'ın bu kararı ile imar planlarında uzun süre umumi hizmetlere ayrılarak süre sınırı olmaksızın tasarruf yetkisinin kullanılamaz hale getirilmesinin temel hak ve özgürlüklerle kamu yararı arasında bulunması gereken dengeyi bozduğu sonucuna ulaşıldığını vurgulamaktadır. Yazar<sup>249</sup>, bu kararın varlığına rağmen, imar planında kamu hizmeti alanı olarak belirlenen ve uzun yıllar imar programına alınmayan taşınmaz maliklerinin imar planı değişikliği taleplerinin ilgili Belediyeler tarafından reddi uygulamalarına devam edilerek özel hukuk kişinin mülkiyet hakkının ihlal edildiğini, idarenin, özel hukuk kişinin taşınmazına fiili müdahalesinin veya görev ve yetkisini aşarak imar mevzuatını mülkiyet hakkını ihlal edecek şekilde uygulamasının fiili yol kapsamında adli yargıda çözümlenmesi gerektiği kanaatini paylaşmaktadır. Yıldırım da<sup>250</sup>,

<sup>245</sup> Şaşı, s.318, 326-327.

<sup>246</sup> Bkz. Şaşı, s..

<sup>247</sup> Bkz. Erol, s.205-207.

<sup>248</sup> Bkz. Gürsel, s.586-600.

<sup>249</sup> Bkz. Gürsel, 487.

<sup>250</sup> Turan Yıldırım, "İmar Planı Yoluyla Kamulaştırmaz El Atma (Karar İncelemesi-Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 15.12.2010 Tarihli, 2010/651 K. Sayılı Kararı)", **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi**, 2011, C.7, S.81-82, s.199.

Yargıtay HGK kararı ile mülkiyet hakkının hukuka aykırı şekilde kullanılamaz hale getirilmesi durumunda idarenin tazminat ödemekle yükümlü olduğuna karar verilmesinin, senelerdir süren haksız uygulamalara ve sonuçsuz davalara çözüm getirmesi bakımından önemli olduğunu belirtmektedir. *Yazar*, gerek imar planları gerekse diğer kanunlardaki yetkilerle (arkeolojik sit alanı gibi) taşınmaz mülkiyetinin kullanılmasının engellenmesini kamulaştırmatsız el atma olarak nitelendirilmesinin, yanlış ve zorlama bir yorum olarak nitelendirilemeyeceği kanaatini paylaşmaktadır<sup>251</sup>. Ayrıca *Yazar*<sup>252</sup>, idarenin imar planını değiştirmemek veya kanuni görevi olan kamulaştırma işlemini tesis etmemek suretiyle, mülkiyet hakkına haksız elatması ile ilgili uyuşmazlıkların, adli yargı alanına taşınmasının etkili koruma sağlamak açısından olumlu olduğunu belirtmektedir. *Karademir*<sup>253</sup>, kararın, hukuk devleti ve hukuk güvenliği ilkesi ve mülkiyet hakkının özüne uygun bir karar olduğuna vurgu yapmaktadır. *İlgezdi* de<sup>254</sup>, bu kararın, tarihi bir hak arama yolunun kapısını açarak taşınmazları imar planları ile değersiz hale getirilen yurttaşların haklarını aramanının önünü açtığını, plan yapma ve uygulama konusunda yetkili olan idarelerin daha dikkatli, şehircilik ilkelerine daha uygun uygulama planları yapmalarını gerektirdiğini ifade etmektedir. Bize göre YHGK kararı, gerek adli yargıda gerekse de idari yargıda, mülkiyet hakkının özüne dokunan ihlalleri önlemek maksadıyla, İmar Kanunu'nun iptal edilen 13/1 ve 3. sebebiyle doğan hukuki boşluğu doldurma çabasının görüldüğü yargısal içtihatların öncüsü mahiyetindedir. İmar planındaki tahsis amacı sebebiyle, ileriye dönük inşaat yapma gibi kişisel tasarruflarda bulunma, rayiç değeri üzerinden satma, kiralama, yararlı değişiklikler yapma gibi yetkileri uzun yıllar boyunca kısıtlamalara maruz kalmış hak sahibi için bir çıkış yolu sunması açısından önemlidir. Ayrıca karar, tezimizin ana önermesi olan, idarenin işlem veya eylemleri ile -gerek fiilen müdahalede bulunarak gerekse de hareketsiz kalarak, yapılması gerekeni

<sup>251</sup> *Yazar*, kanaatini şu gerekçeyle izah etmektedir: "... Çünkü Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararlarına konu olan uyuşmazlıkların ortak noktasının, idarenin Anayasa ve kanunlara aykırı olarak taşınmaz mülkiyetini kullanılmaz hale getirmesidir. İdare, mülkiyet hakkını sınırlarken, Anayasal esaslara uymamakta; mülkiyet hakkı ile kamu yararı arasında kurulan dengeyi haksız şekilde kişi aleyhine bozmaktadır. Bu durumda, taşınmaza idare tarafından el konulduğundan bahsetmek için idarenin eyleminin aranması gerekmemekte; kişinin taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkını kullanamaması yeterli olmaktadır. Bu sebeple YHGK kararı, kamulaştırmatsız el atma kavramının içeriğini olması gerektiği şekilde doldurmuştur.". Bkz. Yıldırım, Kamulaştırmatsız El Atma, s.199.

<sup>252</sup> Yıldırım, Kamulaştırmatsız El Atma, s.199.

<sup>253</sup> Bkz. Karademir, s.948-950.

<sup>254</sup> Ali Rıza İlgezdi, **Hukuki El Atma (Kamulaştırmatsız Elatmada Yeni Dönem)**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019, s.41-42.

yapmayarak- malikin mülkiyet hakkından yoksun bırakılmasının tek bir çatı altında, kamulaştırmasız elatma kapsamında ele alınması iddiasına ilham olmuştur. Ancak kaynağını ve dayanağını Anayasa ve kanunlardan almayan, mülkiyet hakkının özüne dokunan bir müdahale olarak kamulaştırmasız elatmanın işlem olarak nitelendirilmesini ve kamulaştırma işleminin unsurları üzerinden ele alınmasını doğru bulmuyoruz. Kamulaştırmasız elatma, kendine has değerlendirilmeyi gerektiren hukuka aykırı bir müdahaledir<sup>255</sup>.

Yukarıda aktardığımız YHGK'nın kamulaştırmasız elatma ile ilgili kararı, daha sonra birçok yargı kararına da dayanak olmuştur<sup>256</sup>. Bu kararlar arasında Yargıtay 5. HD 2011/4408 E., 2011/9974 K., 7.6.2011 T. kararına<sup>257</sup> yer vermekte fayda bulunmaktadır. Davaya konu uyuşmazlıkta, imar planında yol ve park alanında kalan taşınmazın bedeli talep edilmektedir. Mahkeme, YHGK'nın 2010/5-662 E., 2010/651 K., 15.12.2010 T. kararını emsal göstermek suretiyle taşınmaza idare tarafından fiilen elatılmasa da, İmar Kanunu'nun 10. maddesindeki uygulama imar planının kesinleştiği tarihten itibaren beş yıl içerisinde davalı belediyece ayrılma amacına uygun olarak kamulaştırma görevinin yerine getirilmemesi ve malikin mülkiyet hakkının süresi belirsiz şekilde kısıtlanması sebebiyle kamulaştırmasız elatma koşullarının oluştuğunu ifade etmiştir. Bu karar, imar planındaki umumi veya kamu hizmetine tahsis sebebiyle taşınmaz üzerindeki kısıtlamanın, ne kadarlık bir süre sonra kamulaştırmasız elatma ve/veya mülkiyet hakkı ihlali olarak değerlendirilebileceğini açıklaması açısından önem arz etmektedir<sup>258</sup>.

<sup>255</sup> Bkz. I. Bölüm, C., 1.

<sup>256</sup> YHGK 2011/148 E., 2011/303 K., 11.5.2011 T. karar ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 14.7.2020). Bu karara ilişkin muhalefet şerhinde, taşınmazın bir kısmına eylemli elatıldığı durumda taşınmazın tümüne elatılmış sayılıp tüm taşınmazın bedelinin ödenmesi şeklindeki kamulaştırmasız elatma uygulamasının yargısal yorumla genişletilmesi yerine “imar kirası”, “imar eciri misli” gibi tazmin yöntemlerinin geliştirilmesinin kamulaştırma ve imar uygulamasının temelinde yatan fedakârlığın denkleştirilmesi anlayışına uygun olacağı ifade edilmektedir. Diğer kararlar için bkz. Yargıtay 5. HD, 2011/4408 E., 2011/9974 K., 7.6.2011 T. karar; Yargıtay 5. HD, 2012/2638 E., 2012/9077 K., 7.5.2012 T. karar; Yargıtay 5. HD, 2012/6265 E., 2012/12430 K., 11.6.2012 T. karar ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 9.3.2019); Yargıtay 5. HD 2012/12193 E., 2012/19328 K., 11.10.2012 T. karar; Yargıtay 5. HD, 2012/19080 E., 2013/32 K., 14.1.2013 T. kararı; Yargıtay 5. HD, 2012/20446 E., 2013/664 K., 22.1.2013 T. kararı; Yargıtay 5. HD, 2012/26520 E., 2013/4587 K., 18.3.2013 T. kararı; Yargıtay 5. HD 2013/3618 E., 2013/13509 K., 1.7.2013 T. karar ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 12.11.2019).

<sup>257</sup> Yargıtay 5. HD 2011/4408 E., 2011/9974 K., 7.6.2011 T. kararı ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 9.3.2019).

<sup>258</sup> Benzer içerikteki kararlar için bkz. Yargıtay 5. HD, 2012/19148 E., 2013/315 K., 16.1.2013 T. kararında, “1/1000 ölçekli imar planının kesinleştiği tarihten itibaren 5 yıl içerisinde sorumlu idarece ayrılma amacına uygun olarak kamulaştırma görevinin yerine getirilmemesi ve malikin

Adli yargıda YHGK'nin 2010 yılında verdiği karar sonrasında, yukarıda kısaca izah ettiğimiz süreç yaşanırken, AİHM kararlarının etkisiyle Danıştay da içtihat değişikliğine gitmiştir. İdarenin hareketsiz kalması suretiyle belirsiz süreli mülkiyet hakkını sınırlandırdığı vakalar, hukuki elatma adıyla veya bu ad kullanılmaksızın idari işlem/eylem sebebiyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği, mülkiyet hakkının özünün zedelendiği vakalar olarak nitelendirilmekte ve idari yargının enstrümanları üzerinden uyuşmazlıklar çözümlenmeye çalışılmaktadır.

Kronolojik olarak ele alabileceğimiz ilk karar, Danıştay 6. D. 2009/10109 E., 2011/3784 K., 18.10.2011 T. kararıdır<sup>259</sup>. Dava, 1985 yılından itibaren imar planında okul alanı olarak tahsis edilen bir taşınmazın kamulaştırılması yönündeki başvurunun, taşınmazın imar programına alınarak kamulaştırılması gerekirken, idarenin, taşınmazın imar programında olmadığı ve kamulaştırma çalışması bulunmadığından bahisle reddi işleminin iptaline ilişkindir. Mahkeme, ilgili taşınmazın imar programına alınmayarak belirsiz bir zaman dilimi için kısıtlandığını, mülkiyet hakkının özünü zedeleyen bu tarz uygulamaların İmar Kanunu'nun 10. maddesine açıkça aykırı olduğunu belirterek, davacının başvurularının reddi yönündeki işlemlerde hukuka uygunluk görmemiştir. Bu karar, idarenin idari işlem/eylemde bulunmaya zorlanamayacağı gerekçesiyle geçmiş yıllarda verilmiş kararlardan dönmeye ve mağduriyetleri gidermeye odaklı yaklaşımın göze çarptığı ilk kararlardandır.

Danıştay'ın yukarıda aktardığımız kararının akabinde, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu tarafından verilen 2007/2255 E., 2012/801 K., 24.5.2012 T. kararı da<sup>260</sup>, imar planlarında umumi veya kamu hizmetine tahsis edilerek kısıtlanan taşınmazların azami ne kadarlık bir sürede kamulaştırılması gerektiği ile ilgili hüküm tesis etmesi açısından önem arz etmektedir. Davada, imar planında park alanında kalan parsellerin kamulaştırılarak bedellerinin ödenmesi, kamulaştırılmaması halinde imar

---

*mülkiyet hakkının süresi belirsiz şekilde kısıtlanması sebebiyle taşınmaz bedelinin tahsiline karar verilmesi gerekmektedir.”. Benzer içerikteki kararlar için bkz. Yargıtay 5. HD, 2012/26520 E., 2013/4587 K., 18.3.2013 T. kararı; Yargıtay 5. HD, 2012/20446 E., 2013/664 K., 22.1.2013 T. kararı; Yargıtay 5. HD, 2012/19080 E., 2013/32 K., 14.1.2013 T. kararı; Yargıtay 5. HD 2012/12193 E., 2012/19328 K., 11.10.2012 T. karar; Yargıtay 5. HD, 2012/2638 E., 2012/9077 K., 7.5.2012 T. karar; Yargıtay 5. HD, 2012/6265 E., 2012/12430 K., 11.6.2012 T. karar; Yargıtay 5. HD 2013/3618 E., 2013/13509 K., 1.7.2013 T. karar ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 12.11.2019).*

<sup>259</sup> Danıştay 6. D., 2009/10109 E., 2011/3784 K., 18.10.2011 T. kararı ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 23.5.2020).

<sup>260</sup> Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu 2007/2255 E., 2012/801 K., 24.5.2012 T. Kararı ([www.lexpera.com](http://www.lexpera.com), 5.6.2020).

planı değişikliğinden önceki duruma dönülerek yapılaşma izni verilmesi istemiyle yapılan başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali talep edilmiştir. Mahkeme, İK m.13/1 ve 3 hakkında Anayasa Mahkemesince verilen iptal kararı ve bu iptal kararının doğurduğu hukuki boşluğu giderecek yeni bir yasal düzenlemenin halen yapılmaması sebebiyle, bir yandan, imar planlarında kamunun kullanımına ayrılmış taşınmazlar üzerinde, maliklerin ne gibi tasarruflarda bulunacağı ya da bulunamayacağı konusunun belirsiz hale geldiğini, diğer yandan da kamunun kullanımına ayrılmış olmakla birlikte henüz kamulaştırılmamış olan taşınmazlarla ilgili olarak da maliklerin tamamen güvenceden yoksun kaldığını belirtmiştir. Kararda, her ne kadar, İmar Kanunu'nun 10. maddesinde, imar planlarının yürürlüğe girmesinden itibaren en geç 3 ay içinde, bu planı tatbik etmek üzere 5 yıllık imar programlarının hazırlanacağı ve program kapsamındaki taşınmazların ilgili kamu kuruluşlarınca kamulaştırılacağı öngörülmüş ise de, İK m.13/1 ve 3'ün iptaline hükmeden AYM kararında da açıklandığı üzere, imar programlarının, dayanağı imar planlarının tümünü kapsaması hukuken zorunlu olmadığından, imar programı dışında kalan taşınmazların hukuki durumu, bu taşınmazların kamulaştırılacağı zaman, malikin mülkiyet hakkı üzerindeki kısıtlamaların süresi konularındaki belirsizliğin uzun süre devam etmesinin olası olduğu vurgulanmaktadır. Benzer uyuşmazlıkların adli yargıda dava konusu edilmeleri üzerine adli yargı yerlerinin ve bu arada Yargıtay'ın, konuyu çözümsüz bırakmamak amacıyla uyuşmazlıklara Medeni Hukuk çerçevesinde çözümler getirmeye çalıştığı belirtilerek, TMK m. 1 uyarınca hukuk yaratılması gerektiğini şu cümle ile ifade etmiştir:

*“Gelinen bu noktada, ortaya çıkan hukuki boşluğun doğurduğu uyuşmazlıklar, uyuşmazlıklarla ilgili olarak adli yargıda açılan davalarda Uyuşmazlık Mahkemesi tarafından idari yargının görevli görülmesi; bu uyuşmazlıklarla ilgili olarak verilen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları; Anayasa Mahkemesi kararından sonra ortaya çıkan hukuki boşluğun, 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 1. maddesinde yer alan ‘Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa, hakim, örf ve adet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir.’ kuralı gereğince, idari yargı organlarınca doldurulmasını zorunlu kılmaktadır.”.*

Mahkeme, kamu yararının gerekleri ile mülkiyet hakkı arasında gözetilmesi gereken adil dengenin bozulduğundan ve mülkiyet hakkının kullanımının belirsizliğe



itildiğinden söz edilebilmesi için, imar planının onaylanmasından sonra kamulaştırmanın ne kadar zaman içinde yapılması gerektiğinin belirlenmesi gerektiğini, mevzuatta bu konuyu düzenleyen açık bir düzenlemenin bulunmadığını belirtmiştir. Ardından, AYM tarafından iptal edilen İK m.13/3. fıkrasında, imar planının onaylanmasından itibaren beş yıl geçtikten sonra taşınmaz malikine bazı haklar tanındığını, diğer yandan, Kamulaştırma Kanununun 23. maddesinde, kamulaştırma bedelinin kesinleşmesi tarihinden itibaren beş yıl içinde, kamulaştırma ve devir amacına uygun hiç bir işlem veya tesisat yapılmaması veya kamu yararına yönelik bir ihtiyaca tahsis edilmeyerek taşınmaz malın olduğu gibi bırakılması şartıyla malike taşınmazını geri alma hakkının öngörüldüğünü ifade etmiştir. Atıf yapılan bu hükümlerden hareketle, kanunkoyucunun, mülkiyet hakkını ilgilendiren konularda, idarenin beş yıl boyunca hareketsiz kalmasını, malikler lehine bazı haklar doğması bakımından yeterli gördüğü sonucuna ulaşmış ve boşluğun nasıl doldurulacağını,

*“Yasa koyucunun bu eğiliminin, uyumsuzluk konusu olayda da kıyasen uygulanması hukuka ve hakkaniyete uygun olacağından, imar planlarının onaylanmasından itibaren beş yıl geçmesine karşın, ilgili idarelerce kamunun kullanımına ayrılan taşınmazların kamulaştırılmaması durumunda, mülkiyet hakkının kullanımının belirsizliğe itildiğini, dolayısıyla, kamu yararının gerekleri ile mülkiyet hakkı arasında gözetilmesi gereken adil dengenin bozulduğunu kabul etmek gerekmektedir.”.*

şeklinde izah etmiştir. Mahkeme, taşınmazın kamulaştırılması yönündeki başvurunun reddi şeklindeki idari işlemde, bu gerekçeye dayanarak hukuka uyarlık bulmamış ve ilk derece mahkemesinin işlemin iptali yönündeki kararını onamıştır.

Bu kararlar, idarenin işlemleri sebebiyle mülkiyet hakkının kullanılamaz hale geldiği durumlarda, sınırlandırmaların kaldırılması yönündeki taleplerin idare tarafından açıkça veya zımnen reddi işlemlerini, mülkiyet hakkının özüne dokunulduğu gerekçesiyle iptal eden pek çok karara örneklik teşkil etmiştir<sup>261</sup>.

<sup>261</sup> Benzer uyumsuzlukları, aynı usulü kullanmak (TMK m. 1’e dayanarak) suretiyle çözen yargı kararları için bkz. Danıştay İİDK, 2010/2108 E., 2013/4577 K., 16.12.2013 T. karar; Danıştay İİDK, 2014/1615 E., 2014/2763 K., 23.06.2014 T. karar ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 5.6.2020). DİDDK kararları uyarınca verilmiş diğer kararlar için bkz. Danıştay 6. D., 2009/8736 E., 2013/2 K., 17.1.2013 T. karar; Danıştay 6. D., 2012/1004 E., 2013/3010 K., 29.4.2013 T. karar; Danıştay 6. D., 2010/11949 E., 2013/3312 K., 13.5.2013 T. karar; Danıştay 6. D., 2010/4533 E., 2013/3705

Yargıtay ile Danıştay arasında, hatta Yargıtay daireleri arasında<sup>262</sup>, hukuki elatma olarak ifade edilen bu tür uyuşmazlıkların çözüleceği yargı kolu ile ilgili görüş ayrılıkları yaşanmıştır. Konu, Uyuşmazlık Mahkemesi tarafından<sup>263</sup> “... sonucunda uğranılan zararın tazminine yönelik bulunan uyuşmazlığın, 2577 sayılı Kanun'un 2/1-b maddesinde yer alan idari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan zarar görenler tarafından açılan tam yargı davaları kapsamında idari yargı yerince çözümlenmesi gerekmektedir.” şeklinde çözümlenmiştir. Uyuşmazlık Mahkemesi, taşınmaza fiilen elatılmaksızın idari birtakım işlemler sebebiyle mülkiyet hakkından doğan yetkilerin hiç veya gereği gibi kullanılmaması ile ilgili uyuşmazlıkları, idari işlem veya eylemden doğan zarar verici olay olarak nitelendirmiş ve bu çerçevede bu tür uyuşmazlıkların tam yargı davası kapsamında idari yargı kolunda çözümlenmesi gerektiği yönünde kararlar vermiştir<sup>264</sup>.

K., 28.5.2013 T. karar; Danıştay 6. D., 2011/4505 E., 2013/3928 K., 4.6.2013 T. karar; Danıştay 6. D., 2010/8300 E., 2013/3927 K., 4.6.2013 T. karar; Danıştay 6. D., 2010/5531 E., 2013/3933 K., 5.6.2013 T. karar; Danıştay 6. D., 2010/3183 E., 2013/3934 K., 5.6.2013 T. karar; Danıştay 6. D., 2012/3814 E., 2013/7931 K. 4.12.2013 T. karar; Danıştay 6. D., 2010/750 E., 2014/718 K., 5.2.2014 T. karar; Danıştay 6. D., 2010/5426 E., 2014/1113 K., 17.2.2014 T. karar; Danıştay 6.D., 2013/8402 E., 2014/1124K., 18.2.2014 T. karar; Danıştay 6. D., 2010/10570 E., 2014/1474 K., 28.2.2014 T. karar; Danıştay 6. Daire 2010/6329 E., 2014/1716 K., 6.3.2014 T. karar; Danıştay 6. D., 2011/4240 E., 2014/1969 K., 12.3.2014 T. karar; Danıştay 6.D. 2011/8152 E., 2013/2702 K., 17.4.2013 T. kararı; Danıştay 6. D., 2012/4227 E., 2014/3404 K. 28.4.2014 T. karar; Danıştay 6. D., 2011/5174 E., 2015/83 K., 22.1.2015 T. karar; Danıştay 6. D., 2012/6962 E., 2015/584 K., 17.2.2015 T. karar; Danıştay 6. D., 2011/2617 E., 2015/2357 K., 15.4.2015 T. karar; Danıştay 6. D., 2014/9101 E., 2015/2572 K., 22.4.2015 T. karar; Danıştay 6. D., 2013/3038 E., 2015/3249 K., 21.5.2015 T. kararı ([www.lexpera.com](http://www.lexpera.com), 3.6.2020).

<sup>262</sup> Yargıtay HGK 2012/5-1210 E., 2013/501 K., 10.4.2013 T. kararında, idare tarafından fiilen elatılmasa da imar planında okul yeri olarak ayrılan taşınmaz ile ilgili olarak “... uzun yıllar programa alınmayan imar planının fiilen hayata geçirilmemesi nedeniyle kamulaştırma ya da takas cihetine gitmeyen davalı İdarece, pasif ve suskun kalınmak ve işlem tesis edilmemek suretiyle taşınmaza müdahale edildiği; bu haliyle İdarenin eyleminin, mülkiyet hakkının özüne dokunan ve onu ortadan kaldıran bir niteliğe sahip bulunan kamulaştırmaz elatma olgusunun varlığı için yeterli bulunduğu kuşkusuzdur.” görüşündeyken, Yargıtay 18. HD 2013/6613 E., 2013/9721 K., 4.6.2013 T. kararında ise “... imar planında otopark ve yeşil alan olarak belirlenen taşınmaza bu amaç doğrultusunda bir el atma bulunmadığı, kaldı ki aleyhine hüküm kurulan davalı belediye tarafından el atıldığına dair hiçbir tespit yapılmadığı anlaşılmıştır.... Bu nedenle: davacının mülkiyet hakkına getirilen kısıtlamanın davaya konu taşınmazın genel ve düzenleyici bir işlem olan imar planıyla kamu hizmetine özgülmesinden ve bu planda öngörülen kamulaştırma işlemlerinin zamanında yapılmamasından kaynaklandığının kabulüyle idari işlem ve eylemden doğan zarara dair dava ... idari yargı yerinde çözümlenmesi gerektiğinden ...” denilmektedir ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 18.11.2018).

<sup>263</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü 2012/41 E., 2012/77 K., 9.4.2012 T. kararı ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 13.11.2019).

<sup>264</sup> Bu yöndeki kararlar için Uyuşmazlık Mahkemesi HB 2011/238 E., 2012/63 K., 9.4.2012 T. kararı; Uyuşmazlık Mahkemesi HB 2012/58 E., 2012/114 K., 21.5.2012 T. kararı; Uyuşmazlık Mahkemesi HB 2012/69 E., 2012/127 K., 4.6.2012 T. kararı; Uyuşmazlık Mahkemesi HB 2012/157 E., 2012/182 K., 24.9.2012 T. kararı; Uyuşmazlık Mahkemesi HB 2012/238 E., 2012/256 K., 5.11.2012 T. kararı ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 13.11.2019); Uyuşmazlık Mahkemesi HB 2012/586 E., 2013/107 K., 14.1.2013 T. karar; Uyuşmazlık Mahkemesi HB 2013/496 E., 2013/897

## 6. 6487 SAYILI KANUN İLE DEĞİŞİK KAMULAŞTIRMA KANUNU GEÇİCİ 6. MADDE ÇERÇEVESİNDE GELİŞİMİ

5999 sayılı Kanun ile Kamulaştırma Kanunu'na eklenen geçici 6. maddenin bazı hükümlerinin, yukarıda izah ettiğimiz üzere, Anayasa Mahkemesi 2010/83 E., 2012/169 K., 1.11.2012 T. kararı ile iptal edilmesi ve AİHM nezdinde gerek fiili elatma gerekse hukuki elatma kapsamındaki uyuşmazlıklarla ilgili çok sayıda ihlal kararının varlığı karşısında, kanunkoyucu, Kamulaştırma Kanunu'nun geçici 6. maddesini yeniden düzenleme ihtiyacı duymuştur. 11.6.2013 T. ve 28674 S. Resmî Gazete'de yayımlanan 6487 sayılı Kanun'un 21. maddesi ile Kamulaştırma Kanunu'nun geçici 6. maddesi tekrar düzenlenmiş<sup>265</sup> ve “Kamulaştırmaz El Koyma

K., 4.6.2013 T. karar; Uyuşmazlık Mahkemesi HB 2014/139 E., 2014/188 K., 3.3.2014 T. karar; Uyuşmazlık Mahkemesi HB 2018/434 E., 2018/413 K., 25.6.2018 T. karar; Uyuşmazlık Mahkemesi HB 2020/294 E., 2020/641 K., 26.10.2020 T. karar; Uyuşmazlık Mahkemesi HB 2021/136 E., 2021/265 K., 3.5.2021 T. karar ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 4.1.2022). Uyuşmazlık Mahkemesi'nin hukuki elatma olgusunu idari yargı kapsamında görülmesi gerektiği yönündeki kararlarına yönelik eleştiriler için bkz. Gürsel, s.601-605, 619-623, 641-642; Hayta, s.417-419.

<sup>265</sup> 6487 sayılı Kanun ile yeniden düzenlenen 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu geçici 6. madde: “Kamulaştırma işlemleri tamamlanmamış veya kamulaştırması hiç yapılmamış olmasına rağmen 9/10/1956 tarihi ile 4/11/1983 tarihi arasında fiilen kamu hizmetine ayrılan veya kamu yararına ilişkin bir ihtiyaca tahsis edilerek üzerinde tesis yapılan taşınmazlara veya kaynaklara kısmen veya tamamen veya hatta irtifak hakkı tesis etmek suretiyle malikin rızası olmaksızın fiili olarak el konulması sebebiyle, mülkiyet hakkından doğan talepler, bedel talep edilmesi hâlinde bedel tespiti ve diğer işlemler bu madde hükümlerine göre yapılır. Bu maddeye göre yapılacak işlemlerde öncelikle uzlaşma usulünün uygulanması dava şartıdır. İdarenin daveti veya malikin müracaatı üzerine, fiilen el konulan taşınmazın veya üzerinde tesis edilen irtifak hakkının idarenin daveti veya malikin müracaat ettiği tarihteki tahmini değeri; bu Kanunun 8 inci maddesinin ikinci fıkrasına göre teşkil edilen kıymet takdir komisyonu marifetiyle, taşınmazın el koyma tarihindeki nitelikleri esas alınmak ve bu Kanunun 11 inci ve 12 nci maddelerine göre hesaplanmak suretiyle tespit edilir. Tespitten sonra, bu Kanunun 8 inci maddesinin üçüncü fıkrasına göre teşkil olunan uzlaşma komisyonunca, idarenin daveti veya malikin müracaat tarihinden itibaren en geç altı ay içinde 7201 sayılı Kanun hükümlerine göre tebliğ edilen bir yazı ile tahmini değer bildirilmeksizin, talep sahibi uzlaşma görüşmelerine davet edilir.

Uzlaşma; idareye ait taşınmazın trampası, idareye ait taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak tanınması veya imar mevzuatı çerçevesinde başka bir yerde imar hakkı kullanılması suretiyle veya bunların mümkün olmaması hâlinde nakdi bedel üzerinden yapılabilir.

Uzlaşma görüşmeleri, hukuki veya fiili engel bulunmadığı takdirde davete icabet tarihinden itibaren en geç altı ay içinde sonuçlandırılır ve uzlaşmaya varılıp varılmadığı, malik veya temsilcisi ile komisyon üyeleri tarafından imzalanan bir tutanağa bağlanır. Bu tutanak ile uzlaşma görüşmelerine ilişkin bilgi ve belgeler, açılacak davalarda taraflar aleyhine delil teşkil etmez. Uzlaşmaya varılması hâlinde, üzerinde uzlaşılan hakkın türünü, tanınma şart ve usullerini, nakdi ödemede bulunulacak ise miktarını ve ödeme şartları ile taşınmazların tesciline veya terkinine dair muvafakati de ihtiva eden bir sözleşme akdedilerek bu sözleşme çerçevesinde işlem yapılır ve uzlaşma konusu taşınmazlar resen tapuya tescil veya terkin edilir.

Uzlaşılan bedel, bütçe imkanları dâhilinde sonraki yıllara sâri olacak şekilde taksitli olarak da ödenebilir. Taksitli ödeme süresince, 4/12/1984 tarihli ve 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanuna göre ayrıca kanuni faiz ödenir.

İdare ve malik arasında uzlaşma sağlanamadığı takdirde, uzlaşmazlık tutanağının tanzim edildiği tarihten itibaren üç ay içinde malik veya idare tarafından bedel tespiti davası açılabilir. Dava

açılması hâlinde, fiilen el konulan taşınmazın veya üzerinde tesis edilen irtifak hakkının dava tarihindeki değeri, ikinci fıkranın birinci cümlesindeki esaslara göre mahkemece bu Kanunun 15 inci maddesine göre bilirkişi incelemesi yapılmak suretiyle tespit ve taşınmazın veya hakkın idare adına tesciline veya terkinine hükmedilir. Tespit edilen bedel, bu maddenin sekizinci fıkrasına göre idarece ödenir. Tescile veya terkinine ilişkin hüküm kesin olup tarafların hükmedilen bedele ilişkin temyiz hakkı saklıdır.

Bu madde kapsamında açılan davalarda mahkeme ve icra harçları ile her türlü vekalet ücretleri bedel tespiti davalarında öngörülen şekilde maktu olarak belirlenir.

Kesinleşen mahkeme kararlarına istinaden bu madde uyarınca ödemelerde kullanılmak üzere, ihtiyaç olması hâlinde, merkezi yönetim bütçesine dâhil idarelerin yılı bütçelerinde sermaye giderleri için öngörülen ödeneklerinin (Milli Savunma Bakanlığı, Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı bütçelerinin güvenlik ve savunmaya yönelik mal ve hizmet alımları ile yapım giderleri için ayrılan ödeneklerin) yüzde ikisi, belediye ve il özel idareleri ile bağlı idareleri için en son kesinleşmiş bütçe gelirleri toplamının, diğer idareler için en son kesinleşmiş bütçe giderleri toplamının en az yüzde ikisi oranında yılı bütçelerinde pay ayrılır. Kesinleşen alacakların toplam tutarının ayrılan ödeneğin toplam tutarını aşması hâlinde, ödemeler, sonraki yıllara sâri olacak şekilde, garameten ve taksitlerle gerçekleştirilir. Taksitlendirmede, bütçe imkanları ile alacakların tutarları dikkate alınır. Taksitli ödeme süresince, 3095 sayılı Kanuna göre ayrıca kanuni faiz ödenir. İdare tarafından, mahkeme kararı gereğince nakdi ödeme yerine, üçüncü fıkra da belirtilen diğer uzlaşma yolları da teklif edilebilir ve bu maddenin uzlaşmaya ilişkin hükümlerine göre işlem yapılabilir.

Bu maddenin bedele ilişkin hükümleri, vuku bulduğu tarih itibarı ile bu maddenin kapsamında olan kamulaştırmasız el koymadan dolayı açtıkları tazminat davası süre bakımından dava hakkının düştüğü gerekçesiyle reddedilmiş olanlar hakkında da uygulanır. Evvelce açtıkları davalar sonunda tazminat almaya hak kazanmış veya süre dışındaki sebeplerden dolayı davaları reddedilmiş olanlar hakkında bu madde hükümleri uygulanmaz. Ancak, gerek iç hukuka ve gerekse milletlerarası hukuka göre evvelce açtıkları davalar sonunda hak kazanmış oldukları tazminat henüz ödenmemiş olanlara, idare tarafından nakdi ödeme yerine, üçüncü fıkra da belirtilen diğer uzlaşma yolları teklif edilebilir ve bu maddenin uzlaşmaya ilişkin hükümlerine göre işlem yapılabilir.

Vuku bulduğu tarih itibarı ile bu maddenin kapsamında olan kamulaştırmasız el koymadan dolayı bu maddenin yürürlüğe girmesinden önce tazmin talebiyle dava açmış olanlar; bu madde hükümlerine göre uzlaşma yoluna gitmeyi isteyip istemediklerini bu maddenin yürürlüğe girmesinden itibaren üç ay içinde idareye ve mahkemeye verecekleri dilekçeler ile bildirebilirler.

Uzlaşma talebi üzerine, uzlaşma görüşmelerinin neticesine kadar dava bekletilir; uzlaşılammaması hâlinde, uzlaşmazlık tutanağının mahkemeye sunulmasından sonra davaya devam edilir. Uygulama imar planlarında umumi hizmetlere ve resmi kurumlara ayrılmak suretiyle veya ilgili kanunların uygulamasıyla tasarrufu kısıtlanan taşınmazlar hakkında, 3/5/1985 tarihli ve 3194 sayılı İmar Kanununda öngörülen idari başvuru ve işlemler tamamlandıktan sonra idari yargıda dava açılabilir. Bu madde hükümleri karara bağlanmamış veya kararı kesinleşmemiş tüm davalara uygulanır. Kararı kesinleşen davalara ise, bu maddenin yalnızca sekizinci fıkra hükümleri uygulanır.

Bu madde uyarınca ödenecek olan bedelin tahsili sebebiyle idarelerin mal, hak ve alacakları haczedilemez.

24/2/1984 tarihli ve 2981 sayılı Kanun hükümlerine göre yapılan imar uygulamalarından doğan ve ipotekle teminat altına alınanlar da dâhil olmak üzere her türlü alacak ve bedeller, borçlu idarelerce, ipotek veya uygulama tarihinden itibaren 3095 sayılı Kanunda belirtilen kanuni faiz oranı uygulanmak suretiyle güncellenerek ilgililerine ödenir. Bu hüküm devam eden davalarda da uygulanır. Bu fıkra uyarınca yapılacak ödemeler hakkında da bu madde hükümleri uygulanır. 4/11/1983 tarihinden bu fıkranın yürürlüğe girdiği tarihe kadar kamulaştırma işlemleri tamamlanmamış veya kamulaştırması hiç yapılmamış olmasına rağmen fiilen kamu hizmetine ayrılan veya kamu yararına ilişkin bir ihtiyaca tahsis edilerek üzerinde tesis yapılan taşınmazların idare tarafından kamulaştırılması hâlinde kamulaştırma bedeli ve mahkemelerce malikleri lehine hükmedilen tazminat ile bu davalara ilişkin mahkeme ve icra vekalet ücretleri de, idarelerce bu maddenin sekizinci fıkrasına göre bütçelerden ayrılacak paydan ve aynı fıkra da belirtilen usule göre ödenir ve işlem yapılır. Bu alacaklar için de bu maddenin on birinci fıkrası, bu fıkra kapsamında kalan taşınmazlar hakkında açılan her türlü davalarda ise yedinci fıkra hükümleri

Sebebiyle Tazmin” olan maddenin başlığı “*Kamulaştırılmaksızın Kamu Hizmetine Ayrılan Taşınmazların Bedel Tespiti*” şeklinde değiştirilmiştir<sup>266</sup>.

Yeniden düzenlenen KK geçici 6. maddenin kapsamındaki vakalar, 5999 sayılı Kanun ile eklenmiş ilk hali ile aynıdır. Maddenin 1. fıkrasına göre, kapsamdaki uyuşmazlıklar ile ilgili “*mülkiyetten doğan talepler, bedel talep edilmesi halinde bedel tespiti ve diğer işlemler bu madde hükümlerine göre*” yapılacaktır. Geçici 6. maddenin ilk halindeki “*sadece tazminat davası*” ifadesinin yerine, çeşitli taleplere yer verilmesi, “*sadece*” ifadesini iptal eden Anayasa Mahkemesi’nin 2010/83 E., 2012/169 K., 1.11.2012 T. kararı ile uyum sağlama amacını taşımaktadır.

KK geçici 6. maddesinin 1. fıkrasının son cümlesinde, “*Bu maddeye göre yapılacak işlemlerde öncelikle uzlaşma usulünün uygulanması dava şartıdır.*” ifadesine yer verilmiştir. Bu düzenleme ile uzlaşma usulünün niteliği ile ilgili belirsizlik ortadan kaldırılmış ve uzlaşma usulüne dava şartı niteliği verilmiştir<sup>267</sup>. Kullanılan ifade, uzlaşma usulünün sadece bedel talep edilmesi halinde değil, *mülkiyet*

*uygulanır. Bu fıkra hükmü, bu fıkra kapsamında kalan taşınmazlar hakkında açılan ve kesinleşmeyen davalarda da uygulanır.*”

<sup>266</sup> Anayasa Mahkemesi 2013/95 E., 2014/176 K., 13.11.2014 T. kararında, “*Kamulaştırılmaksızın kamu hizmetine ayrılan taşınmazların bedel tespiti*” biçimindeki madde başlığına yönelik iptal istemi hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar vermiştir (RG. T.13.3.2013, S.29294). Gerek madde başlığında gerekse de madde içerisindeki kullanılan “*bedel tespiti*” ifadesine ilişkin eleştiriler için bkz. Mehmet Fatih Yelço, “Hukuksuzluğun Yükselişi-Kamulaştırmaksız Kamulaştırma-6487 Sayılı Torba Kanun Madde 21 İle 2942 Sayılı Kamulaştırma Kanunu Geçici 6.Maddesinde Yapılan Değişikliğin Değerlendirilmesi”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C.87, S.4, 2013, s.571-572; Akgüner/Berk, s.938; Mustafa Avcı, “Türk Hukukunda Kamulaştırmaksız El Atma Sorunu Üzerine Bir İnceleme”, in International Conference on Eurasian Economies 2014, s.4-5 (in Law&JusticeReview, V.5, I.1, June 2014, s.147-165.) (<https://www.avekon.org/papers/1144.pdf>, 13.5.2018); Murat Tezcan, “Kamulaştırmaksız El Atma Yoluyla Mülkiyet Hakkının Yok Edilmesi”, **Güncel Hukuk Dergisi**, Temmuz 2013, s.53 ([http://www.ankarahukukburosusu.org/images/guncelhukuk\\_temmuz.pdf](http://www.ankarahukukburosusu.org/images/guncelhukuk_temmuz.pdf), 20.5.2018); Tuğba Çağlar Kurt, **Kamulaştırma ve Kamulaştırmaksız El Atmanın Matematiği**, Ankara, Adalet Yayınları, 2016, s.54; Şaşı, s.308-309. Çınar ise bu ifade ile Kamulaştırma Kanunu’nun 10. maddesinde öngörülen bedel tespiti davası ile eşanlamlı tutulmak istendiğini belirtmektedir. Turan Çınar, **Açıklamalı-İçtihatlı-Uygulamalı Kamulaştırmaksız El Atma Davaları**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2018, s.37.

<sup>267</sup> Anayasa Mahkemesi 2013/95 E., 2014/176 K., 13.11.2014 T. kararında, “*Dava konusu kuralla, idare tarafından usulüne uygun olarak alınmış bir kamulaştırma kararına dayanılmaksızın el konulan taşınmazların malikine, kamulaştırmaksız el atma bedeli için dava açmadan önce idare ile uzlaşma yoluna başvurulması zorunlu kılınmış ve bu yolun tüketilmesi bedel tespiti davası yönünden "dava şartı" hâline getirilmiştir. Anılan zorunluluk dava hakkının kullanılabilmesi için getirilen bir ön koşuldur. Tarafların uzlaşmaması durumunda, üç ay içinde dava açabilmeleri mümkün olduğundan anılan ön şartın, malikin dava hakkını ölçsüz bir şekilde kısıtladığı ve dolayısıyla hak arama özgürlüğünü kullanılamaz hale getirdiği söylenemez.*” hükmü ile uzlaşma usulünü dava şartı olarak nitelendiren kuralın Anayasa’ya aykırılığı iddiasını reddetmiştir (RG. T.13.3.2013, S.29294). Hükümde öngörülen uzlaşma usulünün dava şartı olarak nitelendirilmesi hususu ile ilgili eleştiriler için bkz. Kurt, s.53-54.

*hakkından doğan talepler ile diğer işlemler için de dava şartı niteliğinde olduğunu ifade eder niteliktedir*<sup>268</sup>.

Daha önceki düzenlemede malikin talebi ile başlayan uzlaşma usulünün, yapılan değişiklik ile malikin başvurusu veya idarenin daveti üzerine başlaması öngörülmektedir. İdarenin daveti veya malikin müracaat tarihinden itibaren en geç altı ay içerisinde Kamulaştırma Kanunu'nun 8/3. maddesi uyarınca kurulan uzlaşma komisyonu, kıymet takdir komisyonu tarafından tespit edilen tahmini değeri<sup>269</sup> bildirmeksizin, talep sahibini uzlaşma görüşmelerine davet edecektir (geçici m.6/2)<sup>270</sup>. Maddenin 3. fıkrası, uzlaşma görüşmesinde, tarafların öncelikle nakit ödeme dışındaki idareye ait taşınmazın trampası, idareye ait taşınmaz üzerinde sınırlı aynı hak tanınması veya imar mevzuatı çerçevesinde başka bir yerde imar hakkı kullandırılması seçenekleri üzerinden anlaşmaya çalışacağını, bunlar üzerinde anlaşamama halinde ancak nakit ödeme üzerinden görüşmelerin yürütülebileceğini öngörmektedir. Nakit ödeme hususunda uzlaşma sağlanması halinde, bedel, bütçe imkânları da dikkate alınmak suretiyle, Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanuna göre kanuni faiz işletilecek taksitli olarak da ödenebilecektir (KK geçici 6. madde 5. fıkra)<sup>271</sup>. Tarafların uzlaşmaya varamaması halinde ise uzlaşmazlık tutanağının tutulmasından itibaren üç

<sup>268</sup> Karademir, mülkiyet hakkından doğan diğer davalar için de uzlaşma usulünün dava şartı olduğunu, ancak eksikliği sonradan giderilebilecek bir dava şartının söz konusu olduğunu belirtmektedir. Karademir, s.944.

<sup>269</sup> Uzlaşma görüşmelerine esas teşkil edecek taşınmaz veya irtifak hakkının değeri, 2942 sayılı Kanunun 8/2. maddesi uyarınca kurulan kıymet takdir komisyonu tarafından elatma tarihindeki nitelikleri esas alınmak ve Kamulaştırma Kanunu'nun 11. ve 12. maddelerine göre hesaplanmak kaydıyla idarenin davet veya malikin müracaat ettiği tarihteki tahmini değeri üzerinden belirlenmektedir. Şaşı, taşınmaza elatıldığı tarihteki nitelikleri dikkate alınarak idarenin davet veya malikin idareye başvurduğu tarihteki değerinin dikkate alınacağına ilişkin hükmün, malikin olağan koşullarda elde edebileceği ekonomik kazancın idareye bedelsiz olarak transferi neticesini doğurduğunu belirtmektedir. Şaşı, s.309. Taşınmazın "... el koyma tarihindeki niteliklerini esas almak" ifadesinin Anayasa'ya aykırılığı iddiası ile ilgili muhakemede AYM, "Kuralın, geçici bir nitelik taşıdığı ve geçmişte meydana gelen kamulaştırmasız el atmalardan kaynaklanan hukuksal sorunların tasfiyesini amaçladığı anlaşılmaktadır. Kamulaştırma olmaksızın el konulan taşınmazların niteliğinde meydana gelen değişiklikler kamunun işlemleri sonucunda gerçekleşmiş olup bu işlemler dolayısıyla taşınmazın değerinde meydana gelen artış ya da azalmaların malike ödenecek tazminatın hesaplanmasında dikkate alınması, maliklerin haksız kazanç elde etmesine ya da haksız bir şekilde zarara uğramasına sebep olabilecektir. Açıklanan nedenlerle, kamulaştırma olmaksızın el atılan taşınmazların değerinin tespitinde taşınmazın el atma anındaki niteliklerinin dikkate alınmasını öngören kural, Anayasa'nın 35. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir." şeklinde hüküm vermiştir (Anayasa Mahkemesi 2013/95 E., 2014/176 K., 13.11.2014 T. kararı, RG. T.13.3.2013, S.29294).

<sup>270</sup> Belirtilen süre içerisinde davetin yapılmaması, daha önceki düzenlemeden farklı olarak, uzlaşmazlık hali olarak kabul edilmemiş, herhangi bir hukuki neticeye bağlanmamıştır (KK geçici m.6/6).

<sup>271</sup> İlgili madde, taksitlendirme sayısına yer vermediği ve faiz oranını kanuni faiz oranı olarak belirlediği için eleştirilmektedir. Bkz. Şaşı, s.309-310.



ay içerisinde<sup>272</sup> malik veya idare tarafından “*bedel tespiti davası*” açılabilir (KK geçici m.6/6)<sup>273</sup>. Bu davada, taşınmazın veya üzerinde tesis edilen irtifak hakkının dava tarihindeki değeri, elatma tarihindeki nitelikleri dikkate alınmak suretiyle Kamulaştırma Kanunu’nun 11. ve 12. maddelerine göre hesaplanarak tespit edilecektir. Fıkraya göre, Mahkeme tarafından, fiilen elatılan taşınmazın veya üzerinde tesis edilen irtifakın dava tarihindeki değeri tespit edilir ve “*taşınmazın veya hakkın idare adına tesciline veya terkinine hükmedilir.*”<sup>274</sup>. Tescil ve terkine ilişkin hüküm kesin olup tarafların hükmedilen bedele ilişkin kanunyoluna başvuru hakları saklı tutulmuştur<sup>275</sup>. Geçici m. 6/11. fıkrası uyarınca, madde kapsamında ödenecek bedellerin tahsili amacıyla idarelerin mal, hak ve alacakları haczedilemeyecektir<sup>276 277</sup>.

6487 sayılı Kanun ile değişik KK geçici 6. madde ile ilgili olarak konumuz kapsamında ele almak istediğimiz diğer bir mevzu da maddenin 10. fıkrasındaki şu ifadelerdir:

“... Uygulama imar planlarında umumi hizmetlere ve resmî kurumlara ayrılmak suretiyle veya ilgili kanunların uygulamasıyla tasarrufu kısıtlanan

<sup>272</sup> Karademir, söz konusu süreyi hak düşürücü süre olarak nitelendirmektedir. Karademir, s.944.

<sup>273</sup> Anayasa Mahkemesi 2013/95 E., 2014/176 K., 13.11.2014 T. kararında, “*Kamulaştırmaz el atma nedeniyle ödenmesi gereken bedel, mülkiyet hakkına müdahalenin orantılılığıyla ilgili bir meseledir. Orantılılık, müdahaleyle elde edilen kamusal yarar ile kişinin yüklendiği külfet arasında adil bir denge kurulmasını gerektirmektedir. Malikin mülkiyet hakkına kamulaştırmaz el atma yoluyla yapılan müdahalede kamunun elde edeceği yarar ile kişinin yükleneyeceği külfet arasındaki denge, ancak kişiye taşınmazın gerçek bedelinin ödenmesi suretiyle sağlanabilir. Yukarıda açıklandığı üzere, geçici 6. maddeyle, kamulaştırmaz el atılan taşınmazın gerçek değerinin malike ödenmesi öngörüldüğünden ve ‘tazminat’ ibaresinin ‘bedel tespiti’ ibaresine dönüştürülmesi bu esasta herhangi bir değişikliğe yol açmadığından mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin orantısız olmadığı gibi hakkın özünü de zedelediği sonucuna ulaşılmaktadır.*” ifadesi ile bedel tespiti ibaresinin Anayasa’ya aykırı olduğu iddiasını reddetmiştir (RG. T.13.3.2013, S.29294).

<sup>274</sup> Geçici m.6/8’e göre, mahkeme kararı uyarınca yapılacak ödemelerde, merkezi yönetim bütçesine dâhil idarelerin yıllık bütçelerinde sermaye giderleri için öngörülen ödeneklerinin yüzde ikisi, belediye ve il özel idareleri ile bağlı idareleri için en son kesinleşmiş bütçe gelirleri toplamının, diğer idareler için en son kesinleşmiş bütçe giderleri toplamının en az yüzde ikisi oranında yıllık bütçelerinde pay ayrılacağı; kesinleşen alacakların toplam tutarının ayrılan ödeneğin toplam tutarını aşması hâlinde ödemelerin, sonraki yıllara sâri olacak şekilde, garameten ve 3095 sayılı Kanuna göre işletilecek kanuni faiz üzerinden taksitlerle gerçekleştirilecektir. Ayrıca mahkeme tarafından nakdi ödeme kararı verilmesine rağmen, İdare’nin nakdi ödeme yerine geçici 6.maddenin 3.fıkrasında zikredilen diğer uzlaşma yollarını teklif etme yetkisi bulunmaktadır.

<sup>275</sup> Anayasa Mahkemesi 2013/95 E., 2014/176 K., 13.11.2014 T. kararı ile tescil ve terkine ilişkin hükmün kesin olması hükmünü Anayasa’ya aykırı bulmamıştır (RG. T.13.3.2013, S.29294).

<sup>276</sup> Haciz yasağına ilişkin eleştiriler için bkz. Şaşı, s.310-311.

<sup>277</sup> KK geçici 6. maddenin 12. ve 13. fıkra hükümleri Anayasa Mahkemesi 2013/95 E., 2014/176 K., 13.11.2014 T. kararı ile iptal edilmiştir (RG. T.13.3.2013, S.29294). İlgili fıkralar ile ilgili değerlendirme için bkz. Karademir, s.945-946.

*taşınmazlar hakkında, 3/5/1985 tarihli ve 3194 sayılı İmar Kanunu'nda öngörülen idari başvuru ve işlemler tamamlandıktan sonra idari yargıda dava açılabilir. Bu madde hükümleri karara bağlanmamış veya kararı kesinleşmemiş tüm davalara uygulanır. Kararı kesinleşen davalara ise, bu maddenin yalnızca sekizinci fıkra hükümleri uygulanır.”*

“Kamulaştırılmaksızın kamu hizmetine ayrılan taşınmazların bedel tespiti” başlığını taşıyan madde içerisinde, uygulama imar planlarında umumi hizmetlere ve resmî kurumlara ayrılması veya ilgili diğer kanunların uygulamasıyla tasarrufu kısıtlanan taşınmazlar ile ilgili bir hükme yer verilmiştir. Bu hüküm, hukuki elatma olgusunu kanuni düzlemde ilk ele alan metin mahiyetindedir<sup>278 279</sup>. Geçici 6. madde 10. fıkradaki bu düzenleme, idarenin idari işlem ya da eylemler vasıtasıyla hak sahiplerinin taşınmaz üzerindeki tasarruf yetkisinin kısıtlanması neticesi ile ilgili hukuki sonuçlar öngörmektedir. Madde, taşınmaz üzerindeki tasarrufun kısıtlanmasına sebebiyet verebilecek hukuki düzenlemeleri geniş bir perspektifte kapsamına almaktadır. Bu çerçevede ilgili fıkranın kapsamına giren vakalar, idareye, özel mülkiyete konu taşınmaz üzerindeki tasarruf yetkisini sınırlandırma yetki ve görevi veren İmar Kanunu, Kültür ve Tabiat Varlıklarının Korunması Hakkında Kanun, Orman Kanunu, Kıyı Kanunu, Umumi Hayata Müessir Afetler Dolayısıyla Alınacak Tedbirlerle Yapılacak Yardımlara Dair Kanun, Umumi Hıfzıssıhha Kanunu gibi kanunların uygulanması ile ilgili işlem ve/veya eylemler olabilmektedir.

Hukuki elatma adı altındaki müdahaleye ilişkin başvuru yollarının belirtildiği 10. fıkra ile ilgili olarak dikkat çekilmesi gereken bir nokta, fıkranın kapsamına girecek vakalar için herhangi bir özel zaman aralığına yer verilmemesidir. Bu çerçevede 10. fıkradaki hükmün, maddenin 1. fıkrasında belirtilen zaman aralığı ile sınırlı olarak uygulanacağı kabul edilebilir<sup>280</sup>. Konu ile ilgili Danıştay kararlarına baktığımızda genel kanaatin, geçici 6. madde 10. fıkradaki hükümlerin, 09/10/1956 tarihi ile 04/11/1983 tarih aralığında gerçekleşen hukuki elatma vakaları için uygulanması

<sup>278</sup> Hayta, bu fıkra hükmü ile fiilen elatmanın yanında imar uygulaması veya ilgili kanunların uygulanması sonucunda tasarruf yetkisinin kısıtlanması da sonuçları itibarıyla kamulaştırmaksız elatma gibi nitelendirilmiş, demektedir. Bkz. Hayta, s.411.

<sup>279</sup> Karademir, KK geçici m.6/10 fıkra hükmü ile hukuki kamulaştırmaksız elatma kurumunun terk edildiğini, hukuki kamulaştırmaksız elatma olarak tanımlanan idarenin haksız fiilinin, idari davaya konu olan herhangi bir idari işlem ya da eylem haline dönüştüğünü belirtmektedir. Karademir, s.953-954.

<sup>280</sup> Yalçınduran, Kamulaştırmaksız El Koyma, s.233; Akgüner/Berk, s.949.



gerektiği şeklinde olduğunu ifade edebiliriz<sup>281</sup> <sup>282</sup>. Yargıtay ise, tarih aralığından bağımsız olarak, önüne gelen hukuki elatma kapsamındaki uyuşmazlıklarda, idari yargı kolunun görevli olması sebebiyle verdiği ret kararlarının gerekçesi olarak ilgili hükümleri sunmuştur<sup>283</sup>.

KK geçici 6/10. maddenin kapsamına giren vakalarda, tasarrufu kısıtlanan taşınmaz maliki, öncelikle İmar Kanunu'ndaki idari başvuru ve işlemleri kullanacak, bu işlemler tamamlandıktan sonra idari yargıda dava açılacaktır. İlgili düzenleme, bir önceki başlıkta Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarında ifadesini bulan, hukuki elatma vakalarında hangi yargı kolunun görevli olduğu meselesini kanuni bir düzenlemeye bağlamıştır<sup>284</sup>.

<sup>281</sup> Danıştay 6. D. 2014/9614 E., 2015/5592 K., 7.10.2015 T. kararında, "... bu fıkra Geçici 6. madde içinde yer aldığından ve maddenin başında belirtilen 09/10/1956 tarihi ile 04/11/1983 tarihleri arasında imar planında kamu hizmet tesislerine tahsis edilerek ve uzun zaman kamulaştırma yapılmamak suretiyle hukuki olarak el atılmış taşınmaz sahipleri için getirilmiş bir düzenleme olduğundan 1983 sonrası için uygulama olanağı bulunmamaktadır." kanaati ifade edilmiştir ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 7.8.2020). Aynı kanaatin paylaşıldığı diğer kararlar için bkz. Danıştay 6. D., 2014/5670 E., 2015/1886 K., 1.4.2015 T. karar; Danıştay 6. D. 2014/8814 E., 2015/2619 K., 28.4.2015 T. karar; Danıştay 6. D., 2015/855 E., 2015/2618 K., 28.4.2015 T. karar; Danıştay 6. D. 2014/7085 E., 2015/2968 K., 7.5.2015 T. karar; Danıştay 6. D., 2014/3198 E., 2016/724 K., 23.2.2016 T. karar; Danıştay 6. D. 2016/849 E., 2016/1612 K., 12.4.2016 T. karar; Danıştay 6. D. 2016/903 E., 2016/1613 K., 12.4.2016 T. karar; Danıştay 6. D. 2016/846 E., 2016/1611 K., 12.4.2016 T. karar; Danıştay 6. D. 2015/9143 E., 2016/1607 K., 12.4.2016 T. karar; Danıştay 6. D. 2016/359 E., 2017/4453 K., 1.6.2017 T. karar; Danıştay 6. D. 2016/2997 E., 2017/4452 K., 1.6.2017 T. karar; Danıştay 6. D. 2014/8987 E., 2017/4442 K., 1.6.2017 T. karar; Danıştay 6. D. 2014/8986 E., 2017/4443 K., 1.6.2017 T. karar ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 7.8.2020).

<sup>282</sup> Aksi yöndeki Danıştay 6. D. 2014/2387 E., 2014/4122 K., 27.5.2014 T. kararında ise "... Getirilen yeni düzenleme ile maddenin 1. fıkrasında belirtilen tarih aralığından bağımsız olarak ve tarih sınırlaması getirilmeksizin imar planlarından kaynaklanan hukuki el atmalarda bu kanunun uygulanacağı hüküm altına alınmıştır." denilmektedir. Benzer kanaat için bkz. Danıştay 6. D. 2014/5573 E., 2015/222 K., 28.1.2015 T. karar ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 7.8.2020). Diğer bazı kararlarda ise 10. fıkranın uygulanabileceği zaman dilimi ile ilgili herhangi bir özel değerlendirme yapılmamakta, 1983 yılından sonraki hukuki elatmalar ile ilgili davalarda verilen karara gerekçe olarak ilgili fıkra sunulmaktadır. Bu yöndeki karar örnekleri için bkz. Danıştay 6. D. 2011/6762 E., 2015/296 K., 29.1.2015 T. karar; Danıştay 6. D. 2014/8512 E., 2015/3246 K., 21.5.2015 T. karar ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 7.8.2020).

<sup>283</sup> Bkz. Yargıtay 18. HD 2013/10074 E., 2013/16286 K., 25.11.2013 T. karar; Yargıtay 18. HD 2013/14648 E., 2014/1662 K., 6.2.2014 T. karar; Yargıtay 18. HD 2013/16112 E., 2014/1513 K., 6.2.2014 T. karar; Yargıtay 18. HD 2013/17928 E., 2014/6324 K., 7.4.2014 T. karar; Yargıtay 18. HD 2013/15867 E., 2014/3107 K., 24.2.2014 T. karar; Yargıtay 5. HD 2014/10765 E., 2014/25835 K., 12.11.2014 T. karar; Yargıtay 5. HD 2014/11202 E., 2014/23960 K., 27.10.2014 T. karar; Yargıtay 18. HD 2014/7625 E., 2014/16136 K., 13.11.2014 T. karar; Yargıtay HGK 2015/18-912 E., 2015/1460 K., 29.5.2015 T. karar ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 9.3.2019).

<sup>284</sup> Karademir, bu fıkra ile hukuki kamulaştırmasız elatma kurumunu terk ettiğimizi, hukuki kamulaştırmasız elatma olarak tanımladığımız idarenin haksız fiilinin, idari davaya konu olan herhangi bir idari işlem ya da eylem haline dönüştüğünü belirterek eleştirmektedir. Karademir, s.953-954.

İdari yargıda dava açmadan önce tamamlanması öngörülen “İmar Kanunu’nda öngörülen idari başvuru ve işlemler” ifadesinin nasıl bir süreci öngördüğü ve tüketilmesi gereken zorunlu bir usul olup olmadığı hususu maddeden açık ve net şekilde anlaşılmamaktadır<sup>285</sup>. Danıştay 6. D. 2014/2387 E., 2014/4122 K., 27.5.2014 T. kararda<sup>286</sup>, İmar Kanunu’na yapılan atıf şu şekilde değerlendirilmiştir:

*“Bu fıkra da her ne kadar ‘3194 sayılı imar Kanunu’nda öngörülen idari başvuru ve işlemler tamamlandıktan sonra idari yargıda dava açılabilir.’ denilmiş ise de 3194 Sayılı Kanun’da öngörülen zorunlu bir başvuru olmadığı için başvuru yapılmadan açılan davalar da bu kanun kapsamında düşünülmelidir.”*<sup>287</sup>.

Anlaşılmaktadır ki, “İmar Kanunu’nda öngörülen idari başvuru ve işlemler tamamlandıktan sonra idari yargıda dava açılabilir.” ifadesi, yargı makamlarınca, özel ve tüketilmesi gereken bir usul olarak değerlendirilmemektedir.

6487 sayılı Kanun ile değişik KK geçici 6. madde, iki farklı elatma türünü bünyesinde barındıran, her iki türün sonuçları hakkında birtakım hükümlere yer veren bir madde görünümündedir. Geçici 6. madde, bir yandan birinci fıkrası uyarınca belli bir zaman aralığında fiilen elatmaya konu olmuş taşınmazlar ile ilgili özel hükümlere yer vermektedir. Diğer yandan ise 10. fıkranın 3.-5. cümlelerindeki hükümler ile hukuki elatmaya konu olan taşınmazlar ile ilgili ileri sürülebilecek taleplerin usulü hakkında hüküm içermektedir. Madde, fiili elatma ve hukuki elatma vakaları arasında

<sup>285</sup> Bkz. Çınar, s.39-40; Çabuk/Çakmak/Şengöz, s.63-64.

<sup>286</sup> Danıştay 6. D. 2014/2387 E., 2014/4122 K., 27.5.2014 T. karar ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 7.8.2020). Mevzuu konu alan diğer kararlar için bkz. Danıştay 6. D., 2014/5670 E., 2015/1886 K., 1.4.2015 T. kararı; Danıştay 6. D. 2014/5573 E., 2015/222 K., 28.1.2015 T. karar; Danıştay 6. D. 2014/8814 E., 2015/2619 K., 28.4.2015 T. karar; Danıştay 6. D., 2015/855 E., 2015/2618 K., 28.4.2015 T. karar; Danıştay 6. D. 2014/7085 E., 2015/2968 K., 7.5.2015 T. karar; Danıştay 6. D., 2014/3198 E., 2016/724 K., 23.2.2016 T. karar; Danıştay 6. D. 2016/849 E., 2016/1612 K., 12.4.2016 T. karar; Danıştay 6. D. 2016/903 E., 2016/1613 K., 12.4.2016 T. karar; Danıştay 6. D. 2016/846 E., 2016/1611 K., 12.4.2016 T. karar; Danıştay 6. D. 2016/359 E., 2017/4453 K., 1.6.2017 T. karar; Danıştay 6. D. 2016/2997 E., 2017/4452 K., 1.6.2017 T. karar; Danıştay 6. D. 2014/8987 E., 2017/4442 K., 1.6.2017 T. karar; Danıştay 6. D. 2014/8986 E., 2017/4443 K., 1.6.2017 T. karar; Danıştay 6. D. 2014/5573 E., 2015/222 K., 28.1.2015 T. karar ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 7.8.2020). Danıştay 6. D., 2011/6762 E., 2015/296 K., 29.1.2015 T. kararında ise 10. fıkradaki düzenleme, hukuki elatma vakalarında idari yargının görevli olduğu hususunun açıkça öngörülmesi olarak yorumlanmıştır ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 7.8.2020). Benzer içerikteki karar için bkz. Danıştay 6. D. 2014/8512 E., 2015/3246 K., 21.5.2015 T. karar ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 7.8.2020).

<sup>287</sup> Şaşı da idari başvurunun ihtiyari nitelikte olduğu kanaatini paylaşmaktadır. Şaşı, s.320.

yargı kolu ayrılığı öngörmektedir. Bu çerçevede de dava konusu yapılan uyuşmazlıklarda ne tür bir elatmanın var olduğu ayrı bir önem arz edecektir.

## 7. 6745 SAYILI KANUN İLE KAMULAŞTIRMA KANUNU'NA EKLENEN EK MADDE 1 ÇERÇEVESİNDE GELİŞİMİ

6745 sayılı Kanun<sup>288</sup>, 33. maddesi ile Kamulaştırma Kanunu'na ek madde 1 düzenlemesini eklemiştir<sup>289</sup>. Ek madde 1, KK geçici 6/10. maddesindeki düzenlemeye konu olan hukuki elatma olgusunu, ayrı bir maddede ele almıştır<sup>290</sup>. Ancak KK ek

<sup>288</sup> 6745 sayılı Yatırımların Proje Bazında Desteklenmesi ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (RG. T. 7.9.2016, S.29824).

<sup>289</sup> 6745 sayılı Kanun'un 33. maddesi ile 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'na eklenen Ek Madde 1: *"Uygulama imar planlarında umumi hizmetlere ve resmî kurumlara ayrılmak suretiyle mülkiyet hakkının özüne dokunacak şekilde tasarrufu hukuken kısıtlanan taşınmazlar hakkında, uygulama imar planlarının yürürlüğe girmesinden itibaren beş yıllık süre içerisinde imar programları veya imar uygulamaları yapılır ve bütçe imkânları dâhilinde bu taşınmazlar ilgili idarelerce kamulaştırılır veya her hâlde mülkiyet hakkını kullanmasına engel teşkil edecek kısıtlılığı kaldırarak şekilde imar planı değişikliği yapılır/yaptırılır. Bu süre içerisinde belirtilen işlemlerin yapılmaması hâlinde taşınmazların malikleri tarafından, bu Kanunun geçici 6 ncı maddesindeki uzlaşma sürecini ve 3194 sayılı İmar Kanununda öngörülen idari başvuru ve işlemleri tamamlandıktan sonra taşınmazın kamulaştırmasından sorumlu idare aleyhine idari yargıda dava açılabilir.*

*Birinci fıkra uyarınca dava açılması hâlinde taşınmazın ya da üzerinde tesis edilen irtifak hakkının dava tarihindeki değeri, mahkemece; bu Kanunun 15 inci maddesine göre bilirkişi incelemesi yapılarak, taşınmazın hukuken tasarrufunun kısıtlandığı veya fiilen el konulduğu tarihteki nitelikleri esas alınmak suretiyle tespit edilir ve taşınmazın veya hakkın idare adına tesciline veya terkinine hükmedilir.*

*Bu madde kapsamında kalan taşınmazlar hakkında açılacak dava ve takiplerde, bu Kanunun geçici 6 ncı maddesinin üçüncü, yedinci, sekizinci ve on birinci fıkra hükümleri, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce açılan ancak henüz karara bağlanmayan veya kararı kesinleşmeyen davalara bu madde hükümleri, kesinleşen ancak henüz ödemesi yapılmayan kararlar hakkında ise geçici 6 ncı maddenin üçüncü, sekizinci ve on birinci fıkra hükümleri uygulanır.*

*Bu Kanunun geçici 6 ncı maddesinin sekizinci fıkrası uyarınca ayrılması gereken yüzde iki oranındaki ödenekler, yüzde dört olarak ayrılır. İlave olarak ayrılan yüzde iki oranındaki ödenekler, münhasıran bu ek madde ile geçici 11 inci ve geçici 12 nci maddeler kapsamında yapılacak ödemelerde kullanılır. Yapılacak ödemelerin toplam tutarının ilave olarak ayrılan ödeneğin toplamını aşması hâlinde, ödemeler, en fazla on yılda ve geçici 6 ncı maddenin sekizinci fıkrası hükmüne göre yapılır."*

<sup>290</sup> Gemalmaz, ek madde 1 ile ilgili olarak şunları dile getirmektedir: *"Ek 1.madde, ayrıntılarda ciddi mülkiyet hakkı sorunları içermekle birlikte, AİHM-Danıştay kararlarındaki ilkeleri ana hatlarıyla içermekle isabetli bir düzenleme olarak görülebilir. Zira ek 1.madde, Zira Ek 1. Madde, uygulama imar planlarının yürürlüğe girmesinden itibaren beş yıllık süre içerisinde söz konusu taşınmazın kamulaştırılmasını veya plan değişikliğine gidilerek taşınmaz üzerindeki kısıtlanmasının kaldırılmasını gerektirmektedir. Aynı maddede, ilgili idarenin bu 5 yıl içerisinde kamulaştırma yükümlülüğünü yerine getirmemesi durumunda, uzlaşma/idari başvuru süreçlerinin tamamlanmasından sonra, taşınmazı kısıtlanan malikin idari yargıda tam yargı davası açabilme imkanı normatif olarak tanınmıştır."* H. Burak, Gemalmaz, "Anayasa Mahkemesi Tazminat Davası Açma Hakkını 5 Yıl Öteleyen Kanun Hükmünü İptal Etti", (<http://blog.lexpera.com.tr/hukuki-el-atma-kamulastirmama-halinde-tazminat-davasi-tam-yargi-yolu-tekrar-acildi/>, 30.5.2018), s.1. Temel, konunun, ek madde 1 ile ayrı bir maddede ele alınmasının, geçici 6.madde kapsamında yer alması sebebiyle yaşanabilecek yanlış anlama ve uygulamaların önüne geçmeye hizmet edeceğini belirtmektedir. Cemil Temel, **Açıklamalı-**

madde 1'in 1. fıkrasının 1. cümlesi dışındaki diğer hükümleri, Anayasa Mahkemesi 2016/181 E., 2018/111 K., 20.12.2018 T. kararı<sup>291</sup> ile iptal edilmiştir. Bu başlık altında maddenin yürürlüğe girmiş ilk hali ile AYM'nin iptal kararı sonrasındaki hali ele alınacaktır.

6745 sayılı Kanun'un 34. maddesi de, KK geçici 6. maddenin 10. fıkrasındaki üçüncü cümleyi yürürlükten kaldırmış, diğer yandan da Kamulaştırma Kanunu'na geçici 11. madde eklemiştir<sup>292 293</sup>. Geçici 11. madde, KK ek madde 1 kapsamında kalan, ancak bu maddenin yürürlüğe girmesinden önce tasarrufu hukukten kısıtlanan taşınmazlarla ilgili hak sahibinin başvuru yapabilmesi için geçmesi gereken beş yıllık sürenin, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren hesaplanacağını belirtmektedir. Bu suretle taşınmazların, KK ek madde 1 hükmünün yürürlüğe girmesinden önce maruz kaldığı kısıtlamalar dikkate alınmamıştır. Anayasa Mahkemesi, Kamulaştırma Kanunu'na eklenen geçici 11. maddeyi, imar uygulaması sonucu taşınmazın kamu hizmetine tahsis edilmesi suretiyle getirilen kısıtlamaların Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten itibaren yeniden başlamasına yol açan düzenlemeyle mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin orantılı olmadığı gerekçesiyle iptal etmiştir<sup>294</sup>.

**İçtihatlı (Dilekçe ve Karar Örneği) Kamulaştırma ve Kamulaştırmaz El Atmadan Doğan Davalar**, Ankara, Bilge Yayınevi, 2017, s.699. Şaşı ise ek madde 1 hükmünün, hukuk devletinde olması gereken birey ile idare arasındaki adil dengeyi sağlamaktan uzak olduğunu belirtmektedir. Şaşı, s.321-323. Gürsel de, bu düzenlemenin hukukilik ötesinde mantıksal çelişki barındırdığını ve maddenin bu hali ile mülkiyet hakkı ihlallerini önlemekten uzak olduğu kanaatini paylaşmaktadır. Bkz. Gürsel, s.623-624.

<sup>291</sup> AYM 2016/181 E., 2018/111 K. ve 20.12.2018 T. kararı (RG T.5.4.2019, S.30736).

<sup>292</sup> Kamulaştırma Kanunu Geçici madde 11: “Bu Kanunun ek 1 inci maddesinin birinci fıkrası kapsamında kalan ve bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce tasarrufu hukukten kısıtlanan taşınmazlar hakkında aynı fıkra da belirtilen süre, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren başlar. Bu Kanunun ek 1 inci maddesinin üçüncü fıkrası hükmü, bu madde kapsamında kalan taşınmazlara ilişkin dava ve takipler hakkında da uygulanır.”.

<sup>293</sup> Şahin, geçici 11. madde ile ilgili olarak şu değerlendirmede bulunmaktadır: “Maalesef bu düzenleme, zaten mülkiyet hakkı kısıtlanan bireylerin bu haklarının bir süre daha kısıtlılığının devam etmesi ve mülkiyet hakkı ihlalinin kurala bağlanması anlamına gelmektedir. Bu durum da insan haklarına saygılı hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmamaktadır.”. Ali Hamza Şahin, “Dünden Bugüne Hukuka Uygun El Atma ve Mülkiyet Hakkı İhlallerinin Giderimi”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Y.9, S.35, Temmuz 2018, s.424. Gemalmaz da ek 1.madde ile getirilen ve olumlu sayılabilecek düzenlemenin Kanuna eklenen geçici 11. madde ile anlamsız hale getirildiğini belirtmektedir. Gemalmaz, Anayasa Mahkemesi, s.1. Bkz. Gürsel, s.624.

<sup>294</sup> Anayasa Mahkemesi 2016/196 E. 2018/34 K., 28.3.2018 T. kararı (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>, 4.1.2021). Gemalmaz, iptal kararının son derece isabetli olduğunu, netice itibarıyla artık taşınmazı beş yıldan fazla süredir uygulama imar planıyla kısıtlanan maliklerin idari başvuru sonrası tam yargı davası açarak taşınmazının bedelini almasının mümkün olduğunu belirtmektedir. Gemalmaz, Anayasa Mahkemesi, s.2.

KK ek madde 1 düzenlemesinin konu açısından kapsamı, uygulama imar planlarında umumi hizmetlere ve resmî kurumlara ayrılmak suretiyle mülkiyet hakkının özüne dokunacak şekilde tasarrufu hukuken kısıtlanan taşınmazlardır (Ek madde 1/1). Yürürlükten kaldırılan geçici 6. maddenin 10. fıkrasındaki düzenleme ise uygulama imar planları yanında diğer kanunların uygulanması suretiyle ortaya çıkabilecek tasarruf kısıtlamalarını da konu almaktaydı. Bu hali ile ek madde 1, yürürlükten kaldırılan düzenlemeden daha dar bir kapsama sahiptir<sup>295</sup>. Maddenin zaman açısından kapsamı, belirli bir zaman dilimi ile sınırlandırılmamıştır. Hatta madde, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce açılmış ve henüz karara bağlanmamış veya kararı kesinleşmemiş davalara da uygulanabilme özelliğine sahip kılınmıştır (Ek madde 1/3).

KK ek 1. maddesi, uygulama imar planında umumi hizmetlere ve resmî kurumlara ayrılmak suretiyle mülkiyet hakkının özüne dokunacak şekilde tasarrufu kısıtlanan taşınmazların, uygulama imar planının yürürlüğe girmesinden itibaren beş yıllık süre içerisinde, imar programı veya imar uygulamalarının kapsamına alınmasını ve bütçe imkânları dâhilinde kamulaştırılarak kamu mülkiyetine kazandırılmasını, kamulaştırmanın yapılmaması/yapılamaması halinde ise mülkiyet hakkı kısıtlanmasını sona erdirecek şekilde imar planı değişikliği yapılmasını/yaptırılmasını öngörmektedir (Ek madde 1/1-1. cümle)<sup>296</sup>. Bu suretle, idareye, imar planında umumi hizmetlere ve

<sup>295</sup> Ersöz, s.245'te, KK ek madde 1'in, kültür ve tabiat varlıklarına ilişkin imar kısıtlamalarını kapsamadığını, bu halde kamulaştırmasız hukuki elatmadan kaynaklı taleplerin ileri sürülebileceğini belirtmektedir.

<sup>296</sup> Ek Madde 1'de öngörülen beş yıllık sürenin Anayasa'ya aykırı olduğu iddiası, AYM 2016/181 E., 2018/111 K., 20.12.2018 T. kararı 64. prg.nda, "İlgili idarenin taşınmazla ilgili kamulaştırma kararı vermemesi ya da kısıtlılığı kaldırarak imar planı değişikliği yapmaması hâllerinde kuraldan sonra gelen cümlede taşınmaz maliklerine dava açma hakkı da tanınmaktadır. 3194 sayılı Kanun'da da imar planlarının beşer yıllık imar programları yapılarak bir program dâhilinde ve etaplar hâlinde uygulanması, kamulaştırmaya ilişkin ödeneğin yatırımcı kuruluşun bütçesine aktarılması gerektiği öngörülmüştür. Kuralda bir taşınmazla ilgili imar sınırlamasından sonra imar planının yürürlüğe girmesinden itibaren imar uygulamasının gerçekleştirilmesi, kamulaştırma veya imar planı değişikliklerinin gerçekleştirilmesi için beş yıllık makul bir süre öngörülmüştür. Söz konusu sürenin idareye süresi belirsiz bir takdir yetkisi tanınması sonucunu doğurduğu söylenemez. Bu takdir yetkisi çerçevesinde, kamu yararı amacının gerçekleştirilmesi yönünden belirtilen hukuki engeller sebebiyle malikin belirlenen makul süre boyunca bu kısıtlamalara katlanması beklenebilir. Kuralda öngörülen beş yıllık süre, hak sahiplerine aşırı ve orantısız bir yük getirmemekte; mülkiyet haklarını ihlal etmemektedir. Kamulaştırma ile imar kısıtlamalarıyla beş yıl süresince katlanılan külfetin de karşılanması öngörülmüştür. Maddenin birinci fıkrasının birinci cümlesinde, mülkiyet hakkını kısıtlayan imar planı değişikliğinin yapılmaması hâlinde taşınmazın ilgili idare tarafından kamulaştırmasının amaçlandığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla kamulaştırma Anayasa'nın 46. maddesi çerçevesinde, bu maddede öngörülen ilkelere göre gerçekleşecektir." gerekçesiyle reddedilmiştir (RG T.5.4.2019, S.30736).

resmî kurumlara ayrılması sebebiyle mülkiyet hakkının özüne dokunacak şekilde tasarrufu kısıtlanan taşınmazlardaki kısıtlılığın kaldırılması şeklinde bir yükümlülük yüklenmektedir. Bu yükümlülük, mülkiyet hakkının özüne dokunulması neticesi doğuran uygulama imar planındaki tahsis ile doğmaktadır. İdare, bu yükümlülüğünü, beş yıllık süre içerisinde yerine getirmelidir. Beş yıllık süre, taşınmazı umumi veya kamu hizmetlerine tahsis eden uygulama imar planının yürürlüğe girmesi ile işlemeye başlamaktadır. Maddede, nazım imar planı ile kamu hizmetine tahsis edilmiş, ancak haklarında uygulama imar planı hazırlanmamış taşınmazlarla ilgili herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir<sup>297</sup>. Taşınmazı umumi hizmetlere ve resmî kurumlara ayırmak suretiyle kısıtlayan uygulama imar planında değişiklik yapılması halinde, beş yıllık sürenin hangi uygulama imar planının yürürlüğünden itibaren işleyeceği hususu da madde metninden anlaşılamamaktadır<sup>298</sup>.

KK ek madde 1/1'in ikinci cümlesi, beş yıllık sürenin sonunda idarenin yükümlülüğünü yerine getirmediği hallerde, taşınmaz malikinin, Kamulaştırma Kanunu'nun geçici 6. maddesi uyarınca uzlaşma<sup>299</sup> ve İmar Kanunu'nda öngörülen idari başvuru ve işlem sürecinin<sup>300</sup> tamamlanmasının ardından idari yargıda dava

<sup>297</sup> Temel, nazım imar planında kamu hizmetine ayrılmış olmakla birlikte henüz uygulama imar planı hazırlanmamış taşınmazlara ilişkin bir boşluk bulunduğunu, çünkü uygulama imar planının hazırlanması yönünde idari yargıya müracaat etmenin mümkün olmadığını belirtmektedir. Temel, s.699. *Yalçınduran* da, uygulama imar planı dışındaki diğer planlar ile tasarruf yetkisi sınırlandırılan taşınmazlar için ek madde 1 düzenlemesinin uygulanmayacağını belirtmektedir. *Yalçınduran*, Hukuki ve Fiili El Koyma, s.508.

<sup>298</sup> *Gemalmaz*'a göre, taşınmaz yükümlülüğünün doğması için aranan 5 yıllık sürenin, taşınmaz üzerinde ilk kısıtlamayı yapan planla başladığının kabulü gerekmektedir. Yazar, şu hususları eklemektedir: “*Aksi bir düşünce tarzı, idarelerin uygulama imar planı yapmayı geciktirerek yükümlülüklerini erteleme ve malikleri belirsiz bir durumda bırakmasına yol açabilir. Bu meselenin plan hiyerarşisi ve planların birbiriyle ilişkisi, planlarda parsellerin somutlaştırılma derecesi, mülkiyet hakkına yönelik kısıtlamanın niteliği (imar/inşaat yasağı, kamulaştırma şerhi vb.), süresi, konuya ilişkin mevzuat hükümlerinin idareye esneklik payı tanıyıp tanımadığı ve plandaki kısıtlamaya etkili itiraz olanakları ile yargısal denetimi gibi faktörler çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir.*” Bkz. *Gemalmaz*, Anayasa Mahkemesi, s.3.

<sup>299</sup> Uzlaşma usulü ile ilgili detaylı bilgi ve eleştiri için bkz. *Kasarcı*, s.52-57, 57-61.

<sup>300</sup> *Yalçınduran*, “*İmar Kanunu'nda öngörülen idari başvuru ve işlem süreci*” ifadesi ile trampa ve kamulaştırma usulünün anlatılmak istendiğini belirtmektedir. *Yalçınduran*, Hukuki ve Fiili El Koyma, s.497-499. *Kasarcı* da, İmar Kanunu'a yapılan atıf ile ilgili olarak, “*... anılan Kanun incelendiğinde özellikli bir başvuru ve işlem türüne rastlanılmamış olup 3194 sayılı Kanun'un 10. maddesinde idarelere yüklenen kamulaştırma yükümlülüğünün yerine getirilmesi için yapılacak kamulaştırma başvurusu ile imar planı değişikliği başvurusu dışında yapılabilecek bir başvuru tespit edilememiştir.*” demektedir. Bkz. *Kasarcı*, s.49-50, 57.

açabileceğini öngörmektedir<sup>301 302</sup>. Ancak maddede, geçici 6. maddedeki uzlaşma sürecini ve 3194 sayılı İmar Kanunu'nda öngörülen idari başvuru ve işlemleri tamamlandıktan sonra idari yargıda açılacak davanın türü ve içeriği ile ilgili herhangi bir bilgilendirmeye yer verilmemiştir<sup>303</sup>.

KK ek madde 1'in 2. fıkrası, 1. fıkra uyarınca idari dava açılması hâlinde taşınmazın ya da tesis edilen irtifakın dava tarihindeki değerinin, taşınmazın hukuken tasarrufunun kısıtlandığı veya taşınmazına fiilen el konulduğu<sup>304</sup> tarihteki nitelikleri esas alınmak suretiyle mahkemece tespit edileceğini ve mülkiyet hakkının/irtifak hakkının idare adına tesciline veya terkinine hükmedileceğini öngörmektedir<sup>305 306</sup>.

Anayasa Mahkemesi, yukarıda da belirttiğimiz üzere, 2016/181 E., 2018/111 K., 20.12.2018 T. kararı<sup>307</sup> ile KK ek madde 1'in 1. fıkra 1. cümlesi dışındaki diğer hükümlerini iptal etmiştir. AYM, madde kapsamındaki her bir düzenlemeyi ayrı ayrı

<sup>301</sup> Akgüner/Berk ve Kasarcı, KK ek madde 1'de öngörülen uzlaşma ve diğer idari başvuru ve işlemlerin dava şartı mahiyetinde bulunduğunu ifade etmektedir. Akgüner/Berk, s.949; Kasarcı, s. 49.

<sup>302</sup> Yalçınduran, malikin, beş yıllık süre içerisinde kamulaştırma veya imar planı değişikliği için başvuru yaptığı hallerde, beş yıllık sürenin sonunda tekrar aynı idareden tekrar aynı taleplerde bulunması zorunluluğunun öngörülmesinin abesle iştigal olduğunu ifade etmektedir. Yalçınduran, Hukuki ve Fiili El Koyma, s.499-500.

<sup>303</sup> Temel, ek madde 1 ile ilgili olarak yaptığı açıklamada, madde kapsamındaki tazminat davaları için uzlaşma usulünün öngörüldüğünü belirtmektedir. Bkz. Temel, s.699. Yazarın kullandığı tazminat davası ifadesi karşısında, maddede zikredilen dava kavramı ile 'tam yargı davası'nı anladığı sonucuna ulaşmaktayız. Ek madde 1'yi bir bütün olarak incelediğimizde, özellikle de dava açılması halinde taşınmazın değerinin tespitine ilişkin maddenin 2. fıkrasındaki düzenlemeyi değerlendirdiğimizde, kanunkoyucunun, tam yargı davasını kastettiği kanatınadır.

<sup>304</sup> Gürsel, maddedeki "fiilen el konulma" ifadesinin düşündürücü olduğunu, fiilen elatmanın varlığında malikin, idarenin fiili yolu nedeniyle adli yargıda dava açma hakkını evleviyetle kullanacağını belirtmektedir. Gürsel, s.623.

<sup>305</sup> Gürsel, ek madde 1'in 1. ve 2. fıkra hükümlerini birlikte değerlendirdiğinde, uzlaşmayan malikin, adeta Kamulaştırma Kanunu 10.madde bağlamında idarenin malike karşı açacağı kamulaştırma bedeli tespit ve tescil davasını, idari yargıda açmasının gerektiğini, bu halin birtakım problemlere yol açacağını belirtmektedir. Gürsel, s.623-624.

<sup>306</sup> KK ek madde 1'in devamı özetle şu hükümleri içermektedir: Maddenin 3. fıkrasına göre, bu kural kapsamında kalan taşınmazlar hakkında açılacak dava ve takiplerde bu Kanun'un geçici 6. maddesinin üçüncü, yedinci, sekizinci ve on birinci fıkra hükümleri, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce açılan ancak henüz karara bağlanmayan veya kararı kesinleşmeyen davalara bu madde hükümleri, kesinleşen ancak henüz ödemesi yapılmayan kararlar hakkında ise geçici 6. maddenin üçüncü, sekizinci ve on birinci fıkra hükümleri uygulanacaktır. 4. fıkra ise Kanun'un geçici 6. maddesinin sekizinci fıkrası uyarınca ayrılması gereken yüzde iki oranındaki ödeneklerin yüzde dört olacağı, ilave olarak ayrılan yüzde iki oranındaki ödeneğin münhasıran bu ek madde ile geçici 11. ve geçici 12. maddeler kapsamında yapılacak ödemelerde kullanılacağı, yapılacak ödemelerin toplam tutarının ilave olarak ayrılan ödeneğin toplamını aşması hâlinde ödemelerin en fazla on yılda ve geçici 6. maddenin 8. fıkrasında öngörülen bütçe payı üzerinden taksitle ödeme yapılabileceği ve taksitlendirme halinde de kanuni faiz ödeneceği hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla ek madde 1 kapsamındaki vakalarda, herhangi bir zaman aralığı öngörülmezsiz, geçici 6. maddenin çoğu hükmünün uygulanması öngörülmüştür.

<sup>307</sup> Bkz. AYM 2016/181 E., 2018/111 K. ve 20.12.2018 T. kararı (RG T.5.4.2019, S.30736).



değerlendirmiş, maddenin birinci fıkrasının birinci cümlesi dışında kalan bölümü Anayasa'nın 2., 35. ve 46. maddelerine aykırı bularak iptaline hükmetmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı sonrası Kamulaştırma Kanunu ek madde 1 düzenlemesinin mevcut hali şu şekildedir:

*“Uygulama imar planlarında umumi hizmetlere ve resmî kurumlara ayrılmak suretiyle mülkiyet hakkının özüne dokunacak şekilde tasarrufu hukuken kısıtlanan taşınmazlar hakkında, uygulama imar planlarının yürürlüğe girmesinden itibaren beş yıllık süre içerisinde imar programları veya imar uygulamaları yapılır ve bütçe imkânları dâhilinde bu taşınmazlar ilgili idarelerce kamulaştırılır veya her hâlde mülkiyet hakkını kullanmasına engel teşkil edecek kısıtlılığı kaldıracak şekilde imar planı değişikliği yapılır/yaptırılır.”.*

Son hali ile KK ek madde 1 düzenlemesi, idareye, umumi hizmetlere ve resmî kurumlara ayrılmak suretiyle mülkiyet hakkının özüne dokunacak şekilde tasarrufu kısıtlanan taşınmazları, uygulama imar planının yürürlüğe girmesinden itibaren beş yıllık süre zarfında, plan gereğince kamuya kazandırma, kamuya kazandırılmaması halinde ise mülkiyet hakkı üzerindeki kısıtlamayı kaldırma yükümlülüğü yüklemektedir. Ancak iptal sonrasında maddede, bu yükümlülüğe aykırılığın hukuki sonuçları, bu kapsamdaki uyuşmazlıkların hangi usul üzere ve hangi yargı kolunda çözümleneceği ile ilgili herhangi bir düzenleme kalmamıştır<sup>308</sup>.

## **8. 7181 SAYILI KANUN İLE DEĞİŞİK İMAR KANUNU 13. MADDE ÇERÇEVESİNDE GELİŞİMİ**

Anayasa Mahkemesi'nin İK 13/1 ve 3. fıkralarını, mülkiyet hakkını belirsiz süreli sınırlandırdığı gerekçesiyle Anayasa'ya aykırı bulan 1999/33 E., 1999/51 K.,

<sup>308</sup> Bkz. Yargıtay 5. HD. 2020/10454 E., 2021/2531 K., 3.3.2021 T. kararı ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 11.10.2021). Gürsel, AYM kararı sonrasında, madde kapsamındaki uyuşmazlıklarda malikin, imar planı değişikliği için idareye başvuru yapmasına gerek olmadığı, adli yargıda kamulaştırmaz elatma ile ilgili dava açması gerektiği kanaatini paylaşmaktadır. Bkz. Gürsel, s.628-637. Çetintaş, iptal sonucunda, hukuki elatmadan doğan uyuşmazlıkların idari yargıda görüleceğine dair yasal düzenlemenin ortadan kalktığını belirtmektedir. Çetintaş, s.40. Çabuk/Çakmak/Şengöz ise ek madde 1'deki iptal edilen hükümler sonrasında, hukuki elatma kapsamındaki vakaların idari yargıda görülmesi ile ilgili herhangi bir tereddüt olmadığı kanaatindedir. Çabuk/Çakmak/Şengöz, s.76-77.



29.12.1999 T. kararından<sup>309</sup> yaklaşık yirmi yıl sonra, İmar Kanunu'nun 13. maddesi, 7181 sayılı Tapu Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un<sup>310</sup> 7. maddesi ile yeniden düzenlenmiştir.

İK m.13, yukarıda da izah ettiğimiz üzere<sup>311</sup>, uygulama imar planında umumi veya kamu hizmetine tahsis edilen taşınmazlarla ilgili kısıtlamalara yer vermekte, diğer yandan da kısıtlamaya maruz kalan bu taşınmazların ilgili idare tarafından belirtilen imar uygulamaları kullanılmak suretiyle kamu mülkiyetine kazandırılmasını öngörmektedir. Yol, meydan, ibadet yerleri, park ve çocuk bahçeleri ile ilgili mevzuat uyarınca yapı yasağı bulunan taşınmazlar üzerinde hiçbir şekilde geçici-sürekli yapı yapılmasına müsaade edilmezken, taşınmazda zaten mevcut olan yapıların korunması amacına hizmet edecek ölçüde değişiklik, bakım, onarım faaliyetlerine müsaade edilebilecektir<sup>312</sup>. Yapı yapılabilecek taşınmazlarda ise kamu mülkiyetine geçinceye kadarki süreçte, ilgili idarenin uygun görmesi halinde, plandaki tahsis amacına uygun özel tesis yapma hakkı verilebilecektir<sup>313</sup>. Yapı yapılabilecek alanlar için kısıtlılık, tahsis amacına aykırı yapı yapamama şeklinde karşımıza çıkmaktadır. İlgili idareye, üzerine yapı yapılamayacak alanların, beş yıllık imar programı kapsamında kamu mülkiyetine geçirilmesi yükümlülüğü yüklenirken, bu sürenin en fazla bir yıl daha uzatılabileceği öngörülmektedir. Ancak üzerine yapı yapılabilecek alanların, hangi süre içerisinde kamu mülkiyetine kazandırılacağı ile ilgili herhangi bir hükme yer verilmemektedir<sup>314</sup>. İK m.13, uygulama imar planındaki tahsis sebebiyle kısıtlamalara maruz kalan taşınmazlardan umumi hizmetlere ayrılan alanların öncelikle arazi ve arsa

<sup>309</sup> AYM 1999/33 E., 1999/51 K., 29.12.1999 T. kararı (RG. T.29.06.2000, S.24094).

<sup>310</sup> 7181 sayılı Tapu Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun m.7 (RG. T.10.7.2019, S.30827).

<sup>311</sup> Bkz. Giriş, B., 2.2. alt başlığı altındaki anlatımlarımıza.

<sup>312</sup> *Kalabalık*, bu düzenleme ile, yapı yasağı bulunan taşınmazlar üzerindeki yapıların korunmasına dair ilgili idareye takdir yetkisi verildiğini belirtmektedir. *Kalabalık*, İmar Hukuku, s.273.

<sup>313</sup> *Gürsel*, İK m.13/2'deki, tahsis amacına uygun özel tesis yapılabilme düzenlemesini, imar planındaki amaç doğrultusunda özel tesis yapma gücü bulunmayan maliki, taşınmazını, bu tesisi yapacak özel hukuk kişisine devretmeye teşvik ettiği, daha da önemlisi meşruluğunu kamu yararından alan kamu gücüne dayanarak hazırlanan imar planı ve kamulaştırma gibi kavramlar aracılığıyla sermayesi olmayan taşınmaz malikinin, taşınmazını sermayesi olan özel hukuk kişisine devretmek zorunda bıraktığı gerekçeleriyle eleştirmektedir. *Gürsel*, s.638.

<sup>314</sup> *Gürsel*, söz konusu alanlar için öngörülen özel tesis yapabilme imkânının, mülkiyet hakkı ihlalini önlemeyi amaçladığını, bu taşınmazların, kamu mülkiyetine geçişinin trampa, satış alma veya kamulaştırma yöntemiyle olabileceğini; taşınmazın, yapılabilecek özel tesis ile imar planında belirtilen amaç doğrultusunda kullanılmasının belirsiz süreli olarak öngörülmesinin mülkiyet hakkı ihlaline yol açabileceğini, bu düzenlemenin bu haliyle İmar Kanunu 10. madde ile de bağdaşmadığını ve bu düzenlemeyle, yapı yapılabilecek umumi hizmet alanlarına ilişkin tahsislerde, malikin idareye karşı bedel davası açmasının adeta engellendiğini belirterek eleştirilerini sunmaktadır. *Gürsel*, s.638-640.

düzenlemesi yapılarak, kamu hizmetine ayrılan taşınmazların ise ilgisine göre Hazine veya ilgili idarelerin mülkiyetindeki taşınmazlar ile trampa yapılmak veya satın alınmak suretiyle ilgili kamu kurum ve kuruluşunca kamulaştırılarak kamu mülkiyetine geçirileceğini belirtmektedir.

Henüz yeni yürürlüğe girmiş İmar Kanunu'nun 13. maddesinin olası sonuçlarının, kamulaştırmasız elatmanın tarihi gelişimi kapsamında KK ek madde 1 ve İK m.10 çerçevesinde değerlendirilmesi yerinde olacaktır. İmar Kanunu'nun 13. maddesini yeniden düzenleyen 7181 sayılı Kanun'da, İmar Kanunu 10. maddesi ile Kamulaştırma Kanunu ek madde 1'in yürürlükten kaldırıldığına dair herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bu çerçevede bu maddelerin birlikte uygulanmasının mümkün olup olmadığını ve bunun hukuki sonuçlarını değerlendireceğiz.

Her üç maddenin kapsamındaki taşınmazlar, uygulama imar planındaki tahsis sebebiyle kısıtlamalara maruz kalan taşınmazlardır. Her üç madde de, bu tür taşınmazların kamunun mülkiyetine geçirilmesini ve bu sürecin belirli bir sürede gerçekleştirilmesini öngörmektedir. İK m.10, yapı yasağı olan-olmayan ayrımı gözetmeksizin, beş yıllık imar programı kapsamındaki kamu hizmet tesislerine tahsis edilen alanların bu süre içerisinde; KK ek madde 1 ise umumi veya kamu hizmetine tahsis edilmesi sebebiyle mülkiyet hakkının özüne dokunacak şekilde tasarrufu kısıtlanan taşınmazların, uygulama imar planının yürürlüğe girmesinden itibaren beş yıl içerisinde kamulaştırılmasını öngörmektedir. Ancak KK ek madde 1, diğer maddelerden farklı olarak, taşınmazın, uygulama imar planının yürürlüğe girmesinden itibaren beş yıllık süre içerisinde kamu mülkiyetine kazandırılmaması hali için *“her hâlde mülkiyet hakkını kullanmasına engel teşkil edecek kısıtlılığı kaldırarak şekilde imar planı değişikliği yapılır/yaptırılır.”* yükümlülüğünü öngörmektedir. Her bir maddenin amacı, mülkiyet hakkının uygulama imar planlarındaki umumi ve kamu hizmetine tahsisler sebebiyle özüne dokunacak şekilde sınırlandırılmasına ve hukuki elatma niteliğindeki uyuşmazlıkların doğumuna engel olmaktır.

İK m. 10'da, kamu hizmet tesislerine tahsis edilmiş olan yerler için öngörülen beş yıllık imar programı süresi içerisinde kamulaştırma yükümlülüğünün, İK m.13 kapsamındaki yapı yasağı olan veya tahsis amacına uygun özel tesis yapılmayan/yapılamayan taşınmazlar ile sınırlı şekilde anlaşılması, metodolojik açıdan daha uygun olacaktır. Daha sonra yürürlüğe girmiş olan İK m.13, yapı yasağı

olan taşınmazların, aynen İK m. 10’da belirtilen süre içerisinde, kamu mülkiyetine geçirilmesini öngörürken, üzerine tahsis amacına uygun özel tesis yapılabilen taşınmazlar için azami bir süre öngörmemiştir<sup>315</sup>. Diğer yandan kamu mülkiyetine geçirilmesi gereken bu taşınmazlarla ilgili sürecin, İK m. 13 uyarınca, en fazla bir yıl daha ötenebilmesi mümkün olmalıdır<sup>316</sup>. İmar Kanunu’nun 10. maddesindeki “... *diğer kanunlarla verilen haklar devam eder.*” ifadesi de, Medeni Kanun ve diğer kanunlardan doğan mülkiyet hakkı ile ilgili yetkilerin, ancak 13. maddede öngörülen sınırlandırmalar ışığında kullanılabileceği şeklinde anlaşılmalıdır.

İK m.13 ile KK ek madde 1 düzenlemesinin ise birlikte uygulanabileceği kanaatindeyiz<sup>317</sup>. KK ek madde 1’in İK m.13’teki boşlukları, İK m.13’ün de KK ek madde 1’deki boşlukları doldurarak birbirini tamamladığı kabul edilebilir. 7181 sayılı Kanun ile değişik İK m.13, yapı yasağı bulunan taşınmazların kamunun mülkiyetine kazandırılması için beş yıllık imar programını baz almaktadır. Ancak imar planının hayata geçmesinin zamana yayıldığı, farklı zaman dilimlerini kapsayan birden fazla beş yıllık programın var olduğu durumlarda, bu taşınmazlara hangi program kapsamında yer verileceğine veya imar programları hazırlanırken bu tür alanlara öncelik tanınacağına dair hüküm bulunmamaktadır. Bu taşınmazları konu alan programın, ikinci/üçüncü beş yıllık program olması, kısıtlılık süresini belirsizleştirecektir. Diğer yandan imar programının süresinde hazırlanmaması veya süresinde hazırlanmış olan program kapsamındaki yapı yasağı olan taşınmazın, beş yıllık imar programı süresi içerisinde (ve bir yıl uzatma hakkı çerçevesinde) kamu mülkiyetine geçirilmemesi hallerine ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir<sup>318</sup>. Bu hal de, İmar Kanunu’nun 13. maddesinin ilk halindeki 1. ve 3.

<sup>315</sup> Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, kanunkoyucu, bu tür tahsis alanlarında, tahsis amacına uygun özel tesis yapılması halinde, mülkiyet hakkının özüne dokunacak bir kısıtlama olmayacağı kanaati ile herhangi bir azami süre belirtmekten imtina etmiş olabilir. Bkz. Giriş, B., 2., 2.2.

<sup>316</sup> Kasarcı, İmar Kanunu 13/3. maddesindeki “en fazla bir yıl uzatılabilir” ifadesinin, aynı Kanun’un 10. maddesindeki beş yıllık sürenin bir yıl daha uzatılabileceği neticesi doğurduğunu belirtmektedir. Kasarcı, s.31.

<sup>317</sup> Gürsel, İmar Kanunu 13. maddesindeki değişiklik sonrasında Kamulaştırma Kanunu ek madde 1 hükmünün öneminin kalmadığını belirtmektedir. Bkz. Gürsel, s.639-642.

<sup>318</sup> İK m. 10’daki üç aylık süre içerisinde imar programının hazırlanması ve imar programında kapsamında yer alıp da İK m. 10 gereğince kamulaştırılması gereken taşınmazın kamulaştırılmaması kanuni yükümlülükler aykırılık teşkil eder. Kanuni yükümlülüklerin gereğinin yapılmaması, idare ve/veya kamu görevlisinin idari, hukuki ve cezai sorumluluğuna sebebiyet verebilmektedir. Ancak bu sorumlulukların gereği gibi işletilmemesi veya işletilse bile taşınmaz üzerindeki kısıtlılığın devamına engel bir mekanizmanın öngörülmemesi, problemlere sebebiyet verebilecektir.

fıkralarının iptaline gerekçe olan<sup>319</sup>, İmar Kanunu’nun 10. maddesinin, imar plânlarının tümünün hangi süre içinde programa alınarak uygulanacağına ilişkin kuralları yer vermemesi sebebiyle, İK m.13/2 ve 3’te öngörülen yapı yasaklarının belirsiz bir süre için devam etmesi neticesi doğurabilecektir. İK m.13, umumi veya kamu hizmetine tahsis edilip de yapı yasağı bulunmayan ancak özel tesis yapılmadığı/yapılamadığı için mülkiyet hakkının özüne dokunacak şekilde kısıtlanan taşınmazların hangi süre içerisinde kamunun mülkiyetine kazandırılacağı ile ilgili olarak da bir hüküm içermemektedir. KK ek madde 1 ise uygulama imar planındaki tahsis sebebiyle mülkiyet hakkının özüne dokunulup dokunulmadığına odaklanmaktadır. Mülkiyet hakkının özüne dokunacak şekilde tasarrufu hukuken kısıtlanan taşınmazların kamulaştırılmasını öngörmektedir. Ancak madde kapsamındaki taşınmazların kamulaştırma dışında diğer imar uygulama araçları ile kamuya kazandırılmasının mümkün olup olmadığı hususu belirsizlik arz etmektedir.

İK m.13 ile KK ek madde 1 hükmü birlikte değerlendirildiğinde, uygulama imar planında düzenleme ortaklık payına konu olacak bir kullanıma tahsis edilen taşınmaz, yapı yasağı bulunduğu veya tahsis amacına uygun özel tesis yapılmadığı veya yapılamadığı için mülkiyet hakkının özüne dokunacak şekilde kısıtlamalara maruz kalmakta ise, uygulama imar planının yürürlüğe girmesinden itibaren beş yıllık süre içerisinde, en fazla bir yıl ertelenebilmek kaydıyla<sup>320</sup>, imar programı kapsamında arazi ve arsa düzenlemesi, trampa ya da satın alma usulüyle kamulaştırmak suretiyle kamuya kazandırılması gerektiği sonucuna ulaşılabiliriz. Aksi halde, diğer bir deyişle, taşınmazın belirtilen sürede kamu mülkiyetine geçirilmemesi halinde ise “*mülkiyet hakkını kullanmasına engel teşkil edecek kısıtlılığı kaldıracak şekilde imar planı değişikliği*” yapılmalı veya yaptırılmalıdır. Yeni yürürlüğe girdiği için az sayıda da olsa, 7181 sayılı Kanun ile değişik İK m.13’ü konu alan yargı kararlarında<sup>321</sup>, İK m. 10 ve 13 ile KK ek madde 1 hükümlerine atıf yapılmış ve taşınmazın kamuya kazandırılması için tanınan beş yıllık sürenin hesabında, imar programları değil, imar

<sup>319</sup> Bkz. AYM 1999/33 E., 1999/51 K., 29.12.1999 T. kararı (RG. T.29.06.2000, S.24094).

<sup>320</sup> Çabuk/Çakmak/Şengöz, İK m. 13’teki bir yıllık ek sürenin, Kamulaştırma Kanunu ek madde 1’e aykırı olduğunu belirtmektedir. Çabuk/Çakmak/Şengöz, s.36.

<sup>321</sup> Bkz. Danıştay 6. D. 2019/18613 E., 2020/12057 K., 3.12.2020 T. karar; Danıştay 6. D. 2016/12397 E., 2020/13530 K., 23.12.2020 T. karar ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 12.9.2021). Bu yaklaşım, Danıştay’ın, AYM’nin 1999/33 E., 1999/51 K., 29.12.1999 T. kararı sebebiyle oluşan hukuki boşluğu doldurmaya yönelik 2011 yılından itibaren verdiği kararlar ile uyum arz etmektedir. Kararlar için bkz. I. Bölüm, B., 5.

planının yürürlüğe girdiği tarih baz alınmıştır. Kararlara yansıyan bu yaklaşım, dikkate değerdir.

## C. KAMULAŞTIRMASIZ ELATMANIN TANIMI, UNSURLARI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

### 1. KAMULAŞTIRMASIZ ELATMANIN TANIMI<sup>322</sup>

“*Kavramsal Tercih*” başlığı altında ifade ettiğimiz üzere, bir olgunun kavramsallaştırılması titizlikle yürütülmesi gereken bir süreçtir. İnceleme konumuzun “*kamulaştırmasız*” ifadesi ile kavramlaştırılması, idarelerin, taşınmaz malikini mülkiyet hakkından yoksun kılma neticesini doğuran en temel hukuki yolunun kamulaştırma olduğunu hatırlatmakta, hukuka uygun kamulaştırma işlemi yapılmaksızın taşınmaz şey üzerindeki mülkiyet hakkına müdahalede bulunulduğuna işaret etmektedir<sup>323</sup>. “*Elatma*” ifadesi ise bu müdahalenin, kamulaştırma gibi mülkiyet hakkından yoksun kılmanın hukuka uygun usulü kullanılmaksızın, mülkiyet hakkından yoksunluk neticesi doğurmasını ifade etmektedir. Elatma kavramı, taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkının hukuken var olmasına rağmen netice itibarıyla fiilen mülkiyet hakkından malik sıfatı ile yararlanılamaması anlamını karşılamaktadır. Herhangi bir olay ya da nesne için tercih edilen/kullanılan kavramın tanımlanması ve tarif edilmesi de oldukça titiz bir çalışmayı gerektirmektedir. Tanımlamak, kavramın kapsamında yer alan olay ve nesnelerin ortak özelliklerini bir çerçeve içerisinde tek bir cümle ile aktarmak, tarif etmek ise o oluşun parçalarını, bir araya gelme sıra ve oranlarını ve nihai aşamada takdim süreçlerini ifade etmektedir<sup>324</sup>. Bir kavram için tercih edilen kelimelerin anlamsal çerçevesi, kavramla ilgili zihinlerdeki ilk intibai

<sup>322</sup> “*Türk Hukuku’nda Kavramın Tarihsel Gelişimi*” başlığı altında, Türk Yargısının kavrama ilişkin tanımlamasına yer verdiğimiz için, “*Kamulaştırmasız Elatmanın Tanımı*” başlığı altında, sadece Türk Doktrini tarafından yapılan tanımlara yer verilecektir.

<sup>323</sup> Bu bakış açısından hareketle Özdemir, kamulaştırmasız elatma kavramını, idarenin kamulaştırma yapması gereken bir durumda kamulaştırma yapmadığı ya da tamamlamadığı için ortaya çıkan hukuka aykırı bir durum şeklinde ifade etmektedir. Özdemir, s.122. Yücel de, “*Kamulaştırmaya ilişkin ilkeler anayasada düzenlenmiş ve kamulaştırmaya ilişkin esas ve usuller ise Kamulaştırma Yasası ile ayrıntılı olarak düzenleme bulmuştur. Bu açıklamalar ışığında mülkiyet hakkının hukuka uygun sınırlamasının kamulaştırma olduğunu, bu ilkelere ve usule uymadan mülkiyet hakkına el atılmasının ise kamulaştırmasız el atma olacağını ve bu nedenle temel hakların ihlaliyle sonuçlanacağını söylemek olanaklıdır.*” demektedir. Yücel, s.850.

<sup>324</sup> Erdoğan, s.56-57. Yazar, tanım ve tarif arasındaki ayrımı bir pasta örneği üzerinden göstermekte ve “*Kısaca bir nesnenin kavramına sahip olmak demek hakikatini (ideayı) bilemesek de onu tanımlamak ve tarif etmek demektir.*” demektedir.

oluşturması açısından önemlidir. Kavramın olgusal düzlemde sınırlarının belirlenmesi anlamına gelen tanımlama ve parçalarına ayırarak analiz etme mahiyetindeki tarif etme, akademik/doktriner çalışmaların belkemiğini oluşturmaktadır.

Türk Doktrininde kamulaştırmaksız elatma kavramının tanımlandığı ve varlık koşulları olan unsurlarının belirlenerek tarif edilmeye çalışıldığı pek çok çalışma bulunmaktadır. Kavramın tarihsel gelişimini ele aldığımız bölümde incelediğimiz Yargıtay’ın içtihadı birleştirme kararlarının henüz yürürlüğe girmediği bir aşamada konuyu işleyen Oğuzman<sup>325</sup>, “taşınmazın kamulaştırma yapılmaksızın kamu malı haline gelmesi” ifadesini kullanmakta, ancak kavramı tanımlamamaktadır. Yazar<sup>326</sup>, henüz “hukuki elatma” diye bir ifadenin kullanılmadığı dönemde, arsası kamulaştırılmaksızın yeşil saha olarak ayrılan taşınmazı konu alan Uyuşmazlık Mahkemesi’nin 1953/6 E., 1953/10 K., 26.2.1953 T. kararı<sup>327</sup> ile ilgili değerlendirmesinde, “... kanaatimizce de bir tefrik yapılmak gerekir. Bu da tasdikli şehir planı ile yeşil saha olarak ayrıldığı bildirilen arsanın fiilen park haline kalbedilmiş olup olmadığıdır.” demektedir. Yazarın bu ifadesinden, kavramı, salt fiilen elatma vakalarını kapsayacak şekilde değerlendirdiği anlaşılmaktadır. Onar<sup>328</sup> ise “fiili istimlâk” kavramını kullanmakta ve idarenin bir ferde ait taşınmazı bilerek veya bilmeyerek kamulaştırma usulü ve kaidelerine riayet etmeksizin ve bir bedel ödmeden fiilen işgal ederek bir amme hizmetine tahsis etmesi ve üzerine birtakım bayındırlık eserleri husule getirmesi olarak tanımlamaktadır. “Türk Hukuku’nda Kavramın Tarihsel Gelişimi” başlığı altında da görüleceği üzere, YHGK’nin 2010/5-662 E., 2010/651 K., 15.12.2010 T. kararına kadarki süreçte, kavram, yargısal makamlar tarafından salt fiili elatma olgusu üzerinden değerlendirilmiştir. Buna

<sup>325</sup> Bkz. Oğuzman, s.809-820.

<sup>326</sup> Oğuzman, s.818-819. Yazar, somut olay özelinde, taşınmaz fiilen park haline getirilmemiş ise iki ihtimalin söz konusu olduğunu; ferdin sırf tahsis işlemine itiraz etmek istemesi halinde idari yargıda iptal davası açmasının mümkün olduğunu ya da tahsis sebebiyle arsasında inşaat yapmasına izin verilmemesi sebebine dayanarak izin vermeme kararının iptalini veya bu karar dolayısıyla uğradığı zararın tazminini talep etmesinin mümkün olduğunu belirtmektedir.

<sup>327</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi 1953/6 E., 1953/10 K., 26.2.1953 T. kararında, dava konusu ile ilgili olarak “Şehir plânının Belediyece tanzimi ve İcra Vekilleri Heyetince tasdiki idari bir tasarruf bulunduğu ve davacılar vekili de bu idari tasarrufla müvekkillerinin gayrimenkulu istimlak edilmeden yeşil saha olarak ayrılması sebebiyle bedelinin tahsilini istediğine ve idarî fiil ve kararlardan hukuki muhtel olanlar tarafından açılacak dâvaların Devlet Şûrasında görüleceği Devlet Şûrası Kanununun 23 üncü maddesinde yazılı olduğuna göre dâvaya bakmak Adalet Mahkemesinin görevi dışında bulunduğundan görevli olduğuna dair kararının kaldırılmasına 26/2/1953 tarihinde ekseriyetle karar verildi.” şeklinde hüküm vermiştir (RG. T.13.4.1953, S.8384).

<sup>328</sup> Onar, s.1558.

paralel şekilde, bu karara kadarki süreçte, doktrin de, kavramı, sadece fiili elatma olgusu üzerinden, bu olgu ile sınırlı şekilde tanımlamıştır. Aşağıda görüleceği üzere, tanımlamaların bir kısmı, kamulaştırma işleminden hareket edilmek suretiyle yapılmaktadır. Yapılan tanımlar, kapsam olarak birbirine oldukça yakındır. Mevcut farklılıklar, yazarların, fiili elatma olgusunu izah etmek için tercih ettiği yaklaşımla ilgilidir. Fiili elatma olgusunu, *kimi yazarlar*<sup>329</sup>, taşınmaz zilyetliğinin idareye geçmesi şeklinde ifade ederken, *diğer bazı yazarlar*<sup>330</sup>, taşınmaz üzerinde tasarrufta bulunulması, hak sahibinin kullanımına engel olunması şeklinde ifade etmiştir. *Kimi yazarlar da*<sup>331</sup>, taşınmaz üzerine tesis yapılması gibi somut örneklerden hareketle olguyu izah etmiştir. Tanımlamalarında fiili elatma olgusunu, zaman unsuruna vurgu yaparak, kalıcı, süreklilik arz edecek şekilde bir müdahalenin varlığı üzerinden tanımlayan yazarlar<sup>332</sup> olduğu gibi sahiplenme kastıyla hareket edilmesi gerekliliğini vurgulayan yazarlar<sup>333</sup> da bulunmaktadır.

<sup>329</sup> *Düren*, kamulaştırmaksız elatma olgusunda, taşınmazın zilyetliğinin, malik veya zilyedin rızası olmaksızın sürekli veya geçici bir süre için idareye geçtiğini, idarenin taşınmazın maliki veya zilyedi imiş gibi bazı eylemlere giriştiğini belirtmektedir. Akın Düren, **Devletin Mülkiyete El Atmasından Doğan Tazmin Yükümlülüğü**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1977, s.70. *Ulusoy* da kavramı, “gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerinin mülkiyetinde bulunan taşınmaz malların, kaynakların ve irtifak haklarının devlet veya kamu tüzel kişilerin herhangi bir kamulaştırma kararı olmaksızın ve kamulaştırma işlemi yapılmaksızın veya kamulaştırma işlemine başlanılmış fakat tamamlanmamış olduğu halde hukuka aykırı olarak mülkiyet hakkına fiilen el atılması ve zilyetliğin ortadan kaldırılması” olarak tanımlanmaktadır. *Ulusoy*, Kamulaştırmaksız El Atma, s.8.

<sup>330</sup> *Arcak/Doğrusöz*, kamulaştırmaksız elatma kavramını, “9 Ekim 1956 tarihinden sonra kamulaştırma işlemi yapılmaksızın ve bir yasa hükmüne dayanmaksızın idarenin taşınmaz mal üzerinde fiilen tasarrufa başlaması ve asıl mal sahibinin kullanma hakkına engel olması veya bu hakkı ortadan kaldırmış bulunmasıdır.” şeklinde belli bir tarihten sonra gerçekleşen vakalar ile sınırlı ele almaktadır. *Arcak/Doğrusöz*, s.19. *Şahin* ise, kamulaştırmaksız elatmadan bahsedebilmek için özel mülkiyetteki bir taşınmazda malik veya zilyet gibi tasarrufta bulunulması, hiç değilse taşınmazın belli bir süre malikinin tasarrufundan alıkonulması gerektiğini ifade etmektedir. *Şahin*, s.29.

<sup>331</sup> *Böke*, “fiili kamulaştırma” veya “dolayısıyla kamulaştırma” olarak ifade ettiği olguyu, idarenin özel mülkiyet konusu bir taşınmazı, kamulaştırmaya başvurmaksızın iradi veya gayri iradi bir şekilde fiilen işgal ederek bir kamu hizmetine tahsis etmesi ve üzerinde kalıcı tesis gerçekleştirmesi olarak tanımlamaktadır. *Böke*, s.29. *Ayanoğlu* ise iptal edilen Kamulaştırma Kanunu’nun 38. maddesine atıfta bulunarak, “kamulaştırma yapılmış, ancak işlemleri tamamlanmamış veya kamulaştırma hiç yapılmamış iken kamu hizmetine ayrılarak veya kamu yararına yönelik bir ihtiyaca tahsis edilerek taşınmaz üzerinde tesis yapılması” şeklinde izah etmektedir. *Ayanoğlu*, s.60. *Yazar*, kavramı, idarenin kamulaştırma yoluna gitmeden ya da geçici işgal koşullarını yerine getirmeden özel mülkiyet konusu taşınmaz mallara elatması şeklinde de izah etmektedir. *Ayanoğlu*, s.72.

<sup>332</sup> *Akkaya* ise kamulaştırmaksız elatma olgusunu “fiilen el atma” olarak adlandırmakta ve kamulaştırma yetkisi olan idarelerin, sahiplenme kastıyla özel hukuk kişinin mülkiyeti altındaki taşınmaza elatması olarak belirtmektedir. *Akkaya*, s.176.

<sup>333</sup> *Akar*, söz konusu olgunun var olabilmesi için kamulaştırma yetkisine sahip gerçek kişi veya özel veya kamu tüzel kişiliği bulunan idareler tarafından, kendilerine ait olmayan (diğer bir kamu tüzel kişiliğinin malik olduğu taşınmaz da dâhil olmak kaydıyla) taşınmazlar üzerinde kamulaştırma yapılmaksızın, malikin tasarrufta bulunmasını engelleyecek şekilde daimi olarak elatılıp, kamu

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2010 yılındaki kararından sonra ise kamulaştırmасız elatma olgusu ile ilgili tanımlamaların, iki temel gruba ayrıldığı görölmektedir. Kamulaştırmасız elatma kavramını, salt fiili elatma olgusu ile sınırlandıran, hukuki elatma olarak anılan olguları kavramın dışında, ayrı bir başlık altında ele alan yazarlar olduğu gibi YHGK kararına konu olan hukuki elatma olgusunu da kapsamına alacak şekilde tanımlayan yazarlar da bulunmaktadır. Kamulaştırmасız elatmayı salt fiili elatma olgusu ile sınırlı şekilde ele alan görüş sahipleri, fiili elatma olgusunu, taşınmaz zilyetliğinin ele geçirilmesi/zilyetliğe elatılması<sup>334</sup>, taşınmazın fiilen işgal edilmesi/elatılması<sup>335</sup>, malikin kullanma hakkına engel olunması<sup>336</sup> veya taşınmaz üzerine tesis yapılması/taşınmazın kamu hizmetine

hizmetine tahsis edilmesi veya üzerine tesis yapılması gerektiğini belirtmektedir. Bkz. Zeki Akar, **En Son Değişikliklerle Gerekçeli-Açıklamalı-İçtihatlı Kamulaştırma ve Kamulaştırmасız El Atma Davaları**, Cilt II, Ankara, Turhan Kitabevi, 2007, s.1613-1614.

<sup>334</sup> Erol, doktrindeki tanımlara atıf yapmak suretiyle kamulaştırmасız elatma olgusunu, idarenin, kamulaştırma usulünü işletmeksizin iradi ya da irade dışı bir eylemle, özel mülkiyete tabi bir taşınmazın zilyetliğini (hâkimiyetinin) el geçirme hali olarak ifade etmektedir. Erol, s.195. Akgüner/Berk ise, taşınmazların kamulaştırılmadan kamu hizmetine ayrılması şeklinde ifade ettiği olgunun, idarenin hukuka uygun bir amacı için, özel kişilerin sahip olduğu bir taşınmazın zilyetliğine, hukuka aykırı bir biçimde elatması ve bu elatmanın kamu hizmetlerinin sürekliliği ilkesi uyarınca vazgeçilmez olması durumlarında ortaya çıkacağını belirtmektedir. Akgüner/Berk, s.933.

<sup>335</sup> Gözler, kavramı, bir kamu tüzel kişinin özel mülkiyette bulunan bir taşınmazı kamulaştırma işlemi yapmaksızın fiilen işgal etmesi olarak tanımlamaktadır. Gözler, İdare Hukuku Cilt II, s.1014. Karaca, kavramı, 9.10.1956 tarihinden sonra idarenin kamulaştırma işlemine başvurmaksızın yahut kamulaştırma işlemine başlayıp bu işlemde vazgeçse bile özel kişinin mülkiyetindeki taşınmaza kalıcı olarak fiilen elatıp özel hukuk kişinin mülkiyet hakkına müdahale etmesi olarak tanımlamaktadır. Egemen Karaca, "Kamulaştırmасız El Koymanın Unsurları ve Kamulaştırmасız El Koymaya Karşı Yargısal Başvuru Yolları", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Temmuz-Ağustos 2018, Y.31, S.137, s.275-276, 278-279. Yazar, "hukuki el koyma" olarak adlandırılan olguyu mülkiyet hakkının "... hukuksal nedene dayanılmadan ancak hukuki bir işlemle kısıtlandığı haller" olarak ifade etmekte ve bu hallerde mülkiyet hakkı ihlali bulunduğu hususunda YHGK'nın 2010 yılında verdiği karar ile aynı kanaatte olduğunu açıklamaktadır. Ancak bu tür vakaların, Uyuşmazlık Mahkemesi'nin idari yargının görevli olduğu yönündeki kararları ile Kamulaştırma Kanunu ek madde 1 düzenlemesi dikkate alındığında, kamulaştırmасız elatma kapsamında kabul edilmesinin mümkün olmadığını, başka bir başlık altında incelenmesi gerektiğini belirtmektedir. Karaca, Yargısal Başvuru Yolları, s.276-277.

<sup>336</sup> Özkaya, kamulaştırmaya yetkili bir kamu kuruluşunun yasalara uygun biçimde kamulaştırma işlemi yapmaksızın, özel mülkü, bir kamu hizmetine tahsis etmek veya üzerine herhangi bir tesis ya da yapı yapmak suretiyle malikin kullanma hakkına engel olması olgusunu kamulaştırmасız elatma olarak ifade etmektedir. Eraslan Özkaya, **Açıklamalı-İçtihatlı Elatmanın Önlenmesi Davaları 3**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019, s.993.



tahsis edilmesi<sup>337</sup> şeklinde ifade etmektedir. Bu kapsamda *kimi yazarlar*<sup>338</sup> ise kamulaştırmatsız elatmayı, hukuka uygun ve hukuka aykırı kamulaştırmatsız elatma şeklinde ikiye ayırmakta ve çalışma konumuz olan mevzuuyu hukuka aykırı kamulaştırmatsız elatma kapsamında tanımlamaktadır. Hukuki elatma olgusunu da kapsayan tanımlamalarda ise, özel olarak fiili elatma olgusunun nasıl ifade edildiğinden ziyade, hukuki elatmanın nasıl ifade edildiğine yoğunlaşmak yerinde olacaktır. Hukuki elatma olgusu için mülkiyet hakkının ölçüsüz şekilde sınırlandırılması<sup>339</sup>, malikin taşınmazı dilediği gibi kullanma hakkına müdahale

<sup>337</sup> Ayhan, kavramı, “...idarenin hukuki bir dayanağı olmaksızın bireylerin taşınmazlarına el atması gibi arzu edilmeyen bir durumun ardından bu taşınmazların kamu hizmeti ile kaynaşarak ve kamu yararına tahsis edilerek kamu malı niteliğini kazanan ve yargı mercilerinin taşınmazın bedelinin yanı sıra mülkiyetin idareye geçmesine karar vermesiyle birlikte adeta ‘dolaylı’ olarak kamulaştırılan taşınmazlara ilişkin fiili bir durumdur.” şeklinde izah etmektedir. Bkz. Ayhan, Dolayısıyla Kamulaştırma, s.1129, 1134. Tural da, kamulaştırmatsız elatma kavramını, “idarenin, bir kişiye ait taşınmazı bilerek veya bilmeyerek kamulaştırmaya ilişkin usul ve kurallarına uymaksızın ve bir bedel ödemeksizin işgal ederek kamu hizmetine tahsis etmesi” şeklinde tanımlamaktadır. Erhan Tural, “Kamulaştırmatsız El Atma Davalarında Yargılama Sürecindeki Son Gelişmeler”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, S.7, Haziran 2016, s.1108. Çınar, kavramı, “kamulaştırma yetkisine sahip idarelerin kamulaştırma yapmaksızın, başkasına ait bir taşınmaza kalıcı olarak el atması veya kamu hizmetine tahsis etmesi ya da bu amaçla üzerine bir tesis inşa etmesi” şeklinde tanımlamaktadır. Çınar, s.3.

<sup>338</sup> Günday, kamulaştırmatsız elatma olgusunu, hukuka uygun ve hukuka aykırı şeklinde ikili ayrıma tabi tutmakta ve konumuz olan hukuka aykırı kamulaştırmatsız el koymayı, idarenin özel mülkiyette bulunan bir taşınmaz mala malik veya zilyet gibi tasarrufta bulunması ya da taşınmazı hiç olmazsa belli bir süre sahibinin tasarrufundan alıkoyması şeklinde izah ederken, taşınmaza yönelik bir anlık veya kısa süreli müdahalelerin kamulaştırmatsız elatma kabul edilmeyeceğini de belirtmektedir. Günday, İdare Hukuku, s.276-281. Akyılmaz/Sezginer/Kaya da olguyu, hukuka uygun ve hukuka aykırı kamulaştırmatsız elatma şeklinde ele almakta ve idarenin usulüne uygun olarak aldığı bir kamulaştırma kararı olmaksızın ve yasal bir dayanağı bulunmaksızın özel mülkiyette bulunan taşınmazlara elatması halinde hukuka aykırı kamulaştırmatsız elatmanın varlığından bahsetmektedir. Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s.693.

<sup>339</sup> Çabri, idarenin kamu hizmetlerinin görülmesi için ihtiyaç duyduğu taşınmazları kamulaştırma işlemi olmaksızın veya kamulaştırma işlemine başlamakla birlikte bu işlemi sonuçlandırmaksızın özel hukuk kişilerine ait taşınmazlara el atmasını veya taşınmaza fiili olarak el atmasa da mülkiyet hakkının vermiş olduğu yetkileri kanunda öngörülenin üzerinde aşırı sınırlamasını kamulaştırmatsız elatma olarak tanımlamaktadır. Çabri, Kamulaştırmatsız El Atma, s.87.

edilmesi<sup>340</sup>, kullanımın uzun süre kısıtlanması<sup>341</sup> veya hukuken elatılması<sup>342</sup> ifadelerinin kullanıldığı görülmektedir. Bütün bu tanımlama çalışmalarında<sup>343</sup>, görüş sahiplerinin, kavramla ilgili bir çerçeve çizmeye çalıştıkları, özellikle hukuki elatma şeklinde ifade edilen olgunun kavramın kapsamına girip girmediğine ilişkin kanaatlerine göre tanımlamaların değiştiği gözlemlenmektedir. “*Türk Hukuku’nda Kavramın Tarihsel Gelişimi*” başlığında ele aldığımız üzere, yargı makamlarının kavrama ilişkin yaklaşımındaki değişim ve dönüşüm, benzer şekilde doktrin çalışmalarında da kendisini göstermiştir.

Kamulaştırmasız elatmanın tanımını yapmadan ve kapsamı ile ilgili kanaatimizi açıklamadan önce bir hususa açıklık getirmekte fayda bulunmaktadır. Kamulaştırma, kamu hukukuna tâbi tüzel kişiler tarafından, kamu yararının gerektirdiği hallerde, özel mülkiyete tabi taşınmazın gerçek bedeli ödenmek ve Kamulaştırma Kanunu’nda yer

<sup>340</sup> *Avcı*, kamulaştırmasız elatma kavramının “*dolayısıyla kamulaştırma*” olarak anıldığını, idare tarafından kanunda öngörülen usul ve esaslara uyularak tesis edilmiş bir kamulaştırma işlemine dayanmaksızın taşınmaza kamu hizmetinde kullanılmak amacıyla fiilen el atılmış olması hali gibi taşınmazı bir hizmete özgüleyerek, mal sahibinin taşınmazı üzerinde dilediği gibi kullanma hakkına karşı girişimde bulunulmuş olmasının da kamulaştırmasız elatma kapsamında ele alınabileceğini belirtmektedir. *Avcı*, s.1. *Şaşı* da kamulaştırmasız elatmayı, kamulaştırmaya yetkili devlet kamu tüzel kişilerinin, kamu kurumları veya kamu yararı bulunması halinde adlarına kamulaştırma yapılacak gerçek ve özel hukuk tüzel kişilerinin, Anayasa’ya ve yasalara uygun bir kamulaştırma işlemi yapmaksızın, bir kimsenin mülkiyetinde bulunan taşınmaz malına sahiplenme kastı ile ve kalıcı olarak elatıp taşınmaz üzerine bir tesis veya bina yapması yahut da o taşınmaz malı bir hizmete tahsis ederek mal sahibinin taşınmaz üzerinde dilediği gibi kullanma hakkını engellemesi olarak tanımlamaktadır. *Şaşı*, s.302. Ancak *Yazar*, Yargıtay HGK’nın 2010 yılında verdiği kararda hukuki elatmayı fiili elatma ile bir tutmasını eleştirerek, hukuki elatmada tasarruf yetkisinin önemli ölçüde sınırlandığını ancak ortadan kalkmadığını, bu sebeple bu iki olgunun aynı sebebe dayandırılmasını doğru bulmadığını belirtmektedir. *Şaşı*, s.326-327. *Temel*, kamulaştırmasız elatma olgusunu, bir taşınmazın, kamulaştırma yetkisine sahip idareler tarafından sahiplenmek kastıyla daimi olarak kamu hizmetine tahsis edilmesi olarak ifade etmektedir. *Temel*, s.493. Ancak *Yazar*, yargı kararlarından hareket ederek, hukuki elatma kavramının da bu kapsamda ele alındığını ve hukuki elatmada taşınmazın kullanımının malikte olmasına rağmen kullanım hakkının kısıtlandığını belirterek, hukuki elatma olgusunu, dar bir çerçevede de olsa, “*Belediyelerce yapılan imar planlarının fiilen uygulamaya geçirilmemesi ve yıllarca suskun kalınması, kamulaştırma işleminin yapılmaması ile özel mülkiyetteki taşınmazlardan yararlanmanın kısıtlanarak el atmaksızın müdahale edilmesidir*” şeklinde tanımlamaktadır. Bkz. *Temel*, s.534, 699-701.

<sup>341</sup> *Yalçınduran*, “... idarenin, özel mülkiyette bulunan taşınmazlara kişinin mülkiyet hakkını kısıtlayacak şekilde müdahale etmesidir. Bu müdahale, herhangi bir yasal dayanağı bulunmaksızın fiilen el koyma şeklinde olabileceği gibi el koymanın yasal bir dayanağı bulunmakla beraber mülkiyet hakkının vermiş olduğu yetkilerinin kullanılmasının uzun süre kısıtlanmasına yol açacak tarzda hukuken el koyma şeklinde de olabilir.” ifadesiyle kavramın çerçevesini belirlemektedir. *Yalçınduran*, Kamulaştırmasız El Koyma, s.23.

<sup>342</sup> *Hayta* da, özel hukuk kişisine ait bir taşınmaza, kamulaştırma yetkisine sahip idare tarafından kamu yararı saikiyle fiilen veya hukuken sürekli olarak el konulması olgusunu, kamulaştırmasız elatma olarak kavramsallaştırmaktadır. Bkz. *Hayta*, s.384-393.

<sup>343</sup> Kavram ile ilgili diğer tanımlamalar için bkz. *Çetintaş*, s.28, 34; *Karaca*, Kamulaştırmasız El Atma, s.24; *Yavuz Çakır*, **Kamulaştırmasız El Atmanın Mülkiyet Hakkı Bakımından Anayasal İncelenmesi**, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2019, s.35.

alan idari ve yargısal usul ve esaslara riayet edilmek suretiyle gerçekleştirilen, taşınmazın tamamı veya bir kısmı üzerinde özel mülkiyeti sona erdiren ve taşınmaz üzerinde kamu mülkiyetinin doğumuna sebebiyet veren veya irtifak hakkı kurmak suretiyle mülkiyet hakkını sınırlandıran bir hukuki müdahale modelidir. Bu müdahale modeli, idari ve yargısal usul ve esasları bünyesinde barındıran karma bir hukuki işlemdir. Kamulaştırmasız elatma ise kamu hukukuna tâbi tüzel kişiler tarafından herhangi bir hukuki dayanağı olmaksızın gerçekleştirilen ve taşınmaz mülkiyetinden yoksun kalma neticesi doğuran eylemdir. Hukuki dayanağının bulunmaması sebebiyle de hukuka aykırıdır. Mülkiyet hakkından yoksun bırakma neticesi doğuran kamulaştırma, hukuka uygun bir idari işlem iken kamulaştırmasız elatma hukuka aykırı bir eylemdir. Kamulaştırma, öngördüğü usul ve esaslar ile malikin mülkiyet hakkı için güvence mekanizması kurgulanmışken, kamulaştırmasız elatma, malik için öngörülemeyen ve hukuki güvenliği zedeleyen hukuka aykırı bir uygulamadır. Kamulaştırma ile kamulaştırmasız elatma arasındaki niteliksel fark, kamulaştırmasız elatma kavramının tanımlaması ve tarif edilmesi sürecinin kendine has bir çerçevede yürütülmesini gerektirmektedir. Bu sebeple de kamulaştırmasız elatmanın, idari işlemlere özgü unsurlardan, kamulaştırma işlem basamaklarından hareketle tanım ve tarifinin yapılması yaklaşımına katılmamaktayız<sup>344</sup>.

<sup>344</sup> YHGK 2010/5-662 E., 2010/651 K., 15.12.2010 tarihli, hukuki elatma olgusunu tanımlayan emsal niteliğindeki kararda, kamulaştırmasız elatma kavramı, kamulaştırma işlemine özgü idari işlemin unsurlarını temel almak suretiyle tanımlanmıştır. Şöyle ki, “*kamulaştırmasız el atma müessesesi, kaynağını ve dayanağını Anayasa ve yasalardan almayan, mülkiyet hakkının özüne dokunan bir işlemdir. Kamulaştırmada, yöntem olarak Anayasa ve yasalara uygun bir kamulaştırma işlemi yapılması söz konusu iken, kamulaştırmasız el koymada usulüne uygun bir kamulaştırma işleminden söz edilmesi olanaklı değildir. Ancak, kamulaştırmasız el atma ile kamulaştırmanın, konu, amaç ve yetki yönüyle benzer yönleri bulunmaktadır; her iki müessesenin de oluşması için, kamulaştırma yapmaya yetkili devlet kamu tüzel kişileri veya kamu kurumları tarafından kamulaştırma işleminin yapılması veya kamulaştırmasız el atılmış olması gereklidir. Kamulaştırmasız el koymada da, kamulaştırmada olduğu gibi, taşınmazın edinilmesinde kamu yararının bulunması zorunludur. Gerek kamulaştırmanın, gerekse kamulaştırmasız el koymanın konusu sadece özel mülkiyette bulunan taşınmaz mallardır.*” ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 13.11.2019). Ayhan, konu ile ilgili olarak kanaatini şu şekilde açıklamaktadır: “*Kanaatimizce, İdare Hukuku doktrininde idari eylem niteliğini haiz olmadığı kabul edilen idarenin bu hukuk dışı davranışını, kamulaştırma gibi bir idari işleme benzetmek ve her ikisi arasında ortak özelliklerin olduğu sonucuna varmak, en azından idari işlem ve eylem teorisi bakımından mümkün görünmemektedir.*”. Ayhan, Karar İncelemesi, s.144. Başpınar da, kamulaştırmasız elatma halinde, idari işlemden bahsedilemeyeceğini belirtmektedir. Başpınar, s.294. Çabuk/Çakmak/Şengöz de kamulaştırmasız elatmanın, kamulaştırma ile aynı hukuki çerçevede ele alınmaması gerektiği, malik için öngörülemeyen ve hukuki olmayan müdahale riski taşıdığı kanaatindedir. Çabuk/Çakmak/Şengöz, s.43-44.

Kavramın tarihsel süreçte geçirdiği gelişim ve dönüşüm ile mülkiyet hakkına yönelik hak ihlali mahiyetindeki somut müdahale örnekliklerini de dikkate alarak şekillendirdiğimiz yaklaşımımızdan hareketle kamulaştırmасız elatmanın kavramsal çerçevesini şu şekilde çizebilir, şöyle bir tanımlama yapabiliriz:

*“Devlet veya kamu tüzel kişileri tarafından, özel hukuka tabi taşınmaz mülkiyetine<sup>345</sup>, Anayasa veya ilgili kanunlarda öngörölen taşınmaz mülkiyetinden yoksun bırakma neticesi doğuran sınırlandırma araçları<sup>346</sup> hiç veya gereği gibi kullanılmaksızın, yoksun bırakma neticesi doğuracak şekilde müdahale edilmesidir.”.*

Yaptığımız tanımdan hareketle kamulaştırmасız elatmanın unsurlarını aşğıdaki başlıkta ele alacağız. Bu tanımlama ile vurgulamak istediğimiz husus, tezimizin ana önermelerinden de biri olan, kamulaştırmасız elatma kavramının, fiili elatma ve hukuki elatma olgularının her ikisini de kapsayıcı bir anlam içeriğine sahip olması

<sup>345</sup> Kamulaştırmасız elatma ile ilgili tanımlamada, mülkiyet hakkını baz aldık. Giriş Bölümü’nde de belirttiğimiz üzere, ulusal ve uluslararası hukuk metinlerinde temel hak ve özgürlük olarak anılan mülkiyet hakkı ifadesi, sınırlı aynı hakları da kapsayıcı bir içeriğe sahiptir. Bu çerçevede, tanımda yer verdiğimiz “mülkiyet hakkı” ifadesi, sınırlı aynı hakları da kapsayıcıdır.

<sup>346</sup> Daha önce belirttiğimiz üzere, kamulaştırma yoluyla irtifak hakkı tesisini mülkiyet hakkından yoksun bırakma tipi sınırlandırma modeli kapsamında ele alabiliriz. Bu çerçevede kamulaştırma yoluyla irtifak hakkı tesis edilmesi gerekirken, bu işlem yapılmaksızın malikin kullanma ve yararlanma yetkilerinin kullanımının imkânsızlaşması veya aşırı ölçüde güçleşmesi de, kamulaştırmасız elatma ile ilgili verdiğimiz tanım kapsamında yer almaktadır. Anayasa Mahkemesi de *Şevket Karataş*, 2015/12554 B. No., 25.10.2018 T. karar; *AYM Alaattin Ölçer*, 2015/1089 B. No., 22.1.2019 T. kararlarında, kamulaştırma yoluyla irtifak hakkı tesis edilmeksizin taşınmazın üzerinden enerji nakil hattı geçirilmesi olgusunun, taşınmazın bir bölümü olan üstündeki hava veya altındaki arz katmanından mahrum kalınması sonucunu doğurduğundan mülkten yoksun bırakmaya ilişkin ikinci kural çerçevesinde incelenmesi gerektiği belirtilmektedir (bkz. [www.anayasa.gov.tr](http://www.anayasa.gov.tr), 8.7.2020).

gerektiğidir<sup>347</sup> <sup>348</sup>. Bir müdahalenin, kamulaştırmasız elatma kapsamında ele alınabilmesi için taşınmaz mülkiyetinden yoksun kalma neticesi doğurması gerekir. Bu neticeyi doğuracak müdahale ise taşınmaz üzerindeki fiili hâkimiyetin doğrudan ve eylemli olarak sona erdirilmesi şeklinde gerçekleşebileceği gibi fiili hâkimiyet sona erdirilmeksizin eylemsiz kalmak suretiyle mülkiyet hakkından doğan yetkilerin kullanımının imkânsızlaşması veya aşırı ölçüde güçleştirilmesi şeklinde de gerçekleşebilmektedir.

Fiili ve hukuki olarak anılan her iki elatma şeklinde de kamu hukukuna tâbi tüzel kişiliği bulunan idare, Anayasa ve kanun ile kendisine verilen yetkinin dışına çıkarak, hukukun öngördüğü usul ve esasları kullanmaksızın, hukuka aykırı hareket etmek suretiyle mülkiyetten yoksun bırakma neticesini doğurmaktadır. İdare, maliki mülkiyet hakkından mahrum bırakmanın temel modeli olan kamulaştırma (ve diğer mülkiyetten yoksun bırakıcı uygulama araçları) yapması gerekirken, bu usul ve esası

<sup>347</sup> Benzer bir yaklaşımda bulunan yazarlar için bkz. Gürsel, s.619-620, 636-637; Yalçınduran, Kamulaştırmasız El Koyma, s.55-56. *Tutal*, idarenin, “*kanundan doğan kısıtlamaların sınırını aşarak taşınmaza uzun süre kısıtlama getirmesi*” şeklinde ifade ettiği hukuki elatmayı, kamulaştırmasız elatma kapsamında ele almaktadır. Bkz. *Tutal*, s.1112-1115. *Çabri* de kamulaştırmasız elatmanın varlığının kabul edilebileceği haller arasında, taşınmaza fiilen elatılmamakla birlikte mülkiyet hakkının vermiş olduğu yetkilerin kanunda öngörülenin üzerinde aşırı sınırlanması halini zikretmektedir. *Çabri*, Kamulaştırmasız El Atma, s.88-91. *Özdemir* de, her iki olguyu kapsayıcı şekilde tanım yapmakta ve hukuki elatma halinde, idarenin inisiyatifinde olmayan ve kanunla kendisine bir görev olarak verilen kamulaştırmayı yapmamasından kaynaklan bir kamulaştırmasız el atmanın söz konusu olduğunu belirtmektedir. Bkz. *Özdemir*, s. 57-64, 124. Her iki olguyu da kapsayıcı şekilde kamulaştırmasız elatma tanımlamaları için ayrıca bkz. *Çakır*, Kamulaştırmasız El Atma, 35, 54-55; *Çetintaş*, s.28-34; *Karaca*, Kamulaştırmasız El Atma, s.17, 24, 61. *Erol*, Yargıtay HGK kararı sonrasında, hukuki elatma halinde kamulaştırmasız elatmadan bahsetmenin mümkün olduğunu belirterek, bu hali “*imar planı yoluyla kamulaştırmasız elatma*” şeklinde isimlendirmektedir. *Erol*, s.20. *Yıldırım* da, Yargıtay HGK kararı ile ilgili olarak, her iki olgunun kamulaştırmasız elatma olarak nitelendirilmesinin yanlış ve zorlama bir yorum olmadığını belirtmektedir. *Yıldırım*, Kamulaştırmasız El Atma, s.199. Hukuki elatmanın fiili elatmadan farksız olduğu kanaatinin paylaşıldığı yargı kararlarına örnek olarak bkz. Yargıtay HGK 2010/5-662 E., 2010/651 K., 15.12.2010 T. karar; YHGK 2011/148 E., 2011/303 K., 11.5.2011 T. karar ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 12.11.2019).

<sup>348</sup> İdari yargıda, şu an için yerleşmiş olduğunu belirtebileceğimiz içtihat uyarınca, hukuki elatma, kamulaştırmasız elatma kapsamında ele alınmamaktadır. Ancak bir dönem Danıştay, hukuki elatma için hukuki/kamulaştırmasız elatma ifadesini kullanmıştır. İlgili kararlar için bkz. Danıştay 6. D. 2016/2981 E., 2016/1849 K., 18.4.2016 T. karar ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 13.9.2020). Aynı gerekçeyi taşıyan kararlar için bkz. Danıştay 6. D. 2015/11262 E., 2016/1663 K., 13.4.2016 T. karar; Danıştay 6. D. 2015/2884 E., 2016/1449 K., 5.4.2016 T. karar; Danıştay 6. D. 2015/255 E., 2016/1302 K., 24.3.2016 T. karar; Danıştay 6. D. 2015/4089 E., 2016/1231 K., 21.3.2016 T. karar; Danıştay 6. D. 2015/8735 E., 2016/1232 K., 21.3.2016 T. karar; Danıştay 6. D. 2015/7412 E., 2016/1233 K., 21.3.2016 T. karar; Danıştay 6. D. 2015/7487 E., 2016/1229 K., 21.3.2016 T. karar; Danıştay 6. D. 2015/7641 E., 2016/1230 K., 21.3.2016 T. karar; Danıştay 6. D. 2015/6722 E., 2016/1342 K., 29.3.2016 T. karar; Danıştay 6. D. 2015/7394 E., 2016/1436 K., 4.4.2016 T. karar; Danıştay 6. D. 2015/1540 E., 2016/1899 K., 19.4.2016 T. karar; Danıştay 6. D. 2015/7815 E., 2016/1404 K., 31.3.2016 T. karar; Danıştay 5. D. 2015/1565 E., 2016/1022 K., 8.3.2016 T. karar ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 13.9.2020).

kullanmaksızın, maliki taşınmazından yoksun bırakmaktadır. Farklı araçlar kullanılsa da, mülkiyet hakkı üzerinde doğurdıkları neticenin aynı olması sebebiyle her iki müdahalenin de “*kamulaştırmасız elatma*” başlığı altında ele alınması gerektiği kanaatindeyiz. Bu çerçevede kamulaştırmасız elatmanın unsurları, hukuki niteliği ile hüküm ve sonuçlarını, fiili elatma ve hukuki elatma şeklindeki iki farklı modeli dikkate alarak değerlendireceğiz.

## 2. KAMULAŞTIRMASIZ ELATMANIN UNSURLARI

Kamulaştırmасız elatma ile ilgili yaptığımız tanım ışığında kamulaştırmасız elatmanın varlık koşulları olan unsurlarını ve dolayısıyla tarifini ortaya koymalıyız. Mülkiyet hakkına yönelik bir müdahalenin, kamulaştırmасız elatma olarak kabul edilebilmesi için,

- Müdahalenin konusunun ne olduğu,
- Müdahalenin kim tarafından yapılması gerektiği,
- Müdahalenin mahiyet ve yoğunluğunun ne/nasıl olması gerektiği,

hususlarına cevap vermemiz gerekmektedir. Müdahalenin konusu, özel hukuk hükümlerine tabi mülkiyet hakkına konu taşınmaz eşyadır. Taşınmaza yönelik müdahale, idare sıfatıyla anılan kamu hukukuna tâbi tüzel kişiler tarafından, fiili veya hukuki elatma şeklinde ifade edilen ve kural olarak, maliki, mülkiyet hakkından yoksun bırakacak yoğunlukta gerçekleştirilmelidir. Bu çerçevede kamulaştırmanın elatmanın unsurlarını üç başlık altında aşağıda ele aldık.

### 2.1. Özel Hukuk Hükümlerine Tabi Taşınmaz Olmalı

Kamulaştırmасız elatma olgusunun var olabilmesi için, özel hukuk hükümlerine tabi mülkiyet hakkına<sup>349</sup> konu, gerçek kişilerin veya özel hukuk ya da kamu hukukuna tâbi tüzel kişilerin malik bulunduğu taşınmaz eşyaya elatılmış olması gerekmektedir<sup>350</sup>.

<sup>349</sup> Kamulaştırmасız elatma kavramının tanımında da belirttiğimiz üzere, kullandığımız mülkiyet hakkı ifadesi, sınırlı ayni hakları kapsayıcı bir içeriktedir.

<sup>350</sup> Bkz. Gürsel, s.479; Erol, s.194; Tural, s.1110; Çabri, Kamulaştırmасız El Atma, s.88; Yiğit, Kamulaştırmасız El Atma, s.5; İlgezdi, s.31, Mehmet Ali Gölcüklü, **Kamulaştırma Kanunu Serhi, Fiili ve Hukuki El Atma Davaları**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018, s.1208; Çakır,

Kamulaştırmasız elatmanın konusu, fiziki varlık, kapsam ve tabi olunan hükümler açısından Türk Medeni Kanunu ve diğer özel hukuk hükümlerine tabi olan taşınmaz malvarlığı değerleridir. TMK m. 704 uyarınca taşınmaz eşya, arazi, tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar ile kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümlerdir. Taşınmaz ifadesine, TMK m. 718 hükmü uyarınca, taşınmazın maddi kapsamında yer alan yapı, bitki ve kaynaklar da dâhildir.

Kamulaştırmasız elatmaya konu olan taşınmazın malikinin, özellikle de tüzel kişiler açısından, özel hukuk veya kamu hukukuna tâbi tüzel kişi olmasının önem arz edip etmediğinin değerlendirilmesi gerekmektedir. Anayasa'nın "*Kamulaştırma*" başlığını taşıyan 46. maddesinde, kamulaştırmanın konusu, "*özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların tamamı veya bir kısmı*" olarak ifade edilmektedir. Kamulaştırmanın usul ve esaslarının düzenlendiği 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun amaç ve kapsamının belirtildiği 1. maddesinde ise "*gerçek ve özel hukuk tüzel kişilerinin mülkiyetinde bulunan taşınmaz mallar*" ifadesine yer verilmektedir. Anayasa'nın 46. maddesi, kamulaştırmanın konusunu, özel mülkiyete konu olan taşınmaz şeklinde ifade ederken, Kamulaştırma Kanunu, daha dar bir kapsamda, gerçek kişi veya özel hukuk tüzel kişisinin mülkiyetinde bulunan özel mülkiyete konu taşınmazın kamulaştırmanın konusu olabileceğini belirtmektedir<sup>351</sup>. Kamulaştırma Kanunu, bir idarenin malik olduğu taşınmazın diğer bir idare tarafından edinilmesini, "*Bir İdareye Ait Taşınmaz Malın Diğer İdareye Devri*" başlığını taşıyan KK 30. maddesinde düzenlemektedir. KK 30. maddesi, bir idarenin diğer bir idarenin taşınmazına ihtiyaç duyması halinde, uzlaşma temelinde bu hususun çözülmesini, tarafların anlaşamaması veya taşınmazına talip olunan idarenin teklifi cevapsız bırakması halinde ise Danıştay

Kamulaştırmasız El Atma, s.50. Bkz. YHGK 2010/5-662 E., 2010/651 K., 15.12.2010 T. karar; YHGK 2011/148 E., 2011/303 K., 11.5.2011 T. karar ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 14.7.2020).

<sup>351</sup> Bkz. Gürsel, s.93; Gözler/Kaplan, İdare Hukuku, s.716-718; Günday, İdare Hukuku, s.256-257; Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s.682-683; Tan, s.583; Kaplan, Mal Devri, s.171-174; Memiş, s.286; Bilgen, s.61-63; Hayta, s.44-45; Akar, Cilt I, s.87-88. *Gözler*, Anayasa m. 46 uyarınca kamu tüzel kişilerinin özel hukuka tabi taşınmazlarının kamulaştırmaya konu olabileceği anlamına ulaşılabileceğini, ancak Kamulaştırma Kanunu'nun 1. ve 30. maddelerine göre kamu tüzel kişilerinin özel hukuka tabi taşınmazlarının kamulaştırılamayacağı sonucuna erişildiğini, KK m. 30 hükmü uygulamasının, aynı hukuki statüdeki eşyaların farklı usullere tabi tutulması sebebiyle eşitlik ilkesine aykırılık teşkil ettiğini ve mülkiyet hakkı ihlali oluşturduğunu belirtmekte ve KK m. 1 ve m. 30 hükümlerinin Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasını paylaşmaktadır. Gözler, İdare Hukuku II, 972-974. Kamu hukukuna tâbi tüzel kişilerin özel hukuka konu olan taşınmazlarının genel hükümler uyarınca kamulaştırılabileceği ile ilgili olarak bkz. Onar, s.1557.



ilgili dairesinin kararı ile sorunun çözümlenmesini öngörmektedir<sup>352</sup>. Dolayısıyla kamulaştırma usulü, gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerine ait taşınmazın idare tarafından edinilmesini sağlamaktadır. Kamu hukukuna tâbi tüzel kişilere ait bir taşınmazın<sup>353</sup> -ister özel hukuka ister kamu hukukuna tabi olsun<sup>354</sup>- diğer bir idare tarafından edinilmesi ise kamulaştırmadan farklı, KK m. 30'daki usule bağlanmıştır. Kamulaştırma usulü ile ilgili bu bilgiler ışığında, kamulaştırmaz elatmaya konu olabilecek taşınmazın da gerçek kişi veya özel hukuk tüzel kişisine ait bir taşınmaz olması gerektiği düşünülebilir.

Kamulaştırmaz elatmanın, kendine has bir çerçevede tanımlanması ve tarif edilmesi gerektiği görüşünü savunduğumuzu yukarıda izah etmiştik<sup>355</sup>. Mülkiyet hakkını sona erdirme sonucunu doğuran mal edinme usulüne riayet edilmemenin neticesi olan kamulaştırmaz elatma, kamulaştırma usulüne riayet etmeme olgusundan çok daha geniş bir kapsama sahiptir. Bu çerçevede Uyuşmazlık Mahkemesi Genel Kurulu'nun, bir idarenin, diğer bir idarenin taşınmazına KK m.30'daki usule riayet etmeksizin elatmasını değerlendirdiği 1991/2 E., 1991/2 K., 29.4.1991 T. kararına değinilmelidir<sup>356</sup>. Uyuşmazlığa konu olan olayda, belediye idaresinin, Türkiye Elektrik Kurumu'nun idari irtifak hakkına sahip olduğu alanda, Kamulaştırma Kanunu 30. maddede öngörülmüş bulunan başvuruyu yapmadan yol yapımına girişmesi söz konusudur. Mahkeme, bir idarenin başka bir idarenin aynı

<sup>352</sup> Kamulaştırma Kanunu'nun 30/5. maddesindeki, “*Bu suretle devir alınan taşınmaz mal, kaynak veya irtifak hakkı, sahibinden kamulaştırma yolu ile alınmış sayılır...*” hükmüne göre maddede zikredilen usul üzere taşınmazın devri halinde, bu devrin kamulaştırma suretiyle gerçekleştirildiği kabul edilmektedir.

<sup>353</sup> İdarelerin malik olduğu taşınmaz malvarlığı değerleri kamuya ait taşınmaz şeklinde ifade edilmektedir. Gözler/Kaplan ve Gözler, doktrin, içtihat ve mevzuatta “*kamu malı*” tabirinin kullanılmasında karışıklık ve tereddüt olduğunu, bu tabir ile zaman zaman kamu tüzel kişilerinin malik olduğu kamu hukuku ve özel hukuka tabi bütün malvarlığı değerlerinin, zaman zaman da sadece kamu hukukuna tabi malvarlığının kastedildiğini belirtmekte ve bu hususu bir kavram sorunsalı olarak ifade etmektedirler. Gözler/Kaplan, İdare Hukuku, s.678; Gözler, İdare Hukuku II, s.845-846.

<sup>354</sup> Kamuya ait taşınmazlar arasında, tabi oldukları hukuki rejim açısından farklılıklar bulunabilmektedir. Kamuya ait taşınmaz, İdare Hukukuna tabi ise “*saf kamu malları*”, “*kamu malları*” ya da “*kamu tüzel kişilerinin kamusal malları*” şeklinde, özel hukuk hükümlerine tabi ise “*kamu tüzel kişilerinin özel malları*” olarak anılmaktadır. Bkz. Gözler/Kaplan, İdare Hukuku, s.677-678; Gözler, İdare Hukuku II, s.844-851, 936-945; Kalabalık, İdare Hukuku II, s.379-380; Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s.697-699. Kamu mallarının tabi olduğu hukuki rejim için bkz. Gözler, İdare Hukuku II, s.890-922; Kalabalık, İdare Hukuku II, s.384-394; Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s.703-712.

<sup>355</sup> Bkz. I. Bölüm, C., 1.

<sup>356</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi Genel Kurulu 1991/2 E., 1991/2 K., 29.4.1991 T. kararı ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 15.2.2019). Benzer içerikteki karar için bkz. Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü 1997/13 E., 1997/12 K., 24.3.1997 T. karar; ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 15.2.2019).



hakkına vaki müdahalesinin haksız fiil niteliğinde elatma olduğunun kabulü gerektiğini, bu haksız ve kanunsuz elatmayı, idari işlem ya da idari eylem sayma olanağının bulunmadığını belirterek, kamu hukukuna tâbi tüzel kişiler arasında meydana gelen müdahalenin men'i (elatmanın önlenmesi) davasının çözüm yerinin adli yargı olduğuna ve konunun bu doğrultuda ilke kararına bağlanmasına karar vermiştir. *Bazı yazarlar*<sup>357</sup>, Uyuşmazlık Mahkemesi'nin ilgili kararlarına atıf yapmak suretiyle, bir idarenin diğer bir idarenin mülkiyetinde bulunan taşınmaza KK 30. maddede öngörülen usul dışında elatmasının kamulaştırmasız el atma olarak nitelendirildiği kanaatini paylaşmaktadır. *Diğer bazı yazarlar*<sup>358</sup> ise, kamuya ait taşınmazların kamulaştırılamayacağından hareketle, KK m. 30'a aykırı olarak gerçekleştirilen müdahalenin teknik olarak kamulaştırmasız elatma olarak isimlendirilemeyeceğini belirtmektedir. Yargıtay 5. HD., 2001/21777 E., 2001/1192 K., 29.1.2001 T. kararda da<sup>359</sup>, kamu hukukuna tâbi tüzel kişiliği bulunan üniversitenin belediye ait araziye fiilen elatmasına ilişkin uyuşmazlıkta, KK m. 38'de düzenlenen ve kamulaştırmasız elatma için söz konusu olan yirmi yıllık hak düşürücü sürenin

<sup>357</sup> *Gürsel*, kamulaştırmasız elatma halinde başvurulabilecek hukuki yolların, idareler arasında da kullanılabileceğini belirtmektedir. Gürsel, s.394, s.488-490. *Gözler*, kamu tüzel kişinin diğer bir kamu tüzel kişinin taşınmazına KK m. 30'da öngörülen usul dışında elatılması halinde kamulaştırmasız elatma durumunun ortaya çıkacağını belirtmektedir. Gözler, İdare Hukuku II, s.1016, 1023. *Çakır* da, kamu kurum ve kuruluşlarının KK m. 30'daki usule başvurmayarak taşınmaz fiilen attığı hallerde kamulaştırmasız elatmanın gündeme gelebileceğini paylaşmaktadır. *Çakır*, Kamulaştırmasız El Atma, s.50-51. *Kaplan, Yiğit ve Avcı* da, bir kamu tüzel kişinin diğer bir kamu tüzel kişinin mülkiyetinde bulunan taşınmaz KK m. 30'un öngördüğü usul dışında elatmanın, yargı yerlerince, kamulaştırmasız elatma olarak nitelendirildiğini belirtmektedir. *Kaplan, Mal Devri*, s.174; *Yiğit*, Kamulaştırmasız El Atma, s.5; *Avcı*, s.4. *Çınar* ise, bir idarenin diğer bir idarenin taşınmazı hakkında bir şekilde kamulaştırma işlemi yaptığı halde, kamulaştırma işlemi geçersiz olduğundan, kamulaştırmasız elatmanın gündeme gelebileceği kanaatindedir. *Çınar*, s.50.

<sup>358</sup> *Ulusoy*, kamusal mallara, kamulaştırmaya konu olmayacakları için, idarenin kamulaştırmasız el atmasının söz konusu olamayacağı, idarenin bir başka idarenin taşınmazına kanuni prosedüre uymaksızın el atmasının, haksız fiilin bir başka özel türü olan ve kamulaştırmasız el atmadan ayrılan 'idare mallarına el atılması' diye ifade edilebilecek fiili bir durumu ortaya çıkaracağını belirtmektedir. *Ulusoy*, Kamulaştırmasız El Atma, s.20-24. Benzer yöndeki kanaat sahipleri için bkz. *Özdemir*, s.133, 137-138; *Tutal*, s.1110; *Çabuk/Çakmak/Şengöz*, s.45. *Çetintaş* da, KK m. 30'da öngörülen usule hiç başvurmadan ya da bu maddedeki esas ve usullere aykırı olarak yapılan kamulaştırmaya dayanan elatmanın teknik anlamda kamulaştırmasız elatma olarak değerlendirilemeyeceğini ifade etmektedir. *Çetintaş*, s.70, 80-81. *Karaca* ise ikili bir ayrıma giderek, KK m. 30'a aykırı bir kamulaştırmaya dayanan elatmanın, kamulaştırma işleminin yok hükmünde olması sebebiyle kamulaştırmasız elatma olarak değerlendirilebileceğini, ancak maddedeki usul hiç işletilmeksizin yapılan elatmada, kamulaştırma söz konusu olmadığından kamulaştırmasız elatmadan söz edilmeyeceği kanaatindedir. *Karaca*, Kamulaştırmasız El Atma, s.69-71.

<sup>359</sup> Yargıtay 5. HD., 2001/21777 E., 2001/1192 K., 29.1.2001 T. karar. ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 17.11.2019). Benzer içerikli kararlar için bkz. Yargıtay 5. HD., 2002/4716 E., 2002/7834 K., 2.4.2002 T. kararı; Yargıtay 18. HD., 2002/1215 E., 2002/2218 K., 7.3.2002 T. kararı ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 17.11.2019).

geçtiğinden bahisle, elatan Üniversite'nin mülkiyet hakkını elde ettiğine hükmetmiştir. Bu suretle Yargıtay, idarenin, KK m. 30 hükümlerine riayet etmeksizin diğer bir idarenin taşınmazına elatmasını kamulaştırmasız elatma olarak nitelendirmektedir. Verdiğimiz yargı kararları ışığında, kamulaştırmasız elatmanın konusunun, malikinin kimliğine bakılmaksızın, özel hukuk hükümlerine tabi olan bütün taşınmazlar olabileceği ifade edilebilir<sup>360</sup>. Önemli olan husus, kamu hukukuna tâbi tüzel kişilerin, Anayasa ve kanunlarda öngörülen usul ve esaslar dışında, mülkiyet hakkından yoksun kılma neticesi doğuran işlem ya da eylemde bulunmasıdır.

Kamulaştırmasız elatmanın konusu olabilecek taşınmazın, tapu kütüğüne kayıtlı olmasının gerekip gerekmediği hususunun da değerlendirilmesi yerinde olacaktır. Kamulaştırma Kanunu'nun 19. maddesi, tapuya kayıtlı olmayan taşınmazların kamulaştırılması ile ilgili süreci öngörmektedir. Kamuya ait olmadığı halde tapuya kayıtlı olmayan taşınmazların kamulaştırılmasının mümkün olması karşısında, bu tür taşınmazların kamulaştırmasız elatmaya konu olması da ihtimal dâhilindedir.

## 2.2. İdare (Kamu Hukukuna Tâbi Tüzel Kişi) Tarafından Gerçekleştirilmeli

Kamulaştırmasız elatma kapsamında özel hukuk hükümlerine tabi taşınmaza yönelik hukuka aykırı müdahale, kamu gücü kullanılmak suretiyle gerçekleştirilmelidir. Bu çerçevede de müdahalenin faili, kural olarak, kamu hukuku hükümlerine tabi olan tüzel kişidir.

Kamu gücü kullanabilen, kamu hukukuna tabi olan tüzel kişiler, İdare Hukuku'nda “*idare*” olarak isimlendirilmektedir. İdare, teşkilat olarak merkezden yönetim ile yerinden yönetim şeklinde iki sistem üzerinden faaliyet göstermektedir<sup>361</sup>.

<sup>360</sup> İncelediğimiz Uyuşmazlık Mahkemesi ile Yargıtay kararlarında, KK m. 30'a riayet edilmeksizin elatılan idareye ait taşınmazın, kamu hukukuna mı yoksa özel hukuka mı tabi olduğu hususunun değerlendirilmediği görülmektedir. Bu tespitten hareketle, idarenin kamu hukukuna tabi taşınmazlarının da kamulaştırmasız elatmaya konu olabileceği iddia edilebilir. Ancak kamu hukukuna tabi olan taşınmazlara yönelik bu ve benzeri eylemlerle ilgili değerlendirmenin, İdare Hukukçuları tarafından daha sağlıklı şekilde yapılacağına dair kanaatimiz sebebiyle, bu konu hakkında bir görüş beyan edilmemiştir.

<sup>361</sup> İdare ve idari teşkilat hakkında daha geniş bilgi için bkz. Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s.185-194; Kalabalık, İdare Hukuku I, 86-103; Tan, s.93-96; Gözler, İdare Hukuku I, s.169-189; İl Han Özay, **Gün Işığında Yönetim**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2004, s.117-135; Turan Yıldırım/Melikşah Yasin/Nur Kaman/H. Eyüp Özdemir/Gül Üstün/Özge Okay Tekinsoy, **İdare Hukuku**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2018, s.38-42, 49-113; Günday, İdare Hukuku, s.65-76.

Kamulaştırmasız elatmadan bahsedebilmek için, kural olarak, merkezden yönetim veya yerinden yönetim kapsamında faaliyet gösteren, idari teşkilat içerisinde bulunan bir yapı tarafından taşınmaz mülkiyetine müdahale söz konusu olmalıdır.

Müdahalede bulunan idarenin, kamulaştırma yapmaya yetkili olmasının gerekip gerekmediği hususu tartışmalıdır<sup>362</sup>. *Bazı yazarlara göre*<sup>363</sup>, idare yapısı içerisinde yer almayan veya idare yapısında yer alsa da kamulaştırma yetkisi olmayan idareler tarafından gerçekleştirilen elatma eylemleri, kamulaştırmasız elatma olarak nitelendirilemeyecektir. Hatta kamulaştırma yetkisi bulunan idarenin, kendi görev alanına girmeyen hususlarda, mülkiyet hakkına yönelik müdahalesi kamulaştırmasız elatma olarak değerlendirilmemelidir<sup>364</sup>. Bu görüş uyarınca, kamulaştırma yetkisi olmayan bir idare tarafından gerçekleştirilen elatma, fiili yol niteliğinde idarenin haksız fiilidir. Bu halde sadece elatmanın önlenmesiyle birlikte uğranılan zararın tazmini talep edilebilir; kamulaştırmasız elatmaya özgü taşınmaz mülkiyetinin elatan idareye geçmesi karşılığında taşınmazın bedeli talep ve dava edilemez. *Diğer bazı yazarlar* ise<sup>365</sup>, kamulaştırmasız elatma olgusundan bahsedebilmek için müdahale eden kişinin kamu hukukuna tâbi tüzel kişiliği bulunan bir idare olmasının yeterli

<sup>362</sup> YHGK 2010/5-662 E., 2010/651 K., 15.12.2010 T. kararında, kamulaştırmasız elatma müessesinin oluşabilmesi için kamulaştırma yapmaya yetkili devlet veya diğer kamu tüzel kişilerinin taşınmaza elatması gerektiğini ifade etmektedir. Benzer bir ifade için bkz. Yargıtay HGK 2003/5-281 E., 2003/284 K., 9.4.2003 T. karar; Yargıtay HGK 2011/148 E., 2011/303 K., 11.5.2011 T. karar ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 14.7.2020). Yargıtay 5.HD. 2003/7140 E., 2003/12791 K., 3.11.2003 T. kararında da, yerel mahkemenin, davalı idarenin kamulaştırma yapma yetkisinin olmaması sebebiyle kamulaştırmasız elatma olarak nitelendirilemeyeceği gerekçesiyle reddettiği dava, davalı idarenin, kamu hizmeti yürütümü sırasında ihtiyaç olduğu takdirde, kamu hizmeti sunan Türk Telekom lehine kamulaştırma yapma yetkisi olduğundan bahisle bozulmuştur ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 22.11.2019).

<sup>363</sup> Şahiniz, s.68; Bekir Yıldırım, **Açıklamalı-İçtihatlı Kamulaştırma, Kamulaştırmasız El Atma ve İmar Mevzuatından Doğan Bedel Davaları**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018, s.880; Çınar, s.3-4; Gürsel, s.480-481; Yalçınduran, Kamulaştırmasız El Koyma, s.35; Ulusoy, Kamulaştırmasız El Atma, s.16-18; Çabuk/Çakmak/Şengöz, s.45; Akkaya, s.176; Karademir, s.934. Tural, s.1110; Arcak/Doğrusöz, s.20; İlgezdi, s.31; Temel, s.493; Çetintaş, s.61-62; Karaca, Kamulaştırmasız El Atma, s.39-41; Çakır, Kamulaştırmasız El Atma, s.48-49.

<sup>364</sup> Ulusoy, Kamulaştırmasız El Atma, s.18-19; Şahiniz, s.69; Yalçınduran, Kamulaştırmasız El Koyma, s.35-36; Çetintaş, s.63-63; Karaca, Kamulaştırmasız El Atma, s.44; Gölcüklü, s.1208; Çakır, Kamulaştırmasız El Atma, s.48-49.

<sup>365</sup> Erol ve Ayhan, salt idare unsuruna yer vermekte, kamulaştırma yetkisinin varlığını aramamaktadır. Erol, s.194; Ayhan, Dolayısıyla Kamulaştırma, s.1131-1132. Özdemir ise s.128’de, “*İdare tarafından gerçekleştirilmekle birlikte kamulaştırma yetkisine sahip olmayan bir idare tarafından gerçekleştirilmiş kamulaştırmalar da kamulaştırmasız el atma olarak nitelendirilir. Burada kamulaştırma yetkisine sahip olmayan idarelere, genel olarak kamulaştırma yetkisi bulunmakla beraber görev alanına girmeyen konularda kamulaştırma yapan idareler dâhildir.*” demekleyen, s.130’ta, Danıştay 6. Dairesi’nin 1984/195 E., 1984/3035 K., 13.11.1984 tarihli kararına atıf yapmak suretiyle, “*Kamulaştırma yetkisine sahip olsa bile, idare görev alanına girmeyen bir konuda kamulaştırma yapmışsa kamulaştırmasız el atmadan bahsedilemeyecektir.*” ifadesine yer vererek iki farklı görüş lehine de kanaat açıklamıştır.

olduğunu, kamulaştırma yetkisinin bulunup bulunmadığı hususunun gerekli şart olmadığını savunmaktadır. Bu görüş sahiplerine göre, kamulaştırma yetkisini haiz olmayan bir idare de bu eylemin öznesi olabilecektir. Kamulaştırmaz elatma, salt hukuka aykırı bir kamulaştırma değildir. Kavram, kamulaştırma usulüne uyulmaksızın gerçekleştirilen elatmanın çok daha ötesinde, daha geniş bir çerçeveye sahiptir. Bu sebeple salt kamulaştırma yetkisine sahip idarenin, görev alanına giren hususlarla sınırlı haksız bir müdahalesi olarak değerlendirilmemelidir. Kamu gücünü hukuka aykırı şekilde kullanarak taşınmaza müdahale eden idare, kamulaştırma yetkisi bulunmasa ya da kamulaştırma yetkisi bulunmasına rağmen görev alanı dışında faaliyet gösterse de, kamulaştırmaz elatmanın öznesi olabilmelidir.

Kamu hizmetinin sunulmasındaki çeşitlenme ile çok sayıda özel hukuka tabi kişiler, kamu hizmetinin sunum sürecinde faaaliyette bulunabilmektedir. İhtiyaç olması halinde lehlerine kamulaştırma yapılabilen bu gerçek kişi veya özel hukuk tüzel kişilerinin taşınmaza yönelik müdahalelerinin kamulaştırmaz elatma kapsamında ele alınıp alınamayacağına kısaca yer vermekte fayda bulunmaktadır. *Öğretide*<sup>366</sup>, müdahalede bulunanın, kamu hukukuna tâbi tüzel kişi ve kamulaştırma yapma yetkisi olmadığı, özel hukuk kişisi olduğu için kamulaştırmaz elatmadan bahsedilemeyeceği, ancak bunlar lehine kamulaştırma yetkisini kullanması gereken idare tarafından gerçekleştirilen müdahalelerin kamulaştırmaz elatma olarak kabul edilebileceği belirtilmektedir. Bu çerçevede taşınmaza yönelik müdahalenin, kimden/kimin faaliyetinden kaynaklandığının tespiti önem arz etmektedir<sup>367</sup>. Anayasa Mahkemesi ise *Celalettin Aşçıoğlu ile İbrahim Oğuz ve Diğerleri* bireysel başvuru kararlarında<sup>368</sup>, kamulaştırmaz elatmayı tanımlarken, bu eylemin, yararlarına

<sup>366</sup> Bkz. Ulusoy, Kamulaştırmaz El Atma, s.18; Özdemir, 130; Arcak/Doğrusöz, s.20; Karaca, Kamulaştırmaz El Atma, s.41-42.

<sup>367</sup> Taşınmaza yönelik müdahalenin kimin eyleminden kaynaklandığının önemine dair bir karar bkz. Yargıtay 1. HD 2012/16490 E., 2012/15196 K., 14.12.2012 T. kararı ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 27.8.2020). Mahkeme, davanın sağlıklı olarak nitelendirilebilmesinin, "...fiili müdahalenin Karayolları Genel Müdürlüğü'nün hazırladığı kamulaştırma plan ve projesinin uygulanmasından mı yoksa davalı Şirketin bu plan ve proje kapsamı dışına çıkmasından mı kaynaklandığının açıklığa kavuşturulmasına" bağholduğunu belirtmektedir.

<sup>368</sup> Kararda yapılan tanım şu şekildedir: "Kamulaştırma yapmaya yetkili olan Devlet, kamu tüzel kişileri, kamu kurumları veya kamu yararı bulunması halinde yararlarına kamulaştırma yapılabilecek gerçek ve özel hukuk kişileri tarafından, Anayasa'nın 46. maddesi ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'na aykırı şekilde, özel mülkiyete konu taşınmazlara kısmen veya tamamen, fiilen veya hukuken bedelsiz olarak el koyma işlemine 'kamulaştırmaz el atma' denmektedir.". Bkz. AYM Celalettin Aşçıoğlu, 2013/1436 B. No., 6.3.2014 T. karar, prg.55; AYM İbrahim Oğuz ve Diğerleri, 2013/5926 B. No., 6.10.2015 T. karar, prg.72 (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/5926>, 9.7.2020).

kamulaştırma yapılabilecek gerçek ve özel hukuk tüzel kişileri tarafından da gerçekleştirilebileceğini ifade etmektedir. Tanıma yansıyan bu yaklaşım ise özel hukuka tabi kişilerin elatma şeklindeki eylemleri sebebiyle kamulaştırmасız elatmanın gündeme gelebileceğini kabul etmektedir.

Özel hukuk kişisi, bazı hallerde, kamu hukukuna tâbi tüzel kişiliği bulunmasa da, kamu hizmetinin kurulum ve/veya yürütümünde yer almakta, hatta bazı hallerde tekel yetkisi gibi belli ölçüde kamu gücü imkânlarını kullanabilmektedir. Bu halde, idare kavramına tamamen yabancı bir yapı teşkil etmemektedir. Lehine kamulaştırma yapılabilen özel hukuk kişinin, yetkisi olmasa da, yürüttüğü kamu hizmeti sırasında, kamu gücünü ‘de facto’ şekilde kullanarak taşınmaza hukuka aykırı müdahale etmesi, kamu hukukuna tâbi tüzel kişinin bu yöndeki olası eyleminden farksızdır. Özel hukuk kişisi lehine kamulaştırma yapması gereken idarenin, kamulaştırma yapmaksızın taşınmaza müdahale etmesi ile hizmeti kuran ya da yürüten özel hukuk kişinin, kamulaştırma yapılmaksızın taşınmaza müdahale etmesi arasında bir fark yoktur. Her iki halde de kamulaştırılması gereken bir taşınmaza, kamu hizmeti sebebiyle, belli ölçüde kamu gücü kullanılarak müdahale edilmektedir. Bu doğrultuda, kamu hizmeti kurulum ve/veya yürütümünde belirli kamu gücü ayrıcalıklarına sahip özel hukuka tabi kişilerin taşınmaza elatma şeklindeki müdahalesi, lehine kamulaştırma yapması gereken idareye izafe edilerek<sup>369</sup> kamulaştırmасız elatmanın varlığı kabul edilebilir.

### 2.3. (Hukuka Aykırı) Elatma Niteliğinde Eylem veya İşlem Olmalı

İdare, kanun ile yetkili kılınmaları halinde, Anayasa ve kanunlardaki temel ilke ve hükümler uyarınca, mülkiyet hakkını, yoksun bırakma veya kontrol etme/düzenleme amaçlı sınırlandırma yetkisine sahip olabilmektedir. Ancak idarelerin, Anayasa ve kanunlarda öngörülen usul ve esaslara riayet etmeksizin taşınmaza müdahalede bulunduğu vakalar yaşanabilmektedir. İdarenin, kural olarak,

<sup>369</sup> Özel hukuk kişilerinin eylem ya da işlemlerinin ilgili idareye izafe edilebilmesi hakkında bkz. *Kaplan*, bir kamu hizmetini imtiyaz yoluyla yürüten özel hukuk kişisine atfedilebilecek işlem ve eylemlerin idareye izafe edilebileceğini belirtmektedir. Gürsel Kaplan, “İdare Hukukunun Arkaik ve Anakronik Kurumu: Fiili Yol”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Haziran-Aralık 2007, Cilt XI, Sayı 1-2, s.890. *Ayanoğlu*, idareye mal veya hizmet tedarik eden özel hukuk kişilerinin eylemlerinin idareye izafe edilebileceği, ancak kamu hizmetini imtiyaz sözleşmesi ile veya özel hukuk sözleşmeleri (yap-işlet-devret modeli gibi) ile yürüten özel hukuk kişinin eyleminin idareyi bağlamadığını belirtmektedir. *Yazar*, bu halde, idarenin, kamu hizmetinin asıl sahibi olması sebebiyle, gözetim ve denetim yükümlülüğünü ihlal ettiği ölçüde sorumlu olabileceğini belirtmektedir. *Ayanoğlu*, 213-217.

özel hukuka konu olan taşınmaza hukuka aykırı müdahalesinin, kamulaştırmasız elatma kapsamında “*elatma*” olarak kabul edilebilmesi belli bir yoğunluk ve mahiyette olması gerekmektedir.

TMK m. 683/1’de mülkiyet hakkının içeriği, hukuk düzeninin sınırları içerisinde, o şeyin dilendiği gibi kullanılması, şeyden yararlanılması ve tasarruf edilebilmesi olarak ifade edilirken, m. 683/2’de, bu yetkilere yönelik her türlü haksız elatmaya karşı dava açılabilirliği belirtilmektedir. Elatma, malikin mülkiyet hakkının kendisine tanıdığı yetkileri hiç ya da gereği gibi kullanamaması sonucunu doğuran mevcut veya gerçekleşme ihtimali yüksek olan her türlü hukuka aykırı müdahale olarak ifade edilmektedir<sup>370</sup>. Kamulaştırmasız elatma kapsamındaki elatma olgusu ise Eşya Hukuku ile doğrudan doğruya bağlantı kurulmaksızın farklı yaklaşımlar üzerinden ele alınmıştır. *Onar*<sup>371</sup>, elatma olgusunu, hukuki bir esasa isnat etsin veya etmesin, bir taşınmaz üzerindeki zilyetliğin geçici veya daimî bir surette kaldırılması neticesini doğuran, idare tarafından gerçekleştirilen tecavüz şeklinde ifade etmektedir. *Erol* da<sup>372</sup>, elatma olgusunu, taşınmazın zilyetliğinin idareye geçmesi şeklinde tanımlamaktadır. *Günday*<sup>373</sup>, kavramı, idare tarafından taşınmaz mala malik veya zilyet gibi tasarrufta bulunulması ya da taşınmazın hiç olmazsa belli bir süre sahibinin tasarrufundan alıkonulması, *Gürsel*<sup>374</sup> ise elatma neticesini, mülkiyet hakkının kullanılamaz hale gelmesi olarak ifade etmektedir. *Çabri*<sup>375</sup>, elatma olgusunun, idarenin, taşınmaza fiilen elatmak veya mülkiyet hakkının verdiği yetkilerin kullanımını aşırı derecede sınırlandırmak suretiyle, malikin taşınmaz üzerindeki kullanma, yararlanma, tasarruf etme yetkisini ortadan kaldırarak nitelikteki

<sup>370</sup> Eren, Mülkiyet Hukuku, s.46’da, haksız elatmanın, malikin fiili tasarruf (kullanma, yararlanma gibi) yetkilerine karşı bunların kullanılmasını zorlaştırmak, kısıtlamak veya engellemek şeklinde olabileceği gibi hukuki tasarruf yetkisine karşı da olabileceğini belirtmektedir. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.279-80’de, “... *Elatma doğrudan doğruya bir insan fiili sonucu meydana gelebileceği gibi davalının kendi iradesiyle yarattığı bir durum ile malikin mülkiyet hakkının kısıtlandığı bir hal olarak da görülebilir.*” demektedir. Elatma eylemine konu olabilecek örnekler için ilişkin açıklamalar için bkz. Eren, Mülkiyet Hukuku, s.44-46; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.491-492, 494-496; Şeref Ertaş, **Eşya Hukuku**, İzmir, Barış Yayınları, 2014, s.215; Sirmen, s.243; Akipek/Akıntürk, s.451; Mehmet Ayan, **Eşya Hukuku II - Mülkiyet**, Konya, Mimoza Yayınları, 2012, 112.

<sup>371</sup> Onar, s.1675. *Yazar*, el koyma olgusunu, oldukça geniş bir çerçevede, kapsayıcı bir şekilde ele almaktadır. Geniş bilgi için bkz. Onar, s.1678-1679.

<sup>372</sup> Erol, s.194.

<sup>373</sup> Günday, İdare Hukuku, s.277.

<sup>374</sup> Gürsel, s.482.

<sup>375</sup> Çabri, Kamulaştırmasız El Atma, s.88, 92-96.

müdahaleleri ifade ettiğini belirtmektedir. *Tutal* da<sup>376</sup>, elatma olgusunun kabulü için mülkiyet hakkının kısıtlanarak malikin taşınmazı üzerindeki kullanma, yararlanma ve tasarruf etme yetkisinin ortadan kaldırılmasının gerektiğini, fiilen el koyma halinde, malikin taşınmazı kullanma imkânının yasaya aykırı olarak tamamen ortadan kaldırılması söz konusu iken, hukuki el koyma halinde ise idari kararlarla getirilen kısıtlamaların mülkiyet hakkının içini boşalttığını belirtmektedir. *Temel* ise<sup>377</sup>, elatma olgusunu “*daimî olarak kamu hizmetine tahsis*” şeklinde ifade etmektedir. Yazarlar, kamulaştırmасız elatma kapsamındaki elatma olgusunu, Eşya Hukuku’ndaki elatma kavramından daha dar bir çerçevede ele almıştır. Bütün bu tanımlamalardaki ortak nokta, idarenin müdahalesi sebebiyle malikin mülkiyet hakkını kullanamaz hale gelmesidir. Bu tespitten ilham alarak, kamulaştırmасız elatma kavramı çerçevesinde elatma ifadesinin, taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkından yoksun kalma neticesi doğuran, mevcut veya gerçekleşme ihtimali yüksek olan her türlü hukuka aykırı müdahaleyi kapsadığı kabul edilebilir.

Mülkiyet hakkından yoksun bırakma neticesi doğuran elatma, malikin taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkının bahsettiği yetkilerin kullanımını imkânsızlaştıran veya aşırı ölçüde güçleştiren, bu suretle mülkiyet hakkını kullanılamaz hale getiren müdahalelerdir. İmkânsızlaşma, taşınmaz mülkiyetinin malike sunduğu elde bulundurma, başkalarına mâni olma, kullanma, yararlanma, maddi ve hukuki işlem ve eylemlere konu yapma, tasarruf etme ve elden çıkarma yetkilerinin kullanılamaz hale gelmesini ifade etmektedir. Aşırı güçleşme ise mülkiyet hakkının malike verdiği yetkilerin, imkânsız olmamakla birlikte, kullanılmasının, malik tarafından kaldırılması beklenilemeyecek şekilde aşırı yük getirmesi, elde edilmesi beklenen menfaat ile yüklenen yük arasında dengesizliğin bulunması şeklinde izah edilebilir. Bu hallerin mülkiyet hakkından yoksun bırakma neticesi doğurması, taşınmazın mevcut ve beklenen niteliğine göre değişiklik arz edebilmektedir. Arsa niteliğindeki bir taşınmaz için yapı izninin verilmemesi, o taşınmazdan yararlanma olanağını imkânsız kılabilmektedir. Arazi niteliğindeki taşınmazın ise toprak yapısının değiştirilerek verimliliğinin yok olması, o taşınmazı kullanılamaz hale getirebilmektedir. Özellikle de malikin mülkiyet hakkından doğan tasarruf etme yetkisini kullanamamasına

<sup>376</sup> Tutal, s.1111-1112.

<sup>377</sup> Temel, s.493.

sebebiyet veren müdahaleler, mülkiyet hakkından yoksun bırakma neticesi doğurabilmektedir<sup>378</sup>.

İdare, mülkiyetten yoksun bırakma neticesini, kamulaştırma, düzenleme ortaklık payı, imar haklarının aktarımı gibi mülkiyet hakkından yoksun bırakma tipi sınırlandırmaları hiç işletmeksizin veya usul ve esasa aykırı şekilde işletmesi sebebiyle doğurabilmektedir. Diğer yandan imar planı, koruma amaçlı imar planı, sit alanı ilanı gibi kontrol tipi sınırlandırma araçlarını usul ve esasa aykırı şekilde işletmesi sebebiyle de malik, taşınmazını kullanamaz hale gelebilmektedir<sup>379</sup>. Kamulaştırma yapılmaksızın taşınmaza fiilen elatılması, tapu kütüğünde kamulaştırma şerhinin uzun süre varlığını sürdürmesi, acele kamulaştırma usulünde idarenin uzun süre taşınmaz bedelinin tespiti ve idare adına tescili davasını açmaması, imar planında umumi veya kamu hizmetine tahsis edilmiş yapı yasağı bulunan taşınmazın uzun süre kamulaştırılmaması gibi hallerde, idare, Anayasa ve kanunlardaki usul ve esasa riayet etmeksizin, çeşitli vasıtalar ile maliki mülkiyet hakkından mahrum bırakmaktadır.

Kamulaştırmasız elatma kavramının ontolojik evrimini görebileceğimiz “*Türk Hukuku’nda Kavramın Tarihsel Gelişimi*” başlığını incelediğimizde, idarenin elatma eyleminin, Türk Yargısı ve Öğretisinde, “*fiili elatma*” ve “*hukuki elatma*” şeklinde ikiye ayrıldığı görülmektedir. Her iki elatma halinde de idare, mülkiyetten yoksun bırakma sonucunu doğuran hukuki usul ve esasları kullanmaksızın, hukuka aykırı şekilde, mülkiyetten doğan yetkilerin kullanımını imkânsızlaştırarak veya aşırı ölçüde güçleştirerek mülkiyetten yoksun bırakma neticesini doğurmaktadır. Bu iki olgunun mülkiyet hakkı üzerinde doğurduğu neticenin aynı olması, aynı kavram altında ele alınmaları imkânını vermektedir. Ancak fiili elatma ve hukuki elatma olgularının, varlık koşullarının farklı olması, kamulaştırmasız elatmanın iki farklı modeli şeklinde kabul edilerek ayrı başlıklar altında ele alınmasını gerektirmektedir. Fiili elatma,

<sup>378</sup> AİHM *Brumarescu v. Romanya*, 28342/95 B. No, 28.10.1999 T. karar, prg. 75-78’de, malikin, taşınmazı satma, başıslama, kiraya verme veya diğer şekillerde tasarruf etmesinin mümkün olmadığını belirterek davaya konu olan uyumsuzluğu ikinci kural şeklinde zikredilen mülkiyetten yoksun kalma kuralı kapsamında değerlendirmiştir. Benzer içerikteki kararlar için bkz. AİHM *N.A. ve Diğerleri v. Türkiye*, 37451/97 B. No, 11.10.2005 T. karar; AİHM *Turgut ve Diğerleri v. Türkiye*, 1411/03 B. No, 8.7.2008 T. karar; AİHM *Halil Göçmen v. Türkiye*, 24883/07 B. No, 12.11.2013 T. karar (<http://hudoc.echr.coe.int/tur>, 4.7.2020). Bkz. Şimşek, Üç Kural Analizi, s.33-34.

<sup>379</sup> Konunun sorunsal bir düzlemde ele alındığı Giriş Bölümü, B. başlığı altındaki anlatımlarımıza bakınız.



taşınmaz üzerindeki fiili hâkimiyetin sona erdirilmesi şeklinde gerçekleşen idarenin eylemli müdahalesini ifade etmektedir. Fiili elatma halinde, idare, taşınmaza doğrudan müdahalede bulunmaktadır. Hukuki elatmada ise, idare, taşınmaza eylemli herhangi bir müdahalede bulunmaksızın, eylemsiz kalmak suretiyle müdahale etmektedir. İdare, tabiri caizse, maliki, dolaylı şekilde taşınmazından mahrum bırakmaktadır.

Temel hak ve özgürlük olan mülkiyet hakkı, yoksun bırakma veya kontrol/düzenleme tipi araçlar aracılığıyla sınırlandırmalara konu olabilse de, kural olan, hakkın dokunulmazlığı ve kullanım serbestisidir. Hak, istisnai olarak, Anayasa ve kanunlarda öngörülen sıkı usulî ve esasa ilişkin şartlara riayet edilmek kaydıyla sınırlandırılabilir. Bu çerçevede, taşınmaz mülkiyetinin hukuka aykırı şekilde sınırlandırılması neticesi doğuran elatma kavramı, aslında kendi içerisinde hukuka aykırılık unsurunu barındırmaktadır. “*Hukuka aykırı*” ifadesini, bu bölümün başlığında, parantez içerisinde kullanmamızın sebebi de, elatmanın bu niteliği ile ilgilidir. Ancak elatma olgusu, Anayasa ve kanunda öngörülen ve hukuka uygunluk sebepleri olan taşınmaz mülkiyetini sınırlandırma araçlarının varlığında hukuka uygun olacaktır. Bu çerçevede kamulaştırma, arazi ve arsa düzenlemesi, düzenleme ortaklık payı, imar planı, parselasyon planı, sit alanı ilanı, trampa, imar hakkının aktarımı gibi müdahale modelleri, Anayasa ve kanunlarda yer alan usul ve esasa ilişkin şartlara riayet edilerek gerçekleştirildiği takdirde hukuka uygun müdahale örnekleri olarak karşımıza çıkabilmektedir<sup>380</sup>.

### 2.3.1. Fiili Elatma Olgusu (Eylemli Şekilde Doğrudan Müdahale Suretiyle Elatma)

Kamulaştırmasız elatma kapsamındaki fiili elatma olgusu, idarenin, doğrudan ve eylemli müdahalesi ile hak sahibinin taşınmazın tamamı veya bir kısmı üzerindeki fiili hâkimiyetinin sona ermesi neticesinin doğması şeklinde ifade edilebilir<sup>381</sup>. Taşınmaza

<sup>380</sup> Bkz. Çabri, Kamulaştırmasız El Atma, s.100-101; Şahiniz, 70-101; Yalçınduran, Kamulaştırmasız El Koyma, s.38-49; Gürsel, s.490-529; Çınar, s.10-12; Yıldırım, Kamulaştırma, s.881-885; Ulusoy, Kamulaştırmasız El Atma, s.29-32; Karaca, Kamulaştırmasız El Atma, s.72-81.

<sup>381</sup> Kamulaştırma yoluyla irtifak hakkı kurmak suretiyle yapılması gerekirken bu usul kullanılmaksızın taşınmaza yapılan eylemli müdahalelerde, malikin, taşınmaz üzerindeki zilyetliğine müdahale olmakla birlikte, fiili hâkimiyet tamamen sona ermemektedir. İrtifak hakkı, malike, hak sahibi lehine, mülkiyet hakkı çerçevesinde sahip olduğu taşınmazı kullanma ve ondan yararlanma hakkını kullanmama, bu yetkilerin hak sahibi tarafından kullanımına katlanma ve ona engel olmama yükümlülüğü yükleyen ayni haktır. İrtifak hakkı tesis edilmeksizin, taşınmazda kullanma ve yararlanma imkânlarını kullanabilecek ölçüde kendi fiili hâkimiyetini kuracak eylemli

eylemli olarak el koyup, malikin kullanımının yasaya aykırı ve eylemli olarak tamamen ortadan kaldırılması suretiyle hak sahibinin taşınmaz üzerindeki zilyetliğine saldırılmaktadır<sup>382</sup>. Bu halde, idare, hak sahibinin taşınmaz üzerindeki zilyetliğine saldırarak kendi lehine ya da başkası lehine yeni bir fiili hâkimiyet durumu tesis etmektedir<sup>383</sup>.

Doktrinde, taşınmaz üzerine tesis yapılması<sup>384</sup> ya da taşınmaza direkt müdahalede bulunulması<sup>385</sup> veya taşınmazdan yararlanmayı engelleyici<sup>386</sup>, mülkiyetten doğan yetkilerin kullanma imkânını ortadan kaldırıcı<sup>387</sup> müdahaleler, taşınmazın doğrudan, bilfiil kamu yararı amacı ile kullanılması<sup>388</sup> fiili elatma olarak nitelendirilmektedir. Yargı kararlarında ise<sup>389</sup>, idarenin “*taşınmaza eylemli olarak el*

müdahalede bulunulması, taşınmazın bir kısmında da olsa, fiili hâkimiyetin ortadan kaldırılması kapsamında ele alınmalıdır. Anayasa Mahkemesi de *Şevket Karataş*, 2015/12554 B. No., 25.10.2018 T. karar; AYM *Alaattin Ölçer*, 2015/1089 B. No., 22.1.2019 T. kararlarında, kamulaştırma yoluyla irtifak hakkı tesis edilmeksizin taşınmazın üzerinden enerji nakil hattı geçirilmesi, taşınmazın bir bölümü olan üstündeki hava veya altındaki arz katmanından mahrum kalınması sonucunu doğurduğundan mülkten kısmen yoksun bırakma olarak ifade edilmiştir (bkz. [www.anayasa.gov.tr](http://www.anayasa.gov.tr), 8.7.2020).

<sup>382</sup> Türk Medeni Kanunu m. 992, tapuya kayıtlı taşınmazlarda malikin, sicil ziyetliğini muhafaza ettiği takdirde zilyetlikten doğan hakları kullanabilmesini öngörmektedir. Bu hüküm uyarınca, Türk Hukuku’ndaki uygulama ve çoğunluk görüş, tapuda malik olarak görünen kişinin, taşınmaz üzerindeki fiili hâkimiyeti tamamen sona ermiş olsa da, zilyetliğinin devam ettiğini kabul etmektedir. Bu kabul gereğince biz de, taşınmaz üzerindeki fiili hâkimiyetin tamamen sona erdirildiği fiili elatma olgusunu, zilyetliğin sona ermesi şeklinde ifade etmekten imtina ettik. Detaylı bilgi için bkz. II. Bölüm, D., 1., 1.3.

<sup>383</sup> Onar, “*el koyma*” olarak isimlendirdiği müdahale modelinin, ancak zilyetliğin kaldırılması ve idare tarafından yeni bir zilyetlik tesisi ile mümkün olduğunu belirtmektedir. Onar, s.1676.

<sup>384</sup> Ayhan, fiili elatmayı, taşınmazın kamu hizmetine ayrılarak veya kamu yararına ilişkin bir ihtiyaca tahsis edilerek üzerinde tesis yapılması olarak ifade etmektedir. Bkz. Ayhan, *Dolayısıyla Kamulaştırma*, s.1134-1135.

<sup>385</sup> *Çakır*, fiili elatmayı, taşınmaza direkt müdahalede bulunulması şeklinde ifade etmektedir. *Çakır*, *Kamulaştırmamız El Atma*, s.53.

<sup>386</sup> *Arcak/Doğrusöz*, fiili elatmadan maksadın, malikin o yerden yararlanmasına engel olunması veya o yerde kamu kurumunun tesis yaptırması veya o yeri geçide kapatması olduğunu ifade etmektedir *Arcak/Doğrusöz*, s.42. *Ulusoy* da, elatılan taşınmazdan asli olarak yararlanma imkânının engellendiği veya elatmadan önceki durum ile sonraki durum arasında elde edilen gelir veya taşınmazın değeri açısından bir azalmanın olduğu halleri kapsayıcı şekilde, taşınmaza yönelik dolaylı müdahaleleri de içine alacak genişlikte anlaşılması gerektiğini belirtmektedir. *Ulusoy*, *Kamulaştırmamız El Atma*, s.25-26

<sup>387</sup> *Şahiniz*, Kamulaştırma Kanunu’nun iptal edilen 38. maddesindeki “*tesis yapılmış olma*” ifadesinden hareket etmekte ve bu ifadenin geniş yorumlanarak, mülkiyetten doğan yetkilerin kullanma imkânının ortadan kalkması neticesi doğuran eylemleri, fiili elatma olarak tarif etmektedir. *Şahiniz*, s.56-57.

<sup>388</sup> Karademir, s.934.

<sup>389</sup> Bkz. Yargıtay HGK 2007/5-718 E., 2007/805 K., 31.10.2007 T. kararı ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 5.11.2019). Benzer içerikteki kararlar için bkz. Yargıtay HGK 2003/5-626 E., 2003/637 K., 5.11.2003 T. karar; Yargıtay HGK 2007/5-805 E., 2007/826 K., 7.11.2007 T. karar; Yargıtay HGK 2007/5-933 E., 2007/951 K., 5.12.2007 T. karar ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 18.11.2018).

*koyup, malikin kullanımını yasaya aykırı şekilde tamamen ortadan kaldırması” şeklinde ifade edilmektedir.*

Taşınmaz üzerindeki fiili hâkimiyet, idarenin doğrudan ve eylemli/eyleme dayalı müdahalesi ile sona erdirilmektedir. Bu halleri, yargı kararlarına yansıyan çeşitli örnekler üzerinden ortaya koymakta fayda bulunmaktadır. Konu ile ilgili olarak ilk bağlayıcı kaynak hükmündeki Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu’nun 1956/1 Esas, 1956/6 Karar ve 16.05.1956 T. kararında<sup>390</sup> davaya konu olan uyuşmazlık, taşınmazın yola kalbedilmesi/çevrilmesi mevzuudur<sup>391</sup>. Malik olunan arazinin idare tarafından okul bahçesi olarak kullanılması, arazi üzerinde okul tarafından kullanılan kamelyaların bulunması<sup>392</sup>, taşınmaza beton dökülerek otopark alanı olarak kullanılması<sup>393</sup>, taşınmaz üzerine yürüyüş yolları, ağaçlandırma, çimlendirme yapılması ve oturma banklarının konulması<sup>394</sup>, arazi üzerinde metro istasyonu, site yapıları, asfaltlanmış imar yolları ve yeşil alanların yapılmış olması<sup>395</sup>, taşınmaz üzerine yol, rekreasyon alanı, otopark, kanal, park ve arıtma tesisleri yapılması<sup>396</sup>, taşınmaz üzerinde stabilize işlemi, yol güzergâh çalışması ve asfaltlama yapılması<sup>397</sup>, taşınmazın bir kısmının kamulaştırılmasına rağmen kamulaştırma sahası dışında kalan yaklaşık 3000 m2 lik alandan yol geçirmek ve bağdaki üzüm kütüklerini kökünden sökmek<sup>398</sup>, taşınmaz üzerinde yürüyüş yolları, ağaçlandırma ve çimlendirme yapılması, oturma bankları konulması<sup>399</sup>, taşınmazdan su hattı geçirilmesi<sup>400</sup>,

<sup>390</sup> YİBBGK 1956/1 E., 1956/6 K., 16.05.1956 T. kararı ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 29.10.2019).

<sup>391</sup> Yargıtay 5. HD 2000/3374 E., 2000/4486 K., 23.3.2000 T. kararda; taşınmaza fiilen elatıldığının kabul edilebilmesi için taşınmazdan geçirilen yolun asfaltlanmasına gerek olmadığı zikredilmektedir ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 18.11.2018).

<sup>392</sup> Yargıtay 5. HD., 2017/29151 E., 2019/12160 K., 20.6.2019 T. kararı ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 22.11.2019).

<sup>393</sup> Yargıtay 8. HD., 2018/3752 E., 2019/5882 K., 13.6.2019 T. kararı ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 22.11.2019).

<sup>394</sup> Yargıtay 5. HD., 2018/7892 E., 2019/7236 K., 15.4.2019 T. kararı ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 22.11.2019).

<sup>395</sup> Yargıtay 5. HD., 2017/29162 E., 2019/7068 K., 11.4.2019 T. kararı ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 22.11.2019).

<sup>396</sup> Yargıtay 5. HD., 2017/818 E., 2018/24856 K., 13.12.2018 T. kararı ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 22.11.2019).

<sup>397</sup> Bkz. Yargıtay 5. HD 2000/17068 E., 2000/18297 K., 20.11.2000 T. karar; Yargıtay 5. HD 2002/10419 E., 2002/15928 K., 16.9.2002 T. karar ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 18.11.2018).

<sup>398</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi HB, 2014/1136 E., 2014/1177 K., 29.12.2014 T. kararı ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 22.11.2019).

<sup>399</sup> Yargıtay 5. HD 2017/5534 E., 2017/26075 K., 27.11.2017 T. karar ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 18.11.2018).

<sup>400</sup> Yargıtay 5. HD 2016/18280 E., 2017/12184 K., 2.5.2017 T. karar ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 18.11.2018).

taşınmazın etrafının duvar ile çevrilmesi veya eğitim sahası olarak özgülünen taşınmazda bu amaçla düzenleme yapılması<sup>401</sup>, taşınmazın çöp toplama alanı olarak kullanılması<sup>402</sup>, imar planında ağaçlandırılacak yeşil alan olarak ayrılmasına rağmen taşınmazın bir kısmına kaldırım, diğer bir kısmına betonarme üst geçit yapılması, diğer bir kısmının ise stabilize malzeme ile kaplanması<sup>403</sup> hallerinde, zilyedin taşınmaz üzerindeki zilyetliği, eyleme dayalı müdahaleler ile sona erdirilmektedir. Ayrıca malikin kullanma ve yararlanma yetkisini sona erdiren, irtifak hakkı tesis etmiş gibi bu yetkilerin fiilen idare tarafından kullanımını sağlayan pilon dikilip enerji nakil hattı/yüksek gerilim hattı geçirilmesi gibi müdahaleler de doğrudan ve eylemli şekilde zilyetliğe saldırı teşkil eden müdahalelerdir<sup>404</sup>.

Fiilen elatmanın taşınmazın bir kısmı üzerinde bulunduğu veya fiili elatma ile hukuki elatmanın birarada bulunduğu haller ile ilgili olarak, yargı makamları, “*proje bütünlüğü*” kavramı üzerinden değerlendirme yapmaktadır. Proje bütünlüğü ifadesi, taşınmaza kısmen fiilen elatıldığı hallerde söz konusu olmakta ve taşınmazın fiilen elatılan bölümü ile geri kalan kısmı arasında proje açısından bütünlük arz edecek şekilde bir birliktelik söz konusu ise bütün bir taşınmaza fiilen elatıldığı kabul edilebilmektedir<sup>405</sup>. Yargıtay 18. HD 2014/4380 E., 2014/12448 K., 11.9.2014 T. kararda<sup>406</sup>, “... *fiilen al atılan kısım ve el atan idare tespit edildikten sonra imar planından el atılan kısmın dışındaki bölüm de aynı idarenin hizmet alanı içerisinde kalıyorsa, proje bütünlüğü göz önünde tutulup bu kısımlar da hukuki el atma kapsamında olmayacağından bedeline hükmetmek gerekmektedir...*” denilmektedir. Ağaç dikmek suretiyle fiilen elatılan bir taşınmazla ilgili olarak Yargıtay 18. HD

<sup>401</sup> Yargıtay 5. HD 2000/9790 E., 2000/10349 K., 8.6.2000 T. karar ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 18.11.2018).

<sup>402</sup> Yargıtay 5. HD 2011/2322 E., 2011/6217 K., 7.4.2011 T. karar ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 18.11.2018).

<sup>403</sup> Yargıtay 18. HD 2014/7625 E., 2014/16136 K., 13.11.2014 T. karar ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 5.3.2018).

<sup>404</sup> AYM Saadet Esin, 2014/18103 B. No, 26.10.2017 T. kararı (Hata! Köprü başvurusu geçerli değil., 7.8.2020); AYM Şevket Karataş, 2015/12554 B. No., 25.10.2018 T. karar (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2015/12554>, 8.7.2020); AYM Alaattin Ölcer, 2015/1089 B. No., 22.1.2019 T. karar (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2015/1089>, 8.7.2020). Yargıtay 5. HD 2018/8395 E., 2018/19932 K., 8.11.2018 T. karar; Yargıtay 5. HD 20188396 E., 2018/19931 K., 8.11.2018 T. karar (RG T.27.3.2019, S.30727). Konu ile ilgili örnek kararlar için bkz. Şahiniz, s.66-67.

<sup>405</sup> Konu ile ilgili olarak bkz. Çetintaş, s.116; Çınar, s.88-90.

<sup>406</sup> Yargıtay 18. HD 2014/4380 E., 2014/12448 K., 11.9.2014 T. karar ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 9.3.2019).

2014/16418 E., 2014/16129 K., 13.11.2014 T. kararında<sup>407</sup>, “... öncelikle ağaçların hangi idare tarafından dikildiği açıkça tespit edilip bunun sonucunda taşınmazın imar planında spor alanında bulunduğu da gözetilerek, davaya konu taşınmazı kamulaştırma yetkisinin hangi idareye ait olduğu da araştırılarak, dikilen ağaçların spor alanının peyzajına yönelik el atma mahiyetinde bulunup bulunmadığı tespit edilerek, bu amaca yönelik olduğunun tespiti halinde proje bütünlüğü gözetilerek ...” karar verilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Dolayısıyla taşınmazın bir kısmına yönelik fiili müdahale, taşınmazın imar planındaki tahsis amacını gerçekleştirmek amacıyla yapılmakta ise, taşınmazın tamamına eylemli bir müdahalede bulunulduğu kabul edilebilir<sup>408</sup>. Bu çerçevede taşınmaza fiilen elatılıp atılmadığı, elatılmış ise hangi tarihte ve hangi idare tarafından elatıldığı, elatılmayan kısmın imar planı gereğince aynı idarenin hizmet alanına girip girmediği, elatılan kısımla proje bütünlüğünün bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir.

Bazı hallerde, idarenin eyleme dayalı doğrudan müdahalesini sona erdirerek taşınmaz üzerinde kurduğu fiili hâkimiyeti kaldırması, elatmanın ortadan kalktığı anlamına gelmemektedir. Yargıtay 5. HD 2002/18889 E., 2002/23067 K., 23.12.2002 T. kararında<sup>409</sup>, davalı idarenin taşınmazdan fiilen el çekmesine<sup>410</sup> rağmen, taşınmazın mevcut imar planında kamulaştırılması gereken belediye hizmet alanında gösterilmesi

<sup>407</sup> Yargıtay 18. HD 2014/16418 E., 2014/16129 K., 13.11.2014 T. karar ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 9.3.2019).

<sup>408</sup> Yargıtay 5. HD., 2017/9697 E., 2018/22815 K., 29.11.2018 T. kararında da, imar planında kısmen cami alanı kısmen de yaya yolu olarak planlanan taşınmazın bir kısmına fiilen elatılmış olmasının, proje bütünlüğü dikkate alınarak taşınmazın tamamına elatılma olarak değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 22.11.2019). Yargıtay 5. HD., 2017/26963 E., 2019/4034 K., 4.3.2019 T. kararında, “... imar planına göre dava konusu taşınmazı da kapsayan yolun yapımına başlandığı, dava konusu taşınmazda fiili el atma sonucu yapılan imalat sökülmüş ise de, imar planına göre dava konusu taşınmaza isabet eden yolun devamı olarak komşu parsellerde el atmaların devam ettiği gözetildiğinde dava konusu taşınmaza imar planına uygun şekilde yol geçirilmek suretiyle el atılması nedeniyle fiilen imar uygulamasına başlanıldığından, proje bütünlüğü açısından...” fiilen elatmanın gerçekleştiği kabul edilmiştir ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 22.11.2019). Proje bütünlüğü kavramının ele alındığı diğer kararlar için bkz. Yargıtay 18. HD 2014/4092 E., 2014/9749 K., 3.6.2014 T. karar; Yargıtay 18. HD 2014/4583 E., 2014/11476 K., 26.6.2014 T. karar; Yargıtay 18. HD 2014/12769 E., 2015/255 K., 12.1.2015 T. karar; Yargıtay 5. HD 2017/5191 E., 2017/11223 K., 19.4.2017 T. karar; Yargıtay 5. HD 2017/12057 E., 2017/11782 K., 19.10.2017 T. karar; ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 18.11.2018); Yargıtay 5. HD., 2017/15653 E., 2018/24250 K., 11.12.2018 T. kararı; Yargıtay 5. HD., 2017/27186 E., 2019/4540 K., 14.3.2019 T. kararı; Yargıtay 5. HD., 2017/34598 E., 2019/8313 K., 2.5.2019 T. kararı; Yargıtay 5. HD., 2019/704 E., 2019/11547 K., 18.6.2019 T. kararı ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 22.11.2019).

<sup>409</sup> Yargıtay 5. HD 2002/18889 E., 2002/23067 K., 23.12.2002 T. karar ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 18.11.2018).

<sup>410</sup> Yargıtay 5. HD 2002/18889 E., 2002/23067 K., 23.12.2002 T. kararında, bina ve tesislerin idare tarafından kullanılmamasının fiili elatmanın ortadan kaldırılması anlamına geldiği, tesislerin ayrıca yıkılmasının gerekmediği belirtilmektedir.

halinde, bu plan değiştirilip taşınmaz özel mülk konusu parsel olarak nitelendirilmedikçe fiili el atmanın kaldırılmasının davayı konusuz hale getirmeyeceği belirtilmektedir<sup>411</sup>. Daha yakın tarihli bir Yargıtay kararına yansıdığı üzere<sup>412</sup>, taşınmazına yürüyüş yolları, ağaçlandırma ve çimlendirme yapılarak, oturma bankları konularak fiilen elatılan malike, bunun karşılığında verilen taşınmaz hissesinden, imar planındaki özgüleme sebebiyle kısıtlamasız yararlanmanın mümkün olmadığı tespit edilmiştir. Mahkeme, bu halde, elatmanın sona erdiğinin kabul edilemeyeceğine hükmetmiştir. Yargıtay, bu kararlar ile, fiilen gerçekleştirilmiş müdahaleye son verilmiş olsa da, taşınmazın imar planında kamu mülkiyetine kazandırılmasını gerektirecek şekilde umumi veya kamu hizmetine tahsisin devam ettiği halleri, fiili elatma kapsamında değerlendirmektedir<sup>413</sup>. Diğer bir deyişle, eylemli bir müdahale sebebiyle taşınmazın kullanılamaması ile imar planındaki tahsis amacı sebebiyle taşınmazın kullanılamaması, aynı çerçevede ele alınmış ve aynı sonuca bağlanmıştır.

Yaptığımız bu örneklendirmelerin aksine, hangi müdahalelerin fiili, doğrudan müdahale olarak değerlendirilmeyeceğine, yine Yargıtay kararları üzerinden örnek vermekte fayda bulunmaktadır. Yargıtay 5. HD 2003/11524 E., 2003/14372 K., 15.12.2003 T. kararda<sup>414</sup>, taşınmazın askeri güvenlik bölgesi içinde bulunduğundan inşaat, tadilat, harfiyat gibi faaliyetler için ilgili idareden izin alınmasının gerekmesine rağmen, taşınmazın etrafının tel örgü ile çevrilmemesi, zirai faaliyete devam edilebilmesi, mevcut bina veya yapıda oturmaya devam edilebilmesi, meslek ve sanat icra etme imkânının varlığı, taşınmazdaki fiili hâkimiyeti sona erdirici müdahale

<sup>411</sup> Yargıtay 5. HD 2001/3782 E., 2001/6154 K., 9.4.2001 T. kararda da, uygulama imar planında kaptaj alanında bulunan taşınmaza yapılan fiili müdahaleye yargılama sırasında son verilmesine rağmen, taşınmazın imar planında halen kaptaj alanı olarak gösterilmesi karşısında Mahkeme, “...İmar planı değiştirilerek taşınmaz kaptaj alanından çıkarılmadıkça yalnız fiili el atmaya son verilmesi davanın konusuz kalmasına neden olmayacağı düşünülerek esastan inceleme yapıp karar verilmesi gerekirken davanın konusuz kaldığı kabul edilmek suretiyle reddine karar verilmesi, doğru görülmemiştir.” şeklinde karar vermiştir ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 18.11.2018). Benzer yöndeki diğer bir karar için bkz. Yargıtay 5. HD 2003/1000 E., 2003/4174 K., 25.3.2003 T. kararda da, “Taşınmaza imar planında yol olması nedeniyle davalı Tuzla Belediyesince el atılmış, yargılama sırasında aynı belediye imar planında herhangi bir değişiklik yapmadan el atmaya son verdiğini bildirmiştir. İmar planında değişiklik yapılarak taşınmaz üzerinden geçen yol kaldırılmadığına göre fiili el atmaya son verilmesi sonuca etkili değildir.” denilmiştir ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 18.11.2018).

<sup>412</sup> Yargıtay 5. HD 2017/5534 E., 2017/26075 K., 27.11.2017 T. karar ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 18.11.2018). Benzer bir karar için bkz. Yargıtay 5. HD 2016/18280 E., 2017/12184 K., 2.5.2017 T. karar ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 18.11.2018).

<sup>413</sup> Aynı kanaat için bkz. Yalçınduran, Kamulaştırmasız El Koyma, s.255.

<sup>414</sup> Yargıtay 5. HD 2003/11524 E., 2003/14372 K., 15.12.2003 T. karar ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 18.11.2018).



olarak değerlendirilmemiştir. Benzer şekilde güvenlik bölgesi içerisinde olan tarla niteliğindeki taşınmazın arazi olarak kullanılmasına engel olunmaması<sup>415</sup>, arsa niteliğindeki taşınmaza yapılan müdahale sonucu toprak yapısının değişmesi<sup>416</sup>, taşınmaza dökülen mıcırın taşınmazın niteliğini değiştirmemesi ve kullanımına engel olmaması<sup>417</sup>, imar planı ya da parselasyon planında yol ve/veya park ya da oyun alanı olarak<sup>418</sup>, belediye poliklinik alanı olarak<sup>419</sup>, rekreasyon alanı olarak<sup>420</sup> tahsis edilmelerine rağmen bu amaca uygun doğrudan müdahalede bulunulmadığı takdirde fiili bir elatmadan bahsetmek mümkün olmayacaktır.

Yukarıda verdiğimiz yargı kararlarında görüleceği üzere<sup>421</sup>, fiili elatma, idarenin “taşınmaza eylemli olarak el koyup, malikin kullanımını yasaya aykırı şekilde tamamen ortadan kaldırması” şeklinde ifade edilirken, bu eylemli müdahalenin unsurları arasında kalıcı olma ve sahiplenme kastı ile yapılma hususlarına da yer verilmiştir. Kalıcılık ve sahiplenme unsuru ile elatmanın kamu yararı amacıyla yapılmasının gerekip gerekmediği mevzuatın değerlendirilmesi gerekmektedir.

“Kalıcılık/süreklilik” unsuru üzerinden, idarenin eyleminin zamansal boyutunu değerlendirdiğimizde, Türk Doktrininin, elatma eyleminin bu unsuru taşıması gerektiği hususunda birleştiğini söyleyebiliriz<sup>422</sup>. Bu çerçevede geçici mahiyette

<sup>415</sup> Yargıtay HGK 1999/5-281 E., 1999/284 K., 12.5.1999 T. karar ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 18.11.2018).

<sup>416</sup> Yargıtay 5.HD 2000/13831 E., 2000/13429 K., 21.9.2000 T. karar ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 18.11.2018).

<sup>417</sup> Yargıtay 18. HD 2013/6613 E., 2013/9721 K., 4.6.2013 T. karar ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 18.11.2018).

<sup>418</sup> Yargıtay 5. HD 2005/4612 E., 2005/6655 K., 9.6.2005 T. karar; Yargıtay HGK 2007/5-933 E., 2007/951 K., 5.12.2007 T. karar; Yargıtay HGK 2007/5-805 E., 2007/826 K., 7.11.2007 T. karar; Yargıtay HGK 2007/5-718 E., 2007/805 K., 31.10.2007 T. karar ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 18.11.2018).

<sup>419</sup> Yargıtay 5. HD 2004/8904 E., 2004/11405 K., 22.11.2004 T. karar ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 18.11.2018).

<sup>420</sup> Yargıtay HGK 2003/5-281 E., 2003/284 K., 9.4.2003 T. karar ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 18.11.2018). Yargıtay, bu davada, kamulaştırmatsız elatma hükümlerinin uygulanmasının mal sahibinin tasarrufuna engel olma ve malının elinden alınması anlamını taşıdığını belirtmekte ve “... taşınmaz mal sahibinin elinde bulunduğu ve kullanma hakkına sahip olduğu sürece idare aleyhine bir dava açılmaz.” denilmektedir.

<sup>421</sup> Bkz. Yargıtay HGK 2007/5-718 E., 2007/805 K., 31.10.2007 T. kararı ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 5.11.2019). Benzer içerikteki kararlar için bkz. Yargıtay HGK 2003/5-626 E., 2003/637 K., 5.11.2003 T. karar; Yargıtay HGK 2007/5-805 E., 2007/826 K., 7.11.2007 T. karar; Yargıtay HGK 2007/5-933 E., 2007/951 K., 5.12.2007 T. karar; Yargıtay 5. HD 2011/2322 E., 2011/6217 K., 7.4.2011 T. karar; Yargıtay 5. HD 2003/11524 E., 2003/14372 K., 15.12.2003 T. karar ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 18.11.2018).

<sup>422</sup> Yalçınduran, Kamulaştırmatsız El Koyma, s.49; Tural, s.1111; Çınar, s.8-9; Gürsel, s.484-487; Yiğit, Kamulaştırmatsız El Atma, s.10; Ayhan, Dolayısıyla Kamulaştırma, s.1133-1134; Günday, İdare Hukuku, s.277; Çabuk/Çakmak/Şengöz, s.46; Yıldırım, Kamulaştırma, s.880; Çabri,

bulunan, belirli bir zaman aralığı ile sınırlı olarak gerçekleştirilen elatma eylemleri, fiili elatma olarak kabul edilmemektedir. Yargıtay 18. HD 2014/673 E., 2014/7343 K., 21.4.2014 T. kararda<sup>423</sup>, imar planında antik tiyatro alanında kalmasına rağmen bu yönde bir müdahalenin yapılmadığı, taşınmaza komşu parselde yürütülen çalışma sırasında iş makinelerinin dava konusu taşınmaza girip çıkması, hafriyat çalışması yapılması, daha sonra bu kısımların düzeltilmesi sebebiyle geçici mahiyette müdahale edildiği ve bu halin fiili elatma olarak değerlendirilemeyeceği belirtilmektedir. Yargıtay 18. HD 2014/7625 E., 2014/16136 K., 13.11.2014 T. kararda<sup>424</sup> ise imar planında ağaçlandırılacak yeşil alan olarak ayrılmasına rağmen taşınmazın bir kısmına kaldırım, diğer bir kısmına üst geçit yapılmak, diğer bir kısmına da stabilize malzeme ile kaplamak suretiyle müdahalede bulunulmasını, tahsis amacına uygun bir müdahale olmadığı gerekçesiyle kalıcı olarak nitelendirmeyen yerel mahkeme kararı bozulmuştur. Bu suretle bir müdahalenin kalıcı olup olmadığının değerlendirilmesinde, tahsis amacından ziyade, müdahalenin taşınmaz üzerinde meydana getirdiği sonucun değerlendirilmesi gerekmektedir<sup>425</sup>. Süreklilik, sözlük anlamı ile sürekli olma, kesintisiz olarak sürüp gitme durumu, devamlılık olarak ifade edilmektedir<sup>426</sup>. Sürekli olma halinin, sonu olmama hali yanında sürenin belirsiz olması hallerini de kapsayıcı bir anlam içerdiği kabul edilmelidir. Süreklilik hususunun değerlendirilmesinde, malik açısından bir değerlendirme yapılmalıdır. Malik açısından, elatmanın devam edeceği zaman diliminin belirsiz olması, kesintisiz sürüp gitmesi algısını uyandıracığından, süreklilik unsurunun varlığı söz konusu

---

Kamulaştırmaz El Atma, s.87, 96; Çetintaş, s.68-69; Karaca, Kamulaştırmaz El Atma, a.62-66; Gölcüklü, s.1208. *Ulusoy*, mülkiyet hakkının kullanımına herhangi bir şekilde kanun hükmüne dayanmayan kısıtlama getiriyor ise müdahalenin kalıcı olduğunun kabulünün gerektiğini belirtmektedir. *Ulusoy*, Kamulaştırmaz El Atma, s.28. *Şimşek*, AİHS 1 No'lu Ek Protokol m.1 kapsamındaki mülkiyet hakkından yoksun kılma ifadesi ile malikin mülkü üzerindeki haklarından kalıcı olarak mahrum bırakılmasının kastedildiğini belirterek, kalıcılık unsuruna vurgu yapmaktadır. *Şimşek*, Üç Kural Analizi, s.31.

<sup>423</sup> Yargıtay 18. HD 2014/673 E., 2014/7343 K., 21.4.2014 T. karar ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 5.3.2018).

<sup>424</sup> Yargıtay 18. HD 2014/7625 E., 2014/16136 K., 13.11.2014 T. karar ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 5.3.2018).

<sup>425</sup> Bkz. *Ayanoğlu*, s.77-80; *Çetintaş*, s.69; *Karaca*, Kamulaştırmaz El Atma, s.66. *Ayanoğlu*, taşınmaza toprak, taş, moloz ve benzeri malzemelerin yığılması veya bir taşınmazdan benzeri malzemelerin temin edilmesi şeklindeki eylemler ile ilgili olarak, taşınmaza elatılması, zilyetlik veya mülkiyet hakkının kalıcı şekilde kaldırılması sonucunu doğurmaktaysa kamulaştırmaz elatma niteliğinde haksız fiilden bahsedileceğini, söz konusu eylemlerin kamu hizmeti yürütülürken taşınmaza zarar verilmesi biçiminde sonuç doğurması halinde ise bu eylemlerin kamu hizmeti ile bağlantısı ölçüsünde idari nitelikte kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir. *Ayanoğlu*, s.80.

<sup>426</sup> [http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.5c71010d758323.62644764](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.5c71010d758323.62644764), 23.6.2020.



olacaktır. Bir taşınmaza geçici olarak molozların yığılması, idarenin araçlarının girmesi, ağaçların kesilmesi ya da taşınmazdaki malzemenin alınması gibi eylemler, zilyedin zilyetliğini geçici bir süre için ihlal eden, ortadan kaldıran eylemler olması sebebiyle elatma kavramı kapsamında ele alınmayacaktır. Ancak taşınmazdaki ağaçların kesilmesi, süreklilik özelliği taşıyan elatma eyleminin konusu olan projedeki bir aşama olarak gerçekleştirilmişse kamulaştırmasız elatma olgusundan bahsedilebilecektir.

Fiili elatmanın “*sahiplenme kastı*” ile yapılması gerekip gerekmediği hususu ise tartışmalıdır. *Bazı yazarlar*<sup>427</sup>, taşınmaz üzerinde mülkiyet hakkının kurulmasında sahiplenme iradesinin asli unsur olmasından hareket etmekte ve fiili elatmadaki zilyetliğe yönelik saldırının, mevcut mülkiyet hakkını ortadan kaldırıp yeni bir mülkiyet hakkı tesisine yönelik olması gerektiğini kabul etmektedirler. Özel mülkiyeti sona erdirmeye amacına matuf kamulaştırma işleminin hukuka aykırı görünümü olduğu önkabulünden hareketle, kamulaştırmasız elatmanın da mevcuttaki mülkiyet hakkını sona erdirmeye yönelik olması beklenmektedir. *Aksi görüşü savunan yazarlar* ise<sup>428</sup>, elatma olgusunun hangi niyet veya irade ile yapıldığının önemli olmadığını, önemli olanın, eylemin, somut olarak, taşınmaz üzerindeki fiili hâkimiyeti ortadan kaldırıp kaldırmadığı hususu olduğunu belirtmektedirler. *Kanaatimizce*, elatma olgusunun, sahiplenme iradesi ile malikin mülkiyet hakkını ortadan kaldırmaya yönelik olması gerekmemektedir. Elatmanın, taşınmazın tamamı veya bir kısmı üzerindeki fiili hâkimiyeti sona erdirmeye sonucunu doğurması yeterlidir. Özellikle de kamulaştırma yoluyla kurulan irtifakların kamulaştırmasız elatmaya konu olduğu hallerde, sahiplenme iradesi bulunmamakta, taşınmazı kullanma veya ondan yararlanma iradesi bulunmaktadır. Elatma olgusunun doğurduğu hukuki neticelerden etkilenebilecek kişi çevresini dikkate alan bir yaklaşım olması hasebiyle bu kanaat tercih edilmiştir.

<sup>427</sup> Şahiniz; s.62-68; Ulusoy, Kamulaştırmasız El Atma, s.24-25; Çınar, s.8-9; Yıldırım, Kamulaştırma, s.880; Ayanoglu, s.74; Yiğit, Kamulaştırmasız El Atma, s.10; Akkaya, s.176; Karademir, s.934; Çetintaş, s.68; Karaca, Kamulaştırmasız El Atma, 63-64; Gölcüklü, s.1208. Özdemir, “*kamulaştırmasız el atmada idare, başkasının mülkiyetini sahiplenerek bu ihlale yol açmaktadır.*” demektedir. Özdemir, 142.

<sup>428</sup> Çabri, sahiplenme iradesinin, idarenin ne niyetle hareket ettiğinin önemli olmadığını, önemli olan hususun fiilen ve sürekli olarak el atmanın varlığı olduğunu belirtmektedir. Bkz. Çabri, Kamulaştırmasız El Atma, s.88, dn.28. Erol ise idare tarafından yapılan el atma eyleminin irade dışı bile olabileceğini belirtmektedir. Erol, s.194.

Elatma eyleminin “*kamu yararı*” amacıyla yapılmasının gerekip gerekmediği hususu da tartışmalı bir meseledir<sup>429</sup>. *Bazı yazarlar*<sup>430</sup>, elatma eyleminin kamu yararı amacıyla yapılması gerektiğini belirtmektedir. *Yazarlar*, kamulaştırmanın temel koşulunu oluşturan “*kamu yararı*” unsurundan hareket etmekte ve kamulaştırmaksız elatmayı, kamu yararı amacının mevcudiyetine rağmen kamulaştırma yetkisinin gereğinin yapılmaması olarak ifade etmektedirler. Bu hal, yukarıda da belirttiğimiz üzere, kamulaştırmaksız elatma olgusunu, hukuka aykırı kamulaştırma olarak telakki etmiş olmalarının neticesidir. *Aksi görüşü savunan yazarlarca* ise<sup>431</sup>, taşınmaz zilyetliğine hukuka aykırı müdahale niteliğindeki eylemin arka planında kamu yararı unsurunun aranmaması gerektiği savunulmaktadır. Kamulaştırmaksız elatma kapsamındaki fiili elatma eyleminin kamu yararı amacı ile yapılıp yapılmadığının aranmasına gerek bulunmadığı kanaatindeyiz. Kamulaştırmaksız elatma eylemi, kamu yararını merkeze alan hukuka uygun bir idari işlem veya eylem değildir. Hukuka aykırı bir eylemin kamu yararı amacıyla yapılıp yapılmamasının herhangi bir önem arz etmediği kanaatindeyiz.

<sup>429</sup> YHGK 2010/5-662 E., 2010/651 K., 15.12.2010 T. kararında, kamulaştırmaksız elatma kamulaştırma işlemine benzetilmekte ve kamulaştırma işleminde olduğu gibi taşınmazın elde edilmesinde kamu yararının bulunması zorunludur, denilmektedir. Benzer bir ifade için bkz. YHGK 2011/148 E., 2011/303 K., 11.5.2011 T. karar ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 14.7.2020).

<sup>430</sup> Çabri, konu ile ilgili olarak “*Kamulaştırmaksız el atmanın önemli unsurlarından biri, idarenin geçerli bir kamulaştırma işlemiyle elde edeceği taşınmazı kanunda öngörülen şekil kurallarına uymaksızın elde etmeye çalışmasıdır. Bütün idari işlemlerin unsurlarından olan kamu yararı, idarenin taşınmaza el atmasının da en temel unsurudur. Kamu yararının bulunmadığı hallerde kamulaştırmaksız el atma yerine, idarenin haksız fiil niteliğinde bir eylemi söz konusu olur; bu halde mülkiyetin idareye geçmesi karşılığı bedele dönüştürme davası açılmaz.*” demektedir. Çabri, Kamulaştırmaksız El Atma, s.97. Tatal da kamulaştırma yetkisine sahip olan idarenin, görevli olduğu kamu hizmetini yerine getirmek amacıyla elatması gerektiğini belirtmektedir. Tatal, s.1110. *Yalçınduran* ise kamulaştırma yapabilme imkânına sahip olmasına rağmen bunu yapmamış olması gerektiğini belirtmektedir. Yalçınduran, Kamulaştırmaksız El Koyma, s.36. Benzer kanaatte olan yazarlar için bkz. Gürsel, s.480-481; Yiğit, Kamulaştırmaksız El Atma, s.6; Çabuk/Çakmak/Şengöz, s.46; İlgezdi, s.36; Karaca, Kamulaştırmaksız El Atma, s.67-68; Çetintaş, s.70-71; Gölcüklü, s.1208. Akgüner/Berk, s.934’te, elatma olgusunun kamu hizmeti amacıyla yapılmış olması gerektiğini belirtmektedir.

<sup>431</sup> Özdemir, “*Gerçekten de kamulaştırmaksız el atmada kamu yararının aranması bazı belirsizliklere neden olabilmektedir. ... Kamulaştırmaksız el atma idarenin hukuka aykırı bir işlemidir. Kamu yararı ise, idarenin işlemlerinin genel amacı, yani hukuka uygun işlemlerde söz konusu olan bir kavramdır. Dolayısıyla kamulaştırmaksız el atan makamlar açısından, taşınmaz sahibi aleyhine sonuç doğuruyorsa, hareketin temelinde kamu yararı aranması göz ardı edilebilir. Bazen de kamu yararının aranması kanun gereği gerekli olmayabilir.*” şeklinde kanaatini paylaşmaktadır. Özdemir, s.132. Ulusoy’a göre de, “... sadece kamu hizmetine tahsis amaçlı olan müdahaleleri kamulaştırmaksız el atma olarak nitelendirirsek idarenin böyle bir amacı gütmeyen pek çok fiili kapsam dışında kalacağı için Yargıtay’ın aradığı bu ölçüt yerinde değildir. İdare tarafından kamu hizmetine tahsis amaçlı olsun veya olmasın taşınmaza fiilen el konulması kamulaştırmaksız el atma için yeterlidir.”. Ulusoy, Kamulaştırmaksız El Atma, s.24. Fiili elatmada kamu yararının amacının aranmaması gerektiğine dair bkz. Çakır, Kamulaştırmaksız El Atma, s.37.

Fiili elatma olgusunun unsurları ile ilgili aktarılan bilgiler ışığında, taşınmaz mülkiyetinden yoksun bırakma özelliğine sahip sınırlandırma araçları için öngörülen hukuki esas ve usullere riayet edilmeksizin, taşınmazın tamamı veya bir kısmı üzerindeki fiili hâkimiyeti, kalıcı veya belirsiz süreli olacak şekilde ortadan kaldırma veya aşırı ölçüde güçleştirme sonucunu doğuran eylemler fiili elatma olarak değerlendirilebilecektir. Bu çerçevede kamulaştırma işlemi yapılmaksızın veya kamulaştırma işleminin işlem basamaklarına başlanmış ancak henüz işlemin kesinleşmediği/tamamlanmadığı bir aşamada, malikin, taşınmaz üzerindeki fiili hâkimiyetini sona erdirme amacına yönelik eylemler, fiili elatma olarak



değerlendirilmektedir<sup>432</sup> <sup>433</sup>. “Yok hükmündeki” bir kamulaştırma işlemi<sup>434</sup> ya da vazgeçilmiş kamulaştırma işlemi sebebiyle<sup>435</sup> gerçekleştirilen fiili tahsisler de fiili

<sup>432</sup> Doktrinde bu yöndeki kanaatler için bkz. Şahiniz, s.46; Tural, s.1112-1115; Ulusoy, Kamulaştırmaz El Atma, s.19-20; Çabri, Kamulaştırmaz El Atma, s.88-91; Çınar, s.8; Gürsel, s.481-482, 473; Özdemir, s.124, 126-127; Özkaya, s.994; Çetintaş, s.63-65; Karaca, Kamulaştırmaz El Atma, s.45-50.

<sup>433</sup> Yargıtay 1. HD 2013/18145 E., 2014/5961 K., 19.3.2014 T. kararda şu izahatta bulunmaktadır: “Bilindiği üzere, Kamulaştırma kararı almadan ve kamulaştırma işlemlerini tamamlamadan taşınmaza el koymuş bulunan idare, haksız işgalci konumundadır. Davalı idarenin kamulaştırma bedelinin tespiti ve adına tescil istekli davayı açtığı tarihe kadar taşınmaza el atması haksız fiil niteliğindedir.” demektedir ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 27.8.2020). Konu ile ilgili Yargıtay kararları için bkz. YİBBGK 1956/1 E., 1956/6 K., 16.05.1956 T. kararı; Yargıtay 5. HD 2000/3374 E., 2000/4486 K., 23.3.2000 T. karar; Yargıtay 5. HD 2000/9790 E., 2000/10349 K., 8.6.2000 T. karar; Yargıtay 5. HD 2000/17068 E., 2000/18297 K., 20.11.2000 T. karar; Yargıtay 5. HD 2002/10419 E., 2002/15928 K., 16.9.2002 T. karar; Yargıtay 5. HD 2011/2322 E., 2011/6217 K., 7.4.2011 T. karar; Yargıtay 5. HD 2017/5534 E., 2017/26075 K., 27.11.2017 T. karar; Yargıtay 18. HD 2014/7625 E., 2014/16136 K., 13.11.2014 T. karar; Yargıtay 5. HD 2016/18280 E., 2017/12184 K., 2.5.2017 T. karar ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 18.11.2018); Yargıtay 5. HD., 2017/818 E., 2018/24856 K., 13.12.2018 T. kararı; Yargıtay 5. HD., 2017/29162 E., 2019/7068 K., 11.4.2019 T. kararı; Yargıtay 5. HD., 2018/7892 E., 2019/7236 K., 15.4.2019 T. kararı; Yargıtay 8. HD., 2018/3752 E., 2019/5882 K., 13.6.2019 T. kararı; Yargıtay 5. HD., 2017/29151 E., 2019/12160 K., 20.6.2019 T. kararı ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 22.11.2019). Bu kararların aksi yönündeki Yargıtay HGK 1995/18-633 E., 1995/826 K., 18.10.1995 T. kararına konu olayda, kamulaştırmaya konu olan taşınmaz malikine usulüne uygun şekilde tebligat yapılmamış olmasına rağmen ilgili idare tarafından taşınmaza elatılmıştır. O dönem için yürürlükteki Kamulaştırma Kanunu uyarınca, kamu yararı kararı verildikten sonra taşınmazın kıymet takdir komisyonu tarafından belirlenen değeri taşınmaz maliki adına bir bankaya bloke edilir, ardından diğer usuli işlemler tamamlandıktan sonra bütün işlemleri belgeleyen evrakın taşınmaz malikine Tebligat Kanunu’na göre tebliğinden itibaren otuz (30) gün içerisinde malik tarafından kamulaştırmanın iptali ile ilgili dava açılmaz ise kamulaştırma kesinleşmekte, mülkiyet, idareye geçmektedir. *Mahkeme*, usulüne uygun olarak tebligat gerçekleşmemiş olmasına rağmen tebligatın yapılmadığının ayırında olmayan idare tarafından yapılan elatma eyleminin haksız fiil niteliğindeki kamulaştırmaz elatma olmadığını, bu çerçevede malikin mirasçıları tarafından açılan bedel artırım davasında, taşınmazın dava tarihindeki değerinin esas alınacağını ve bu bedele ancak mülkiyetin idareye geçtiği andan itibaren temerrüt faizine hükmedilebileceğini belirtmektedir ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 25.10.2019). Yargıtay 5. HD, 2016/18774 E., 2018/9246 K., 15.5.2018 T. kararında ise, yukarıdaki karara benzer şekilde kamulaştırma evrakının malike usulüne uygun tebliğ edilmemesi söz konusudur. Ancak Mahkeme bu kararda, “*Milli Eğitim Bakanlığı 1997 yılında 48m’lik bölüm için kamulaştırma kararı almış ise de; kamulaştırma evrakı davacıya usulüne uygun tebliğ edilmemiştir. Hazinesin 2942 sayılı kanunun 17. maddesine dayanarak açtığı tescil davasında, geçerli bir kamulaştırma bulunmadığından bu bölümün idare adına tescil edilmiş olması, davacının kamulaştırmaz el atma nedeniyle taşınmaz bedelini isteme hakkına engel teşkil etmez.*” demek suretiyle Yargıtay HGK 1995/18-633 E., 1995/826 K., 18.10.1995 T. kararının aksi yönde içtihatla bulunmuştur ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 3.12.2019). AYM Saadet Esin, 2014/18103 B. No, 26.10.2017 T. kararı (<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Content/pdfkarar/2014-18103.pdf>, 7.8.2020); AYM Şevket Karataş, 2015/12554 B. No., 25.10.2018 T. karar (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2015/12554>, 8.7.2020); AYM Alaattin Ölçer, 2015/1089 B. No., 22.1.2019 T. karar (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2015/1089>, 8.7.2020).

<sup>434</sup> Şahiniz, 46-55; Çabri, Kamulaştırmaz El Atma, s.90, dn.34-35; Özdemir, s.124; Çabuk/Çakmak/Şengöz, s.44-45; Çetintaş, s.66; Karaca, Kamulaştırmaz El Atma, s.51. İdari işlemin yok hükmünde olabilmesi hususu ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Gözler, İdare Hukuku I, s.1123-1162.

<sup>435</sup> Çabri, Kamulaştırmaz El Atma, s.88-91. Şahiniz, s.55; Özdemir, s. 127-128; Çetintaş, s.67; Karaca, Kamulaştırmaz El Atma, s.52. *Yazarlar*, kamulaştırmadan tek taraflı veya anlaşmak suretiyle vazgeçilmiş olunmasına rağmen, el atmaya devam edilmesi halinde kamulaştırmaz elatmadan bahsedilebileceğini belirtmektedir. *Gürsel* ise idarenin kamulaştırmadan vazgeçmiş olsa

elatma niteliğinde kabul edilebilecektir. Elatmanın hukuki sebebini teşkil eden kamulaştırma işleminin iptal edilmesi halinde, iptal kararı, işlemin hukuki etkilerini yapıldığı an itibarıyla ortadan kaldırır<sup>436</sup>. Bu çerçevede, iptal kararının gereği olan kamulaştırma işleminin bütün sonuçlarının ortadan kaldırılmaması, fiili elatma mahiyetinde olabilecektir<sup>437</sup>. İrtifak hakkı kurmak suretiyle kamulaştırma yapılması gerekirken bu usul işletilmeksizin ya da tamamlanmaksızın taşınmaz üzerinde malikin kullanma ve yararlanma yetkisini sona erdirici, bu yetkiyi idare lehine kurucu nitelikteki müdahaleler de fiili elatma olarak kabul edilmektedir<sup>438</sup>. Acele kamulaştırma usulünde, bedel tespiti ve tescil davası makul sürede açılmaksızın veya kamulaştırma süreci hukuka uygun şekilde işletilmeksizin gerçekleşen elatma, fiili elatmaya sebebiyet verebilecektir<sup>439</sup>.

Kamulaştırma dışında mülkiyet hakkından yoksun bırakma neticesi doğuran ve İmar Kanunu'nda düzenlenen sınırlandırma araçlarından ifraz ve tevhit, arazi ve arsa düzenlemesi, düzenleme ortaklık payı gibi işlemler tesis edilmeksizin ya da bu tür

---

da kamulaştırma sürecinde malikin kullanımına engel olunmuşsa elatmanın söz konusu olacağını belirtmektedir. Gürsel, s.381. Yargıtay HGK 2013/2229 E., 2014/1097 K., 24.12.2014 T. kararında, "...dava konusu taşınmazın E-5 karayolu ile demiryolu arasında yol emniyet sahasında kalması, davalı idarece kamulaştırma kararı alınmasına rağmen sonradan kamulaştırmadan vazgeçilmesi, davalı idarenin eylemlerine bağlı olarak taşınmazın kullanım ve taşınmaza fiilen ulaşım imkanının bulunmaması, imar mevzuatı yönünden de taşınmazdan yararlanma olanağının olmaması, bu haliyle idarenin eyleminin, davacıların mülkiyet hakkının özüne dokunan ve onu ortadan kaldıran bir nitelikte bulunmasına göre, mülkiyet hakkı engellenen taşınmaz mal sahibi davacıların, dava yoluyla kamulaştırmasız el koyma hükümleri doğrultusunda mülkiyetin bedele çevrilmesini, başka bir deyişle idareden değer karşılığının verilmesini isteyebileceği sonucuna varılmıştır." ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 21.2.2021).

<sup>436</sup> Gözler, İdare Hukuku II, s.1209; Tan, s.901-903.

<sup>437</sup> Bkz. Özdemir, s.124-126; Çabuk/Çakmak/Şengöz, s.44-45. Çetintaş ile Karaca ise kamulaştırma kararının iptali ile kamulaştırmasız elatma sonucunun hemen doğmadığını, iptal kararının gereği olan kamulaştırma işleminin bütün sonuçlarının ortadan kaldırılmaması halinde kamulaştırmasız elatmanın oluşacağını belirtmektedir. Çetintaş, s.67-68; Karaca, Kamulaştırmasız El Atma, s.51-52. Yargıtay 5. HD 2003/4841 E., 2003/6880 K., 18.3.2003 T. karara, kamulaştırma işlemine dayanılarak yapılan elatma eyleminin kamulaştırmanın iptali sebebiyle açılan kamulaştırmasız elatmanın önlenmesi davası konu olmuştur. Mahkeme, kamulaştırmasız el atma sebebiyle elatmanın önlenmesi davasının dinlenebilmesi için öncelikle davalı idare adına yapılmış olan tescilin ortadan kaldırılması amacıyla tapu iptali ve tescil davasının açılması ve açılacak bu davanın görülmekte olan dava için bekletici mesele yapılması gerektiği ifade edilmektedir ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 26.8.2020).

<sup>438</sup> AYM Saadet Esin, 2014/18103 B. No, 26.10.2017 T. kararı (Hata! Köprü başvurusu geçerli değil., 7.8.2020); AYM Şevket Karataş, 2015/12554 B. No., 25.10.2018 T. karar (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2015/12554>, 8.7.2020); AYM Alaattin Ölçer, 2015/1089 B. No., 22.1.2019 T. karar <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2015/1089>, 8.7.2020). Yargıtay 5. HD 2018/8395 E., 2018/19932 K., 8.11.2018 T. karar; Yargıtay 5. HD 20188396 E., 2018/19931 K., 8.11.2018 T. karar (RG T.27.3.2019, S.30727). Ayrıca bkz. Şahiniz, s.66-67.

<sup>439</sup> Bkz. Özdemir, s.152; Çetintaş, s.78-79; Karaca, Kamulaştırmasız El Atma, s.50.

işlemler yok hükmünde olmasına rağmen taşınmaz üzerindeki fiili hâkimiyetin sona erdirilmesi hali de fiili elatma olarak değerlendirilebilecektir. Fiili elatma ile ilgili yaptığımız açıklamalar uyarınca, bu tür işlemlerden vazgeçilmesine ya da işlemin iptal edilmesine rağmen, işlemin, fiili hâkimiyeti sona erdirici sonuçlarının ortadan kaldırılmaması da fiili elatma olarak değerlendirilebilecektir. Bir taşınmazdan düzenleme ortaklık payı oranını (İmar Kanunu'nun 7181 sayılı Kanun ile değişik 18/2. maddesi uyarınca %45) aşan oranda kesinti yapılarak, malike, verilmesi gerekenden daha az taşınmaz payı verilmesi, Uyuşmazlık Mahkemesi tarafından, tek yanlı ve kamu gücü kullanılarak tesis edilen idari işlemten kaynaklı bir uyuşmazlık olarak değerlendirilmektedir<sup>440</sup>. Ancak son yıllarda verilen Yargıtay kararlarında, İmar Kanunu m.18'teki oranın aşılması suretiyle, kamulaştırma da yapılmaksızın, malike, tapuda daha az miktarda payın tescil ya da terkin edilmesi, fiilen elatma olarak değerlendirilmiştir<sup>441</sup>. Bu çerçevede malik adına olan tapu kaydının, DOP oranını aşan

<sup>440</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi 2011/243 E., 2012/64 K., 9.4.2012 T. kararında, düzenleme ortaklık payı düşüldükten sonra verilmesi gereken hisseden daha az miktar hisse verilmesine ilişkin uyuşmazlıkta, kamulaştırmaz el atmanın varlığından söz edilemeyeceği gibi bedel artırımını, mülkiyete tecavüzün önlenmesi veya haksız fiilden doğan zararların tazmini kapsamında bir dava da bulunmadığını, kamu gücüne dayalı, resen ve tek yanlı olarak tesis edilen bir idari işlemten dolayı kişisel hakları muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı davasının söz konusu olduğuna hükmetmiştir ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 6.12.2019). Uyuşmazlık Mahkemesi HB, 2014/743 E., 2014/798 E., 14.7.2014 T. kararında da, “Sonuç olarak; idarenin gerçekleştirildiği imar uygulaması ve şuyulandırma işlemleri sırasında gerekli ve yeterli özenin gösterilmemesinden dolayı davacının tapudaki hissesinin şuyulandırılan taşınmazlarda yer almaması nedeni ile bu durumun tespit edilmesi ya da davacıya hissesi oranında başka taşınmazdan hisse verilmesine ilişkin olan davanın, söz konusu işlemin idarenin tek yanlı ve kamu gücünü kullanarak gerçekleştirmiş olduğu bir işlem olması karşısında, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2/1-a maddesinde yer alan ‘İdari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı davaları’ kapsamında idari yargı yerince çözümlenmesi gerekmektedir.” denilmektedir ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 6.12.2019). Kalabalık ise kanundaki orandan fazla veya ikinci kez kesinti yapılması halinde hukuki elatma olgusunun gündeme geleceğini belirtmektedir. Kalabalık, İdare Hukuku II, s.425.

<sup>441</sup> Bkz. Yargıtay HGK 2014/84 E., 2015/1479 K., 3.6.2015 T. kararda, 2389 parsel sayılı taşınmazda imar uygulaması sonucunda, 1142 m<sup>2</sup> düzenleme ortaklık payı kesildikten sonra imar sonucu oluşan parsellerden davacılar 1767 m<sup>2</sup> hisse verilmiş, kalan 932 m<sup>2</sup>'lik hisse ise bedelsiz olarak tapudan terkin edilmiştir. Mahkeme, uyuşmazlığın, 932 m<sup>2</sup>'lik hissenin bedelsiz olarak tapudan terkinine yönelik işlem nedeniyle tazminat isteminin adli yargıda mı idari yargıda mı çözümleneceği meselesinde yoğunlaştığını belirtmekte, kamulaştırmaz elatma, mülkiyet hakkı, imar planları ve AİHM'in konuya yaklaşımını aktardıktan sonra, “... 3194 İmar Kanunu'nun 18. maddesi uyarınca düzenleme ortaklık paylarının toplamı, umumi hizmetler için, yeniden ayrılması gereken yerlerin alanları toplamından az olduğu takdirde, idarece kamulaştırma yoluna gidilmesi gerekir. Somut uyuşmazlıkta ise, idarece davacılar ait taşınmazdan düzenleme ortaklık payı kesilmiş olmasına rağmen 932 m<sup>2</sup>'lik hisse kamulaştırılmadan bedelsiz olarak terkin edilmiştir. İdarenin hukuki dayanağı bulunmayan bu işlemi sonucu davacıların dava konusu hisse üzerindeki mülkiyeti sona ermiş olup, idarece davacıların taşınmazına fiilen elatılmış bulunmaktadır. İdarenin kişilerin taşınmazlarına eylemli olarak el atıp tamamen veya kısmen kullanılmasına engel olmasından kaynaklanan tazminat davalarında adli yargı görevli olduğundan eldeki davaya da adli yargı mercilerince bakılması gerekir.” şeklinde karar vermiştir. ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 28.8.2020). Benzer içerikte kararlar için bkz. Yargıtay 5. HD, 2017/31482 E., 2018/9635 K.,



şekilde terkin suretiyle mülkiyet hakkının sona erdirilmesi, fiilen elatma olarak kabul edilebilmektedir<sup>442</sup>.

### 2.3.2. Hukuki Elatma Olgusu (Eylemsiz Kalmak Şeklinde Dolaylı Müdahale Suretiyle Elatma)

Hukuka aykırı şekilde taşınmaz mülkiyetinden yoksun bırakma neticesi, salt taşınmaz üzerindeki fiili hâkimiyeti kısmen veya tamamen sona erdirmeye yönelik eylemli müdahale ile gerçekleşmemektedir. İdarenin, mülkiyetin kullanımını kontrol etmeyi amaçladığı idari işlemlerin gereği olan işlem ya da eylemleri yapmayarak eylemsiz kalması da mülkiyetten yoksun kalma neticesi doğurabilmektedir. Bu tarz bir müdahalede malik, taşınmaz üzerinde zilyet olmaya devam etmektedir. Ancak idarenin eylemsizliği sebebiyle, mülkiyet hakkının malike tanıdığı kullanma, yararlanma, maddi ve hukuki işlem ve eylemlere konu yapma, tasarruf etme ve elden çıkarma yetkilerinin kullanımı mülkiyetten yoksun bırakacak şekilde imkânsızlaşmakta ya da aşırı derecede güçleşmektedir. Bu hal, Türk Yargısı tarafından hukuki elatma adıyla veya bu ad kullanılmaksızın idari işlem/eylem sebebiyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği, mülkiyet hakkının özünün zedelendiği vakalar olarak isimlendirilmiştir<sup>443</sup>. Türk Doktrini'nin çoğunluğu tarafından hukuki elatma şeklinde adlandırılan bu olguda, “*hukuki*” nitelendirmesinin kullanılmasını, taşınmaza yönelik hukuka uygun müdahaleleri çağrıştırması sebebiyle doğru bulmamaktayız<sup>444</sup>. Kamulaştırmasız elatma kapsamındaki hukuki elatma ifadesi yerine, başlıkta parantez

17.5.2018 T. kararı; Yargıtay 5. HD, 2017/2086 E., 2018/15956 K., 2.10.2018 T. karar; Yargıtay HGK 2017/5-2019 E., 2018/1589 K., 6.11.2018 T. kararı ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 3.12.2019).

<sup>442</sup> Bkz. Arcak/Doğrusöz, s.20-26; Özdemir, s.143; Çetintaş, s.93; Karaca, Kamulaştırmasız El Atma, s.75-76.

<sup>443</sup> Bkz. I. Bölüm, B., 5.

<sup>444</sup> Karaca, mülkiyet hakkının özüne dokunacak şekilde taşınmazın hukuki işlemle kısıtlanması durumunda, bu ihlal ve kısıtlama nedeniyle doktrin ve yargı organlarınca yerleşik olarak “*hukuki el koyma*” kavramının kullanılmasını eleştirmekte ve bu ifadenin hukuka uygun bir duurma, taşınmaza hukuka uygun elatıldığını çağrıştırdığını, “*hukuki el koyma*” ifadesinin ancak Anayasa'nın 35. maddesinde ifade edilen mülkiyet hakkının kanunla sınırlandırılması halini ifade edebileceğini belirtmektedir. Bkz. Karaca, Yargısal Başvuru Yolları, s.277-278. Gürsel de, hukuki elatma kavramının kullanımının üç açıdan sakıncalı olduğunu belirtmektedir. Şöyle ki, birinci olarak bu kullanımın, elatmayı meşru kılan bir anlam taşıması, ikincisi, kamulaştırmasız elatmanın unsurları ile yasaya dayanarak idare tarafından imar planlama yetkisinin kullanımı arasında karmaşa yaratması, üçüncü olarak da idarenin haksız fiili yani fiili yol kavramını göz ardı ederek idarenin bu eyleminin fiili yol, mülkiyet hakkı ihlali olduğu gerçeğinin perdelenmesi şeklinde ifade etmektedir. Bkz. Gürsel, s.194, 583-585, 637. Benzer yöndeki kanaatler için bkz. Gemalmaz, Anayasa Mahkemesi, s.1; Hayta, s.406, dn.90. Özdemir ise, aksi yönde, hukuki elatma ifadesindeki “*hukuki*” sözcüğüyle, taşınmaz sahibinin mülkiyet hakkına getirilen sınırlamaların başlangıçta hukuka uygun olmasının kastedildiğini belirtmektedir. Özdemir, s.63.

içerisinde kullandığımız üzere, “*eylemsiz kalmak şeklindeki dolaylı müdahale suretiyle elatma*” ifadesinin kullanılabileceği kanaatindeyiz. Ancak yerleşik kullanım, hukuki elatma şeklinde olduğundan tez içerisindeki kullanımlarımızda, hukuki elatma ifadesini tercih edeceğiz.

İdarenin eylemli bir müdahalede bulunmaksızın mülkiyet hakkından yoksun kalma sonucu doğurabileceğinin kabulü ile ilgili olarak AİHM’nin kararları dikkat çekicidir. Mülkiyet hakkından yoksun bırakma şeklinde ifade edilen ikinci kural kapsamında ele aldığı uyuşmazlıklar arasında, idarenin müdahalesi sonucu hak sahibinin taşınmaz üzerinde tasarrufta bulunmasının mümkün olmadığı haller bulunmaktadır. AİHM *Brumarescu v. Romanya* kararında<sup>445</sup>, malikin taşınmazı satma, bağışlama, kiraya verme veya diğer şekillerde tasarruf etmesinin mümkün olmadığını belirterek davaya konu olan uyuşmazlığı ikinci kural şeklinde zikredilen mülkiyet hakkından yoksun bırakılma kapsamında değerlendirmiştir<sup>446</sup>. Yargıtay 20. HD 2016/9555 E., 2017/4455 K., 16.5.2017 T. kararında da, mülkiyet hakkının kaybından söz edebilmek için tapunun iptaline karar verilmesinin gerekli olmadığı, tasarruf imkânının kısıtlanması veya ortadan kaldırılmasının yeterli olduğu ifade edilmektedir<sup>447</sup>.

Hukuki elatma, Türk Doktrini tarafından, mülkiyet hakkının vermiş olduğu, kullanma, yararlanma ve tasarruf etme yetkilerinin uzun süre kullanılmasına engel olunması<sup>448</sup>, taşınmaz mülkiyeti kullanımının hukuken engellenmesi<sup>449</sup>, taşınmaz üzerindeki tasarruf yetkisinin yok edilmesi<sup>450</sup>, süresi belirsiz şekilde mülkiyet hakkına

<sup>445</sup> AİHM *Brumarescu v. Romanya*, 28342/95 B. No., 28.10.1999 T. karar, prg. 75-78. Benzer içerikteki kararlar için bkz. *N.A. ve Diğerleri/Türkiye*, 37451/97 B. No, 11.10.2005 T. karar; *Turgut ve Diğerleri v. Türkiye*, 1411/03 B. No, 8.7.2008 T. karar; AİHM *Halil Göçmen v. Türkiye*, 24883/07 B. No., 12.11.2013 T. karar (<http://hudoc.echr.coe.int/tur>, 4.7.2020).

<sup>446</sup> Belirtmeliyiz ki, AİHM, Türk Hukuku’nda hukuki elatma olarak isimlendirilen uyuşmazlıklara benzer nitelikteki uyuşmazlıkları, genel itibarıyla, genel kural mahiyetindeki “*mal ve mülkün dokunulmazlığına saygı/mülkiyet hakkının barışçıl kullanımı*” şeklinde ifade edilen birinci kural kapsamında ele almaktadır. Bkz. AİHM *Sporrong-Lönnroth v. İsveç*, 7151/75 B. No., 7152/75 B. No., 23.9.1982 T. karar; AİHM *Pietrzak v. Polonya*, 38185/02 B. No., 8.1.2008 T. karar; AİHM *Hakan Arı v. Türkiye*, 13331/07 B. No., 11.1.2011 T. karar; AİHM *Ziya Çevik v. Türkiye*, 19145/08 B. No., 21.6.2011 T. karar; AİHM *Hüseyin Kaplan v. Türkiye*, 24508/09 B. No., 1.10.2013 T. karar (<http://hudoc.echr.coe.int/tur>, 7.7.2020). Bkz. I. Bölüm, D., 1.

<sup>447</sup> Yargıtay 20. HD 2016/9555 E., 2017/4455 K., 16.5.2017 T. karar ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 16.7.2020).

<sup>448</sup> Yalçınduran, Kamulaştırmaz El Koyma, s.55-56.

<sup>449</sup> Akgüner/Berk, s.945-946.

<sup>450</sup> Çabuk/Çakmak/Şengöz, s.45, 47-48.



kısıtlama getirilmesi<sup>451</sup>, kanundan doğan kısıtlamaların sınırını aşarak taşınmaza uzun süre kısıtlama getirilmesi<sup>452</sup>, kamulaştırma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi<sup>453</sup> şeklinde ifade edilmektedir.

Türk yargı kararlarında ise pasif ve suskun kalınmak ve işlem tesis edilmemek suretiyle mülkiyet hakkının özüne dokunan ve onu ortadan kaldıran şekilde müdahale edilmesi<sup>454</sup>, imar planlarında kamu hizmetlerine ayrılmak suretiyle tasarruf yetkisinin kısıtlanması ve uzun zaman kamulaştırma yapılmaması<sup>455</sup>, taşınmaz üzerindeki tasarruf hakkının belirsiz bir süre için kullanılamaz hale gelmesi<sup>456</sup>, mülkiyet hakkının belirsiz bir süre için kısıtlanması ve bu kısıtlılığın idarece karar alınarak kaldırılmaması<sup>457</sup> hukuki elatma kapsamında değerlendirilmiştir. Danıştay 6. D. 2016/12699 E., 2017/2603 K., 13.4.2017 T. kararında<sup>458</sup>, imar planında kamu hizmetine ayrılan taşınmazların kamulaştırılmaması sebebiyle maliklerin, taşınmazdan herhangi bir gelir elde edememesi ve taşınmazı alım satıma konu edememesi şeklinde kullanma haklarının kısıtlandığını ifade etmektedir<sup>459</sup>. Danıştay 6. D. 2016/8796 E., 2017/8498 K., 2.11.2017 T. kararda ise<sup>460</sup>, hukuki elatma şu şekilde tarif edilmektedir:

<sup>451</sup> Bkz. Gürsel, s.581-652, 482-488.

<sup>452</sup> Bkz. Tural, s.1112-1115; Çabri, Kamulaştırmaz El Atma, s.88-91.

<sup>453</sup> Çabri, Kamulaştırmaz El Atma, s.97-100; Özdemir, s.124.

<sup>454</sup> YHGK 2010/5-662 E., 2010/651 K., 15.12.2010 T. karar ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 5.11.2019). Benzer ifadelerin yer aldığı kararlar için bkz. YHGK 2011/148 E., 2011/303 K., 11.5.2011 T. karar ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 14.7.2020).

<sup>455</sup> Danıştay 6. D. 2014/2387 E., 2014/4122 K., 27.5.2014 T. karar ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 22.11.2019).

<sup>456</sup> Yargıtay HGK 2015/18-912 E., 2015/1460 K., 29.5.2015 T. karar ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 22.11.2019).

<sup>457</sup> Danıştay 6. D. 2010/750 E., 2014/718 K., 5.2.2014 T. karar ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 1.10.2021).

<sup>458</sup> Danıştay 6. D. 2016/12699 E., 2017/2603 K., 13.4.2017 T. karar ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 22.11.2019). Benzer içerikteki kararlar için bkz. Danıştay 2014/9614 E., 2015/5592 K., 7.10.2015 T. kararı; Danıştay 6. D. 2014/2387 E., 2014/4122 K., 27.5.2014 T. karar ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 22.11.2019).

<sup>459</sup> Danıştay, bu kararda, taşınmazın imar planındaki kullanım şeklinin değiştirilerek kamu hizmetine ayrılmasından vazgeçilmesi, bu suretle de malikin taşınmaz ile ilgili tasarrufta bulunmasının önünün açılması halinde mülkiyet hakkının kısıtlandığından bahsedilemeyeceğini belirtmektedir. Mahkeme, somut olay bazında, davacıya imar koşulları çerçevesinde taşınmaz üzerinde yapılaşma imkânı getirildiği, plan değişikliği sonucunda taşınmazın satılabilmesi veya doğrudan malikleri tarafından kullanılabilmesi açısından bir engel kalmadığı, mevcut durum itibarıyla idarenin taşınmazı kamulaştırması gerektiğinden bahsedilemeyeceğinden tazminat talebinin reddi yönünde karar vermiştir ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 22.11.2019).

<sup>460</sup> Danıştay 6. D. 2016/8796 E., 2017/8498 K., 2.11.2017 T. karar ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 12.8.2020). Benzer içerikteki karar için bkz. Danıştay 6. D. 2016/8741 E., 2017/8499 K., 2.11.2017 T. karar; Danıştay 6. D., 2016/9289 E., 2020/13523 K., 23.12.2020 R. Karar; Danıştay 6. D. 2016/10866 E., 2020/13520 K., 23.1.2020 T. karar ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 5.10.2021).

*“Hukuki el atmadan söz edilebilmesi için, taşınmazın imar planıyla kamusal kullanıma ayrılması, taşınmaz üzerinde özel kullanımın ve yapılaşmanın imar planı gereği hiçbir şekilde mümkün olmaması, imar planının onayından itibaren en az beş yıl süre geçmiş olması ve taşınmazın bu süre zarfında kamulaştırılmamış olması şartlarının birlikte gerçekleşmiş olması gerekir.”.*

Danıştay tarafından yapılan bu tarif üzere, hukuki elatmanın unsurları, taşınmazın imar planında kamusal kullanıma tahsis edilmesi, bu tahsisat sebebiyle taşınmazda özel kullanım ve yapılaşmanın mümkün olmaması, bu kısıtlılık halinin imar planının onayının üzerinden beş yıl geçmesine rağmen devam etmesi ve bu süre zarfında taşınmazın kamulaştırılmamış olması şeklinde ifade edilebilir.

Gerek Türk Doktrini gerekse de Türk Yargısı’nın hukuki elatma ile ilgili açıklamaları değerlendirildiğinde, mülkiyet hakkının kullanımının kontrol edilmesinin amaçlandığı imar planı, sit alanı ilanı gibi işlemler sonucu taşınmazlar, kullanılamaz, yararlanılamaz, tasarruf edilemez hale gelebilmektedir. İmar Kanunu, Tabiat ve Kültür Varlıklarını Koruma Kanunu, Orman Kanunu, Yeraltı Suları Hakkında Kanun, Çevre Kanunu, Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun gibi pek çok kanuni düzenleme ile idareye, mülkiyeti kontrol etme/düzenleme yetkisi ile sınırlandırma yetkisi verilmektedir. Temel hak olan mülkiyet hakkını sınırlandıran araçların, sınırlandırmanın meşruiyet temelini teşkil eden kamu yararı ile bireysel yarar arasındaki dengeyi sağlayacak şekilde, ölçülü olması gerekmektedir. Ölçülülüğü sağlayıcı mekanizma, kamulaştırmada, taşınmazın gerçek değerine eşdeğer kamulaştırma bedelinin peşin ödenmesi şeklinde karşımıza çıkarken, imar planı ya da sit alanı ilanı sebebiyle taşınmazın kullanılamaması, tasarruf edilememesi veya ondan yararlanılamaması halinde kamulaştırma yükümlülüğü, trampa ya da imar haklarının aktarımı şeklinde karşımıza çıkabilmektedir<sup>461</sup>. Kamu yararı ile kişi yararı arasındaki adil dengeyi sağlamayı amaçlayan bu usullerin sağlıklı şekilde işletilmemesi suretiyle idarenin eylemsiz/hareketsiz kalması, mülkiyet hakkının özüne müdahale anlamına

<sup>461</sup> Bkz. İmar Kanunu m. 10, 13; Kamulaştırma Kanunu ek madde 1, Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu m. 15/1-f, 17.

gelmekte, mülkiyetten yoksun bırakma neticesi doğurmaktadır<sup>462</sup>. İşte bu hal de, hukuki elatma anlamına gelmektedir<sup>463</sup>.

Türk Doktrini ile Türk Yargısı'nın hukuki elatma ile ilgili açıklamalarında süreye yaptıkları vurgu, dikkat çekicidir. İdarenin, kamusal yarar ile bireysel yarar arasında adil dengeyi sağlayacak mekanizmayı ne kadarlık bir süre içerisinde işletmesi gerektiği, hukuki elatmanın varlık kazanabilmesi için önemlidir. Diğer bir deyişle idarenin, belli bir sürenin üzerinde hareketsiz kalması, hukuki elatmanın doğumuna sebebiyet verecektir. *Yalçınduran*<sup>464</sup>, hukuki elatmada, mülkiyet hakkının vermiş olduğu kullanma, yararlanma ve tasarruf etme yetkilerinin önemli ölçüde ve sürekli olarak kısıtlanması gerektiğini, bu çerçevede İmar Kanunu'nun 10. maddesi uyarınca imar planının yürürlüğe girmesinden itibaren 5 yıl içerisinde hukuki elatmadan bahsedilemeyeceğini belirtmektedir. *Kasarcı* da<sup>465</sup>, başlangıçta hukuka uygun olan müdahalenin hukuka uygunluğunu yitirmesine sebep olan hususun, İK m.10'da açık ve net şekilde öngörülen süreye uyulmayarak yapılması gerekenin yapılmaması olduğu kanaatindedir. *Çabuk/Çakmak/Şengöz* ise<sup>466</sup>, fiili elatmada olduğu gibi devamlılık arz eden fiili bir durumun gerekli olmadığını, idari işlemlerin gereğinin makul sürede yapılmamasının sonucunda mülkiyet hakkının belirsiz bir süre için kısıtlanmış olacağını ifade etmektedir. Fiili elatma bahsinde ele aldığımız üzere, süreklilik unsuru, kısıtlama süresinin belirsiz olması hallerini de kapsayıcı içerikte, hukuki elatmanın varlık koşullarındandır. Hukuki elatmadaki süreklilik unsuru,

<sup>462</sup> Danıştay 6. D. 2015/3221 E., 2019/475 K., 7.2.2019 T. kararda, hukuki elatma, hak sahibine, kamu menfaatlerinin gerekliliği ile kişi yararı arasında adil dengeyi bozacak şekilde ölçüsüz yükün yüklenmesi şeklinde ifade edilmiştir ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 12.9.2020).

<sup>463</sup> Kullandığımız ifadenin mefhumu muhalifinden hareketle de, idarenin, kamu yararı ile bireysel yarar arasındaki dengeyi gözeterek imar planının gereği olan işlemi tesis etmesi halinde hukuki elatma söz konusu olmayacaktır. Danıştay 6. D. 2016/2981 E., 2016/1849 K., 18.4.2016 T. karar ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 13.9.2020). Aynı gerekçeyi taşıyan kararlar için bkz. Danıştay 6. D. 2015/11262 E., 2016/1663 K., 13.4.2016 T. karar; Danıştay 6. D. 2015/2884 E., 2016/1449 K., 5.4.2016 T. karar; Danıştay 6. D. 2015/255 E., 2016/1302 K., 24.3.2016 T. karar; Danıştay 6. D. 2015/4089 E., 2016/1231 K., 21.3.2016 T. karar; Danıştay 6. D. 2015/8735 E., 2016/1232 K., 21.3.2016 T. karar; Danıştay 6. D. 2015/7412 E., 2016/1233 K., 21.3.2016 T. karar; Danıştay 6. D. 2015/7487 E., 2016/1229 K., 21.3.2016 T. karar; Danıştay 6. D. 2015/7641 E., 2016/1230 K., 21.3.2016 T. karar; Danıştay 6. D. 2015/6722 E., 2016/1342 K., 29.3.2016 T. karar; Danıştay 6. D. 2015/7394 E., 2016/1436 K., 4.4.2016 T. karar; Danıştay 6. D. 2015/1540 E., 2016/1899 K., 19.4.2016 T. karar; Danıştay 6. D. 2015/7815 E., 2016/1404 K., 31.3.2016 T. karar; Danıştay 5. D. 2015/1565 E., 2016/1022 K., 8.3.2016 T. karar ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 13.9.2020).

<sup>464</sup> Bkz. *Yalçınduran*, *Kamulaştırmasız El Koyma*, s.55-56.

<sup>465</sup> *Kasarcı*, s.32.

<sup>466</sup> *Çabuk/Çakmak/Şengöz*, s.48-49.

mülkiyet hakkı üzerindeki kısıtlılığı kaldırması gereken idarenin, makul süre geçmiş olmasına rağmen bu kısıtlılığı gidermemiş olması anlamına gelmektedir<sup>467</sup>.

Makul sürenin ne olduğu ya da olabileceği ile ilgili olarak yürürlükteki mevzuatı değerlendirmek faydalı olacaktır<sup>468</sup>. İmar Kanunu m.10/1 uyarınca, beş yıllık imar programları sınırları içinde kalan kamu hizmet tesislerine tahsis edilmiş olan taşınmazlar, bu program süresi içinde kamulaştırılmalıdır. İmar Kanunu’nun, 7181 sayılı Kanun’un 7. maddesi ile değişik 13. maddesi<sup>469</sup>, özel hukuk kişilerinin mülkiyetinde olup da uygulama imar planında düzenleme ortaklık payına konu kullanımlara<sup>470</sup> tahsis edilen taşınmazların kamu mülkiyetine geçirilmesini öngörmektedir. Madde, üzerinde hiçbir şekilde yapı yapılamayacak taşınmazların beş yıllık imar programı kapsamında kamu mülkiyetine kazandırılmasını öngörmektedir. Bu süre en fazla bir yıl uzatılabilmektedir. Yol, meydan, ibadet yerleri, park ve çocuk bahçeleri hariç olmak üzere üzerine yapı yapılabilecek taşınmazların kamu mülkiyetine geçirilmesi için herhangi bir azami süre bilgisine yer verilmemiştir. Ancak bu taşınmazların üzerine, kamuya geçiş sağlanıncaya kadar, maliklerinin talebi ve ilgili kamu kuruluşunun uygun görüşünün alınması kaydıyla, plandaki kullanım amacına uygun özel tesis yapılabilecektir. 7181 sayılı Kanun ile İmar Kanunu’nun 18. maddesine eklenen 9. fıkrada da, “*Belediye veya valiliğin; parselasyon planlarını, imar planlarının kesinleşme tarihinden itibaren beş yıl içinde yapması ve onaylaması esastır. Parselasyon planı yapmamaları sebebiyle doğacak her türlü kamulaştırma iş ve işlemlerinden belediyeler veya valilikler sorumludur.*” ifadesine yer verilmiştir. Madde, imar planına uygun parsellemenin hangi ilkelere göre yapılacağını, parsellerin yerini ve sınırlarını gösteren parselasyon planlarının, imar planının kesinleşmesinden itibaren beş yıllık süre içerisinde yapılması gerektiğini, aksi halde doğacak

<sup>467</sup> Makul süre içerisinde mülkiyet hakkından mahrum kalan malike, İdare Hukuku’ndaki fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi uyarınca belli bir miktar ödeme yapılması da gündeme gelebilir.

<sup>468</sup> “*Türk Hukuku’nda Kavramın Tarihsel Gelişimi*” başlığı altında incelediğimiz üzere, 3194 sayılı İmar Kanunu’nun 13/3. maddesinin ilk halinin, Anayasa Mahkemesi’nin 1999/33 E., 1999/51 K., 29.12.1999 T. kararı ile iptalini sonrasında ortaya çıkan hukuki boşluk, yargı kararları ile giderilmeye çalışılmıştır. Sonraki süreçte, kararlara yansıyan yaklaşım kanuni düzenlemelere konu olmuştur. Danıştay 6. D., 2009/10109 E., 2011/3784 K., 18.10.2011 T. karar; Danıştay İDDK 2007/2255 E., 2012/801 K., 24.5.2012 T. karar; Danıştay 6. D., 2009/8736 E., 2013/2 K., 16.1.2013 T. karar; Danıştay İDDK, 2010/2108 E., 2013/4577 K., 16.12.2013 T. karar ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 23.6.2020)

<sup>469</sup> İmar Kanunu’nun 13. maddesi ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Giriş, 2., 2.2.

<sup>470</sup> Düzenleme ortaklık payına konu kullanımlar için bkz. İmar Kanunu m.18/3.

sorumluluktan belediye ve valiliklerin sorumlu olacağını belirtmektedir<sup>471</sup>. Kamulaştırma Kanunu ek madde 1 ise uygulama imar planlarında umumi hizmetlere ve resmî kurumlara ayrılmak suretiyle mülkiyet hakkının özüne dokunacak şekilde tasarrufu hukuken kısıtlanan taşınmazların, uygulama imar planlarının kesinleşmesinden itibaren beş yıllık süre içerisinde<sup>472</sup> kamulaştırılmasını, aksi halde taşınmaz üzerindeki kısıtlılık halinin kaldırılmasını öngörmektedir<sup>473</sup>.

Gerek İmar Kanunu'nda gerekse de Kamulaştırma Kanunu'nda öngörülen süreler, uygulama imar planında umumi veya kamu hizmetine tahsis edilmesi sebebiyle oluşan kısıtlılık halinin, mülkiyet hakkında yoksun bırakma sonucunu doğurmaması amacıyla öngörülen ve ilgili idarelere yükümlülük yükleyen sürelerdir. Bu süreler riayet edilerek gerekli işlem ya da eylemlerin yapılması halinde hukuki elatma söz konusu olmayacaktır. Ancak bu süreler geçmesine rağmen, taşınmaz

<sup>471</sup> Parselasyon planı tanımı ve İmar Kanunu'nun 18. maddesine eklenen 9. fıkranın hukuki sonuçları hakkında değerlendirme için bkz. Kalabalık, İmar Hukuku, s.440-445. *Kalabalık*, imar planlarının uygulanması amacıyla parselasyon planlarının yapılmaması halinde, maliklerin imar planıyla kısıtlanan mülkiyet hakları nedeniyle açacakları hukuki elatma davaları ile belediye ve valiliklerin muhatap olacağı ve maliklerin uğradıkları zararları tazminle yükümlü olduklarını belirtmektedir. Kalabalık, İmar Hukuku, s.444-445.

<sup>472</sup> KK ek madde 1'deki beş yıllık sürenin hesaplanmasında uygulama imar planının esas alınması eleştiriye konu olmuştur. *Gemalmaz*, her ne kadar KK ek madde 1'de zikredilen beş yıllık sürenin hesaplanmasında dikkate alınması gereken imar planı ile ilgili olsa da, süre ile ilgili hesaplamanın taşınmaz üzerinde ilk kısıtlamayı yapan plan dikkate alınarak yapılması gerektiğini belirtmektedir. *Gemalmaz*, "... Aksi bir düşünce tarzı, idarelerin uygulama imar planı yapmayı geciktirerek yükümlülüklerini erteleme ve malikleri belirsiz bir durumda bırakmasına yol açabilir. Bu meselenin plan hiyerarşisi ve planların birbiriyle ilişkisi, planlarda parsellerin somutlaştırılma derecesi, mülkiyet hakkına yönelik kısıtlamanın niteliği (imar/inşaat yasağı, kamulaştırma şerhi vb.), süresi, konuya ilişkin mevzuat hükümlerinin idareye esneklik payı tanıyıp tanımadığı ve plandaki kısıtlamaya etkili itiraz olanakları ile yargısal denetimi gibi faktörler çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir." şeklinde kanaatini aktarmaktadır. *Gemalmaz*, Anayasa Mahkemesi, s.3. *Kanaatimizce*, amaca uygun yorum metodu kullanılarak, plan kapsamındaki taşınmaz ile ilgili somut kısıtlama, hangi imar planı ile gerçekleşmekte ise, malik açısından taşınmaz ile ilgili plandaki tahsis amacına uygun kullanma ve yapılaşma yükümlülüğünün doğması şeklindeki taşınmaz mülkiyeti üzerindeki sınırlandırma neticesi hangi imar plan ile doğmakta ise o imar planının yürürlüğe girmesinden itibaren üç aylık sürenin işlemeye başladığının kabulü yerinde olacaktır.

<sup>473</sup> Konu ile ilgili yargı kararları için bkz. Danıştay 6. D., 2017/6859 E., 2018/2554 K., 26.3.2018 T. kararda, "*Bu duruma göre, İdare Mahkemesince, gerekirse yerinde keşif ve bilirkişi incelemesi yaptırılmak suretiyle uyumsuzluk konusu taşınmazın imar planında belediye hizmet alanı olarak ayrılmasının şehircilik ilkelerine, planlama esaslarına ve kamu yararına uygun olup olmadığı, taşınmazın imar planındaki kısıtlılığının kaldırılıp kaldırılmayacağı yönünden irdeleme yapıldıktan sonra karar verilmesi gerekir. Öte yandan, İdare Mahkemesince, imar planı değişikliği isteminin karşılanması mümkün değil ise, kamulaştırma istemi ile taşınmaz bedelinin ödenmesi istemi bakımından, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'na 07.09.2016 tarihinde yürürlüğe giren 6745 sayılı Kanun ile eklenen hükümler de gözetilerek karar verilmesi gerekmektedir.*" demektedir. Danıştay 6. D., 2017/3154 E., 2019/1109 K., 4.3.2019 T. karar; Danıştay 6. D., 2018/1986 E., 2019/848 K., 20.2.2019 T. karar; Danıştay 6. D., 2017/3260 E., 2019/849 K., 20.2.2019 T. karar; Danıştay 6. D., 2018/6462 E., 2018/8420 K., 22.10.2018 T. karar ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 23.6.2020).

üzerindeki kısıtlılık halinin devam ediyor olması, süreklilik arz eden/ belirsiz süreli kısıtlılık anlamına gelecektir. Bu suretle de mülkiyet hakkının özüne müdahale eden, hukuki elatma niteliğindeki bir sınırlandırmadan bahsetmemiz mümkün olacaktır.

Sürelerin hesabında, İmar Kanunu'nda (m. 18/9 hariç) imar programının, Kamulaştırma Kanunu'nda ise uygulama imar planının kesinleşmesinin baz alınmasına dikkat edilmelidir. Her iki Kanun'da da beş yıllık ifadesine yer verilse de, bu süreler farklı zaman dilimlerine karşılık gelebilmektedir. Kesinleşerek yürürlüğe girmiş bir uygulama imar planı için birden fazla ve farklı tarih aralıklarını kapsayacak şekilde beş yıllık imar programları hazırlanabilmektedir. Bir imar planının tümünün hangi süre için programa alınarak uygulanacağına dair herhangi bir kanuni düzenleme bulunmamaktadır<sup>474</sup>. Diğer yandan İK m. 10/1 uyarınca, imar planlarının yürürlüğe girmesinden itibaren üç ay içerisinde hazırlanması gereken imar programlarının ihmal edilmesi ya da kamu mülkiyetine kazandırılması gereken taşınmazlardan bazılarının süresi içerisinde hazırlanan beş yıllık imar programının kapsamına alınmaması gibi haller söz konusu olabilmektedir. İmar planındaki konumlandırılışları sebebiyle kısıtlanan taşınmazlar için farklı kanunlarda farklı süreler öngörülmemelidir. Kamulaştırma Kanunu ek madde 1'deki uygulama imar planının kesinleşmesi ölçüsünün baz alınarak, beş yıllık sürenin hesaplanması, İmar Kanunu m.13/3 uyarınca bu sürenin azami bir yıl uzatılabileceğinin kabul edilmesi amaca uygun bir yorum olacaktır<sup>475</sup>. Ancak makul sürenin, gerekir ise her bir tahsis amacı için ayrı ayrı, ama herhangi bir tereddüt yaşatmayacak açık ve netlikte tanzim edilmesi gerektiği kanaatindeyiz<sup>476</sup>.

Hukuki elatma olgusunun varlığı açısından '*sahiplenme iradesi*'nin aranmasının gerekip gerekmediği mevzuuna da kısaca değinmekte fayda olacaktır. Özdemir<sup>477</sup>, sahiplenme iradesinin gerekliliğini, kamulaştırma işleminden hareketle ele almakta ve şu şekilde izah etmektedir: "*Nitekim idare, imar planları çerçevesinde özel mülkiyetteki bir taşınmaza sınırlama getirirken bu taşınmazı belirli bir süre içerisinde kamulaştırmak amacıyla bunu gerçekleştirmektedir. Kamulaştırma, idarenin bir*

<sup>474</sup> İmar Kanunu'nun 13. maddesinin bazı maddelerini iptal eden AYM 1999/33 E., 1999/51 K., 29.12.1999 T. kararında da benzer bir gerekçeye yer verilmiştir. Bkz. RG. T.29.06.2000, S.24094.

<sup>475</sup> Bkz. Giriş, B., 2., 2.2. başlığı altındaki anlatımlarımıza.

<sup>476</sup> Gürsel, imar planlarının umumi hizmet alanları ile ilgili imar uygulama süresinin İmar Kanunu'nda yapılacak değişiklik ile yedi yıla çıkarılması önerisini sunmaktadır. Gürsel, s.620.

<sup>477</sup> Özdemir, s.143.

*taşınmazı kamu mülkiyetine alıp kamu yararına kullanıma ya da bir kamu hizmetine tahsisine dayandığına göre burada da bir sahiplenme kastının olduğu şüphesizdir.”.* İdarenin hukuki işlemler vasıtasıyla gerçekleştirdiği elatma olgusunun maddi içeriği ile ilgili değerlendirmede fiili elatma bahsinde belirttiğimiz üzere, sahiplenme kastı veya kamu yararı amacı unsurlarının aranmasına gerek bulunmamaktadır.

Hukuki elatma ile ilgili yaptığımız açıklamalar uyarınca, imar planında umumi ve kamu hizmetine ayrılmış taşınmazların, beş yıllık imar programlarının süresinde hazırlanmaması veya programının kapsamına alınmaması ya da program kapsamındaki taşınmazların ödenek yokluğu, yakın gelecekte kamulaştırılmasının düşünülmemesi gibi gerekçeler ile imar planının yürürlüğe girmesinden itibaren beş yıl geçmiş olmasına rağmen kamu mülkiyetine kazandırılmaması veya bu taşınmazlar üzerindeki kısıtlılığın kaldırılmaması mülkiyet hakkının özünü zedeleyecektir. Diğer yandan kamulaştırma usulünde kamulaştırma şerhi için öngörülen süre (altı aylık süre) geçmesine rağmen tapudan re’sen kaldırılmaması ve satın alma usulünün veya uzlaşmama halinde kamulaştırma bedelinin tespiti ve idare adına tescili davasının açılmaması, acele kamulaştırma usulünde idareye taşınmaza elatma yetkisi veren mahkeme kararının tapu siciline şerh edilmesi üzerine başlayan tasarruf kısıtlamasının üzerinden uzun yıllar geçmesine rağmen yapılması gereken işlem/eylemlerin yapılmaması gibi haller, mülkiyetten yoksun kalma neticesi doğurabilmektedir. Görüleceği üzere, örnek olarak sunulan bütün bu uygulamalarda, bireysel yarar ile kamu yararı arasında gözetilmesi gereken denge malik aleyhine bozulmaktadır. Kamulaştırma usulü veya ona alternatif olan diğer mülkiyetten yoksun bırakma tipi sınırlandırma araçlarının gereği gibi işletilmemesi sebebiyle hakkın özüne müdahale edilmekte ve mülkiyetten yoksun kalma sonucu ile karşı karşıya kalınmaktadır. Bu halde, idarenin eylemsiz kalması sebebiyle, kanunun idare için çizdiği çerçevenin dışında sonuçlar doğmakta ve hukuki elatmanın varlığı kabul edilebilmektedir.

### **3. KAMULAŞTIRMASIZ ELATMANIN HUKUKİ NİTELİĞİ**

Kamulaştırmasız elatmanın hukuki niteliği değerlendirilirken, bu olgunun, unsurlarında da gördüğümüz üzere, kural olarak, kamu hukukuna tabi tüzel kişiler tarafından gerçekleştirildiği gerçeğini dikkate almamız gerekmektedir. İdare olarak da isimlendirebileceğimiz kamu hukukuna tabi tüzel kişiler, iki yönlü faaliyet gösterebilmekte, bir kısım faaliyetleri kamu hukukuna tabi iken diğer bir kısım

faaliyetleri ise özel hukuka tabi olabilmektedir. Türk Hukuk Sistemi'nde benimsenen yargı ayrılığı ilkesi<sup>478</sup> uyarınca, taşıdığı özellik gereğince idari olarak nitelendirilen işlem, eylem ya da sözleşmeler, kural olarak, İdare Hukuku'na tabi olmakta ve bunlar ile ilgili uyuşmazlıklar da idari yargı tarafından çözümlenmektedir<sup>479</sup>. İdarenin idarilik sıfatını taşımayan veya idarilik sıfatını taşısa da kanun ile adli yargının görev alanına bırakılan işlem, eylem ya da sözleşmeleri ise özel hukuk hükümlerine tabi olmakta ve olası uyuşmazlıklar adli yargı makamları tarafından çözümlenmektedir<sup>480</sup>.

İdarenin fiili elatma ve hukuki elatma şeklindeki müdahalelerinin hukuki niteliği, verdiğimiz bu temel bilgiler ışığında değerlendirilecektir. Bu çerçevede öncelikle fiili elatmanın, ardından hukuki elatmanın hukuki niteliği, ayrı başlıklar altında, doktrin ve yargı makamlarının kanaatleri üzerinden ele alınacaktır. Konu ile ilgili kanaatimiz ise ayrı bir başlık altında paylaşılacaktır.

<sup>478</sup> Yargı ayrılığı ilkesi ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Halil Kalabalık, **İdari Yargılama Usulü Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2021, s.29-38; Yıldırım/Yasin/Kaman/Özdemir/Üstün/ Okay Tekinsoy, s.625-633; Ayanoğlu, s.20-39; Ebru Karaman, **Türk İdari Yargısının Görev Alanının Anayasal Dayanağı (Fransız İdari Yargısı ile Karşılaştırmalı)**, İstanbul, On İki Levha yayıncılık, 2013, s.26-47; Oğuzhan Güzel, "Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında İdari Yargının Görev Alanına Yönelik Müdahalelerin Değerlendirilmesi", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XVII, Y.2013, S.1-2, s.1485-1492; A. Şeref Gözübüyük, **Yönetmelik Yargı**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2020, s.4-12; Onur Karahanoğulları, **İdari Yargı- İdarenin Hukuka Zorlanması- (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2019, s.39-40; Batuhan Aktaş/Serkan Seyhan, "Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları Işığında İdari Yargının Görev Alanının Belirlenmesine İlişkin Bir İnceleme", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Y. 2019, S.144, s.107-108; Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s.96-100; Ramazan Çağlayan, **İdari Yargılama Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2021, s.41-51; Gürsel Kaplan, **İdari Yargılama Hukuku**, Bursa, Ekin Yayınları, 2018, s.43-44; Günday, **İdare Hukuku**, s.24-27.

<sup>479</sup> İdarenin hangi işlem, eylem ya da sözleşmelerinin İdare Hukuku'na tabi olduğu meselesi, idari yargının görev alanı veya idare hukukunun uygulama alanı başlıkları altında incelenmektedir. Konu ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Karaman, s.49-62; Adil Özkol, **Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları Açısından İdari Yargının Görev Alanı**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1970, s.23-80; Özay, s.370-373; Kemal Gözler, **İdare Hukuku**, Cilt I, Bursa, Ekin Yayınları, 2019, s.84-106; Gözübüyük, s.69-80; Karahanoğulları, s.84-223; Kalabalık, **İdare Hukuku I**, 43-46; Kalabalık, **İdari Yargılama**, s.114-121; Gülsüm Aktaş, "Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlarında İdari Yargının Görev Alanı Ölçütleri (Belirlenebilir mi?)", **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Y. 2015, S.5, s.4-30; Yıldırım/Yasin/Kaman/Özdemir/Üstün/ Okay Tekinsoy, s.633-635; Aktaş/Seyhan, s.111-169; Tan, s.5-7; Çağlayan, s.127-132; Günday, **İdare Hukuku**, s.30-32.

<sup>480</sup> İdarenin taraf olduğu, ancak idari yargının kapsamı dışında kalan uyuşmazlıklar ile ilgili olarak detaylı bilgi için bkz. Kalabalık, **İdari Yargılama**, s.122-124; Çağlayan, s.143-161; Gözübüyük, s.81-104; Karahanoğulları, s.118-150; Yıldırım/Yasin/Kaman/Özdemir/Üstün/Okay Tekinsoy, s.635-643, 644-645; Kaplan, **İdari Yargılama**, s.83-93; Gözler, **İdare Hukuku II**, s.1049-1059; Ayanoğlu, s.49-80; Özkol, s.53-63, 66-70. Konu ile ilgili örnek mahiyetindeki kararlar için bkz. Uyuşmazlık Mahkemesi 1999/55 E., 1999/56 K., 27.12.1999 T. karar; Uyuşmazlık Mahkemesi 2000/50 E., 2000/62 K., 18.12.2000 T. karar; Danıştay 13. D. 2020/616 E., 2020/1520 K., 22.6.2020 T. karar ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 30.9.2020).



### 3.1. Fiili Elatmanın Hukuki Niteliği

Fiili elatmanın mülkiyet hakkına etkisi ve bu halde açılacak davaları bağlayıcı düzeyde ilk ele alan Yargıtay İBBGK'nin 16.5.1956 tarihli, 1956/1 E., 1956/6 K. ve 1956/7 K. numaralı kararlarında<sup>481</sup>, olguya ilişkin açık bir hukuki nitelendirme yapılmamıştır. Ancak açılacak davaların, Medeni Kanun hükümlerine dayanarak belirlenmiş olması, dava açma imkânının herhangi bir süreye tabi tutulmaması, fiili elatmanın, idarenin özel hukuk hükümlerine tabi faaliyeti olarak görüldüğünü göstermektedir. Yargıtay'ın 1958/17 E., 1959/15 K., 11.2.1959 T. içtihadı birleştirme kararında<sup>482</sup> ise, her ne kadar içtihadı birleştirme kararının kapsamı dışında kaldığı belirtilse de, fiili elatma, açık ve net bir şekilde, idarenin, özel hukuk hükümlerine tabi haksız fiili olarak nitelendirilmiştir. Mahkeme, kamu kurumunun İstimlâk Kanunu'na aykırı hareket ederek ferdin malını elinden aldığını, idarenin kanunsuz bir harekette bulunması sebebiyle, Medeni Kanun hükümleri uyarınca tecavüzün önlenmesi veya haksız fiil neticesinde meydana gelen zararın tazmini davalarının açılabilirliğini ve bu çerçevede de adliye mahkemelerinin vazifeli olduğunu belirtmektedir. Haksız fiil nitelendirmesi gereğince, fiili elatma, idarenin idarilik özelliğini taşımayan, idari yargının görev alanı dışında kalan, özel hukuk hükümlerince adli yargı tarafından çözümlenmesini gereken eylem/işlemi niteliğine bürünmektedir. Türk yargı makamlarının fiili elatmanın hukuki niteliğine ilişkin yaklaşımı gerek adli yargı gerek idari yargı açısından, verdiğimiz Yargıtay içtihadı birleştirme kararları uyarınca şekillenmiştir.

Türk Hukuk Doktrini de, yargı kararları uyarınca, fiili elatmayı, “*idarenin haksız fiili*”/“*fiili yol*”<sup>483</sup> ya da salt “*haksız fiil*”<sup>484</sup> olarak nitelendirilmektedir. Ancak fiili

<sup>481</sup> YİBBGK 1956/1 E., 1956/6 K., 16.05.1956 T. kararı; YİBBGK 1956/1 E., 1956/7 K., 16.05.1956 T. kararı ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 29.10.2019).

<sup>482</sup> YİBBGK 1958/17 E., 1959/15 K., 11.2.1959 T. kararı ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 29.10.2019).

<sup>483</sup> Bkz. Onar, s.1558; İftar B. Tarhanlı, “Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları Işığında Kamulaştırmasız El Atma”, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, Yıl:11, S.1-3, 1990, 41; Günday, *İdare Hukuku*, s.277; Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s.693; Tan, s.592; Akgüner/Berk, s.933; Gözler, *İdare Hukuku II*, 1015-1016; Yayla, s.218; Bilgen, s.97; Gürsel, s.474-476; Şahin, s.29, 38-43; Ayhan, *Dolayısıyla Kamulaştırma*, s.1129-1130; Erol, s.196; Karaca, *Yargısal Başvuru Yolları*, s.280; Karademir, s.935-937; Hayrettin Yıldız, “Fransız Hukukunda Fiili Yolun Yeni Hukuki Rejimi ve Fiili Yolun Türkiye Uygulaması”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.8, S.2, 2018, s.316.

<sup>484</sup> Bkz. Oğuzman, s.814-817, 820; Düren, s.70-71, 75-76; Ayanoğlu, s.60-72; Akkaya, 176; Böke, s.30; Ulusoy, *Kamulaştırmasız El Atma*, s.9-12; Özkaya, s.998; Morali, s.225, 228; Çabri, *Kamulaştırmasız El Atma*, s.87; Yiğit, *Kamulaştırmasız El Atma*, s.4-5; Erol, s.196; Yalçınduran, *Kamulaştırmasız El Koyma*, s.29; İlgezdi, s.31-32; Çetintaş, s.35-38; Karaca, *Kamulaştırmasız El Atma*, s.36-38.

elatmayı haksız fiil olarak nitelendiren *bazı yazarlar*, bu nitelendirmede bir ayrım yapılması gerektiğini, taşınmazın fiilen kamu hizmetine tahsis edilmesi veya üzerinde kamu tesis alanlarının yapılması halinde idarenin eyleminin haksız fiil/fiili yol olarak nitelendirilmemesi gerektiğini ifade etmektedir. *Yazarlar*<sup>485</sup>, idarenin, salt taşınmaz üzerindeki fiili hâkimiyeti sona erdirip kendi zilyetliğini kurma girişiminin, alelade bir müdahale olarak fiili yol şeklinde nitelendirilebileceğini, ancak taşınmazın üzerinde kamu yararının konusu ve gerçekleştirmesi aracı haline gelen bir bayındırlık eseri yapmasının kamu hizmetlerinin devamlılığını temin edebilmek maksadıyla haksız fiil/fiili yol olarak nitelendirilemeyeceğini ileri sürmektedir. Bu takdirde malik, sadece taşınmazın bedelini talep edebilecektir. *Bazı görüş sahipleri*<sup>486</sup> ise her iki halde de idarenin haksız fiilinin mevcut olduğunu kabul etmekte, ancak idarenin taşınmazın üzerine bayındırlık eseri yaparak, taşınmazı fiilen kamu hizmetine tahsisi ile herhangi bir mahkeme kararına gerek kalmaksızın özel hukuk hükümlerine tabi mülkiyetin sona erdiğinin ve kamu mülkiyeti kurulduğunun kabulü gerektiğini belirtmektedir. Bu halde, elatmanın önlenmesi ve ecrimisil talep edilemeyecek, ancak taşınmazın kamu mülkiyetine geçirilmesi hukuka aykırı bir müdahale sonucu gerçekleştiği için malik sadece haksız fiil hükümlerine dayalı tazminat talebinde bulunabilecektir. Fiili elatma sonucu taşınmazın kamu hizmetine tahsisinin, olgunun hukuki niteliğini ve/veya hukuki sonuçlarını değiştirmesi, dönüştürmesi gerektiği yönündeki kanaatlerin arka planında, Fransız Hukuku'nda doğmuş ve gelişim göstermiş “*dolaylı/dolayısıyla*

<sup>485</sup> Onar, taşınmazın üzerine bayındırlık eseri yapılarak kamu hizmetine tahsis edilmesi halinde idarenin eyleminin mahiyet değiştirdiğini ve olgunun hukuki niteliğinin haksız fiilin dışına çıktığını belirtmektedir. *Yazar*, bu görüşünü temellendirirken Fransız Hukuku'ndaki “*dolaylı/dolayısıyla kamulaştırma*” teorisine atıf yapmakta, benzeri bir yaklaşımın Medeni Kanun'daki haksız yapı kurumu üzerinden de kabul edildiğini belirtmektedir. Onar, s.1558-1562. Ayhan da, idarenin taşınmaza müdahalesindeki fiili yol niteliğinin, bu taşınmaz üzerinde bayındırlık eseri meydana getirerek kamu hizmetine tahsis etmesi suretiyle dolaylı kamulaştırma aşamasına gelindiğinde ortadan kalktığını ifade etmektedir. Ayhan, *Dolayısıyla Kamulaştırma*, s.1130. Tarhanlı da, elatma eyleminin, kamu yararının konusu ve gerçekleşme aracı haline dönüşmesi halinde ayırık bir durumun ortaya çıktığını, bu halin ne haksız fiil ne de özel hukuk hükümlerine göre değerlendirilebileceğini, ilgilinin uğramış olduğu zararın denkleştirilmesinin idari yargıda tam yargı davası ile sağlanabileceğini belirtmektedir. Tarhanlı, s.41, 45-47. Gözler, alelade kamulaştırmasız elatma ve bayındırlık eserleri yapmak suretiyle kamulaştırmasız elatma ayrımı yapmakta, alelade kamulaştırmasız elatmanın haksız fiil niteliğini vurgularken, kamu yararına tahsis edilen ve insan emeği sonucu ortaya çıkan taşınmaz nitelikteki yapı olarak tanımladığı bayındırlık eserlerinin inşası nedeniyle kamulaştırmasız elatma halinde taşınmazın mülkiyetinin idareye geçtiğinin ve malikin ancak tazminat talep edebileceğinin kabulünün gerektiğini belirtmektedir. Bkz. Gözler, *İdare Hukuku II*, s.1015-1018. Aynı kanaati paylaşan diğer yazarlar için bkz. Karademir, 935-937; Erol, s.196-197.

<sup>486</sup> Bkz. Oğuzman, 815-817; Düren, s.70-71, 75-76.

*kamulaştırma*” teorisi bulunmaktadır<sup>487</sup>. Bu teori, taşınmazın hukuka aykırı bir şekilde kamu hizmetine tahsis edilmesi veya üzerinde kamu hizmeti amacıyla tesisler yapılması ile ilgili uyuşmazlıklarda, malikin, istihkak davası açamayacağı, açabileceği zilyetliğin iadesi davasının da bayındırlık eserlerinin dokunulmazlığı ilkesine<sup>488</sup> dayanarak iadenin imkânsızlığı veya aşırı güçlüğü sebebiyle kabul edilmeyeceğinden hareket ederek ara bir formül sunmaktadır. Bu formül uyarınca, taşınmazın fiilen kamu hizmetine tahsisi halinde, kamulaştırmanın bir nevi dolaylı şekilde gerçekleştiği kabul edilmekte, açılacak dava sonucu verilecek mahkeme kararı ile taşınmazın mülkiyetinin idareye devri karşılığında malike tazminat ödenmesi öngörülmektedir. Bu tür bir uyuşmazlık, mülkiyete ilişkin olması, mülkiyet hakkının sona ermesi ve devredilmesi sonucunu, yani kamulaştırmadaki neticeyi doğurması sebebiyle adli yargı makamları tarafından çözümlenmektedir. Ancak tazminat bedeli, bir kamulaştırma olmaması sebebiyle kamulaştırma esaslarına göre değil, Medeni Hukuk’un genel hükümleri esas alınarak belirlenmektedir. Bu teori uyarınca, mülkiyet hakkının mahkeme kararı ile ve tazminat karşılığında sona ermesi, elatmadaki hukuka aykırılığın ortadan kalkması neticesi de doğurmaktadır. Türk Hukuku’nda doktrin düzeyinde bu veya benzeri içerikte bir teorinin yerleşmiş olmadığını, yerleşik yargı içtihatlarında da bu teoriye dayanan kararlara rastlanmadığını belirtmeliyiz. Doktrindeki *çoğunluk yazar*<sup>489</sup> ise aksi görüşü savunarak taşınmazın kamu hizmeti ile kaynaşması, taşınmazın halkın yararlanmasına ve kamu yararına tahsis edilmesi, kamu hizmetinin düzenli ve devamlı şekilde yürütülmesi ilkesi gibi gerekçelerin, fiili elatma olgusunun, hukuka uygun ya da idari uyuşmazlık olarak nitelendirilmesine imkân vermediğini, veremeyeceğini ifade etmektedir.

<sup>487</sup> Fransız Hukuku’ndaki “*dolaylı/dolayısıyla kamulaştırma*” teorisi için bkz. Onar, s.1558-1559; Gözler, İdare Hukuku II, s.1018-1019; Oğuzman, s.814; Düren, s.71; Günday, İdare Hukuku, s.278; Oğurlu, Fiili Yol, s.67; Ayhan, Dolayısıyla Kamulaştırma, s.1126-1130.

<sup>488</sup> “*Bayındırlık eserlerinin dokunulmazlığı*” ilkesi, Fransız Hukuku’nda doğan ve uzun yıllar kullanılan, kamu yararına tahsis edilmiş ve insan emeği sonucu ortaya çıkan taşınmaz üzerindeki yapıların işlemesine veya bütünlüğüne müdahale niteliğinde karar verilemeyeceğine dair bir ilkedir. Ancak Fransa’da 1995 yılından itibaren idari yargı makamlarına idare aleyhine para cezası ile desteklenmiş yargısal emir verme yetkisi tanınması ile “*bayındırlık eserlerinin dokunulmazlığı*” ilkesinin zaman zaman terk edildiği, zaman zaman yumuşatıldığı ifade edilmektedir. Bkz. Gözler, İdare Hukuku II, s.1017-1019.

<sup>489</sup> Ayanoğlu, s.68-72; Oğurlu, Fiili Yol, s.67; Şahiniz, s.29, 34-37; Gürsel, s.476-477; Karaca, Yargısal Başvuru Yolları, s.279-280.

### 3.2. Hukuki Elatmanın Hukuki Niteliği

Türk Hukuku'nda hukuki elatma kavramı ile ifade edilen uygulamaların hukuki niteliği oldukça tartışmalı bir süreç yaşamıştır. Yargıtay kararlarında<sup>490</sup>, hukuki elatma halinde idarenin, pasif ve suskun kalmak ve işlem tesis etmemek suretiyle taşınmaza müdahale ettiği tespitinde bulunmaktadır. Uyuşmazlık, kamulaştırma ile kıyaslayarak, kaynağını ve dayanağını Anayasa ve kanunlardan almayan, mülkiyet hakkının özüne dokunan ve onu ortadan kaldıran bir durum şeklinde kamulaştırmaz elatma olarak nitelendirmekte ve özel hukuk hükümleri uyarınca adli yargı tarafından çözümlenmesi gereken bir uyuşmazlık olarak ele alınmıştır. Süreç içerisinde Danıştay<sup>491</sup> da, hukuki elatmanın, Yargıtay HGK kararında olduğu gibi, hukuka aykırı, mülkiyet hakkını ihlal eden bir müdahale olduğu tespitinde bulunmuştur. Ancak bu hukuka aykırı müdahalenin idari işlem ya da eylemden kaynaklandığı, bu yöndeki taleplerin idari yargı tarafından İdare Hukuku hükümleri uyarınca çözümlenmesi gerektiği yönünde kararlar vermiştir.

<sup>490</sup> Yargıtay HGK'nın 2010/5-662 E., 2010/651 K., 15.12.2010 T. karar; Yargıtay 5. HD 2011/4408 E., 2011/9974 K., 7.6.2011 T. kararı; Yargıtay 5. HD, 2012/2638 E., 2012/9077 K., 7.5.2012 T. karar; Yargıtay 5. HD, 2012/6265 E., 2012/12430 K., 11.6.2012 T. karar; Yargıtay 5. HD 2012/12193 E., 2012/19328 K., 11.10.2012 T. karar; Yargıtay 5. HD, 2012/19080 E., 2013/32 K., 14.1.2013 T. kararı; Yargıtay 5. HD, 2012/19148 E., 2013/315 K., 16.1.2013 T. kararı; Yargıtay 5. HD, 2012/20446 E., 2013/664 K., 22.1.2013 T. kararı; Yargıtay 5. HD, 2012/26520 E., 2013/4587 K., 18.3.2013 T. kararı; Yargıtay 5. HD 2013/3618 E., 2013/13509 K., 1.7.2013 T. karar ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 12.11.2019). YHGK 2011/148 E., 2011/303 K., 11.5.2011 T. karara ilişkin muhalefet şerhinde, taşınmazın bir kısmına eylemli elatıldığı durumda taşınmazın tümüne elatılmış sayılıp tüm taşınmazın bedelinin ödenmesi şeklindeki kamulaştırmaz elatma uygulamasının yargısal yorumla genişletilmesi yerine “imar kirasi”, “imar eciri misli” gibi tazmin yöntemlerinin geliştirilmesinin kamulaştırma ve imar uygulamasının temelinde yatan fedakârlığın denkleştirilmesi anlayışına uygun olacağı ifade edilmektedir ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 14.7.2020).

<sup>491</sup> Danıştay 6. D., 2009/10109 E., 2011/3784 K., 18.10.2011 T. karar; Danıştay 2007/2255 E., 2012/801 K., 24.5.2012 T. kararı; Danıştay İİDK, 2010/2108 E., 2013/4577 K., 16.12.2013 T. karar; Danıştay İDDK, 2014/1615 E., 2014/2763 K., 23.06.2014 T. karar; Danıştay 6. D., 2010/141 E., 2014/770 K., 5.2.2014 T. kararı; Danıştay 6. D., 2009/8736 E., 2013/2 K., 17.1.2013 T. karar; Danıştay 6. D. 2010/6329 E., 2014/1716 K., 6.3.2014 T. karar; Danıştay 6. D., 2012/3814 E., 2013/7931 K. 4.12.2013 T. karar; Danıştay 6. D., 2012/1004 E., 2013/3010 K., 29.4.2013 T. karar; Danıştay 6. D., 2010/11949 E., 2013/3312 K., 13.5.2013 T. karar; Danıştay 6. D., 2010/4533 E., 2013/3705 K., 28.5.2013 T. karar; Danıştay 6. D., 2011/4505 E., 2013/3928 K., 4.6.2013 T. karar; Danıştay 6. D., 2010/8300 E., 2013/3927 K., 4.6.2013 T. karar; Danıştay 6. D., 2010/5531 E., 2013/3933 K., 5.6.2013 T. karar; Danıştay 6. D., 2010/3183 E., 2013/3934 K., 5.6.2013 T. karar; Danıştay 6. D., 2010/5426 E., 2014/1113 K., 17.2.2014 T. karar; Danıştay 6. D., 2010/10570 E., 2014/1474 K., 28.2.2014 T. karar; Danıştay 6. D., 2011/4240 E., 2014/1969 K., 12.3.2014 T. karar; Danıştay 6. D., 2012/6962 E., 2015/584 K., 17.2.2015 T. karar; Danıştay 6. D., 2013/3038 E., 2015/3249 K., 21.5.2015 T. karar; Danıştay 6. D., 2011/5174 E., 2015/83 K., 22.1.2015 T. karar; Danıştay 6. D., 2014/9101 E., 2015/2572 K., 22.4.2015 T. karar; Danıştay 6. D. 2012/6741 E., 2016/1913 K., 19.4.2016 T. karar ([www.lexpera.com](http://www.lexpera.com), 3.6.2020).

Görüleceği üzere, Yargıtay ile Danıştay arasında hukuki elatma olgusunun hukuki niteliği ve bu çerçevede hangi yargı kolu tarafından çözümleneceği hususunda görüş ayrılıkları yaşanmıştır. Uyuşmazlık Mahkemesi<sup>492</sup>, hukuki elatmaya dayalı taşınmazın bedelinin talep edildiği davalar ile ilgili verdiği kararlarda, fiili elatma ile hukuki elatmanın farklı sebeplere dayanarak gerçekleştiğine, hukuki elatma halindeki tazminat taleplerinin, İYUK m. 2/1-b uyarınca, idari işlem veya eylemden kaynaklanan tam yargı davaları kapsamında idari yargı nezdinde çözümlenmesi gerektiğine hükmetmiştir. Bu kararlar üzerine Yargıtay da<sup>493</sup> görüş değişikliğine gitmiş; hukuki elatma kapsamındaki uyuşmazlıkları, idari yargının görevli olduğu gerekçesiyle usulden reddetmiştir. Bu suretle, yargı kararlarında, hukuki elatma sonucunun idari işlem/eylemden kaynaklı olduğu ve bu çerçevede İYUK m.2/1-a ve b hükümleri uyarınca iptal ve tamyargı davalarının gündeme gelebileceği kanaati istikrar kazanmıştır, diyebiliriz<sup>494</sup>.

Türk Hukuk Doktrininde de hukuki elatmanın hukuki niteliği ile ilgili olarak farklı görüşler ileri sürülmüştür. *Çoğunluktaki görüş sahipleri*<sup>495</sup>, yerleşik hale geldiğini belirttiğimiz uygulama doğrultusunda, hukuki elatma sonucunu doğuran

<sup>492</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi HB 2011/238 E., 2012/63 K., 9.4.2012 T. kararı; Uyuşmazlık Mahkemesi HB 2012/58 E., 2012/114 K., 21.5.2012 T. kararı; Uyuşmazlık Mahkemesi HB 2012/69 E., 2012/127 K., 4.6.2012 T. kararı; Uyuşmazlık Mahkemesi HB 2012/157 E., 2012/182 K., 24.9.2012 T. kararı; Uyuşmazlık Mahkemesi HB 2012/238 E., 2012/256 K., 5.11.2012 T. kararı ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 13.11.2019); Uyuşmazlık Mahkemesi HB 2012/586 E., 2013/107 K., 14.1.2013 T. karar; Uyuşmazlık Mahkemesi HB 2013/496 E., 2013/897 K., 4.6.2013 T. karar; Uyuşmazlık Mahkemesi HB 2014/139 E., 2014/188 K., 3.3.2014 T. karar; Uyuşmazlık Mahkemesi HB 2018/434 E., 2018/413 K., 25.6.2018 T. karar; Uyuşmazlık Mahkemesi HB 2020/294 E., 2020/641 K., 26.10.2020 T. karar; Uyuşmazlık Mahkemesi HB 2021/136 E., 2021/265 K., 3.5.2021 T. karar ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 4.1.2022).

<sup>493</sup> Yargıtay 5. HD 2012/2638 E., 2012/9077 K., 7.5.2012 T. karar; Yargıtay HGK 2013/603 E., 2013/1503 K., 30.10.2013 T. karar; Yargıtay 5. HD 2013/16048 E., 2013/19796 K., 18.11.2013 T. karar; Yargıtay 5. HD 2013/15918 E., 2014/1417 K., 23.1.2014 T. karar; Yargıtay 5. HD 2017/25451 E., 2019/2873 K., 25.2.2019 T. karar; Yargıtay 18. HD 2016/2025 E., 2017/7357 K., 5.5.2016 T. karar ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 11.10.2021).

<sup>494</sup> Ancak Yargıtay, yakın tarihli bir kararında, "... *dava konusu taşınmazın uzun yıllardan beri kamu hizmetine tahsis edilmiş olması nedeniyle, fiilen el atılmamış olsa dahi mülkiyet hakkının süresi belirsiz şekilde kısıtlanması nedeniyle kamulaştırmassız el atma olgusu gerçekleşmiş olup, taşınmazın aynına ilişkin bu davaya bakmak Adli Yargının görevidir.*" şeklinde hüküm vermiştir. Bkz. Yargıtay 5. HD 2020/10454 E., 2021/2531 K., 3.3.2021 T. karar ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 11.10.2021). Bu yöndeki diğer bir karar için bkz. Yargıtay 5. HD 2019/8035 E., 2020/8634 K., 13.10.2020 T. karar ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 11.10.2021).

<sup>495</sup> Oğuzman, s.818-819; Ayanoglu, s.72; Özkaya, s.1000; Şaşı, s.326-327; Akgüner/Berk, 948, 951-952; Çetintaş, s.38-42; Arcak/Doğrusöz, s.20-26; Karaca, Kamulaştırmassız El Atma, s.120-124; Yalçınduran, Kamulaştırmassız El Koyma, s.31; Çınar, s.6-7; İlgezdi, 80. *Şaşı*, Danıştay'ın, hukuki elatma olgularında, idarenin hukuka uygun idari işleminden kaynaklı sorumluluğuna yer verip de kamulaştırma yapılmaması şeklinde gerçekleşen idari hizmetin kötü işlemesi sebebiyle hizmet kusuruna dayalı sorumluluk esaslarına yer vermemesini eleştirmektedir.

idarenin tutum/davranışını, idari yargının görev alanına giren idari eylem veya idari işlem olarak değerlendirmektedir. Bu görüş, taşınmaza fiilen bir müdahale olmadığı için kamulaştırmasız elatma olarak değerlendirilebilecek, bu çerçevede de fiili yol olarak nitelendirilebilecek bir eylemin bulunmamasına dayandırılmaktadır. Bu halde, idari işlemin iptali veya idari işlem ve/veya idari eylem sebebiyle uğranılan zararın tazmini taleplerinin ileri sürülebileceği kabul edilmektedir. Aksi kanaati paylaştan *azınlıktaki görüş sahipleri* ise<sup>496</sup>, idarenin bir taşınmaza fiilen elatması ile kamu hizmetine tahsis ettiği için kamulaştırması gereken taşınmazı uzun yıllar kamulaştırmayarak mülkiyet hakkının özüne müdahale ettiği durum arasında bir fark olmadığını, her iki halde de fiili yol/idarenin haksız fiilinden bahsedilmesi gerektiğini vurgulayarak mevcut uygulamayı eleştirmektedir.

Kanunkoyucu, adli yargı ve idari yargı nezdindeki yargı kolu açısından yaşanan uyuşmazlığı, yaptığı düzenlemeler ile gidermek istemiştir. Bu çerçevede 6487 sayılı Bazı Kanunlar ile 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un<sup>497</sup> 21. maddesi ile değişen Kamulaştırma Kanunu'nun geçici 6. maddesinin 10. fıkrası, uygulama imar planlarında umumi hizmetlere ve resmî kurumlara ayrılmak suretiyle veya ilgili kanunların uygulamasıyla tasarrufu kısıtlanan taşınmazlar hakkında, 3194 sayılı İmar Kanunu'nda öngörülen idari başvuru ve işlemler tamamlandıktan sonra idari yargıda dava açılabilmesi hükmünü içermekteydi. Bu düzenleme, gerek uygulama imar planı gerekse de Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu gibi kanunların uygulanması sebebiyle tasarrufu

<sup>496</sup> Bkz. Gürsel, s.636; Karaca, Yargısal Başvuru Yolları, s.276-277; Çabri, Kamulaştırmaz El Atma, s.87; Emrah Kulaklı, **İmar Kısıtlılığı ile Arazi ve Arsa Düzenlemesinden Doğan Taşınmaz Mülkiyeti Kısıtlamaları**, İstanbul, 2014 (Yayımlanmamış Doktora Tezi), s.65-68; Emrah Kulaklı, "İdari Yargının Görevli Olduğu Kamulaştırmaz El Atma Davalarında Taşınmazın Tescili Sorunu", **İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y.2, S.1, Bahar 2015, s.196; Karademir, s.954-958; Erol, s.226-227; Yıldırım, Kamulaştırmaz El Atma, s.199; Hayta, s.417-419. Gürsel, s.583'te, "*İmar planı idari işlem olsa da, idarenin plan ile süresiz imar kısıtı yaratma yetkisi yoktur. İşte idarenin planlama yetkisini mevzuata aykırı değil, idarenin kendisine mevzuatta olmayan süresiz kısıtlama yetkisi yaratarak kullanması fiili yoldur.*" görüşündedir. Detaylı izahat için bkz. Gürsel, s.487, 582-584, 619-620, 636-637, 641-642. Karaca, paylaştığı görüşe ek olarak, Uyuşmazlık Mahkemesi'nin mevcut kararları ile Kamulaştırma Kanunu'nun o dönem için yürürlükte olan ve hukuki elatma vakalarında idari yargıyı görevli kılan düzenlemesi karşısında, hukuki elatmanın, kamulaştırmaz elatma kapsamında kabul edilmesinin mümkün olmadığını, başka bir başlık altında incelenmesi gerektiğini belirtmektedir. Karaca, Yargısal Başvuru Yolları, s.277. Oğurlu'nun, "*İdarenin ölçüsüz uygulamaları, kamu özgürlüklerine ve özellikle mülkiyet hakkının kullanılmasını ortadan kaldıracak ağırlığa ulaşmışsa fiili yolun varlığından söz edilebilir.*" şeklindeki ifadesi, hukuki elatma kapsamındaki uygulamaları, fiili yol olarak değerlendirdiği izlenimi vermektedir. Oğurlu, Fiili Yol, s.68-69.

<sup>497</sup> RG T. 11.6.2013, S.28674.

kısıtlanan taşınmazlar ile ilgili uyuşmazlıkların idari yargı tarafından çözümlenmesini öngörmektedir. Ancak bu fıkra, 6745 sayılı Kanun'un<sup>498</sup> 34. maddesi ile yürürlükten kaldırılmış ve aynı Kanunun 33. maddesi ile 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'na ek madde 1 düzenlemesi eklenmiştir. Bu düzenleme ise uygulama imar planlarında umumi hizmetlere ve resmî kurumlara ayrılmak suretiyle mülkiyet hakkının özüne dokunacak şekilde tasarrufu hukuken kısıtlanan taşınmaz hakkında, uygulama imar planlarının yürürlüğe girmesinden itibaren beş yıllık süre içerisinde (mülkiyet hakkını kullanmasına engel teşkil edecek) kısıtlılığı kaldıracak şekilde imar planı değişikliği yapılmaz/yaptırılmaz veya taşınmaz kamulaştırılmaz ise malikin belli bir idari usul sürecini tükettikten sonra idare aleyhine idari yargıda dava açılabileceği hükmünü içermektedir. Diğer bir söyleyişle, mülga olan KK geçici m.6/10'un içeriğinden daha dar bir kapsamda, salt uygulama imar planının gereğinin yapılmaması suretiyle gerçekleşen hukuki elatmanın varlığında hangi yargı kolunun görevli olduğu ele alınmıştır. Ancak söz konusu maddenin ilk fıkrasının ilk cümlesi dışında diğer bütün hükümleri, Anayasa Mahkemesi'nin 2016/181 E., 2018/111 K., 20.12.2018 T. kararı ile iptal edilmiştir<sup>499</sup>. Bu suretle, hukuki elatmanın idari yargının görev alanına girdiğine dair kanuni herhangi bir düzenleme kalmamıştır. Ancak yargı kararlarını incelerken de belirttiğimiz üzere, Danıştay, Uyuşmazlık Mahkemesi ve Yargıtay, hukuki elatma şeklindeki uyuşmazlıkları, yerleşmiş bir içtihat şeklinde, idari işlem ya da idari eylemden kaynaklı uyuşmazlık olarak idari yargının görev alanında telakki etmektedir.

### 3.3. Kanaatimiz

Fiili elatma ile hukuki elatma, günümüzde gerek Türk yargı makamları gerekse de Türk Hukuk Doktrini tarafından hukuka aykırı bir hal, mülkiyet hakkını ihlal eden bir durum olarak değerlendirilmektedir. Bu iki olgu arasındaki nitelendirme farkı, hukuka aykırı olan bu uygulamaların idari uyuşmazlık olma özelliğini koruyup korumadığı, idari yargının görev alanına giren bir idari uyuşmazlık mı yoksa adli yargının görev alanına giren idarenin haksız fiili mi olduğu meselesinde yoğunlaşmaktadır.

<sup>498</sup> 6745 sayılı Yatırımların Proje Bazında Desteklenmesi ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (RG. T. 7.9.2016, S.29824).

<sup>499</sup> AYM 2016/181 E., 2018/111 K. ve 20.12.2018 T. kararı (RG T.5.4.2019, S.30736).

İdareden sâdır olmasına rağmen bazı şartların varlığı halinde kimi uyuşmazlıklar yargı içtihatları veya kanuni düzenlemeler ile adli yargının görev alanına bırakılabilmektedir. Yargı içtihatları ile idarilik niteliği taşımadığı ve adli yargının görevli olduğu kabul edilen hallerin başında “*fiili yol*”<sup>500</sup> (voie de fait) olarak isimlendirilen uyuşmazlıklar gelmektedir. Fiili yol, özel hukuktaki haksız fiile benzeyen ancak idare hukukuna uyarlanırken özelleştirilmiş ve daraltılmış hukuksal bir kurum şeklinde ifade edilmektedir<sup>501</sup>. İdarenin bir faaliyetinin fiili yol olarak nitelendirilmesi için birtakım şartların birarada bulunması gerekmektedir<sup>502</sup>. Bu halde, idarenin veya özel hukuk kişilerinin idareye izafe edilebilecek<sup>503</sup> tutum/davranış/eylemi<sup>504</sup> sebebiyle mülkiyet hakkı veya diğer temel hak ve özgürlük<sup>505</sup> ihlal edilmiş olmalıdır. Temel hak ve özgürlükler üzerinde ihlal sonucu

<sup>500</sup> Onar, fiili yol kavramını, idarenin icraya taalluk eden maddi faaliyet ve hareketleri sırasında ağır bir surette usulsüz hareketleriyle, diğer bir tabirle usul dışı sayılacak maddi fiil ve hareketleriyle ferdin mülkiyet hakkına veya amme hürriyetine tecavüz etmesi şeklinde tarif etmektedir. Bkz. Onar, s.1677-1679. Oğurlu ise, kavramı, bir temel özgürlük veya mülkiyet hakkına idarenin ağır hukuka aykırı eylemi ile müdahale etmesi olarak ifade etmektedir. Bkz. Oğurlu, Fiili Yol, s.59. Kaplan, fiili yol kavramını, “*açık bir yolsuzluk ve hukuka aykırılık ile mülkiyet hakkına veya amme hürriyetine tecavüzün söz konusu olması ve bunun maddi ve fiili icra yani icrai ve fiili ameliyeler ile uygulanması*” şeklinde tanımlamanın mümkün olduğunu belirtmekte ve fiili yol kavramından bahsedebilmek için idarenin kamu gücü kullanarak tesis ettiği işlem ya da eylemin olması gerektiğini, özel hukuk kişisi gibi davrandığı hallerde başka herhangi bir şarta gerek kalmaksızın özel hukuk hükümlerine göre değerlendirme yapılacağını belirtmektedir. Kaplan, Fiili Yol, s.890-891. Kaplan, diğer bir çalışmada, fiili yolun varlığından bahsedebilmek için mülkiyet hakkının veya kişisel bir hak ve özgürlüğün ihlal edilmiş olması ve bu ihlale sebebiyet veren hukuka aykırılığın açık ve ağır olması gerekir, demektedir. Kaplan, İdari Yargılama, s.89. Gözler, fiili yol kavramını, idarenin kişilerin temel hak ve hürriyetlerine ve özellikle de mülkiyet hakkına ağır ve apaçık bir şekilde hukuka aykırı müdahale etmesi şeklinde tarif etmektedir. Gözler, İdare Hukuku I, s.1135. Ayrıca bkz. Gözler, İdare Hukuku II, s.1054-1055. Kalabalık ise idarenin açıkça ve idari usullere ve hukuka aykırı olarak kişilerin temel hak ve hürriyetlerine ve de mülkiyet haklarına müdahale etmesi şeklinde Kalabalık, İdari Yargılama, s.142. Özkoş ise fiili yol kavramını “*tamamiyle mesnetsizlik ölçüsü*” başlığıyla birlikte kullanmakta ve idarenin tamamiyle mesnetsiz tutum ve davranışlarının idari yargı tarafından incelenmesine imkân olmadığını belirtmektedir. Bkz. Özkoş, s.56-63. Ayanoğlu, “*idarenin idari faaliyetleri sırasındaki haksız fiilleri*” başlığı ile fiili yol uygulamasını ele almaktadır. Bkz. Ayanoğlu, s.52-80. Fiili yol kavramının tanımı için ayrıca bkz. Gözübüyük, s.9; Karahanoğulları, s.135; Yıldırım/Yasin/ Kaman/Özdemir/Üstün/Okay Tekinsoy, s.642.

<sup>501</sup> Oğurlu, Fiili Yol, s.59.

<sup>502</sup> Konu ile ilgili olarak bkz. Onar, s.1668-1672; Kalabalık, İdari Yargılama, s.142-145; Kaplan, Fiili Yol, s.890-898; Kaplan, İdari Yargılama, s.89-93; Ayanoğlu, s.52-80; Oğurlu, Fiili Yol, s.60-62; Yıldırım/Yasin/ Kaman/Özdemir/Üstün/Okay Tekinsoy, s.642-643; Gözler, İdare Hukuku II, s.1054-1055; Akyılmaz/ Sezginer/Kaya, s.380-381; Çağlayan, s.157-158; Karahanoğulları, s.135-138; Özay, s.744-747; Gözübüyük, s.91-94.

<sup>503</sup> Özel hukuk kişilerinin işlem/eylemlerinin idareye izafe edilebileceği ile ilgili olarak bkz. Kaplan, Fiili Yol, s.890; Ayanoğlu, 213-217.

<sup>504</sup> Onar, henüz gerçekleşmemiş olsa da, kesin ve muhakkak bir icra tehdidinin varlığında, idarenin icrai fiilinin olduğunun kabul edileceğini belirtmektedir. Onar, s.1668-1669. Kaplan ise bir eylemin, fiili yola konu olabilmesi için kamu gücüne dayanılarak yapılması gerektiğini belirtmektedir. Kaplan, Fiili Yol, s.891.

<sup>505</sup> Çoğu yazar, fiili yola konu olan menfaati mülkiyet ve diğer herhangi bir temel hak ve özgürlük olarak ifade etmektedir. Diğer bazı yazarlar ise temel hak ve özgürlük kavramı yerine “*kişisel hak*



doğuran bu tutum veya davranış, hukukun öngördüğü esasa veya usule ilişkin kurallara açık, bariz, tartışmasız ve eylemin niteliğini değiştirecek ölçüde ağır bir aykırılık içermelidir<sup>506 507</sup>. Fiili yol nitelendirmesi, o eylemin idarilik sıfatını yitirmesi, İdare Hukuku'nun kapsamının ve idari yargının görev alanının dışına çıkması neticesini doğurmaktadır. Bu sonuç, uyuşmazlığın adli yargı makamı tarafından Medeni Hukuk ve diğer özel hukuk hükümlerine göre çözümleneceği anlamına gelmektedir<sup>508 509</sup>.

ve özgürlükler” veya “amme/kamu hürriyeti” ifadesini kullanmaktadır. Bu ifadeleri kullanan yazarlar için bkz. Kaplan, İdari Yargılama, s.89; Kaplan, Fiili Yol, s.890-891; Onar, s.1670; Ayanoğlu, s.58-60; Gözübüyük, s.91-92. *Oğurlu* ise, Anayasa'nın bazı haklara diğerlerine göre daha fazla önem verdiğini, onlara tam bir güvence sağladığını, yasamanın bile kanunla sınırlandıramayacağı ek güvenceler getirdiğini, fiili yol nitelendirmesi için herhangi bir hak ihlalinin yeterli olmadığını, taşınır-taşınmaz mülkiyeti, kişi özgürlüğü, basın, mezhep, vicdan, çalışma, seyahat hürriyetleri gibi kamu özgürlüklerine tecavüzün söz konusu olması gerektiğini belirtmektedir. *Oğurlu*, Fiili Yol, s.61-62. *Kaplan*, eyleme konu olacak hak kategorisi hususunda, yargı makamlarının objektif bir kriter belirleyemediğini ifade etmektedir. *Kaplan*, Fiili Yol, s.892-893.

<sup>506</sup> *Kaplan*, Fransız Hukuku'ndaki uygulama ve Fransız Danıştay kararlarına atıf yaptığı değerlendirmesinde, herhangi bir kanun veya düzenleyici işleme dayanmayan yahut açıkça idarenin Anayasa ve kanunlarla kendisine somut olarak verilmiş olan yetki ve görev alanı dışında kalan işlem ve eylemlerin açık, bariz ve ağır hukuka aykırılık içerdiğinin kabul edilebileceğini belirtmektedir. Bkz. *Kaplan*, Fiili Yol, s.894-895, dn.65-68 Açık ve ağır hukuka aykırılık halleri ile ilgili olarak bkz. *Onar*, s.1671-1672; *Kaplan*, Fiili Yol, s.893-898; *Oğurlu*, Fiili Yol, s.61-63. *Özko* ise, fiili yol kavramını, tamamiyle mesnetsizlik şeklinde ifade etmekte ve kamu himzetinin yürütülmesinde, hizmetin işleyişinin mutlak zorunluluğu dolayısıyla ve bağımsız bir davranış teşkil etmesizin gerçekleşen temel mesnede aykırılık teşkil eden uyuşmazlıklar dışındaki diğer uyuşmazlıkların tamamiyle mesnetsiz kabul edilmeleri gerektiğini belirtmektedir. *Özko*, s.63.

<sup>507</sup> *Kaplan*, bir işlemin bizatihi kendisinin veya icrasının ağır, açık ve bariz bir hukuka aykırılıkla malul bulunduğunu söyleyebilmenin pek kolay olmadığını, fiili yol teorisinde tespiti en fazla güçlük gösteren koşulun da bu koşul olduğu kanaatini paylaşmaktadır. *Kaplan*, Fiili Yol, s.894. İdari faaliyetlerdeki hukuka aykırılığın işlem ya da eyleme etkisi ile ilgili olarak *Ayanoğlu*, şu eleştiriyi sunmaktadır: “Hukuka aykırılık unsuru, aslında idarenin sorumluluğuna ilişkin bir unsurdur. Bu nedenle, eylemdeki belli özelliklere sahip hukuka aykırılığa, eylemin niteliğini ve görevli yargı yerini belirleyici bir rol vermek, bu unsur ancak davanın başlangıcında değil sonunda ortaya çıkacak olduğundan, yargısal korumanın etkinliği bakımından tereddütler doğurmaya müsaittir.” *Ayanoğlu*, s.56, dn.79. Hukuka aykırılığın idarenin faaliyetine etkisi ile ilgili olarak bkz. *Karahanoğulları*, s.137-138.

<sup>508</sup> Fiili yol nitelendirmesinin hukuki sonuçları için bkz. *Onar*, s.1672-1675; *Oğurlu*, Fiili Yol, s.64-68; *Ayanoğlu*, s.52-55; *Kaplan*, İdari Yargılama, s.89-90; *Kalabalık*, İdari Yargılama, s.143; *Akılmaz/Sezginer/Kaya*, s.380; *Çağlayan*, s.157; *Yıldırım/Yasin/Kaman/Özdemir/Üstün/Okay Tekinsoy*, s.643; *Özay*, s.744.

<sup>509</sup> *Onar*, Anayasa m.125/4'teki “Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı verilemez.” hükmündeki sınırlı yetkinin adli yargı hâkimini için söz konusu olmayacağını, adli yargı hâkiminin Medeni Hukukun bütün imkânlarını kullanarak idare aleyhine belli bir harekette bulunma yönünde eda kararı niteliğinde karar verebileceğini belirtmektedir. *Onar*, s.1672. *Oğurlu*, *Onar*'ın kanaatini paylaşmakta ve hatta fiili yol niteliğinde eylemde bulunan kamu görevlisinin Anayasa'nın 129/5'teki “Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir.” hükmünden yararlanamayacağını, idare ile kamu görevlisinin aynı esaslara göre sorumluluğunun tespit edileceğini ifade etmektedir. Bkz. *Oğurlu*, Fiili Yol, s.65-67. Benzer bir kanaat için bkz. *Kaplan*, İdari Yargılama, s.90; *Özay*, s.745-746; *Gözübüyük*, s.92.

Türk Hukuku'nda gerek yargı kararları gerekse de doktrin, neredeyse oybirliği halinde, fiili elatmayı, yukarıda incelediğimiz üzere, fiili yol olarak nitelendirmektedir. Bu halde, idarenin, temel bir hak olan mülkiyet hakkının Anayasa ve kanunlarda öngörülen usul ve esasa ilişkin güvencelerine aykırı hareket ederek, herhangi bir hukuki temeli olmaksızın, tamamen mesnetsiz bir şekilde taşınmaz üzerindeki fiili hâkimiyeti kaldırarak hak sahibini mülkiyet hakkından yoksun bırakması fiili yol olarak değerlendirilmektedir. İdarenin bu kapsamdaki bir tutum veya davranışı, idarilik özelliğini yitirerek bütün boyutları ile özel hukuk hükümleri uyarınca adli yargı makamları tarafından çözümlenmektedir.

İdarenin, Anayasa ve kanunlarda mülkiyet hakkının güvencesi olan usul ve esaslar uyarınca, kamu mülkiyetine kazandırması gereken taşınmazı kamu mülkiyetine kazandırmayarak, eylemsiz kalmak suretiyle gerçekleşen hukuki elatma ise, yargı makamları ve doktrindeki çoğunluk görüş uyarınca, idari uyumsuzluk olma özelliğini korumaktadır. Bu halde de, idare, herhangi bir hukuki temeli olmaksızın, tamamen mesnetsiz bir şekilde yapması gereken işlem/eylemi yapmayarak hak sahibini mülkiyet hakkından yoksun bırakmaktadır. Misalen, uygulama imar planında umumi veya kamu hizmetine tahsis edilmesi sebebiyle yapı yasağına tabi olan taşınmazı uzun yıllar kamu mülkiyetine kazandırmama şeklindeki idarenin tutumu sebebiyle malik, taşınmazını satamamakta, inşaat ruhsatı alamamakta, taşınmazı dilediği gibi kullanamamakta, geçici de olsa taşınmazına herhangi bir yapı yapamamaktadır. Dolayısıyla hak sahibi mülkiyet hakkının bahsettiği yetkileri kullanamamakta, mülkiyet hakkından mahrum kalmaktadır. Doğan bu sonuç, imar planından, diğer bir deyişle idari işleminden kaynaklanmamaktadır. Bu sonuç, idarenin, İmar Kanunu'nun 10. ve 13. maddeleri uyarınca yapması gereken, kanundan doğan kamu mülkiyetine kazandırma yetki/görevinin gereğini yapmaması şeklindeki eylemsizliği sebebiyle ortaya çıkmaktadır<sup>510</sup>. Bu halde, idare, hareketsiz kalmak suretiyle Anayasa ve kanun ile kendisine yüklenen yükümlülüğün gereğini yapmayarak, hakkını kötüye kullanarak açıkça hukuka aykırı hareket etmekte, mülkiyet hakkından yoksun bırakma şeklinde ağır bir sonuç doğurmaktadır.

<sup>510</sup> Eylemsizliğin, (idari) eylem olarak değerlendirilebileceği ile ilgili olarak Akgüner/Berk, s.951-952; Ayanoğlu, s.89-95; Çetintaş, s.38-42.

Gerek fiili elatma gerekse de hukuki elatma halinde, idarenin, taşınmaz mülkiyetine yönelik hukuka aykırı tutum/davranışı bulunmaktadır. Fiili elatmada idare, aktif bir şekilde eyleme geçerek doğrudan taşınmaz üzerindeki zilyetliğe müdahale etmektedir. Hukuki elatmada ise idare, pasif bir şekilde eylemsiz kalarak dolaylı bir müdahale ile taşınmazı kullanılamaz, tasarruf edilemez kılmaktadır. Fiili elatmada, idarenin aktif şekilde taşınmazın zilyetliğine yönelen eylemi, açık ve bariz hukuka aykırılık içerdiği gerekçesi ile idari eylem olarak değerlendirilmemektedir. Hukuki elatmada ise idarenin, kanunun emredici hükmüne aykırı şekilde pasif ve eylemsiz kalmak şeklinde sergilediği eylemi, açık ve bariz hukuka aykırılık olarak değerlendirilmemekte ve idari eylem/idari işlem kimliğini korumaktadır. Her iki halde de idare, farklı araçlar kullansa da, Anayasa ve kanunlarda öngörülen usul ve esaslara ve bu çerçevede dürüstlük kuralına açıkça aykırı hareket ederek hak sahibini mülkiyet hakkından yoksun bırakmaktadır. Mülkiyet hakkı üzerinde aynı sonucu doğuran, her ikisi de açık ve ağır hukuka aykırılık içeren idarenin bu iki eyleminden fiili elatma, özel hukuk hükümleri uyarınca adli yargı makamlarınca çözümlenirken, hukuki elatmanın İdare Hukuku kuralları uyarınca idari yargı tarafından çözümlenmesi çelişkili bir bakış açısı olarak değerlendirilebilir. Bu suretle aslında idarenin hukuka aykırı şekilde maliki mülkiyet hakkından yoksun bırakması sebebine dayanan kamulaştırmasız elatma, gerçekleşme türüne göre farklı yargı kolları nezdinde farklı disiplinler tarafından farklı usul ve esaslara tabi tutulmaktadır. Parçalara ayrılmış olma, temel hak olan mülkiyet hakkına yönelik ağır bir müdahale niteliğindeki bu olgunun engellenmesi, bu olgudan etkilenen hak sahiplerinin adil yargılanma hakkı çerçevesinde haklarına kavuşması, karşı karşıya kalınan hukuka aykırı süreç sebebiyle yaşanan mağduriyetlerin giderilmesi ve bu tarz müdahalelerin bir daha yaşanmaması amacının gerçekleşmesinde büyük bir engeldir. Bu amaçların gerçekleştirilerek mülkiyet hakkı için koruyucu bir mekanizmanın işlerlik kazanabilmesi, ancak bütüncül bir bakış açısı ile mümkün olacaktır. Bu çerçevede her iki elatma olgusunun da, açıkça ve tamamen hukuki temelden yoksun olması (mesnetsizlik) sebebiyle idarenin haksız fiili/fiili yol şeklinde nitelendirilerek, özel hukuk hükümleri uyarınca adli yargı makamlarınca çözümlenmesinin daha tutarlı bir yaklaşım olacağı kanaatindeyiz.

Fransız Hukuku'nda duyulan ihtiyaç üzere geliştirilen ancak çokça tartışılan ve günümüzde uygulama alanı daralmakla birlikte varlığını hâlâ koruyan fiili yol

teorisi<sup>511</sup>, Türkiye’de yargı makamları tarafından fiili elatma gibi birkaç münferit uyuşmazlık ile sınırlı olarak kullanılmıştır<sup>512</sup>. Fiili elatma ve hukuki elatmanın hukuki niteliği hususunda, Türkiye’de teorik arka planı olsa da uygulaması pek olmayan, üstüne üstlük ana vatanında kapsamı daraltılan, hatta terk edilmeye aday bir teori olarak görülen fiili yol teorisine dayanmak yerine kanunkoyucunun yapacağı bir düzenleme ile görevli yargı kolunun belirlenmesi daha sağlıklı bir çözüm olarak düşünülebilir. Bu suretle fiili yol teorisine ilişkin olası tereddüt ve eleştiriler bertaraf edilebileceği gibi hukuki elatmanın idari olma özelliğini koruyup korumadığına yönelik tartışmalar da kanun ile bertaraf edilmiş olacaktır.

1982 Anayasası Dönemi’nde<sup>513</sup> Anayasa Mahkemesi’nin yerleşmiş olduğunu belirtebileceğimiz kararları, idari yargının görev alanının belirlenmesinde kanunkoyucunun sınırlı bir takdir yetkisine sahip olduğu yönünde gelişmiştir<sup>514</sup>. Bu

<sup>511</sup> Fiili yol kavramının Fransız Hukuku’nda geçirdiği değişim ve dönüşüm için bkz. Yıldız, s.305-315; Şaşı, 152-155; Gözler, İdare Hukuku I, s.1136; Kaplan, Fiili Yol, s.898-899, 901-903; Kaplan, İdari Yargılama, s.90-91. Bu çerçevede Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi’nin 2013 yılında verdiği “*Bergoend Kararı*”nın fiili yol kavramı için bir dönem noktası olduğu, bu karar uyarınca, bütün kamusal hak ve hürriyetlere değil, sadece bireysel hak ve hürriyetlere yönelik müdahaleler ile mülkiyet hakkına yönelik açık ve ağır ihlalin varlığında fiili yolun varlığı kabul edilecektir.

<sup>512</sup> Bkz. Kaplan, Fiili Yol, s.889-890; Yıldız, s.315; Gözübüyük, s.92; Karaca, Kamulaştırmazsız El Atma, s.33. *Kaplan*, bu durumun olumlu karşılanması gerektiğini, bu teorisinin idari uyuşmazlıkların idari yargı yerinde görülmesi gerektiğine ilişkin kuralın istisnası mahiyetinde olduğundan dar yorumlanması gerektiğini ve teorisinin hangi eylem ve işlemlerin fiili yol olarak nitelendirileceği hususunda açık olmadığını belirtmektedir. Bkz. Kaplan, Fiili Yol, s.889.

<sup>513</sup> 1961 Anayasası döneminde Anayasa Mahkemesi, idari yargının görev alanının Anayasa ile korunduğu gerekçesiyle idari uyuşmazlıkların adli yargıda görülebilmemesine imkân tanıyan kanuni düzenlemeleri anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir. AYM 1976/1 E., 1976/28 K., 25.5.1976 T. karar (RG T. 16.8.1976, S. 15769). Anayasa Mahkemesi, 1982 Dönemi’nde, az sayıda da olsa, bu yönde kararlar vermiştir. Bkz. AYM 1988/5 E., 1988/55 K., 2.12.1988 T. karar (RG T.25.7.1989, S.20232); AYM 1988/32 E., 1989/10 K., 28.2.1989 T. karar (RG T.22.6.1989, S.20203); AYM 1994/71 E., 1995/23 K., 28.6.1995 T. karar (RG T.20.3.1996, S.22586). Konuya ilişkin değerlendirmeler için bkz. Özge Aksoylu, “Türk Hukukunda İdari Yargının Görev Alanına Yasal Müdahaleler ve Anayasa”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S.2012/1, 2014, s.73-76, 76, 82; Hüseyin Melih Çakır, “Anayasa Mahkemesi Kararları Çerçevesinde HMK m.3’ün İdari Yargının Görev Alanı Açısından Değerlendirilmesi”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C.85, Y.2011, S.6, s.181-187; Metin Günday, “İdari Yargının Görev Alanının Anayasal Dayanakları”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, S.14, Y.1997, s.348-354; Sait Güran, “Yargı Denetiminin Kapsamı”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer’e Armağan Sayısı, C.52, S.1-4, 1987, s.37-40; Karaman, s.69-76.

<sup>514</sup> AYM 1989/28 E., 1990/18 K., 10.7.1990 T. karar (RG T.28.7.1993, S.21651); AYM 1996/72 E., 1997/51 K., 15.5.1997 T. karar (RG T.1.2.2001, S.24305); AYM 2005/108 E., 2006/35 K., 1.3.2006 T. karar (RG T.22.7.2006, S.26236); AYM 2003/65 E., 2006/114 K., 21.12.2006 T. karar (RG T.31.3.2007, S.26479); AYM 2010/65 E., 2011/169 K., 22.12.2011 T. karar (RG T.25.1.2012, S.28184); AYM 2011/35 E., 2012/23 K., 16.2.2012 T. karar (RG T.19.5.2012, S.28297). Kararlara ilişkin değerlendirmeler için bkz. Aksoylu, s.75-77, 83-98; Oğuzhan Güzel, “Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında İdari Yargının Görev Alanına Yönelik Müdahalelerin Değerlendirilmesi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.XVII, Y.2013, S.1-2, s.1502-1508, 1514-1515; Serdar Yılmaz, “İdari Yargının Görev Alanının Daraltılmasına Yönelik Yeni Bir Girişim Olarak ‘İnsan Zararları Mahkemelerinin Kuurluş ve Görevlerine Dair Kanun Teklifi’ Üzerine Bir

kararlar uyarınca, aslında idari yargının görev alanına girebilecek uyuşmazlıklar, haklı neden ve kamu yararı kriterlerinin varlığında yargılamanın bütünlüğünü bozmayacak şekilde, kanunkoyucu tarafından adli yargının görev alanına taşınabilmektedir. Kanunkoyucu, idari yargının görev alanına giren bir mevzuuda, her üç kriteri de gözeterek adli yargıyı görevli kılabilir<sup>515</sup>. Bu çerçevede kanunkoyucu, idarenin, Anayasa ve kanunlar uyarınca kendisine verilen yetki ve göreve aykırı olarak kullandığı araçlar ile taşınmaz mülkiyetinden mahrum kalma sonucunu doğurduğu fiili elatma ile hukuki elatmanın, her ikisinin de, aynı usul ve esaslar dairesinde aynı yargı kolu tarafından çözümlenmesini öngörebilir. Bu suretle uyuşmazlıklar arasında bütünlük sağlanarak daha etkin ve adil hukuki koruma temin edilecektir. Bu sonuç, uyuşmazlıklar arasında yargılamanın bütünlüğünü temin ederek kamu yararını gerçekleştirecek haklı bir neden olarak kabul edilebilir<sup>516</sup>. Bu çerçevede, konuyu kısmen ele alan, Kamulaştırma Kanunu ek madde 1’de yapılacak bir değişiklik ile idarenin eylemli veya eylemsiz kalmak suretiyle müdahalesi sonucu mülkiyet hakkının özüne dokunacak şekilde tasarrufu kısıtlanan taşınmazlar ile ilgili uyuşmazlıkların özel hukuk hükümleri uyarınca adli yargıda çözümleneceğine dair bir düzenleme yürürlüğe girebilir.

#### **D. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ İLE ANAYASA MAHKEMESİ BİREYSEL BAŞVURU KARARLARINDA KAVRAMA YAKLAŞIM**

Türk Hukuku’nda kamulaştırmasız elatma kavramına ilişkin gerek yargı makamlarının gerekse de doktrinin yaklaşımlarının şekillenmesinde veya

---

Değerlendirme”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2015, S.3, s.147-159; Çakır, İdari Yargı, s.185-201; Kemal Gözler/Gürsel Kaplan, “İdari Eylemlerden Kaynaklanan Zararlara İlişkin Davalar Adli Yargının Görev Alanına Sokulabilir mi? (HMK m. 3 ve TBK m. 55/2 Hakkında Eleştiriler)”, **Terazi Aylık Hukuk Dergisi**, Y.6, Kasım 2011, S.63, s.40-41; Mustafa Yılmaz, “Anayasa Mahkemesi’nin İmar Kanunu’nun 42. Maddesinin 5. Fıkrasını İptal Eden Kararı Üzerinde Bir Değerlendirme”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.V, S.1-4, 2001, s.245-257; Karaman, s.76-87.

<sup>515</sup> Çakır, idarenin takdir yetkisinin varlığının kabulü için haklı neden, kamu yararı ve yargılamanın bütünlüğünün bozulmaması şeklindeki üç kriterin birarada olması gerektiğini belirtmektedir. Bkz. Çakır, İdari Yargı, s.191, 193-201. Kriterler arasındaki ilişki için bkz. Yılmaz, İdari Yargı, s.148-150, 152-155; Aksoylu, s.94-98; Güzel, s.1514-1515;

<sup>516</sup> Fiili elatma ile hukuki elatmanın adli yargıda ele alınmasının avantaj ve dezavantajları, bu çerçevede olası bir kanuni düzenleme için haklı neden, kamu yararı ve yargılamanın bütünlüğü kriterlerinin sağlanıp sağlanamayacağı ve olası kanuni düzenlemenin içeriği hakkında geniş bilgi için bkz. II. Bölüm, E.

değişim/dönüşüme uğramasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının büyük etkisi bulunmaktadır. Bu çerçevede konu ile ilgili gördüğümüz Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına yer vermekte fayda bulunmaktadır. Bununla birlikte 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 18. maddesi ile Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru usulü iç hukuk sistemimize girmiştir. Bu usul üzere, 23 Eylül 2012 tarihinden sonra yaşanan ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında güvence altına alınan haklar ile ilgili ihlal iddiaları bireysel başvuru usulü üzerinden değerlendirilmektedir. Bu çerçevede Anayasa Mahkemesi nezdinde bireysel başvuru kapsamında değerlendirilen ve konu ile ilgili gördüğümüz bireysel başvuru kararlarına da yer verilecektir.

## 1. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARINDA KAVRAMA YAKLAŞIM

AİHM, gerek fiili elatma gerekse de hukuki elatmaya konu olabilecek vakaları, AİHS 1 No'lu Ek Protokol'ün "*Mülkiyetin Korunması*" başlığını taşıyan 1. maddesi kapsamında ele almaktadır. 1 No'lu Ek Protokol m.1 şu şekildedir:

*"Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasa da öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir.*

*Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka harçların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka halel getirmez."*

AİHM, önüne gelen uyuşmazlıkta, öncelikle mülkiyet hakkına yönelik bir müdahale olup olmadığını değerlendirmektedir<sup>517</sup>. Mülke yönelik bir müdahalenin

<sup>517</sup> Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 1 No'lu Ek Protokol'ün "*Mülkiyetin Korunması*" başlığını taşıyan 1. maddesinin kapsamı, iç hukukumuzda mülkiyet hakkının konusunu oluşturabilecek değerlerden daha geniş bir kapsama sahiptir. Madde, iç hukuklarda mülkiyet hakkının konusunu oluşturmayan, ancak ekonomik değer ifade eden malvarlığını unsurlarını da kapsamaktadır. Dolayısıyla madde, mülkiyet terimini, otonom bir kavram olarak kullanılmaktadır. Konu ile ilgili olarak bkz. Gemalmaz, Mülkiyet Hakkı, s. 123-137, 178-230. Çalışmamızda, AİHM'in, taşınmaz mülkiyetine haksız müdahale mahiyetindeki kamulaştırmasız elatma kavramına yaklaşımını ortaya

varlığını tespit ettikten sonra müdahalenin doğurduğu hukuki neticeden hareket ederek, uyuşmazlığı hangi kural kapsamında inceleyeceğini belirlemektedir<sup>518</sup>. Ardından da müdahalenin hukuka uygun kabul edilebilmesi için gereken kriterler üzerinden hak ihlali olup olmadığı hakkında neticeye varmaktadır. Müdahalenin hukuka uygunluğunu üç temel kriteri baz alarak değerlendirmektedir. Birinci kriter, müdahalenin kanunla öngörülüp öngörülmediği, ikinci kriter, yapılan müdahalenin meşru amaçlara uygun olup olmadığı, üçüncü kriter ise müdahalenin adil denge/ölçülülük kriterine uygun olup olmadığıdır<sup>519</sup>.

Bu başlık altında, Türk Hukuku'nda fiili elatma veya hukuki elatma kapsamında ele alınabilecek olgular karşısında, AİHM'in bir kavramsallaştırma, tanımlama, nitelendirme yapıp yapmadığını, bu tür uyuşmazlıkları değerlendirme metodunu, bu tarz vakalara yaklaşımını ortaya koymaya çalışacağız. Bu çerçevede fiili elatma ile hukuki elatmayı konu alan kararları, ayrı başlıkta kronolojik bir dizgede aktarıp kararlara ilişkin değerlendirmemizi sunacağız.



koymak istediğimiz için ve herhangi bir kavramsal karmaşaya da sebebiyet vermemek amacıyla malvarlığı/malvarlığı hakları ifadesi yerine mülkiyet hakkı ifadesi kullanılmıştır.

<sup>518</sup> AİHM'in *Sporrong ve Lönnroth v. İsveç* kararında kullandığı "üç kural analiz" metoduna göre 1 No'lu Ek Protokol m.1, mülkiyet hakkının korunmasına ilişkin üç kural barındırmaktadır. Birinci kural, maddenin ilk cümlesinde yer alan *mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı/mülkiyet hakkının barışçıl kullanımı hakkıdır*. Bu kural, genel ilkeyi oluşturmakta, diğer kurallar, bu ilkenin özel görünümü niteliğinde kabul edilmektedir. İkinci kural, maddenin 1. fıkrasının 2. cümlesindeki *"ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir."* ifadesiyle *mülkiyet hakkından yoksun bırakılma* şeklindeki müdahaleye ilişkin iken, üçüncü kural, maddenin 2. fıkrasında ifade edilen ve *mülkiyet hakkının kullanımının kontrol edilmesi* şeklindeki müdahalenin meşruiyet şartlarına yöneliktir.

<sup>519</sup> Bkz. Gemalmaz, Mülkiyet Hakkı, s.447-453. Bkz. AİHM *Alisic ve Diğerleri v. Bosna Hersek, Hırvatistan, Sırbistan, Slovenya ve Eski Yugoslav Makedonya Cumhuriyeti Davası*, 60624/08 B. No, 16.7.2014 T. karar; AİHM *Microintelect Odd v. Bulgaristan*, 34129/03 B. No, 4.3.2014 T. karar; AİHM *Kristic v. Sırbistan Davası*, 45394/06 B. No, 10.12.2013 T. karar (<https://hudoc.echr.coe.int>, 3.10.2019). Gemalmaz, AİHM'in mülkiyet hakkına ilişkin değerlendirmesinde kullandığı ilkeleri hukukilik, kamu yararı, adil denge ya da ölçülülük başlıkları altında incelemektedir. Gemalmaz, Mülkiyet Hakkı, s.453-614. *Sarı* ise mülkiyet hakkına müdahalenin varlığının tespiti üzerine AİHM'in yasallık, kamu yararı, orantılılık, uluslararası hukukun genel prensipleri kriterleri ışığında değerlendirme yaptığını belirtmektedir. *Sarı*, s.57-70. *Şimşek* ise AİHM'in, mülkiyet hakkına ilişkin incelemelerinde kullandığı kriterleri hukuk tarafından öngörülme, uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olma, orantısallık, ölçülülük, tazminat ödenmesi şeklinde beş ayrı başlık altında değerlendirmektedir. *Şimşek*, Analiz II, s.325-338. *Etgü* de bu kapsamda, sınırlamanın yasal olması, sınırlamanın uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olması, sınırlamanın ölçülülük ilkesine uygun olması, sınırlamanın makul karşılıkla yapılması şeklinde bir ayrımı tercih etmektedir. *Etgü*, s.237-245. *Sancakdar* da mülkiyet hakkına yönelik müdahalenin haklılığı için meşru amaç, müdahalenin yasallığı ve müdahalede ölçülülük ilkelerini taşıması gerektiğini belirtmektedir. *Sancakdar*, s.523-529.

### 1.1. Fiili Elatmayı Konu Alan Kararlarında Kavrama Yaklaşım

Fiili elatma kapsamında ele alınabilecek uyuşmazlıklar arasında ilk olarak AİHM *Papamichalopoulos v. Yunanistan* kararını ele alabiliriz<sup>520</sup>. Dava konusu uyuşmazlık, deniz kuvvetleri komutanlığının taşınmaz üzerine üs alanı ve subaylar için dinlenme alanı inşa etmesi şeklinde fiilen elatması/işgal etmesi ve bu tutumunu sürdürmesi, bu hali telafi edici mahiyette taşınmaz veya tazminat verilmesi sürecinin başlatılmasına rağmen tamamlanmamasıdır. AİHM, mülkiyet hakkına yönelik müdahalenin doğurduğu neticeyi değerlendirirken, resmi kamulaştırma olmasa da, görünenin arkasına bakılması, şikâyet edilen durumla alakalı gerçekliğin araştırılması gerektiğini belirtmektedir. Bu olayda başvurucunun mülkiyetine açık bir müdahale olduğunu, taraflar arasında resmi bir kamulaştırma olmadığını, ancak müdahalenin mülkiyetin kullanımını kontrol amacını aştığını, de facto kamulaştırmaya eşdeğer bir durum olup olmadığının değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. İdarenin dava konusu olan eylemi sebebiyle malikin tasarruf etme yetkisini kaybettiğini, bu kaybın etkili şekilde telafi edilmediğini belirterek mülkiyet hakkının barışçıl kullanımı olarak ifade edilen birinci kural ile uyumsuz de facto kamulaştırma (de facto expropriation) olduğu gerekçesiyle mülkiyet hakkı ihlali yönünde karar vermiştir<sup>521</sup>.

*Brumarescu v. Romanya* davasına konu olayda<sup>522</sup>, 1950 yılında çıkarılan bir kararname ile devletleştirilen taşınmazın malikinin, açılan dava sonucunda başvuru olduğuna dair karar verilmiş ve kesinleşmesine rağmen savcılık tarafından yapılan itiraz üzerine derece mahkemesi tarafından karar bozulmuş ve başvurucunun mülkiyet hakkı bu son karar üzerine sona ermiştir. AİHM, bir uyuşmazlığın mülkiyetten yoksun kalma neticesi açısından değerlendirilebilmesi için mülkün resmi kamulaştırma ile alınması gerektiğini, ancak kamulaştırma olmasa da görünenin arkasına bakılması ve şikâyet konusu durumla ilgili gerçekliğin araştırılması gerektiğini, de facto

<sup>520</sup> AİHM *Papamichalopoulos v. Yunanistan*, 14556/89 B. No., 24.6.1993 T. karar, prg.37-46 (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-57836>, 4.7.2020). Bkz. Sarı, s.77-79; Yücel, s.882-887; Dinç, s.98-99; Sancakdar, s.520-521; Kamışlı, s.275.

<sup>521</sup> AİHM, bu değerlendirmeye, Sözleşme'nin güvence altındaki hakları gerçek ve etkili şekilde korumayı amaçladığından hareket ederek ulaşmakta ve başvurucunun iddia ettiği gibi fiilen bir elatmanın olup olmadığı ile gerçeğin gün yüzüne çıkarılması gerektiğini belirtmektedir. AİHM *Papamichalopoulos v. Yunanistan*, 14556/89 B. No., 24.6.1993 T. karar, prg.42. Kararla ilgili değerlendirmeler için bkz. Yücel, s.886; Dinç, s.99.

<sup>522</sup> AİHM *Brumarescu v. Romanya*, 28342/95 B. No., 28.10.1999 T. karar (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-58337>, 5.7.2020). Bkz. Sarı, s.87-89; Yücel, s.877-882; Kamışlı, s.275-276.



kamulaştırma (de facto expropriation) şeklinde bir durumun var olup olmadığının belirlenmesinin zorunlu olduğunu belirtmektedir. AİHM, başvurucunun, mahkeme kararı ile mülkiyet hakkından mahrum kalması vakasını, taşınmazı satması, miras bırakması, bağışlaması veya diğer herhangi bir şekilde tasarruf etmesinin mümkün olmamasından hareketle mülkiyet hakkından yoksun kalma ile ilgili ikinci kural kapsamında değerlendirmiştir<sup>523</sup>. Başvurucunun mülkiyet hakkından yoksun kalmasını haklı gösterecek kamu yararı gereklerinin ispatlanmaması ve taşınmazın değeriyle orantılı tazminat ödenmemesi sebebiyle başvurucunun bireysel ve aşırı yük altında kaldığı gerekçesiyle mülkiyet hakkı ihlali kararı verilmiştir<sup>524</sup>.

*Belvedere Alberghiera v. İtalya* davasında<sup>525</sup> uyuşmazlık, başvurucunun taşınmazına idare tarafından fiilen elatılıp, üzerinde kamu hizmetine tahsis edilecek bir inşaat yapılması sonrasında üst yargı makamının dolaylı kamulaştırma (constructive expropriation) adı altında inşaatı muhafaza etmesi ve malike tazminat verilmesi uygulamasıdır. AİHM, bu uyuşmazlığı, yerel üst yargı makamının kararı ile mülkiyet hakkı değişimi yaşandığından bahisle mülkiyet hakkından yoksun kalmayı düzenleyen ikinci kural kapsamında ele almıştır. Mahkeme, hukuka aykırı bir uygulamanın dolaylı kamulaştırma yaklaşımı ile iç hukuk sisteminde meşrulaştırılma uygulamasını, kanunilik ilkesinin temini için gereken şartları taşıyıp taşımadığı açısından değerlendirmiştir. Dolaylı kamulaştırma uygulamasının, mahkeme kararları üzerinden şekillendiğini tespit etmiş ve bu uygulamanın, çelişkili üst derece mahkemesi kararları sebebiyle öngörülebilir olmadığı, kişiler için etkili koruma

<sup>523</sup> AHİM *Brumarescu v. Romanya*, 28342/95 B. No., 28.10.1999 T. karar, prg.75-78.

<sup>524</sup> AHİM *Brumarescu v. Romanya*, 28342/95 B. No., 28.10.1999 T. karar, prg.79-80. Yücel, s.882’de karar ile ilgili olarak şu değerlendirmeyi yapmaktadır: “*Bu kararda da Sporrang kararına benzer biçimde resmi kamulaştırma ile mülkiyetten yoksun bırakma yerine fiili kamulaştırma yani kamulaştırmaz el atma söz konusudur. Çünkü 1950’de bir kararname ile yani bir yasal hükme dayanarak tazminat ödenmeksizin mallara el konulmuşsa da daha sonra ulusal mahkemenin kararıyla mal sahibine geri verilmiştir, bunun üzerine malik malını bir süre kullanmış ve emlak vergisini ödemiştir. Ancak ... Yüksek Mahkeme kararı bozmuş, malın mülkiyeti sahibinden alınmıştır. Kesinleşmiş bir karar olduğu için yeniden iade davası açması da kesin karar ilkesi nedeni yle mümkün olmamıştır. Bu sürede başvuru fiilen malın mülkiyetinin kendisine verdiği yetkilerden yoksun kalmıştır. ... Bu karar ile Sporrang kararının gerekçeleri büyük benzerlikler taşımaktadır. Yukarıda sözünü ettiğim kurallar burada da yinelenmiş, yollamalar yapılmıştır. Kanaatimizce söz konusu kararın gerekçelerine katılmak gerekir.”.*

<sup>525</sup> AİHM *Belvedere Alberghiera v. İtalya*, 31524/96 B. No., 30.8.2000 T. karar, prg.56-63 (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-58834,4.7.2020>). Bkz. Sarı, s.81.

imkânı sunmadığı gerekçesiyle mülkiyet hakkını ihlal ettiği sonucuna varmıştır<sup>526</sup>. Bu kararların etkisiyle de Fransız Hukuku'nda dolaylı kamulaştırma şeklinde ifade edilen, fiili elatma suretiyle bayındırlık eseri inşaaı mahiyetinde kamu hizmetine yönelik faaliyetlerde malike tazminat ödenmesi karşılığında mülkiyetin idareye geçmesi uygulamasının, ilgili devletler tarafından terk edildiği ifade edilmektedir<sup>528</sup>.

AİHM, Türk Hukuku'nda uzun bir dönemi kapsayacak şekilde uygulanan ve mülkiyet hakkı ihlallerine sebebiyet veren 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 38.

<sup>526</sup> AİHM, idarenin, hukuksuz bir durumdan, taşınmazın mülkiyetini elde etme şeklinde menfaat sağlamanın, kanunilik ilkesine uygunluğu konusunda tereddütlere sahip olduğunu belirtmektedir. Bkz. AİHM *Belvedere Alberghiera v. İtalya*, 31524/96 B. No., 30.8.2000 T. karar, prg.59.

<sup>527</sup> Benzer içerikteki kararlar için bkz. AİHM *Carbonara ve Ventura v. İtalya*, 24638/94 B. No., 30.5.2000 T. karar (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-58595>, 7.7.2020); AİHM *Matheus v. Fransa*, 62740/00 B.No., 31.3.2005 T. karar özeti (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-68682>, 8.7.2020). *Matheus v. Fransa* kararı için bkz. Dinç, s.93-95. Dinç, her iki karar ile ilgili olarak şu değerlendirmeyi yapmaktadır: “Mahkeme, devletlerin kimi yerde yasal görevlerini yapmayarak bireysel uyumsuzlukta yargı kararlarına karşın işgalcilerin yanında yer almasını, kendi kamu kurumları için gereksinim duyduğu taşınmazların kamulaştırma işlemlerini ivedilikle başlattığı halde, tam karşılığını ödemedi el koyduğu malvarlığına gerçek değerinin ödenmesini önleyen ve geriye yürüten yasalarla haksız müdahalede bulunmasını, yeni geliştirmekte olduğu ‘dolaylı kamulaştırma’ kavramı içinde değerlendirmektedir. Mahkemenin bu tür olayları, olağan kamulaştırmalar ile aşağıda sunulacak olan ‘kamulaştırmaz el koyma’ uygulamaları arasında kalan ve yeni geliştirmekte olduğu gri bir alanda ele aldığı gözlenmektedir.”. Bkz. Dinç, s.97. (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-58595>, 5.7.2020). Karar ile ilgili değerlendirme için bkz. Sarı, s.82-83.

<sup>528</sup> Gürsel, yüzyıldan fazla bir süredir içtihatla kabul edilen dolaylı kamulaştırma uygulamasından yine bir içtihatla vazgeçildiğini, bu süreçte AİHM kararlarının etkili olduğunu ifade etmektedir. Gürsel, s.476. Gözler, Fransa’da 1995 yılından itibaren idari yargı makamlarına idareye para cezası ile desteklenmiş yargısal emir verme yetkisi tanınması ile dolayısıyla kamulaştırma teorisinin temelini oluşturan “bayındırlık eserlerinin dokunulmazlığı” ilkesinin zaman zaman terk edilerek, zaman zaman yumuşatılarak bayındırlık eserlerinin yerinin değiştirilmesi, onarılması, yıkılması yönünde kararlar verildiğini, bu kararlara uymayan idarenin para cezası ödemeye mahkum edildiğini belirtmektedir. Gözler, İdare Hukuku II, s.1019. Kaplan, Fransa’da yaklaşık bir buçuk asırdan beri uygulanan dolaylı kamulaştırma teorisinin 1990’lı yıllardan itibaren yavaş yavaş terk edilmeye başlandığını Fransız Danıştay (19.4.1911 T. Epoux Denard et Martin kararı) ve Yargıtay’ından (6.1.1994 T. Baodon de Mony kararı) örnek kararlar vererek açıklamakta, Fransız kanunkoyucusunun dolaylı kamulaştırma teorisinin terk edilmesine sessiz kalarak pasif destek vermek yerine 1995 yılında gerçekleşen kanun değişiklikleri ile idari yargı makamlarına, para cezası ile desteklenmiş yargısal emir verme yetkisi vererek aktif destek verdiğini belirtmektedir. Yazar, Fransa’daki son durumu şu şekilde özetlemektedir: “Sonuç olarak, bu yeni yaklaşımı özetlemek gerekirse, yanlış yere yapılmış bir bayındırlık eseri nedeniyle bu eserin üzerinde bulunduğu yeri dolaylı şekilde kamulaştırılmış saymak mümkün değildir. İdare eğer bu yerin mülkiyetini elde etmek istiyorsa, ya mal sahibi ile anlaşarak satın alacak ya da kamulaştırma usulüne başvuracaktır. Bu iki seçenek dışında, idarenin mülkiyet hakkını kazanması kural olarak olanaklı değildir. Ancak kamu mallarının korunması ve kamu yararının gözetilmesi prensibini de bütünüyle göz ardı etmek istemeyen yargı yerleri, çıkarlar dengesini gözetken şöyle bir çözüm geliştirmişlerdir: Yargısal kararın yerine getirilmesi, kamulaştırmaz el atma neticesinde inşa edilmiş bir bayındırlık eserinin yıkılmasını gerektiriyorsa bu takdirde yargıç kararının gerekçelerini de göz önünde bulundurmak suretiyle söz konusu tesisin yıktırılmasının davacıya getireceği yarar ile kamunun ve üçüncü şahısların görebileceği zararı tartmak suretiyle ne şekilde hareket edilmesi gerektiğine karar verebilecektir.”. Bkz. Kaplan, Kamulaştırmaz El Koyma, s.131-134.

maddesi<sup>529</sup> ile ilgili pek çok uyuşmazlığı değerlendirmiştir. Bu maddeye göre, kamulaştırma yapılmaksızın kamu hizmetine ayrılarak veya kamu yararına yönelik bir ihtiyaca tahsis edilerek üzerinde tesis yapılan taşınmaz mal ile ilgili her türlü dava hakkı yirmi yıl geçmekle düşecektir. Madde ile aynı hak niteliğindeki mülkiyet hakkından doğan talep imkânlarının hak düşürücü süreye bağlanması ve maddenin yürürlük tarihinden önceki uyuşmazlıkları kapsayacak şekilde uygulanması, mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddialarının AİHM'e taşınması sonucunu doğurmuştur. AİHM *I.R.S. v. Türkiye* davasında<sup>530</sup>, 1955 yılından beri, yirmi yılı aşkın bir süredir, kamulaştırma yapılmaksızın, Hava Kuvvetleri Komutanlığı tarafından fiilen kamu hizmetine tahsis edilen özel mülkiyete konu olan taşınmazın, Kamulaştırma Kanunu'nun 38. maddeye dayanan yargı kararı ile hazine adına tesciline karar verilmesi ve hak sahipleri için herhangi bir telafi edici mekanizmanın öngörülmemesi hususu ele alınmaktadır. AİHM, KK m. 38'deki yirmi yıllık süreyi ve sürenin etkilerini değerlendirmiştir. Yirmi yıllık süre sonunda hak sahiplerinin, elatmanın önlenmesini isteme ve diğer tüm tazminat taleplerini ileri sürme hakkını yitirdiği, yirmi yıllık sürenin Kanun'un yürürlük tarihinden itibaren değil de fiili elatma tarihinden işlemeye başladığı, olay özelinde de, Kanun'un yürürlüğe girdiği tarih itibariyle tazminat dâhil herhangi bir hak talebinde bulunma imkânının olmadığı tespitinde bulunmuştur. Bu çerçevede mülkiyetten yoksun bırakma neticesinin keyfi bir müdahaleden kaynakladığı gerekçesiyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır<sup>531</sup>.

<sup>529</sup> KK m. 38 ile ilgili olarak bkz. I. Bölüm, B., 3.

<sup>530</sup> Bkz. Sarı, 84-85. Kararın Fransızca metni için bkz. AİHM *I.R.S. v. Türkiye*, 26338/95 B. No., 20.7.2004 T. karar (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-61934>, 4.7.2020).

<sup>531</sup> *Sarı*, AİHM'in kararı ile ilgili olarak, bize göre, kanunen düzenlenmiş kamulaştırma prosedürüne alternatif oluşturan böyle bir yola idare tarafından başvurulabilmesinin, ancak hangi istisnai koşullarda mümkün olabileceğinin açıkça düzenlenmesi ihtimalinde meşru kabul edilebileceğini, müdahalenin taşınmaza yapılmış olması dikkate alındığında, hakkın korunması için 20 yıllık bir sürenin tanınmış olmasının dava yollarının kullanılması için her durumda yeterli zamana sahip olunabileceğini garanti etmediğini, AİHSEP'nin 1.maddesine göre, kamu yararına yönelik olarak kişiyi mülkiyetinden yoksun bırakma durumunda bir tazminat ödenmesi kural iken, kuraldan sapılmasını haklı gösterebilecek olağanüstü sebepler yok iken ve idarenin keyfi kullanmasına karşı bir garanti taşımadığı için davaya konu olan eski yasal düzenlemenin AİHSEP'nin 1. maddesiyle bağdaştığını söylemenin mümkün olmadığını belirtmektedir. Bkz. Sarı, s.84-85.

AİHM *Akıllı v. Türkiye* davası<sup>532</sup>, *Kadriye Yıldız v. Türkiye* davası<sup>533</sup>, *Börekçioğulları (Çökmez) ve Diğerleri v. Türkiye* davası<sup>534</sup> ile *Erbey v. Türkiye*<sup>535</sup> davalarına konu uyuşmazlıklar, Türk yargı makamlarının KK m. 38'deki yirmi yıllık hak düşürücü süreye dayanarak reddettiği davalara ilişkindir. AİHM, KK m. 38 ile ilgili uyuşmazlıklar hakkında, mülkiyet hakkına yönelik müdahalelerin, kanunla öngörülmüş olmasına rağmen, kamu yararı ile bireyin hakları arasında adil dengenin kurulamaması sebebiyle ihlal niteliğinde olduğuna hükmetmiştir. Bu süreçte Türk Anayasa Mahkemesi 2002/112 E., 2003/33 K., 10.4.2003 T. kararı ile KK m.38'i iptal etmiştir.

*Cemile Bozoğlu v. Türkiye* davasında AİHM<sup>536</sup>, başvurularda ait taşınmazın, bilinmeyen bir tarihte silahlı kuvvetler tarafından tel örgü ile çevrilmesi iddiasını değerlendirmiştir. AİHM, başvuruların arazilerinin bir kısmını kullanamamalarının askeri makamlarca engellenmesinin kamulaştırmasız elatma teşkil ettiğini iddia ettiklerini, ulusal mahkemelerin, özellikle de Yargıtay'ın, başvuruların halen söz konusu arazinin maliki olmaları ve araziye askeri makamların izni ile kullanabilecekleri gerekçesiyle dava konusu kısıtlamanın kamulaştırmasız elatma

<sup>532</sup> AİHM *Akıllı v. Türkiye*, 71868/01 B. No., 11.4.2006 T. karar (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-73295>, 6.7.2020). Söz konusu davadaki uyuşmazlık, Milli Savunma Bakanlığı tarafından kamulaştırılan, ancak hak sahibine tebligat yapılmaması sebebiyle banka hesabına yatırılmış kamulaştırma bedelinin alınmaması üzerine Bakanlık tarafından 1988'de açılan dava sonucunda başvuru adına olan tapunun iptali sonrasında, başvurunun bu durumu öğrenmesinden bir ay içerisinde açtığı kamulaştırmasız elatma davasının (AİHM'in ifadesi ile de facto expropriation) Yargıtay tarafından KK m.38'de zikredilen yirmi yıllık hak düşürücü sürenin geçtiği gerekçesiyle reddini konu almaktadır. Bkz. Dinç, s.103-105.

<sup>533</sup> AİHM *Kadriye Yıldız v. Türkiye*, 73016/01 B. No., 10.10.2006 T. karar (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-77354>, 6.7.2020). Kadriye Yıldız davasında uyuşmazlık, 1958 yılından beri mayın döşenmiş arazi olması sebebiyle hk sahipleri tarafından yapılan kamulaştırmasız elatma sebebiyle açılan davanın, Yargıtay tarafından KK m.38'de zikredilen yirmi yıllık hak düşürücü sürenin geçtiği gerekçesiyle reddine dayanmaktadır. Bkz. Dinç, s.105-108; Kamışlı, s.257-259.

<sup>534</sup> AİHM *Börekçioğulları (Çökmez) v. Türkiye*, 58650/00 B. No., 19.10.2006 T. karar (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-77572>, 6.7.2020). Bu davada da Milli Savunma Bakanlığı tarafından, bir iddiaya göre 1981'den beri, diğer bir iddiaya göre 1942'den beri başvurularda ait taşınmazın fiilen kullanılması, üzerine üs yapılması vakası ile ilgili davanın KK n.38'de zikredilen yirmi yıllık hak düşürücü sürenin geçtiği gerekçesiyle reddedilmesi hususu değerlendirilmektedir. Davanın AİHM nezdinde görüldüğü süreçte, KK m.38 hükmü Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilir. AİHM, Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı dikkate alır ve hatta AYM kararının gerekçesine atıf yapar. Ancak AİHM, Anayasa Mahkemesi'nin kararının, geriye yürüme etkisinin bulunmadığını ve bu nedenle de başvuranlara olası bir AİHS ihlalinin sonuçlarını tazmin etmeye muktedir bir prosedür sunmadığını belirtmektedir. Bkz. Dinç, s.108-109.

<sup>535</sup> Bkz. AİHM *Erbey v. Türkiye*, 29188/02 B. No., 10.3.2009 T. karar (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-121145>, 25.7.2020).

<sup>536</sup> AİHM *Cemile Bozoğlu v. Türkiye*, 787/03 B. No., 30.3.2010 T. karar ([http:// hudoc.echr.coe.int](http://hudoc.echr.coe.int), 16.7.2020)

olarak değerlendirilemeyeceği yönünde karar verdiğini kaydetmiştir<sup>537</sup>. Bu durumda AİHM, Yargıtay'ın sözkonusu müdahalenin kamulaştırmasız elatma olarak değerlendirilemeyeceği tespitinden ayrılmak için gerekçe görmediğini belirterek kabul edilebilirlik koşullarının oluşmadığına hükmetmiştir. *Cemile Bozoğlu v. Türkiye* kararında AİHM, olayların ve delillerin değerlendirilmesinin en iyi şekilde ulusal mahkemeler tarafından yapılabileceğini belirtmiş ve bu olayda mülkiyet hakkı ile ilgili bir değerlendirme yapmaktan kaçınmıştır.

Türk Hukuku'ndaki fiili elatma uygulamalarına ilişkin taleplerde kanuni faiz oranının mı yoksa kamu alacakları için uygulanan en yüksek faiz oranının mı uygulanacağı meselesi, AİHM'in önüne gelen çeşitli davalar üzerinden değerlendirilmiştir. AİHM *Sarıca ve Dilaver v. Türkiye* davasında<sup>538</sup>, başvuruçuların murisinin maliki olduğu taşınmaz, idare tarafından eğitim alanı olarak etkin bir şekilde kullanılmaktadır. Başvuruçular, fiili kamulaştırma sebebiyle açılan dava sonucunda tespit edilen değere, dava tarihinden itibaren, kesinleşen mahkeme kararındaki değere de fiilen ödeme tarihine kadarki süreçte yine kanuni faiz işletilmesinin, kamu borçları için uygulanan en yüksek faiz oranının kendi alacakları için uygulanmamasının hak ihlali olduğunu iddia etmektedirler. AİHM, öncelikle söz konusu uyuşmazlıkta mülkiyet hakkından yoksun bırakma halinin varlığını tespit etmiş ve konuyu ikinci kural kapsamında ele almıştır. Mahkeme, de facto kamulaştırmanın, idareye, taşınmazı kullanma ve en ufak resmi işlem ve taşınmazın devrine ilişkin bir karar olmadan kamuya ait bir miras edinmiş gibi düşündürecek şekilde kesin olarak taşınmazı devralma imkânı sağladığını belirtmiştir. Herhangi bir resmi işlem olmadığından, kullanılan taşınmazın devrini meşrulaştırma ve geriye işleyecek şekilde belli bir

<sup>537</sup> Kararda, Hükümet, askeri güvenlik bölgelerinde yer alan arazi sahiplerinin bunlar üzerinde ikamet etmek ve tarımsal faaliyet yürütmekte serbest olduklarını, ancak buralarda yapı inşası, ağaç kesimi ve taşınmazın Türk vatandaşı olmayanlara satışı için yetkililerden izin almalarının zorunlu olduğunu belirtmektedir. AİHM, başvuranların başvuranların tel örgülerin 1998 yılında kaldırılmasından bu yana taşınmazı kullanamadıkları iddialarını delil yetersizliği nedeniyle kanıtlayamadığı, ulusal makamların da başvuranların askeri makamlarca konulan tel örgüler nedeniyle 1990-1991 yıllarından başlayarak 1998 yılına kadar arazilerinin yarısında tarım yapamadıkları hususunu kabul ettiklerini belirtmektedir. *Kamışlı*, bu kararda dikkat çeken hususun, Yargıtay'ın kamulaştırmasız elatma olmadığı yönündeki kararının AİHM tarafından benimsenmesi olduğunu belirtmektedir. *Yazar*, başvuruçunun taşınmazının bir tel ile çevrilebilmesi için askeri güvenlik bölgesinde bulunduğu mahkeme kararı ile kanıtlanması gerektiğini ve taşınmazın ilgili kısmına yapılan müdahalenin mahkeme kararı ile yapılması gerektiğini, aksi halde mülkiyet hakkı ihlali nitelendirmesinin mümkün olduğunu belirtmektedir. *Kamışlı*, s.433-434.

<sup>538</sup> AİHM *Sarıca ve Dilaver v. Türkiye*, 11765/05 B. No., 27.5.2010 T. karar özeti (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-98943>, 11.7.2020). Bkz. *Kamışlı*, s.435-437.

hukuki güvence sağlama imkânı sunan tek unsurun, ifade edilen kullanımın yasal olmadığını tespit eden ve davacılara “*fili kamulaştırma nedeniyle tazminat*” ödenmesine hükmeden mahkeme kararı olduğu vurgulanmaktadır. Ardından AİHM, Anayasa’nın 46. maddesi uyarınca, kamu alacaklarına en yüksek gecikme faizi uygulanmasının resmi kamulaştırmaları kapsamasını ve yasal dayanağı olmadan yapılan kamulaştırmaları kapsamamasını kabul edilemez bulmaktadır. Kuralına aykırı olarak yapılan bir kamulaştırmanın mağduru olan başvuranların alacağına, karar tarihinden idare tarafından ödemenin tamamının yapılmasına kadar uzanan süre için daha düşük oran uygulanmasının, kamu erklerine avantaj sağlayacağını, hukuki temele dayanmadan yapılan kamulaştırmayı ayrıcalıklı hale getireceğini, bu uygulamanın, kamulaştırma süreçlerinin iyi tecelli etmesini sağlayacak ve yasadışı işlemleri önleyecek nitelikte olmadığını belirtmiştir. Faize ilişkin uygulamanın meşru amaç ilkesine aykırı olduğu yönünde karar vermiştir<sup>539 540</sup>.

*Halil Göçmen v. Türkiye* davasında<sup>541</sup> uyuşmazlık konusu olayda, başvurucunun maliki olduğu taşınmaz hakkında 1988 yılında idare tarafından kamulaştırma kararı alınmış, ancak başvurana tebligat yapılmamasına diğer bir deyişle kamulaştırmanın tamamlanmamasına rağmen arazi tel örgüler ile çevrilmiştir. Başvuranın açtığı kamulaştırmasız elatmaya dayalı tazminat davasında lehine hükmedilen tazminat kararı, bilirkişi incelemesinin hatalı olduğu gerekçesiyle bozulmuştur. Bozma sonrası yapılan muhakemede taşınmazın daha önce 18.000 TL olarak belirlenen değeri 750

<sup>539</sup> Benzer bir karar için bkz. AİHM *Ergen ve Diğerleri v. Türkiye*, 35364/05, 41169/05, 41498/05, 53346/08 ve 54158/08 B.No., 7.12.2010 T. kararlar (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-102180>, 11.7.2020). Ayrıca bkz. Kamışlı, s.434-435. AİHM *Ergen ve Diğerleri v. Türkiye* kararında, başvuruçuların, maliki oldukları taşınmazın idare tarafından fiilen elatılması sebebiyle de facto kamulaştırmadan kaynaklı açtıkları tazminat davası sonucu tespit edilen değere, kamu alacakları için öngörülen en yüksek faiz oranının değil de yasal faiz oranının işletilmesini mülkiyet hakkı ihlali olarak değerlendirmiştir.

<sup>540</sup> Türk Yargı makamları, AİHM’in bu kararları üzerine, sadece kamulaştırma usulünde, mahkeme kararı ile kesinleşen kamulaştırma bedelinin ödenmemesi halinde işletilen kamu alacakları için uygulanan en yüksek faiz oranı uygulamasını, kamulaştırmasız elatma davaları sonucu mahkeme tarafından hükmedilen ve kesinleşen tazminatın geç ödenmesi hali için de uygulanması yönünde içtihat değişikliğine gitmiştir. Bkz. Yargıtay 12. HD, 2011/5396 E., 2011/220096 K., 15.11.2011 T. karar; Yargıtay 12. HD, 2011/5698 E., 2011/20397 K., 26.10.2011 T. karar ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 15.7.2020). Yargıtay 12. HD, 2011/5396 E., 2011/220096 K., 15.11.2011 T. kararda Yargıtay; “...kamulaştırma bedelinin arttırılması ilamlarında olduğu gibi, kamulaştırmasız el atma ilamlarında da ilamın kesinleştiği tarihe kadar geçen dönem için ilam uyarınca yasal faiz, kesinleşme tarihinden sonraki dönem için ise, 17.10.2001 tarihinde yürürlüğe giren 4709 Sayılı Kanunla değişik Anayasa’nın 46/son maddesi hükmü uyarınca, kamu alacakları için öngörülen en yüksek faiz oranının uygulanması gerekir.” demektedir.

<sup>541</sup> AİHM *Halil Göçmen v. Türkiye*, 24883/07 B. No., 12.11.2013 T. karar (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-138497>, 7.7.2020).

TL şeklinde tespit edilerek tazminata hükmedilmiş ve taşınmaz idare adına tescil edilmiştir. AİHM, söz konusu uyuşmazlığı mülkiyetten yoksun bırakma kuralı kapsamında ele almakta ve Türk Yargı ve doktrini tarafından “*fili kamulaştırma*” olarak isimlendirilen vakayı de facto kamulaştırma (de facto expropriation) şeklinde anmaktadır<sup>542</sup>. Mahkeme, usulüne uygun bir kamulaştırma işlemi bulunmadığından bu şekildeki bir uygulamanın öngörülebilir ve dolayısıyla yasal olmadığı, tazminat miktarındaki değişiklik ile ilgili yeterli gerekçe sunulamadığı, dava koşullarında, gerekli usuli güvenceleri temin eden yargısal işlemleri sağlama yükümlülüğüne yeterli ölçüde uyulmadığı gerekçesiyle mülkiyet hakkı ihlali yönünde karar vermiştir<sup>543</sup>.

AİHM, bu kararda, *Sarıca ve Dilaver v. Türkiye* kararında izah ettiği gibi, mülkiyet hakkının ihlal edildiği yargısına ulaştığı ve de facto kamulaştırma olarak nitelendirdiği kamulaştırmaz elatmanın, idareye bir taşınmazı işgal etme, mülkün malikini kesin olarak değiştirme imkânı verdiğini ve bu sayede tapuda herhangi bir resmi işlem yapılmaksızın, taşınmazın idarece iktisap edilmesine neden olduğunu saptamıştır. Böyle bir durumda kamulaştırmaz elatılan taşınmazın devrini haklı göstermeyi ve belli bir hukuki güvenliği geriye işleyecek şekilde güvence altına almayı sağlayacak tek unsurun, ileri sürülen elatmanın yasaya aykırı olduğunu tespit ettikten ve “*kamulaştırmaz el atma tazminatı*” denilen tazminatların davacılara ödenmesine karar verdikten sonra mülkiyetin devrine a posteriori (sonradan) karar veren, başvuru mahkemenin kararı olduğunu vurgulamıştır. Kamulaştırma usulünde sürecin idarece yürütülmesine rağmen kamulaştırmaz elatmada malikin dava açmak ve haklarını ileri sürebilmek için yargılama masraflarını karşılamak zorunda kalmasının öngörülemez ve keyfi sonuç doğuracağını, yeterli derecede hukuki güvenlik sağlamayacağını belirtmiştir<sup>544</sup>. AİHM, *Sarıca ve Dilaver v. Türkiye ile Halil Göçmen v. Türkiye* kararlarında, Türk Mahkemelerinin “...idarece kamulaştırmaz elatılması nedeniyle başvuranın mülkiyetinden yoksun bırakıldığı kanısına vararak kamulaştırmaz elatma uygulamasını onayladıklarını” ifade etmektedir<sup>545</sup>. AİHM’in,

<sup>542</sup> AİHM *Halil Göçmen v. Türkiye*, 24883/07 B. No., 12.11.2013 T. karar, prg.23-27.

<sup>543</sup> AİHM *Halil Göçmen v. Türkiye*, 24883/07 B. No., 12.11.2013 T. karar, prg.35-43.

<sup>544</sup> AİHM *Halil Göçmen v. Türkiye*, 24883/07 B. No., 12.11.2013 T. karar, prg.30-32.

<sup>545</sup> AİHM *Halil Göçmen v. Türkiye*, 24883/07 B. No., 12.11.2013 T. karar, prg.34. Benzer bir yaklaşım için bkz. AİHM *Sarıca ve Dilaver v. Türkiye*, 11765/05 B. No., 27.5.2010 T. karar. Bu kararda AİHM, Türk mahkemelerinin, idarenin kamu yararı amacıyla kullanması nedeniyle başvuranların taşınmazlarından yoksun kaldıklarına hükmederek kamulaştırmaz elatma uygulamasını benimsediğini kaydetmektedir.



Türk yargı makamlarının, idarenin hukuka aykırı eylemleri sebebiyle doğan mağduriyetleri geçmişe etkili bir şekilde gidermeye yönelmiş uygulamasını, de facto kamulaştırma uygulamasının onaylanması, benimsenmesi şeklinde yorumlaması oldukça ilgi çekicidir.

## 1.2. Hukuki Elatmayı Konu Alan Kararlarında Kavrama Yaklaşım

AIHM'in, hukuki elatma olarak ifade ettiğimiz uygulamalar ile ilgili yaklaşımını değerlendirmek açısından en temel örnek *Sporrong-Lönnroth v. İsveç* davasıdır<sup>546</sup>. Dava konusu uyuşmazlık, 2. Dünya Savaşı'nda hasar gören bölgede bulunan başvurucuların maliki bulundukları taşınmazlar için hükümet tarafından kamulaştırma kararının alınmasına ve bu çerçevede Stockholm Belediyesi'ne beş yıllık yetki verilmesine rağmen taşınmazlardan biri için 23 yıl, diğeri için de 8 yıl boyunca herhangi bir kamulaştırma işleminin yapılmaması, bu süre zarfında kamulaştırma amacına yönelik olarak konulan inşaat yasağının, taşınmazlardan biri için 23 yıl, diğeri için 12 yıl sürmesidir. AIHM, mülkiyet transferi sonucunu doğuran resmi bir kamulaştırma (formal expropriation) olmamasına rağmen, görünenlerin arkasına bakılması, şikâyet edilen mevzudaki gerçekliklerin, başvurucunun iddia ettiği gibi fiili kamulaştırma (de facto expropriation) olup olmadığının araştırılması gerektiğini belirtmiştir. Bu çerçevede, uyuşmazlığa konu taşınmazlar hakkında kamulaştırma kararı olmasına ve bu kararın uzun yıllar icra edilmemesine rağmen yapılan müdahalenin mülkiyetten yoksun kalma neticesi doğurmaması sebebiyle ikinci kural kapsamında değerlendirme yapmamıştır. Taşınmazlar üzerindeki yapı yasakları sebebiyle kontrol tipi müdahale olarak üçüncü kural kapsamında ele alınabilecek uyuşmazlığın, kamulaştırma izinleri ve yapı yasakları sebebiyle üçüncü kuralı aştığını belirtmiş ve uyuşmazlığı, mülkiyet barışçıl kullanımı hakkı olarak ifade edilen birinci kural kapsamında değerlendirmiştir<sup>547</sup>. Kamulaştırma işlemlerinin uzun süre

<sup>546</sup> AIHM *Sporrong-Lönnroth v. İsveç*, 7151/75 B. No., 7152/75 B. No., 23.9.1982 T. karar (http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-57580, 4.7.2020). Karar için bkz. Sarı, s.157-158; Yücel, s.859-876; Şaşı, s.315-316; Sancakdar, s.520; Kamışlı, s.250-252. AIHM *Sporrong-Lönnroth* kararı, hukuki elatma kavramı için dönüm noktası olarak ifade ettiğimiz Yargıtay HGK 2010/5-662 E., 2010/651 K., 15.12.2010 T. kararında atıf yapılan ve kararın temelini oluşturan karardır.

<sup>547</sup> Bkz. AIHM *Sporrong-Lönnroth v. İsveç*, 23.9.1982 T. karar, prg.62-75; Yücel, s.872-874. Sarı, AIHM'nin, bu kararı ile AIHS 1 No'lu Ek Protokol'ün 1. maddesinin inceleme yöntemine ilişkin temel prensibi koyduğunu, ayrıca mülkiyete yapılan kısıtlayıcı müdahalelerin büyük çoğunluğunun birinci kural açısından incelenmesi yaklaşımının bu karar ile yerleştiğini, böylelikle üçüncü kuralın uygulanma alanının daraltılmış olduğunu belirtmektedir. Sarı, s.158-158. Çelik de, bu husus ile ilgili olarak, imar planında kamu hizmetine ayrılan taşınmazlar üzerinde inşaat yasağı



sürüncemede kalmasının, kullanılmayan kamulaştırma yetkilerinin sürekli uzatılmasının, başvuruocular nezdinde, mülklerinin akıbeti hakkında belirsizlik yarattığı, inşaat yasağı uygulamasının kişinin mülkünden serbestçe yararlanması imkânını sınırlandırdığı ve 25 yıla varan bu uygulamanın makul ölçüleri aştığı kanaatine erişilmiştir. Hakkında kamulaştırma şerhi bulunan ve inşaat yasağına tabi tutulan taşınmazların uzun yıllar boyunca kamulaştırılmaması karşısında maliklerin mülkiyet hakkı üzerindeki kısıtlamalar sebebiyle bireysel ve aşırı yük altında bırakıldıkları belirtilerek adil dengenin kurulamadığından bahisle mülkiyet hakkı ihlali kararı verilmiştir<sup>548</sup>.

Ele alabileceğimiz diğer bir karar *Erkner ve Hofauer v. Avusturya* kararıdır<sup>549</sup>. Karara konu uyuşmazlıkta, 1969 yılında başvuruocularun arazisinin bulunduğu bölgede, idare tarafından arazi toplulaştırma çalışmaları başlatılır. Çalışmalar kapsamında, başvuruocu, arazi değerlendirme duruşmalarına katılmış, itirazlarını dile getirmiştir. 1970 yılında hazırlanan taslak arazi toplulaştırma planı kapsamında, arazi maliklerine telafi edici mahiyette verilmesi planlanan parsellere ilişkin başvuruocuların itirazları olmuş, açtığı dava reddedilmiştir. Bu süreçte üç farklı plan taslağı hazırlanmış, ancak geçici transferin kesinleşmesi için yapılması gereken arazi toplulaştırma planı (arazi ve arsa düzenlemesi) yapılamamıştır. Mahkeme, Avusturya otoriteleri tarafından resmi kamulaştırma (formal expropriation) veya fiili kamulaştırmanın (de facto expropriation) gerçekleştirilmediğini, nihai plandaki dağılım onaylanmadığı sürece başvuruocuların taşınmazını elde etme imkânının bulunduğunu, bu sebeple uyuşmazlığın, ikinci kural kapsamında değerlendirilemeyeceği gibi kullanımın kontrolü kapsamında da değerlendirilemeyeceğini, birinci kural kapsamında ele

uygulamasının, normalde P1-1 anlamında mülkiyetin kullanımının kontrolü niteliğinde olduğunu, ancak bu durumun mülkiyetten mahrum bırakmayı hedefleyen bir sürecin ilk adımı olarak gelecekte yapılacak kamulaştırma sebebiyle taşınmazın kamu hizmetine ayrılmasının mülkiyetin kontrolü olarak değerlendirilemeyeceğini ifade etmektedir. Çelik, Anayasa Mahkemesi, s.164.

<sup>548</sup> *Sarı*, kararı, malvarlığı haklarının korunması konusundaki AIHM içtihadının oluşmasında çok önemli bir yeri olduğunu ve bu kararın bir oy farkla alınmış olmasının kayda değer olduğunu belirtmektedir. *Sarı*, s.158-159. *Yücel* ise kararla ilgili olarak, “*Bu kararla AIHM Birinci protokolün ilk maddesinin temel ilkelerini belirlemiştir. Üç kural ilkesi, ilk kuralın tamamlayıcı niteliği, hakkın gerçeklikte kullanılabilir ve tasarruf edilebilir olup olmadığı araştırma gereği, adil denge kurulması gereği, kamulaştırma yapılmamasına karşın gerçeklikteki durumun fiili kamulaştırma sayılması, diğer kurallara göre müdahalenin haklı olmadığına anlaşılması nedeniyle ilk kurala göre mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gibi değerlendirmeler AIHM’nin bu maddeyle ilgili içtihat hukukunu oluşturmaya katkıda bulunmuştur.*” demektedir. *Yücel*, s. 876.

<sup>549</sup> *AIHM Erkner ve Hofauer v. Avusturya*, 9616/81 B. No., 23.4.1987 T. karar (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-57483>, 6.7.2020). Bkz. Dinç, s.101; Sancakdar, s.518-519.

alınacağını belirtmiştir<sup>550</sup>. Bu çerçevede Mahkeme, geçici transfer kararının alındığı 1970 yılının üzerinden 16 yıldan daha fazla bir zaman geçmesine rağmen nihai arazi toplulaştırma planının yapılmaması sebebiyle yaşanan belirsizliğin başvuru aleyhine orantısız bir yük oluşturduğundan bahisle kamu yararı ile bireysel yarar arasındaki adil dengenin bozulduğu kanaatine ulaşmıştır<sup>551</sup>.

AİHM *Musluoğlu v. Türkiye* kararında<sup>552</sup>, 1978 yılında birinci derece sit alanı ilan edilen ve hakkında yapı yasağı bulunan taşınmazın Hazine'ye ait taşınmazlar ile trampa edilmesi taleplerinin uzun yıllar reddedilmesi, 1997 yılında Kültür ve Turizm Bakanlığı ile trampa usulünde varılan anlaşmanın Maliye Bakanlığı tarafından onaylanmaması sebebiyle açılan davaların, uyuşmazlığın AİHM nezdinde görüldüğü tarih itibarıyla, henüz sonuçlanmaması ile ilgilidir. AİHM, konu ile ilgili davaların henüz devam etmesi sebebiyle mülkiyet hakkı ihlalini değerlendirmek için erken olduğunu belirtmekte, ancak uzun süren muhakeme sebebiyle adil yargılanma hakkı kapsamında makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiği yönünde karar vermiştir. Bu davada, sit ilanı ve yapı yasağı kararları sebebiyle mülkiyet hakkı üzerinde sınırlandırmaların, 1978 yılından beri etkisini göstermesine rağmen uyuşmazlık ile ilgili davaların devam ediyor olması, mülkiyet hakkı açısından kabul edilebilirlik şartlarının yerine getirilmemesi olarak değerlendirilmiştir. Halbuki AİHM, ele aldığımız diğer pek çok davada da görüleceği üzere, idarenin eylem ya da işleminin somut vakada mülkiyet hakkı üzerindeki neticelerini baz almak suretiyle değerlendirme yapmaktadır.

*Pietrzak v. Polonya* davasında<sup>553</sup>, 1972 yılında başvuruçunun babasının maliki olduğu ve arazi vasfındaki taşınmaz hakkındaki inşaat izin talebi, imar planında konut

<sup>550</sup> AİHM *Erkner ve Hofauer v. Avusturya*, 9616/81 B. No., 23.4.1987 T. karar, prg.74. Şimşek, mülkiyetin geçici olarak idareye geçmesi sebebiyle davadaki uyuşmazlığın mülkiyetten yoksun kılma kapsamında ele alınmadığını vurgulamaktadır. Bkz. Şimşek, Üç Kural Analizi, s.31.

<sup>551</sup> AİHM *Erkner ve Hofauer v. Avusturya*, 9616/81 B. No., 23.4.1987 T. karar, prg.76-80. Benzer bir karar için bkz. AİHM *Poiss v. Avusturya*, 9816/82 B. No., 23.4.1987 T. karar (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-57560>, 6.7.2020). Dinç, her iki karar ile ilgili olarak şu kanaati paylaşmaktadır: “Mahkeme böylece, başvuruçuların taşınmazın gerçek sahipleri olduğunu kabul etmesine karşın, 17 ve 20 yılı aşan sürelerle malvarlıklarına ulaşamamalarının görmezden gelinemeyeceği gerçeği karşısında, orantısız uygulamaları, giderim ödenmesiyle dengeleme yoluna gitmiştir.”. Bkz. Dinç, s.102.

<sup>552</sup> AİHM *Musluoğlu v. Türkiye*, 50948/99 B. No., 14.6.2007 T. karar (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-81047>, 16.7.2020). Bkz. Şaşı, s.357.

<sup>553</sup> AİHM *Pietrzak v. Polonya*, 38185/02 B. No., 8.1.2008 T. karar (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-84287>, 6.7.2020). Bkz. Sarı, s.163-164.

inşaatına tahsis edilmediği gerekçesiyle 1973 ve 1977 yıllarında iki kez reddedilmiştir. 1975 tarihli ve 1988 tarihli imar planlarında yol inşaatına tahsis edilmiş görünen arazi için inşaat izni verilmediği gibi kamulaştırma da gerçekleştirilmez<sup>554</sup>. 1994 yılında kabul edilen (1994 Act olarak isimlendirilmektedir) yeni İmar Kanunu uyarınca, 2000 yılında yapılan idari başvurunun reddine dair dava da mahkeme tarafından reddedilmiştir. 2003 yılında hazırlanan yeni imar planı taslağında, başvurucunun arazisinin büyük bir kısmı konut yapı alanında kalmasına rağmen 2006 yılı gelmesine rağmen henüz imar planı yürürlüğe girmemiştir. AİHM, uyuşmazlığa konu olan tedbirlerin kamulaştırmaya eşdeğer bulunmadığını, ancak mülkiyet hakkının kullanımının kontrolü anlamına da gelmediğini belirtmekte ve uyuşmazlığı birinci kural kapsamında ele almaktadır<sup>555</sup>. Mahkeme, imar planının yakın gelecekte uygulanıp uygulanmayacağı ile ilgili belirsizlik sebebiyle kamusal ihtiyaçlar ile bireysel menfaatleri tartmada yeterli özen gösterilmediği, bu iki menfaat arasında gözetilmesi gereken adil dengenin başvuru aleyhine bozulduğu gerekçesiyle mülkiyet hakkı ihlali kararı vermiştir<sup>556</sup>.

AİHM *Anonymos Touristiki Etairia Xenodocheia Kritis v. Yunanistan* davasına konu olan uyuşmazlıkta<sup>557</sup>, 1972 yılında satın alınan taşınmaz üzerinde ilgili kurumlardan izin alınarak otel yapılmasına ve 1977 yılında Kültür Bakanlığı tarafından projenin onaylanmasına rağmen taşınmaz için 1984 yılında Kültür Bakanlığı, arkeolojik sit alanı olduğu gerekçesiyle mutlak inşaat yasağı koymuştur. Başvurucunun yerel mahkemede taşınmazın kamulaştırılması yönündeki taleplerinin reddedilmesi karşısında AİHM<sup>558</sup>, “*Yapı imkânı olan bir alanda sonradan idari işlemler ile getirilen genel kuralların istisnası niteliğinde ve mülkiyet hakkını sınırlayıcı bir müdahale, kamu yararı ile özel yarar arasındaki dengeyi*

<sup>554</sup> Karardan anladığımız kadarıyla, bu süreçte başvuru Ombudsman kurumuna başvurmuştur. Ombudsman, “*dondurulmuş mülkiyet*” (frozen properties= malvarlığının, belirsiz bir gelecek için kamu hizmetine tahsis edilmesi vakası) olarak isimlendirilen başvurunun talebine benzer, birçok şikâyetin bulunduğunu belirterek Avurturya otoritelerine dondurulmuş mülkiyetin ele geçirilmesi ya da maliklere alternatif arazi verilmesi şeklinde genel bir çözüm için çağrıda bulunmuştur. AİHM Pietrzak/Polonya, B.No.38185/02, 8.1.2008 T. karar, prg.14.

<sup>555</sup> AİHM Pietrzak v. Polonya, 38185/02 B. No., 8.1.2008 T. karar, prg.89-97.

<sup>556</sup> AİHM Pietrzak v. Polonya, 38185/02 B. No., 8.1.2008 T. karar, prg.103-115.

<sup>557</sup> AİHM *Anonymos Touristiki Etairia Xenodocheia Kritis v. Yunanistan*, 35332/05 B. No., 21.2.2008 T. karar (Fransızca metin için bkz. <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-101920>, 6.7.2020). Karar için bkz. Sarı, s.114-116.

<sup>558</sup> Bkz. Sarı, s.116.

*gözetmediğinden mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.” şeklinde karar vermiştir.*

*Kozacıoğlu v. Türkiye* davasında<sup>559</sup>, 1990 yılında kültür varlığı olarak tescil edilen, 1998 yılında ise sit alanı içerisinde kalan taşınmaz 2000 yılında kamulaştırılmıştır. Kamulaştırılan taşınmaz için ödenen bedelin artırımı davasında, taşınmazın tarihi ve kültürel değerinin dikkate alınarak değerinin tekrar belirlenmesi istenmiştir. Dava sonucunda, başvurucunun bedel artırımı talebi kısmen kabul edilmiş, ancak Yargıtay tarafından Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu 15/1-d’deki yapının mimari veya tarihi özelliklerinin ya da enderliğinin değer tespiti dikkate alınmayacağı hükmü gerekçe gösterilerek karar bozulmuştur. İlk derece mahkemesi, bozma kararına uyarak çok daha düşük bir bedele hükmetmiştir. AİHM, kamulaştırma bedelinin hesaplanmasında taşınmazın mimari ve tarihi özellikleri ile enderliğinin hiç dikkate alınmamasını ölçülülük ilkesi üzerinden değerlendirmiştir. AİHM, Türk Hukuku’ndaki kanuni düzenleme uyarınca tescilli taşınmazların enderlik, tarihi ve kültürel özelliklerinin taşınmazın bedelinin tayininde hesaba katılmasının mümkün olmadığını, Yargıtay içtihatları uyarınca taşınmazın tescilli olmasının değerinin düşmesine sebebiyet verdiğinin kabul edildiğini aktarmıştır. Bu tarz bir hesaplama metodunun, devlete açık bir avantaj sağlarken, tescilli taşınmaz malikleri açısından cezalandırma özelliği gösterdiğini vurgulayarak adil olmadığını ve mülkiyet hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir.

AİHM’in *Hakan Arı v. Türkiye* dosyasında<sup>560</sup>, 2002 yılında maliki bulunduğu arazi için yaptığı imar izin talebinin, arazinin, imar planında okul alanı olarak gösterilmesi sebebiyle reddedilmesine rağmen henüz kamulaştırma yapılmamasının mülkiyet hakkı ihlali olduğu iddiası bulunmaktadır. Söz konusu uyuşmazlık, yapılan müdahalenin hakkın özüne yönelik olmasına rağmen mülkiyet hakkının ortadan kalkması sonucunu doğurmaması sebebiyle birinci kural kapsamında değerlendirilmiştir. AİHM, söz konusu müdahalenin, başvurucunun, mülkiyet hakkından tam anlamıyla yararlanmasına engel teşkil ettiğini, arazinin satış şansı da

<sup>559</sup> AİHM *Kozacıoğlu v. Türkiye*, 2334/03 B. No, 19.2.2009 T. karar (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-91413>, 16.7.2020). Bkz. Şaşı, s.359-360.

<sup>560</sup> AİHM *Hakan Arı v. Türkiye*, 13331/07 B. No., 11.1.2011 T. karar özeti (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-102680>, 7.7.2020). Bkz. Sancakdar, s.554-555; Kamışlı, s.437-442.

dâhil, sonucu itibarıyla taşınmazın değerini hatırı sayılır ölçüde azalttığını, bu kaybı telafi edici herhangi bir tazminat ödenmediğini, mülkiyet hakkının akıbetinin belirsiz olduğunu, belirsizliği telafi edecek mahiyette bir karar da alınmadığını tespit etmiştir. Mahkeme, kamu yararı gerekleri ile mülkiyet hakkı arasında gözetilmesi gereken adil dengeyi bozan, alışılmışın dışında ve ölçüsüz bir yüke katlanmak zorunda kaldığı için mülkiyet hakkının ihlal edildiği kanaatine ulaşmıştır.

AİHM *Ziya Çevik v. Türkiye* kararına konu olayda<sup>561</sup>, 1973 yılında imar planında park alanı olarak gösterilen arazi hakkında 1978 yılında kamulaştırma şerhi konulmasına rağmen kararın verildiği 2011 yılına kadar ne park alanı yapılmış ne kamulaştırma işlemi gerçekleştirilmiş ne de ilgiliye imar izni verilmiştir. Mahkeme, söz konusu uyuşmazlığı, mülkiyet hakkının özünü kaybetmiş olmasına rağmen hakkın ortadan kalkmadığını belirterek birinci kural kapsamında değerlendirmiştir<sup>562</sup>. AİHM, 1973'ten bu yana başvurucunun mülkiyet hakkı ile alakalı tam bir belirsizlik içinde kaldığı, bu durumun başvurucunun mülkiyet hakkından tam anlamıyla yararlanmasına engel teşkil ettiği, arazinin satış şansı da dâhil, sonucu itibarıyla taşınmazın değerini hatırı sayılır ölçüde azalttığı ve bu hali telafi edebilecek bir tazminat mekanizması da öngörülmediği için, *Hakan Arı v. Türkiye* dosyasında olduğu gibi, mülkiyet hakkının ihlal edildiği yönünde karar vermiştir<sup>563</sup>.

AİHM'in 24508/09 başvuru nolu *Hüseyin Kaplan v. Türkiye* davasına konu olayda<sup>564</sup>, uyuşmazlığa konu olan taşınmaz 1982 yılında kamu hizmetine tahsis edilmiş ve taşınmazın tapu siciline kamulaştırma şerhi konulmuştur. Ardından taşınmaz, 1986 ve 1991 yıllarındaki yeni imar planlarında da mesleki ve teknik eğitim kurumu alanı olarak tahsis edilmiştir. İlgili idare tarafından arazi üzerinde kullanım kısıtlaması olduğu, mesleki ve teknik eğitim kurumuna tahsis edildiği, inşaat ruhsatı verilmesinin mümkün olmadığı ve ağaç dikimi de yapılamayacağı bildirilmiştir. Başvuranın 2007 yılında açtığı tazminat davası da reddedilmiştir. AİHM, yukarıda verdiğimiz kararlardaki gibi, bu uyuşmazlıkta da mülkiyet hakkı üzerindeki kısıtlamalar sebebiyle hakkın geçerliliğini kaybetmesine rağmen şekli manada var

<sup>561</sup> AİHM *Ziya Çevik v. Türkiye*, 19145/08 B. No., 21.6.2011 T. karar (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-105208>, 7.7.2020).

<sup>562</sup> AİHM *Ziya Çevik v. Türkiye*, 19145/08 B. No., 21.6.2011T. karar, prg.33-36.

<sup>563</sup> AİHM *Ziya Çevik v. Türkiye*, 19145/08 B. No., 21.6.2011T. karar, prg.37-47.

<sup>564</sup> AİHM *Hüseyin Kaplan v. Türkiye*, 24508/09 B. No., 1.10.2013 T. karar (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-127004>, 7.7.2020).

olduğunu, ortadan kalkmadığını belirterek birinci kural kapsamında değerlendirme yapmıştır<sup>565</sup>. Mahkeme, 1982 yılından kararın verildiği tarihe kadar arazinin kamulaştırılmamış olması ve imar yasağının varlığı karşısında mülkün kullanılabilirliği üzerinde kısıtlayıcı etkide bulunulduğu, başvurucunun mülkiyetinin tam bir belirsizlik içinde kaldığı, imara açılmış bir arazi üzerinde inşaat yapamayan ve ağaç dikemeyen başvurucunun mülkiyet hakkını kullanmasının engellendiği, bu halin arazinin satılma ihtimalini önemli ölçüde düşürdüğü, zarar verici etkilerin giderilmediği kanaatindedir. Bu çerçevede kamu yararının gerekleri ile mülkiyet hakkı arasında gözetilmesi gereken adil dengeyi bozan alışılmışın dışında ve ölçsüz bir yüke katlanmak zorunda bırakılan başvuranın mülkiyet hakkının ihlal edildiği yönünde karar vermiştir<sup>566</sup>.

*Silahlıyürek v. Türkiye* kararına konu uyuşmazlık<sup>567</sup>, 1988 yılında birinci derece doğal ve arkeolojik sit alanı kapsamında kalan taşınmaz ile ilgili maliki adına olan tapu kaydının, taşınmazın kısmen sit alanında kısmen de kıyı şeridinde kaldığı gerekçesiyle, kesinleşmiş mahkeme kararı ile iptal edilmesi ve Hazine adına tescil edilmesidir. AİHM, uyuşmazlığı, ikinci kural kapsamında mülkiyetten yoksun bırakma üzerinden değerlendirmektedir. Taşınmazın sit alanı ilan edilen bölümü ile ilgili değerlendirmede<sup>568</sup>, 1942 yılında mahkeme kararı ile taşınmazın ilk maliki adına yapılan tescilin, yaklaşık altmış yıl sonra, 2004 yılında iptal edilmesinin öngörülebilir olmadığı, kültür ve tabiat varlıklarının korunması ile ilgili mevzuatın, taşınmazın kamulaştırılmasını öngörmesine rağmen bu yolun kamu makamları tarafından kullanılmayarak tapunun iptal edilmesini yasallık ilkesine aykırı bulmuş ve mülkiyet hakkı ihlali yönünde karar vermiştir. Taşınmazın kıyı kısmında kalan bölümü ile ilgili olarak da, mülkiyetten yoksun bırakan tedbir ile izlenen amaç arasında adil denge olması gerektiğini, taşınmazın değerine uygun makul bir meblağ ödenmeksizin mülkiyetten yoksun bırakmanın kendiliğinden orantısız bir müdahale teşkil ettiğini belirterek mülkiyet hakkı ihlaline hükmetmiştir<sup>569</sup>.

<sup>565</sup> AİHM *Hüseyin Kaplan v. Türkiye*, 24508/09 B. No., 1.10.2013 T. karar, prg.37-39.

<sup>566</sup> AİHM *Hüseyin Kaplan v. Türkiye*, 24508/09 B. No., 1.10.2013 T. karar, prg.40-48.

<sup>567</sup> AİHM *Silahlıyürekli v. Türkiye*, 16150/06 B. No., 26.11.2013 T. karar (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-144323>, 16.7.2020). Bkz. Şaşı, s.360.

<sup>568</sup> AİHM *Silahlıyürekli v. Türkiye*, 16150/06 B. No., 26.11.2013 T. karar, prg.35-46.

<sup>569</sup> AİHM *Silahlıyürekli v. Türkiye*, 16150/06 B. No., 26.11.2013 T. karar, prg.47-50.

### 1.3. Değerlendirme

AİHM, mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasını taşıyan uyuşmazlıklarda, kural olarak, söz konusu uyuşmazlıkları ile ilgili iç hukuk sistemlerindeki tanımlamalardan, kavramsallaştırmalardan, nitelendirmelerden, hangi yargı kolu nezdinde hangi hukuk kurallarına göre değerlendirildiğinden bağımsız şekilde otonom olarak ele almakta, kendine has usul ve esasları kullanmak suretiyle mülkiyet hakkı ihlalinin olup olmadığına hükmetmektedir. Ancak istisnai de olsa, incelediğimiz kararlar arasında yer alan *Cemile Bozoğlu v. Türkiye* davasında<sup>570</sup>, ulusal mahkemelerin değerlendirmelerini baz alarak karar vermiştir. *Musluoğlu v. Türkiye* kararında da<sup>571</sup>, taşınmaz üzerindeki kısıtlama uzun yıllar sürmesine rağmen davaların henüz sona ermemesi sebebiyle mülkiyet hakkına ilişkin bir değerlendirme yapmamıştır.

AİHM, mülkiyete yönelik bir müdahalenin varlığını kabul ettiği vakalarda, müdahalenin, hak üzerindeki etkisini değerlendirirken, kavramsallaştırma ve nitelendirme yaparken görünenin arkasına bakılması ve iddia edilen uyuşmazlığın gerçek yüzünün araştırılması gerektiğini belirtmektedir<sup>572</sup>.

AİHM, ikinci kural olan mülkiyet hakkından yoksun bırakma neticesi doğuran müdahaleler için temel aracı, resmi kamulaştırma (formal expropriation) şeklinde ifade etmektedir. Ancak mülkiyet hakkına yönelik müdahalenin haktan yoksun bırakma neticesini doğurup doğurmadığını değerlendirirken, görünenin arkasına bakmakta ve resmi kamulaştırma dışında “*dolaylı kamulaştırma*” (constructive expropriation) ve “*de facto kamulaştırma/fili kamulaştırma*” (de facto expropriation) şeklindeki müdahaleleri de mülkiyet hakkından yoksun bırakma kapsamında ele almaktadır.

<sup>570</sup> AİHM *Cemile Bozoğlu v. Türkiye*, 787/03 B. No., 30.3.2010 T. karar.

<sup>571</sup> AİHM *Musluoğlu v. Türkiye*, 50948/99 B. No, 14.6.2007 T. karar.

<sup>572</sup> AİHM *Sporrong-Lönnroth v. İsveç*, 7151/75 B. No., 7152/75 B. No., 23.9.1982 T. karar, prg.63; AİHM *Papamichalopoulos v. Yunanistan*, 14556/89 B. No., 24.6.1993 T. karar, prg.42; AİHM *Brumarescu v. Romanya*, 28342/95 B. No., 28.10.1999 T. karar, prg.75-78; AİHM *Alisic ve Diğerleri v. Bosna Hersek, Hırvatistan, Sırbistan, Slovenya ve Eski Yugoslav Makedonya Cumhuriyeti Davası*, 60624/08 B. No, 16.7.2014 T. karar, prg.99. AİHM, görünenin arkasındaki gerçekleri incelerken mülkiyetten yoksun kalma neticesinin kabulü için müdahalenin kesin olması gerekliliğini vurgulamaktadır. Bkz. AİHM *Poiss v. Avusturya*, 9816/82 B. No., 23.4.1987 T. karar (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-57560>, 19.7.2020). Ayrıca bkz. Deurtre, s.317; Şimşek, Üç Kural Analizi, s.31; Kamışlı, s.255.



Resmi kamulaştırmada mülkiyet hakkı sahipliği değişmektedir. De facto kamulaştırma ifadesi ile her ne kadar başvuru malik olarak görünüyorsa da, mülkiyet hakkı sahibinin değişmesine eşdeğer şekilde haktan yoksun kalma sonucunu doğuran olgular kavramsallaştırılmaktadır<sup>573</sup>. Taşınmaz üzerindeki fiili hâkimiyetin sona erdirilmesi, bu suretle taşınmaz üzerindeki tasarruf etme yetkisinin yitirilmesi suretiyle mülkiyet hakkından yoksun kalma hali söz konusudur. Dolaylı kamulaştırmada ise aslında resmi kamulaştırmada yapılması gereken usul takip edilmeksizin sonradan mahkemenin vereceği karar ile malikin rızası aranmaksızın mülkiyet hakkının devri sonucunu doğuran bir usul söz konusudur. Bu haliyle Türk Yargısı ve Doktrini tarafından kabul edilen fiili elatma kavramının, AİHM yargılamasında “*de facto kamulaştırma*” veya “*dolaylı kamulaştırma*” ifadesi ile kavramsallaştırıldığını belirtebiliriz. AİHM, fiili elatmanın söz konusu olduğu uyuşmazlıkları, genellikle ikinci kural kapsamında ele almakta ve somut olayın özelliğine göre ihlal olup olmadığına hükmetmektedir.

*Belvedere Alberghiera v. İtalya* davasında<sup>574</sup> AİHM, “*dolaylı kamulaştırma*” (constructive expropriation) şeklinde isimlendirilen teoriyi; *Halil Göçmen v. Türkiye*<sup>575</sup> ile *Sarıca ve Dilaver v. Türkiye* davalarında<sup>576</sup> da “*fiili kamulaştırma nedeniyle tazminat*” uygulamasını değerlendirmektedir. Aslında *Halil Göçmen* ile *Sarıca ve Dilaver* davalarında AİHM’in tespit ve eleştirileri, dolaylı kamulaştırma

<sup>573</sup> De facto kamulaştırma kavramının değerlendirildiği kararlar için bkz. AİHM *Sporrong-Lönnroth v. İsveç*, 7151/75 B. No., 7152/75 B. No., 23.9.1982 T. karar, prg.63; AİHM *Papamichalopoulos v. Yunanistan*, 14556/89 B. No., 24.6.1993 T. karar, prg.42; AİHM *Brumarescu v. Romanya*, 28342/95 B. No., 28.10.1999 T. karar, prg.75-78; AİHM *Alisic ve Diğerleri v. Bosna Hersek, Hırvatistan, Sırbistan, Slovenya ve Eski Yugoslav Makedonya Cumhuriyeti Davası*, 60624/08 B. No., 16.7.2014 T. karar, prg.99; AİHM *N.A. ve Diğerleri v. Türkiye*, 37451/97 B. No., 11.10.2005 T. karar; AİHM *Turgut ve Diğerleri v. Türkiye*, 1411/03 B. No., 8.7.2008 T. karar (<https://hudoc.echr.coe.int/tur>, 25.7.2020). De facto kamulaştırma ile ilgili açıklamalar için bkz. Bkz. Sancakdar, s.520-521; Dutertre, s.315-316. *Şimşek*, de facto kamulaştırma şeklinde isimlendirilen müdahalelerin mülkiyetten yoksun bırakma ya da mülkiyetin barışçıl kullanımı kapsamında mı olduğunu kestirmenin her zaman mümkün olmadığını, AİHM’in somut olayın özelliğine, işlemin sonuç ve etkilerine göre değerlendirdiğini belirtmektedir. Bkz. *Şimşek*, Üç Kural Analizi, s.33. *Dinç*, devlet gücüyle hiçbir hukuk kuralına uyulmaksızın gerçekleştirilen kaba hak ihlallerinin “*fiili kamulaştırma*” olarak anılmasının uygun olmadığını, AİHM’in yasama organı tarafından çıkarılan bir yasa veya yürütme ve yargı organları aracılığıyla gerçekleştirilen eylemler vasıtasıyla da fiili kamulaştırmanın gerçekleştirilebileceğini kabul ettiğini belirtmektedir. *Dinç*, s.97.

<sup>574</sup> AİHM *Belvedere Alberghiera v. İtalya*, 31524/96 B. No., 30.8.2000 T. karar.

<sup>575</sup> AİHM *Halil Göçmen v. Türkiye*, 24883/07 B. No., 12.11.2013 T. karar (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-138497>, 7.7.2020).

<sup>576</sup> AİHM *Sarıca ve Dilaver v. Türkiye*, 11765/05 B. No., 27.5.2010 T. karar özeti (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-98943>, 11.7.2020). Bkz. Kamışlı, s.435-437.



uygulaması ile ilgili olarak *Belvedere Alberghiera* davasında dile getirdiği eleştirilere benzer içeriktedir. AİHM, dolaylı kamulaştırma yaklaşımı ile hukuka aykırı bir uygulamanın iç hukuk sisteminde meşrulaştırıldığını belirtirken, fiili elatma uygulamaları karşısında geliştirilen kamulaştırmасız elatmaya dayalı tazminat davası ile Türk mahkemelerinin de, idarece kamulaştırmасız elatılması nedeniyle başvuranın mülkiyetinden yoksun bırakıldığı kanısına vararak kamulaştırmасız elatma uygulamasını onayladıklarını ifade etmektedir. Her ne kadar Türk Hukuku'nda Yargıtay'ın 1956 tarihli içtihadı birleştirme kararlarında malike elatmanın önlenmesi davası veya bedel davası açma seçenekleri sunulsa da elatmanın önlenmesi talebinin gerçekleştirilmesinin çoğu durumda imkânsızlık veya aşırı güçlük arz etmesi sebebiyle, temel telafi mekanizması bedel davası/tazminat davası olmaktadır<sup>577</sup>. Bu çerçevede bedel ya da tazminat davasının gerek idari makamlar gerekse de yargı makamları tarafından fiili elatma (ve dahi hukuki elatmayı) meşrulaştırıcı bir araç olarak görülmemesi gerekmektedir. Aksi hal, AİHM'in dolaylı kamulaştırma teorisinde eleştirdiği, idarenin hukuka aykırı uygulamasının mahkeme kararı ile meşrulaşması sonucunu doğurması ile aynı hukuki kadere mahkûm olabilecektir. Bu çerçevede Türk Hukuku içerisinde idarenin kamulaştırmасız elatma olarak değerlendirilebilecek uygulamalarda bulunmasını engelleyici ve uygulamanın mevcudiyeti halinde ise telafi edici olduğu kadar caydırıcı nitelikte (maddi ve manevi tazminat, para cezası, idari işlem ya da eylem niteliinde yargısal karar ya da yargısal emir verme gibi) birtakım hukuki araçların geliştirilmesi gerekmektedir.

Hukuki elatma olarak isimlendirebileceğimiz uyuşmazlıklar da AİHM önünde dava konusu olmaktadır. AİHM, bu uyuşmazlıkların her birinde, kişinin mülkiyet hakkından yoksun kalması sonucu doğuracak resmi bir kamulaştırma olmadığını, ancak görünenlerin ötesine bakılması, uyuşmazlık konusunun aslının incelenmesi gerektiğini vurgulamaktadır. AİHM<sup>578</sup>, idarenin, herhangi bir fiili (de facto) elatması

<sup>577</sup> *Gözler*, kamulaştırmасız elatmaya konu olan taşınmaz malikinin tazminat davasını açmayı tercih ettiğinde dolaylı kamulaştırma teorisinin uygulanmış olduğunu, Fransa'da bayındırlık eserleri inşaatı sebebiyle dolaylı kamulaştırma teorisinin uygulanması zorunlu iken Türkiye'de bu teorisinin uygulanmasının malikin isteğine bırakıldığını belirtmektedir. Bkz. *Gözler*, *İdare Hukuku* II, s.1020.

<sup>578</sup> AİHM *Sporrong-Lönnroth v. İsveç*, 7151/75 B. No., 7152/75 B. No., 23.9.1982 T. karar; AİHM *Erkner ve Hofauer v. Avusturya*, 9616/81 B. No., 23.4.1987 T. karar; AİHM *Pietrzak v. Polonya*, 38185/02 B. No., 8.1.2008 T. karar; AİHM *Hakan Arı v. Türkiye*, 13331/07 B. No., 11.1.2011 T. karar; AİHM *Ziya Çevik v. Türkiye*, 19145/08 B. No., 21.6.2011 T. karar; AİHM *Hüseyin Kaplan v. Türkiye*, 24508/09 B. No., 1.10.2013 T. karar.

söz konusu olmaksızın, mülkiyet hakkının kullanımını kontrol etme yetkisine dayanarak mülkiyet hakkına müdahalede bulunduğu hallerde, mülkiyet hakkının özüne dokunulduğu, mülkiyet hakkının geçerliliğinin kalmadığı, kontrol etme yetkisinin ötesine geçildiği gerekçeleriyle uyuşmazlıkları birinci kural kapsamında ele almaktadır. Bu hallerde hak sahibinin mülkiyet hakkı, şekli manada var olsa da kullanımının imkânsızlaştığını veya aşırı ölçüde güçleştiğini söylemek mümkündür. Aslında AİHM'in uyuşmazlığı birinci kural veya üçüncü kural kapsamında ele alması hususu, idarenin eylem ya da işlemlerinin mülkiyet hakkı üzerindeki neticeleri ile ilgili bakış açısına dair fikir vermektedir.

Mülkiyet hakkına yönelik müdahalenin ihlal teşkil edip etmediği, uyuşmazlığın hangi kural kapsamında olduğundan bağımsız olarak, kanunilik, meşru amaç ve ölçülülük/adil denge ilkeleri üzerinden değerlendirilmektedir. AİHM, fiili elatma ile ilgili uyuşmazlıklarda, somut uyuşmazlıkla bağlantılı şekilde, uygulamanın öngörülebilir olmadığı, dolayısıyla da yasal olmadığı, gerekli usuli güvenceler temin edilmediği gibi gerekçelerle kanunilik kriterlerine aykırılık sebebiyle ihlal kararı verebilmektedir. Mülkiyet hakkından yoksun kalınmasını haklı gösterecek kamu yararı gereklerinin ispatlanmaması, taşınmazın değeriyle orantılı tazminat ödenmemesi gibi sebeplerle bireysel ve aşırı yük altında kaldığı gerekçesiyle kamu yararı ile bireyin hakları arasında adil dengenin kurulamadığına, mülkiyet hakkının ihlal edildiğine hükmedilmektedir. Hukuki elatma ile kararlarda ise mülkiyet hakkının özünün kaybedildiği, geçerliliğinin bulunmadığı, mülkiyet hakkı ile ilgili tam bir belirsizliğin olduğu, hakka yönelik müdahale sebebiyle hak sahibinin maruz kaldığı/kalacağı zararı telafi edici herhangi bir mekanizmanın da olmadığı gerekçesiyle toplum yararı ile bireysel yarar arasında adil dengenin kurulamadığına hükmederek mülkiyet hakkının ihlali yönünde kararlar vermektedir.

AİHM'in Türkiye aleyhine verdiği kararlar, özellikle yargı makamlarında, kanaat değişikliğine gitme sonucunu doğurmuştur. Fiili elatma halinde ödenen faiz oranı ile ilgili ihlal kararının verildiği *Sarıca ve Dilaver* ile *Ergen ve Diğerleri* kararları sonrasında, yargı makamları, sadece kamulaştırma usulünde, mahkeme kararı ile kesinleşen kamulaştırma bedelinin ödenmemesi halinde işletilen kamu alacakları için uygulanan en yüksek faiz oranını, kamulaştırmaz elatma davaları sonucu mahkeme tarafından hükmedilen ve kesinleşen tazminatın geç ödenmesi hali için de işletmeye başlatmışlardır. Diğer yandan AİHM'in *Hakan Arı*, *Ziya Çevik* ve *Hüseyin Kaplan*

davalarında verdiği ihlal kararları sonrasında, yargı kararlarında hukuki elatma vakaları ile ilgili olarak içtihat değişikliğine gidilmiştir. Bu çerçevede mülkiyet hakkı üzerinde belirsiz bir zaman dilimi için kısıtlama doğuran idarenin eylemsizliğinin hukuka aykırı olduğu öngörülmüş ve hak sahiplerinin mağduriyetini giderici mahiyette gerek adli yargı gerekse de idari yargı düzeyinde birtakım çözümler geliştirilmeye çalışılmıştır.

## **2. ANAYASA MAHKEMESİ BİREYSEL BAŞVURU KARARLARINDA KAVRAMA YAKLAŞIM**

Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 148/3. maddesi uyarınca, “*bireysel başvuru*” usulü üzerinden hak ihlali iddialarını değerlendirme görevi altındadır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi tarafından güvence altına alınan herhangi bir hakkın kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiası ile ilgili uyuşmazlıklar, olağan kanunyollarının tüketilmiş olması şartıyla, bireysel başvuruya konu olabilmektedir. AYM, mülkiyet hakkı ihlali iddialarına ilişkin bireysel başvuru taleplerini, AİHM'in olayı çözümleme usulüne benzer şekilde, birinci-ikinci-üçüncü kural tasnifinin ardından “*kanunilik*”, “*meşru amaç*”, “*orantılık*” şeklindeki üç temel ilke üzerinden değerlendirmektedir<sup>579</sup>. Bu suretle belirtmeliyiz ki, AİHM'in olayı çözümleme usulü ile Anayasa Mahkemesi'nin olayı çözümleme usulü birbirine oldukça yakındır. Bir nevi Anayasa Mahkemesi, iç hukukta AİHM'in rolünü üstlenmektedir.

23.9.2012 tarihinden sonra AİHS kapsamında güvence altına alınan mülkiyet hakkının kamu gücüne sahip otoriteler tarafından ihlal edildiğine ilişkin iddialar, iç hukuktaki olağan kanunyollarının tüketilmesi halinde bireysel başvuru yoluyla Anayasa Mahkemesi önüne gelmiştir. Burada fiili elatma ve hukuki elatma kapsamında ele alınabilecek uyuşmazlıklar ile ilgili bireysel başvuruları, ayrı başlıklar altında kronolojik olarak ele alacağız. Başvurular karşısında Anayasa Mahkemesi'nin verdiği kararlar üzerinden elatma olgusuna dair bir kavramsallaştırma, tanımlama, nitelendirme yapıp yapmadığını, bu tür uyuşmazlıkları değerlendirme metodunu ve bu tarz vakalara yaklaşımını da ayrı bir başlıkta sunacağız.

<sup>579</sup> Bkz. AYM 2015/11192 B. No, 30.5.2019 T. karar; AYM 2016/8023 B. No, 6.3.2019 T. karar; AYM 2016/9001 B. No, 18.7.2019 T. karar; AYM 2017/26291 B. No, 17.7.2019 T. karar ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), 3.10.2019).

## 2.1. Fiili Elatmayı Konu Alan Kararlarında Kavrama Yaklaşım

AYM nezdinde kamulaştırmасız elatma ile ilgili olarak ele alınan ilk uyuşmazlık, fiili elatmayı konu alan *Celalettin Aşçioğlu* kararı<sup>580</sup> olmuştur. Başvurucuya ait tarla vafındaki taşınmaz, ilgili idare tarafından ıslah çalışmaları kapsamında dere yatağı olarak kabul edilmiş ve kanala dönüştürülmüştür. Başvurucu, idarenin haksız fiili nedeniyle uğradığı zararın tazmini talebiyle açtığı davada, talebi olmaksızın, olayın, kamulaştırmасız elatma üzerinden değerlendirilerek tazminata hükmedilmesinin ve bunun karşılığında taşınmazın idare adına terkinine karar verilmesinde adil yargılanma hakkı ile mülkiyet hakkı ihlali olduğu iddiasıyla bireysel başvuruda bulunmuştur.

AYM, başvurunun, söz konusu uyuşmazlığın haksız fiil hükümleri uyarınca çözümlenmesi ve zararının bu çerçevede hesap edilmesi gerektiği, kamulaştırmасız elatma sebebiyle tazminat davası olarak nitelendirilmesinin adil yargılanma hakkı ihlaline sebebiyet verdiğiine ilişkin itirazlarını, uyuşmazlığın nitelendirilmesinin derece mahkemelerin yetkisinde olduğu sebebiyle açıkça keyfi bir durum olmadığı sürece değerlendirmeyeceğini vurgulamıştır<sup>581</sup>.

Mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasını değerlendiren AYM, karar metninde kamulaştırmасız elatma kavramını kullanmış ve kavramı şu şekilde tanımlamıştır<sup>582</sup>:

*“Kamulaştırma yapmaya yetkili olan Devlet, kamu tüzel kişileri, kamu kurumları veya kamu yararı bulunması halinde yararlarına kamulaştırma yapılabilecek gerçek ve özel hukuk kişileri tarafından, Anayasa’nın 46. maddesi ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu’na aykırı şekilde, özel mülkiyete konu taşınmazlara kısmen veya tamamen, fiilen veya hukuken bedelsiz olarak el koyma işlemine ‘kamulaştırmасız el atma’ denmektedir.”*

<sup>580</sup> AYM *Celalettin Aşçioğlu*, 2013/1436 B. No., 6.3.2014 T. karar (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/1436>, 9.7.2020). *Celalettin Aşçioğlu* davasının, kamulaştırmасız elatma mevzuunun bireysel başvuru düzeyinde ele alınan ilk dosya olduğuna dair bilgi için bkz. AYM *Şevket Karataş* 2015/12554 B. No., 25.10.2018 T. karar, prg.50. Karar ile ilgili olarak bkz. Kamışlı, s.668.

<sup>581</sup> Bkz. AYM *Celalettin Aşçioğlu*, 2013/1436 B. No., 6.3.2014 T. karar, prg.35-41.

<sup>582</sup> AYM *Celalettin Aşçioğlu*, 2013/1436 B. No., 6.3.2014 T. karar, prg.55.

Anayasa Mahkemesi'nin, kamulaştırmasız elatma kavramını, “*fiilen ve hukuken bedelsiz el koyma*” şeklinde tanımlaması dikkat çekicidir.

Kamulaştırmasız elatmayı konu alan bu ilk davada AYM<sup>583</sup>, kamulaştırma ile kıyaslandığında hukuki olmayan bir yöntem olarak daha az güvence sunduğunu, kişileri öngörülemez ve keyfi durumlar ile karşı karşıya bıraktığını belirttiği kamulaştırmasız elatma uygulamasını, “... *her ne olursa olsun, idare tarafından isteyerek oluşturulmuş kanuna aykırı bir durumu hukuki olarak kabul etmeye ve idareye, kanuna aykırı davranışından fayda sağlama imkânı sunmaya yol açmaktadır.*” ifadesi ile eleştirmektedir. AYM, kamulaştırmasız elatma olgusunun, hukuk dışı olma, hukuka aykırı olma özelliğini vurgularken, “... *kullanılan taşınmazın devrini meşrulaştırma ve belli bir hukuki güvence sağlama imkânı sunan tek unsur, idare tarafından kullanımın yasal olmadığını tespit eden ve bireylere ‘kamulaştırmasız el atma nedeniyle tazminat’ ödenmesine hükmeden mahkeme kararıdır. Kamulaştırmasız el atma uygulaması, hukuki planda taşınmazların maliki olarak kalan başvuranları, herhangi bir kamu yararı gerekçesi ile eylemini haklı kılmayan idareye karşı dava açmak zorunda bırakmaktadır. Böyle bir kamu yararı gerekçesinin gerçekliği ancak daha sonra mahkemeler tarafından değerlendirilmektedir.*” ifadesi ile uygulamadaki çelişkiye de işaret etmektedir.

Anayasa Mahkemesi, davaya konu olaydaki fiili elatmayı, kanundan doğan bir uygulama olmaması sebebiyle kanunilik kriterine aykırı bulmuş ve mülkiyet hakkı ihlali sonucuna ulaşmıştır<sup>584</sup>. Kamulaştırmasız elatma şeklindeki bu hukuka aykırı müdahalede, kamu yararı ile birey menfaati arasında denge kurulması amacıyla elatılan taşınmazın gerçek bedelinin ödenmesi gerektiğini belirtmiş, bu bedelin Kamulaştırma Kanunu hükümleri uyarınca hesaplanmasının makul bir denge kurduğunu ifade etmiştir<sup>585</sup>.

AYM *Kenan Yıldırım ve Turan Yıldırım* davasında ise uyuşmazlık<sup>586</sup>, kamulaştırmasız elatma sebebiyle mahkemenin hükmettiği taşınmaz bedellerinin

<sup>583</sup> AYM *Celalettin Aşçıoğlu*, 2013/1436 B. No., 6.3.2014 T. karar, prg.56-60.

<sup>584</sup> Bkz. AYM *Celalettin Aşçıoğlu*, 2013/1436 B. No., 6.3.2014 T. karar, prg.61.

<sup>585</sup> Bkz. AYM *Celalettin Aşçıoğlu*, 2013/1436 B. No., 6.3.2014 T. karar, prg.63-70.

<sup>586</sup> AYM *Kenan Yıldırım-Turan Yıldırım*, 2013/711 B. No., 3.4.2014 T. karar (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Basvurular/tr/pdf/2013-711.pdf>, 9.7.2020). Karar için ayrıca bkz. Kamışlı, s.656-657. Benzer içerikteki diğer kararlar için bkz. *Mustafa Demirtaş* 2013/2002 B. No., 30.12.2014 T. karar (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/2002>,

idareden tahsil edilememesidir. Anayasa Mahkemesi, söz konusu uyuşmazlığın nitelendirilmesinde, AİHM'nin yaklaşımını benimsediğini, bu çerçevede yargı kararlarının geç icra edilmesinin mülkiyetten barışçıl yararlanma veya mülkiyet hakkına saygı ilkesinin ihlali kapsamında ele alınabileceğini belirtmektedir<sup>587</sup>. AYM, kamulaştırmaz elatma nedeniyle mahkemelerce hükmedilen tazminatların tahsili amacıyla idarenin mal, hak ve alacaklarının haczedilemeyeceğine ilişkin düzenlemenin, kamu hizmetlerinin aksatılmadan yerine getirilmesini güvence altına almak amacıyla birey haklarına getirilen bir sınırlama olduğunu tespit etmiş; kanuni faiz işletilmek suretiyle kamu yararı ile birey hakları arasında makul bir denge kurulmaya çalışıldığını belirterek bu sınırlamanın ölçsüz olmadığına hükmetmiştir<sup>588</sup>. Mahkeme, idarelerin, mal, hak ve alacaklarının haczedilememesi kuralının arkasına sığınarak mahkeme kararıyla hükmedilen ve kesinleşen kamulaştırmaz elatılan taşınmazın bedelini ödemekten imtina etmelerini, kamu yararı ile kişi hakları arasındaki dengeyi hak sahiplerinin zararına bozduğu gerekçesiyle mülkiyet hakkı ihlali olarak değerlendirmiştir<sup>589</sup>.

11.7.2020); *Halil Afşin ve Diğerleri*, 2013/4824 B. No., 25.2.2015 T. karar (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/4824>, 9.7.2020); *Nurdan Erkan ve Diğerleri*, 2014/311 B. No., 14.9.2017 T. karar; (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/311>, 9.7.2020).

<sup>587</sup> AYM Kenan Yıldırım-Turan Yıldırım, 2013/711 B. No., 3.4.2014 T. karar, prg.57-61.

<sup>588</sup> AYM Kenan Yıldırım-Turan Yıldırım, 2013/711 B. No., 3.4.2014 T. karar, prg.69. AYM 2010/83 E., 2012/169 K., 1.11.2012 T. kararı ile 5999 sayılı Kanun ile Kamulaştırma Kanunu'na eklenen geçici 6. maddenin 10. fıkrasında öngörülen kamulaştırmaz el atma nedeniyle ödenecek tazminatın tahsili sebebiyle idarelerin mal, hak ve alacaklarının haczedilemeyeceği hükmünün iptal istemini reddetmiştir. Anayasa Mahkemesi, şu gerekçeyi kullanmıştır: “Yukarıda belirtildiği gibi geçmişe yönelik mağduriyetleri gidermek amacıyla getirilen istisnai nitelikteki bu düzenlemenin amacı, idarelerin yerine getirmekle görevli oldukları kamu hizmetlerinin yürütülebilmesi için gerekli olan kaynaklarının korunmasıdır. Toplumsal yaşamın sürekli, düzenli ve sistemli bir şekilde sürdürülebilmesi için zorunlu olan kamu hizmetlerinin kesintisiz bir biçimde yürütülmesi, idarelerin belli ayni ve nakdi varlıklara sahip olmalarına bağlıdır. İdarelerin kamu hizmetlerini yerine getirmek için ihtiyaç duyduğu malların haczedilmesi halinde bu hizmetlerin aksayacağı ya da hiç yerine getirilemeyeceği açıktır. Her ne kadar itiraz konusu kural nedeniyle bazı bireyler tazminat alacaklarını daha geç tahsil edebileceklerse de Kanun bu gecikme için kanuni faiz ödenmesini kurala bağlayarak kamu yararı ile birey hakları arasında makul bir denge kurmaya çalışmıştır. Bu nedenle kamu hizmetlerinin aksatılmadan yerine getirilmesini güvence altına almak amacıyla birey haklarına getirilen sınırlamanın ölçsüz olduğu söylenemez.” (<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/02/20130222-10.htm>, 23.7.2020).

<sup>589</sup> AYM Kenan Yıldırım-Turan Yıldırım, 2013/711 B. No., 3.4.2014 T. karar, prg.55-75. AYM, prg.37-54'te, kesinleşmiş ve infaz edilebilir yargı kararlarının infazını sağlamak için idare tarafından gerekli tedbirlerin alınmamasıyla adil yargılanma hakkının da ihlal edildiğine hükmetmiştir. Benzer ifadeye yer verilen diğer bir karar için bkz. AYM Şenal Haylaz, 2013/3457 B. No., 25.2.2015 T. karar, prg.72-73 (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/3457>, 24.7.2020).

Anayasa Mahkemesi, *Cavit Başıyapan* başvurusunda<sup>590</sup>, kamulaştırmaz elatma davalarında hesaplanacak tazminat değerini ve bu değer için işletilecek faiz oranını değerlendirmektedir. Başvurucu, dava tarihi ile kararın kesinleşmesine kadarki süreçte işletilen faiz oranının, kamu alacakları için uygulanan en yüksek faiz oranı yerine kanuni faiz oranı olarak kabul edilmesinin mülkiyet hakkı ihlaline yol açtığını iddia etmektedir.

AYM'ye göre, kamulaştırmaz elatma davalarında tarafların anlaşamamaları halinde tazminat değeri olarak ödenecek taşınmaz bedeli, KK'nın 10. ve 11. maddeleri uyarınca dava tarihine göre tespit edilmelidir<sup>591</sup>. Mahkeme, kamulaştırmaz elatma davalarını haksız fiilden doğan davalar olarak nitelendirmekte ve bu davalarda dava tarihinden kararın kesinleşme tarihine kadar geçen sürede kanuni faiz oranının işletildiğini belirtmektedir<sup>592</sup>. AYM, kamulaştırmaz elatma davalarında uygulanan faiz oranlarında ikili bir ayırım yapmaktadır. Dava tarihinden kararın kesinleşmesine kadarki süreç için işletilecek faiz oranı ile kararın kesinleşmesinden fiilen ödemenin yapılmasına kadarki süreçte işletilecek faiz oranlarının farklı olduğunu vurgulamaktadır. Anayasa'nın 46/4. maddesindeki "*İkinci fıkrada öngörülen taksitlendirmelerde ve herhangi bir sebeple ödenmemiş kamulaştırma bedellerinde kamu alacakları için öngörülen en yüksek faiz uygulanır.*" hükmü uyarınca kamu alacakları için öngörülen en yüksek faiz oranının, sadece kamulaştırma davaları için değil, kamulaştırmaz elatma ile ilgili uyuşmazlıklarda hükmedilen tazminat miktarına, kararın kesinleşmesinden fiilen ödemenin yapıldığı tarihe kadar geçen süre için işletildiğini belirtmiştir<sup>593</sup>. Anayasa Mahkemesi, başvurusunun, kamu alacakları için uygulanan en yüksek faiz oranının, dava tarihi ile karar tarihine kadarki süreçte dikkate alınması gerektiği yönündeki iddiasında haklılık payı görmemiştir. AYM, derece mahkemelerinin kullandığı faiz oranının, yerel mahkemeye başvurulduğu tarihten, idare tarafından ödemenin etkin olarak yapıldığı tarihe kadar geçen sürede paranın uğradığı değer kaybını telafi edebilecek nitelikte olup olmadığını somut olay

<sup>590</sup> AYM *Cavit Başıyapan*, 2013/1444 B. No., 4.11.2014 T. karar (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/1444>, 11.7.2020).

<sup>591</sup> AYM *Cavit Başıyapan*, 2013/1444 B. No., 4.11.2014 T. karar, prg.52.

<sup>592</sup> AYM *Cavit Başıyapan*, 2013/1444 B. No., 4.11.2014 T. karar, prg.56.

<sup>593</sup> Yargıtay'ın içtihat değişikliğine gitmesinde etkili olan AİHM kararları için bkz. AİHM *Sarıca ve Dilaver v. Türkiye*, 11765/05 B. No., 27.5.2010 T. karar özeti (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-98943>, 11.7.2020); AİHM *Ergen ve Diğerleri v. Türkiye*, 35364/05, 41169/05, 41498/05, 53346/08 ve 54158/08 B. No., 7.12.2010 T. kararlar (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-102180>, 11.7.2020).



bazında değerlendirmiştir. Somut olayda, dava tarihi ile kararın kesinleştiği tarih aralığında paranın yaşadığı değer kaybı ile işletilen faiz oranı kıyaslandığında başvurucuya aşırı bir yük getirilmediği vurgulanarak faiz oranı üzerinden ileri sürülen mülkiyet hakkı ihlali iddiası reddedilmiştir<sup>594</sup>.

AYM Servet Saraçoğlu ve Diğerleri, 2012/1281 B. No., 24.6.2015 T. kararına konu olayda<sup>595</sup>, aynı saha içerisinde 26 ve 210 nolu parsellere ilişkin fiili elatma sebebiyle açılan davalarda, 26 nolu parsel ile ilişkin kamulaştırmasız elatma talebi kabul edilmiştir. Ancak idare tarafından bedeli ödenmeksizin kullanılmakta olan 210 nolu parseldeki taşınmaz hakkında 1997 yılında açılan elatmanın önlenmesi, ecrimisil ve tazminat istemli davanın 2012 yılına kadar devam etmesi ve yapılan yargılama sonucunda, taşınmazın adlarına tesciline dair kesinleşmiş mahkeme kararı göz önünde bulundurulmaksızın, 1969 tarihli kadastro tespitinden önce yapılan kamulaştırma işlemine değer verilmek suretiyle davanın reddedilmesi değerlendirilmektedir. Anayasa Mahkemesi, bu kararında, AIHS Ek 1 No’lu Protokol’ün 1. maddesi ile paralellik kurmakta ve bu hususu şu şekilde izah etmektedir<sup>596</sup>:

*“Anayasa’nın 35. maddesi ve 1 No’lu Protokol’ün 1. maddesi paralel düzenlemelerle mülkiyet hakkına yer vermiştir. Her iki düzenleme de üç kural ihtiva etmektedir. İki düzenlemenin ilk cümleleri herkese mülkiyet hakkını tanımakta, ikinci cümlesi ise kişilere ait mülkiyetin hangi koşullarla sınırlandırılabilirliğini ya da mülkünden yoksun bırakılabilirliğini hüküm altına almaktadır. Her iki düzenlemenin üçüncü cümleleri ise farklı şekilde ele alınmıştır. Anayasa’nın 35. maddesinin son fıkrası mülkiyet hakkının kullanımının toplum yararına aykırı olamayacağı şeklinde hakkın kullanımına ilişkin genel bir ilkeye yer verirken, Sözleşmeye Ek (1) numaralı protokolün birinci maddesinin ikinci fıkrası devletlere mülkiyeti kamu yararına düzenleme ile vergiler ve diğer katkılar ile cezaların tahsili konusunda gerekli gördükleri*

<sup>594</sup> Bkz. AYM Cavit Başıyapan, 2013/1444 B. No., 4.11.2014 T. karar, prg.58-69. Mahkeme, somut bir değer kaybı hesaplaması yaparak, “Başvuru konusu olayda başvuru maddi tazminata ilişkin olarak, yerel mahkemede talep etmiş olduğu tazminat miktarının tamamını almıştır. Asliye Hukuk Mahkemesince dava tarihinden itibaren ödemenin yapıldığı tarihe kadar hükmolunan faiz oranı bu süre içerisindeki paranın değer kaybının yaklaşık %4 altında olup, başvuru üzerine aşırı bir yük getirmemektedir.” şeklinde karar vermiştir.

<sup>595</sup> AYM Servet Saraçoğlu ve Diğerleri, 2012/1281 B. No., 24.6.2015 T. kararı (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2012/1281>, 11.7.2020).

<sup>596</sup> AYM Servet Saraçoğlu ve Diğerleri, 2012/1281 B. No., 24.6.2015 T. kararı, prg.99-100.



*yasaları uygulama konusundaki haklarını saklı tutarak bu durumun mülkiyet hakkı kapsamına girmediği belirtilmektedir. Bununla beraber Anayasa'nın birçok maddesi ilgili olduğu hususta devlete düzenleme yetkisi vermektedir.”.*

Anayasa Mahkemesi, AİHS düzenlemesi ile kurduğu paralelliği, farklılıklara da yer vermek suretiyle açıklamaktadır. AYM, söz konusu davada şu yönde karar vermiştir:

*“Sonuç olarak, 210 nolu taşınmazın kamulaştırılması işleminin hukukiliği konusunda, kararlar arasında ittifak bulunmamakla birlikte, taşınmazın fiili kamulaştırma neticesinde davalı idarelerin kullanımına geçtiği, davalıların taşınmaz üzerine, kaldırılması büyük mali külfet gerektiren miktarda fabrika atığı ve cüruf dökmesinden dolayı, başvuruçuların hükmen maliki oldukları taşınmazı kullanamadıkları, davalıların kamulaştırma bedeli ödemediği tasarruf ettikleri taşınmazı, başvuruçuların mülkiyetine geçtikten sonra ve halen işgal ettikleri, mülkiyetin başvuruçulara geçmesinden sonra da devam eden bu fiili durum nedeniyle başvuruçulara ecrimisil ve tazminat ödemedikleri, kamu makamlarının (idare ve yargı mercilerinin) kamu ile birey arasında adil bir denge kuramadıkları anlaşılmakta olup, tüm bu durumların başvuruçular üzerinde aşırı bir yük teşkil ettiği dikkate alındığında, başvuruçuların Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet haklarının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekmektedir.”.*

Anayasa Mahkemesi, somut uyuşmazlıkta, mülkiyet hakkı sahiplerinin maruz kaldığı fiili durumu telafi edici, mülkiyet hakkı üzerindeki kısıtlılık sebebiyle hak sahiplerinin yüklendiği yük ile kamu menfaati arasında adil dengeyi sağlayıcı herhangi bir mekanizma öngörülmemesi sebebiyle ölçülülük ilkesine aykırılık tespitinde bulunmuştur.

*İbrahim Oğuz ve Diğerleri* davasına konu uyuşmazlık ise<sup>597</sup>, başvuruçuların taşınmazlarının bir kısmına hafriyat dökülmesi ve yol açılması suretiyle müdahale edilmesidir. Başvurucu, taşınmaz üzerine hafriyat döküldüğü ve yol açıldığı iddiasıyla elatmanın önlenmesi ve ecrimisil tazminatının tahsili talebiyle açtıkları davanın,

<sup>597</sup> AYM *İbrahim Oğuz ve Diğerleri*, 2013/5926 B. No., 6.10.2015 T. karar (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/5926>, 9.7.2020).

kamulaştırmasız elatılan taşınmaz bedelinin ödenmesi davası olarak nitelendirilerek, Kamulaştırma Kanunu uyarınca hesaplanan kamulaştırma bedelinin ödenmesi ve taşınmazın idare adına tesciline hükmedilmesi karşısında adil yargılanma hakkı ihlali ile mülkiyet hakkı ihlali iddiasında bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi, bu dosyada, *Celalettin Aşçıoğlu* başvurusundaki karara benzer şekilde, davanın isimlendirilmesinin derece mahkemelerin yetkisinde olduğunu vurgulayarak, açıkça keyfilik olmadığı sürece bu değerlendirmeleri incelemeyeceğini belirterek adil yargılanma hakkının ihlal edildiği yönündeki iddiayı açıkça dayanaktan yoksun bulmuştur<sup>598</sup>.

AYM, *İbrahim Oğuz ve Diğerleri* başvurusunda, *Servet Saraçoğlu ve Diğerleri* başvurusunda olduğu üzere, AİHM'in benimsediği üç kural prensibine atıf yapmış ve uyuşmazlığı mülkiyetin barışçıl kullanılması hakkı şeklinde ifade edilen birinci kural kapsamında ele almıştır<sup>599</sup>. *Celalettin Aşçıoğlu* başvurusundaki kamulaştırmasız elatma ile ilgili tanımlama ve açıklamaları tekrar ederek idarenin müdahalesi hakkında, kanunilik kriterine aykırılık sebebiyle mülkiyet hakkı ihlali kararı vermiştir<sup>600</sup>. Bu tür müdahalelerde, kamu yararı ile birey menfaati arasında denge kurulması amacıyla elatılan taşınmazın gerçek bedelinin ödenmesi gerekliliği kapsamında Kamulaştırma Kanunu hükümleri uyarınca bedelin belirlenmesinin makul bir denge kurduğunu ifade etmiştir<sup>601</sup>.

AYM *Şevket Karataş* kararına<sup>602</sup> konu olayda, başvurucunun maliki olduğu taşınmazın bir kısmından, 1985 yılında, kamulaştırma yapılmaksızın enerji nakil hattı geçirilmiş ve üzerine elektrik direği dikilmiştir. Yargılama sonucunda, direğin dikildiği pilon alanının bedeli ile taşınmazın diğer kısmında elatma nedeniyle yaşanan değer kaybına karşılık olarak irtifak hakkı bedelinin ödenmesine, enerji nakil hattı koruma bandı içerisindeki taşınmazın diğer bölümleri üzerinde idare lehine irtifak tesis edilmesine hükmedilmiştir. Başvurucu, bireysel başvuruda, taşınmazına kamulaştırmasız elatılmasından yakınmış, enerji nakil hattı geçirilmesi sebebiyle taşınmazı üzerinde inşaat yapabilmesinin mümkün olmadığını, bu sebeple enerji nakil hattı geçen bölümün tamamının bedeli ile enerji nakil hattı geçmeyen bölümde

<sup>598</sup> AYM *İbrahim Oğuz ve Diğerleri*, 2013/5926 B. No., 6.10.2015 T. karar, prg.44-53.

<sup>599</sup> AYM *İbrahim Oğuz ve Diğerleri*, 2013/5926 B. No., 6.10.2015 T. karar, prg.62-75.

<sup>600</sup> AYM *İbrahim Oğuz ve Diğerleri*, 2013/5926 B. No., 6.10.2015 T. karar, prg.72-89.

<sup>601</sup> AYM *İbrahim Oğuz ve Diğerleri*, 2013/5926 B. No., 6.10.2015 T. karar, prg.100-108.

<sup>602</sup> AYM *Şevket Karataş*, 2015/12554 B. No., 25.10.2018 T. karar (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2015/12554>, 8.7.2020).

meydana gelen değer kaybının tazminat olarak ödenmesini gerektiğini, aksi yöndeki uygulama sebebiyle mülkiyet hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir. AYM, taşınmazdan enerji nakil hattı geçirilmesi amacıyla idari irtifak tesis edilmesi suretiyle yapılan müdahalenin, mülkten yoksun bırakmaya ilişkin ikinci kural çerçevesinde incelenmesi gerektiğini belirtmiştir<sup>603</sup>.

Anayasa Mahkemesi uyuşmazlık hakkında verdiği kararda, hukuka uygun gerçekleştirilen kamulaştırma ile kıyaslandığında kamulaştırma yapılmaksızın gerçekleştirilen elatmada hak sahibinin hukuki güvencelerden yoksun olduğunu vurgulamaktadır. İdareye anayasal güvencelere aykırı olarak kamulaştırmaya ilişkin önceden belirli kuralların ötesine geçme imkânı sağlayan böyle bir uygulamanın mülkiyet hakkının korunması yönünden öngörülemez ve keyfi durumlara yol açtığı, Anayasa'nın 13., 35. ve 46. maddelerinde öngörülen hukuki güvenceleri içermediği açık olan söz konusu müdahalenin kanuna dayalı olmadığı belirtilerek mülkiyet hakkının ihlal edildiğine hükmedilmiştir<sup>604</sup>.

Anayasa Mahkemesi, hükmedilen tazminat değerine ilişkin iddia karşısında ise kamulaştırma bedelinin belirlenmesi görevinin ilk elden delillere ulaşan derece mahkemelerine ait olduğunu, kendisinin sadece mülkiyet hakkına yapılan müdahale ile ödenen bedel arasında ölçülülük ilkesinin tesis edildip edilmediği üzerinden değerlendirme yapabileceğini belirtmiştir. Hak sahibinin uğradığı zararın tazmin edilmesi gerektiğini, bu çerçevede derece mahkemeleri tarafından KK m.11 uyarınca yapılan hesaplamanın malikin maddi zararlarını karşılamak için makûl olduğuna hükmetmiştir<sup>605</sup>.

<sup>603</sup> AYM Şevket Karataş, 2015/12554 B. No., 25.10.2018 T. karar, prg.40-42.

<sup>604</sup> AYM Şevket Karataş, 2015/12554 B. No., 25.10.2018 T. karar, prg.54-60.

<sup>605</sup> AYM Şevket Karataş, 2015/12554 B. No., 25.10.2018 T. karar, prg.65-67'ta, "Başvurucunun taşınmazından enerji nakil hattı geçirilmesi nedeniyle bu kısmı tamamen kullanamadığı yönündeki iddiası yerinde görülmemiştir. Çünkü sadece enerji nakil hattı geçirilmiş olması taşınmazın mülkiyetini bütünüyle idareye geçirmede olduğu gibi yukarıda da değinildiği üzere başvuru taşınmazın bir bölümü olan üstündeki hava veya altındaki arz katmanından mahrum kalmaktadır. Ancak başvurunun taşınmazın zemininden veya alt katmanlarından yararlanma imkânları devam etmektedir... Dolayısıyla uyuşmazlık konusu taşınmaz tapuda başvuru adına kayıtlı kalmaya devam edeceğine göre enerji nakil hattı geçirilen kısmın mülkiyetinin bedelinin ödenmesi yerine irtifak bedelinin tazminat olarak hesaplanması başvurunun maddi zararlarını gidermeye yönelik makul bir karşılık olarak görülmektedir." şeklinde kanaatini açıklamıştır.

Benzer bir dava olan *Alaattin Ölçer* başvurusuna konu olayda<sup>606</sup>, başvurucunun 2005 yılında maliki olduğu taşınmaz için beş katlı yapı ruhsatı almasına rağmen idare tarafından taşınmazından geçirilen enerji nakil hattı sebebiyle yapamadığı yapının kira gelirinden mahrum kaldığı iddiası söz konusudur. Başvurucunun açtığı kamulaştırmasız elatmaya dayanan müdahalenin önlenmesi ve 2006-2011 yılları için yoksun kalınan kira gelirleri için ecrimisil davaları ile ilgili olarak derece mahkemeleri, kamulaştırmasız elatmanın varlığını kabul etmiş, müdahalenin önlenmesi talebi doğrultusunda enerji nakil tellerinin yıkımına hükmetmiştir. Ancak ecrimisil talebi, taşınmaz üzerinde daha önceden var olan ve kullanılan tek katlı konut dışında yeni bir bina yapılmadığı, bu sebeple Kamulaştırma Kanunu'nun 11. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca ilerisi için düşünülen kullanma şekillerine göre bedel talep etmenin mümkün olmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir. Başvurucu, hâlen taşınmazını kullanamadığını, müdahale yüzünden maddi ve manevi anlamda zarara uğratıldığını, idarenin haksız elatması yüzünden mülkiyetinde olan taşınmazı dilediği gibi tasarruf etme yetkisinin elinden alındığını, hâlen de enerji nakil hattının kaldırılmamış olduğunu, yıkım kararının icra edilemediğini; buna rağmen kendisine tazminat ödenmesi yönündeki talebin derece mahkemelerince reddedildiğini belirterek mülkiyet hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

AYM, söz konusu uyuşmazlığı mülkiyetten yoksun bırakmaya ilişkin ikinci kural kapsamında ele alınacağını belirtmiştir<sup>607</sup>. Anayasa Mahkemesi, bu kararında, *Şevket Karataş* kararında anılan ilkelerden ayrılmayı gerektiren bir durum olmadığını belirterek mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin kanuna dayalı olmadığı gerekçesiyle mülkiyet hakkı ihlali yönünde karar vermiştir. Mahkeme, başvurucunun, henüz beş katlı bir yapı inşa ettiremediği için yoksun kaldığı kira kaybının olmadığına, ancak idari irtifak tesis edilmeksizin taşınmaz üzerinden enerji nakil hattı geçirilmek suretiyle uğranılan zararı karşılayacak hiçbir tazminat da ödenmediğine işaret etmiş ve yeniden yargılama yapılmak amacıyla kararın derece mahkemesine gönderilmesine karar vermiştir<sup>608</sup>.

<sup>606</sup> AYM *Alaattin Ölçer*, 2015/1089 B. No., 22.1.2019 T. karar (Hata! Köprü başvurusu geçerli değil., 8.7.2020).

<sup>607</sup> AYM *Alaattin Ölçer*, 2015/1089 B. No., 22.1.2019 T. karar, prg.34-39.

<sup>608</sup> AYM *Alaattin Ölçer*, 2015/1089 B. No., 22.1.2019 T. karar, prg.40-50.

## 2.2. Hukuki Elatmayı Konu Alan Kararlarında Kavrama Yaklaşım

Hukuki elatma kapsamında değerlendirebileceğimiz ilk başvuru, *Yunis Ağlar* başvurusudur<sup>609</sup>. Davaya konu uyuşmazlıkta, 2004 yılındaki nazım imar planında ve 2008 yılındaki uygulama imar planında taşınmazının bir kısmı park alanına ve dere koruma alanına tahsis edilen başvurunun, imar planı değişikliği talebi reddedilmiştir. Başvurucunun kamulaştırma işleminin yapılmamasından kaynaklı açtığı kamulaştırmasız elatma davası da İK m. 10'da zikredilen beş yıllık süre geçmediği gerekçesiyle reddedilmiş ve karar 2012 yılında kesinleşmiştir. Başvurucu, taşınmazın kamulaştırılmaması sebebiyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiası ile bireysel başvuruda bulunmuştur.

AYM<sup>610</sup>, uygulama imar planında kısmen konut alanı, kısmen park alanı ve kısmen yeşil alan olarak tahsis edilen başvurucuya ait taşınmazın, uygulama imar planının kesinleştiği tarih olan 16/1/2008 tarihinden itibaren ilk derece mahkemesindeki dava tarihine kadar geçen yaklaşık iki yıl on bir aylık süreçte kamulaştırılmaması sebebiyle mülkiyet hakkına müdahale olduğunu tespit etmiştir. Ancak iki yıl on bir aylık süre nazara alındığında, söz konusu sınırlamanın, başvurunun mülkiyet hakkının korunması ile kamusal menfaatin gerekleri arasında sağlanması gereken dengeyi bozmadığı ve başvuru açısından meşru sayılamayacak, ferdi ve aşırı nitelikte bir yük oluşturmadığı gerekçesiyle mülkiyet hakkının ihlal edilmediği yönünde karar vermiştir.

*Alaattin Yüksel-İbrahim Yüksel* davasında<sup>611</sup> ise başvuru, imar planında hükûmet konağı genişletme alanında kalan taşınmazlarının imar programına alınmaması ve kamulaştırılmaması sebebiyle mülkiyet haklarının ihlal edildiğini iddia

<sup>609</sup> AYM *Yunis Ağlar* 2013/1239 B. No., 20.3.2014 T. karar (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/1239>, 8.7.2020). Karara ilişkin değerlendirme için bkz. Abdullah Çelik, “İmar Planlarında Kamu Hizmetine Ayrılan Taşınmazların Makul Sürede Kamulaştırılmamasının Mülkiyet Hakkına Etkileri ve Buna İlişkin Bir Anayasa Mahkemesi Kararının İncelenmesi”, *Terazi Hukuku Dergisi*, C.9, S.100, Aralık 2014, s.162-167. Benzer içerikteki diğer kararlar için bkz. AYM *Tam Petrol Ürünleri Alım Satım Ltd. Şti.*, 2013/2131 B. No., 10.6.2015 T. karar, prg.60-61; AYM *Yenibaşaran Uluslararası Nakliyat ve Ticaret A.Ş.*, 2013/3300 B. No., 18.9.2014 T. karar, prg.37-38; AYM *Alaattin Yüksel ve İbrahim Yüksel*, 2013/9463 B. No., 5.11.2015 T. karar, prg.46-47 ([www.anayasa.gov.tr](http://www.anayasa.gov.tr), 7.7.2020).

<sup>610</sup> AYM *Yunis Ağlar* 2013/1239 B. No., 20.3.2014 T. karar, prg.46-49.

<sup>611</sup> AYM *Alaattin Yüksel-İbrahim Yüksel*, 2013/9463 B. No., 5.11.2015 T. karar (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/9463>, 9.7.2020).

etmektedir. Anayasa Mahkemesi, taşınmaz mülkiyeti üzerindeki kısıtlamalar nedeniyle oluşan zararın tazmini için etkili ve yeterli başvuru yolunun, Kamulaştırma Kanunu'nun değişik geçici 6. maddesi uyarınca, idare mahkemelerinde açılacak tam yargı davası olduğunu belirtmekte ve başvuru sahiplerinin tam yargı davası açmamış olduğunu tespit ederek başvurunun kabul edilemez olduğuna hükmetmiştir. Bu karar ile AYM, karar tarihi itibarıyla yürürlükte olan Kamulaştırma Kanunu geçici m.6/10. fıkra gereğince hukuki elatma hallerinde idari yargıda tam yargı davasının açılması gerektiğini vurgulamaktadır. İdari yargıda tam yargı davası açılmak suretiyle tazminat talebinde bulunulmadığı sürece mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasının dinlenemeyeceğini belirtmektedir.

*Hüseyin Ünal*<sup>612</sup> başvurusunda, 1989 yılındaki nazım imar planı ile 2004 yılında yürürlüğe giren uygulama imar planında yol olarak tahsis edilmiş taşınmaz hakkında açılan tam yargı davasının, o tarih itibarıyla (2017 yılı) yürürlükte bulunan Kamulaştırma Kanunu'nun geçici 11. maddesine dayanılarak reddedilmesi ile mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddia edilmektedir. AYM, birinci kural kapsamında ele aldığı müdahalenin<sup>613</sup> kanuni dayanağının bulunduğunu, meşru bir amaca yöneldiğini belirtmiştir<sup>614</sup>. Ölçülülük ilkesi üzerinden yaptığı değerlendirmede, Danıştay içtihatlarına atıf yaparak, imar planlarının onaylanmasından itibaren beş yıllık sürede kamulaştırmamanın belirsizliğe yol açtığı tespitinde bulunmuş ve “*Sonuç olarak uygulama imar planının onaylanmasından itibaren yaklaşık on dört yıl geçmesine rağmen imar planında yol olarak kamu hizmetine ayrılan taşınmazın kamulaştırılmaması başvuru sahibiye şahsi olarak aşırı bir külfet yüklemektedir. Bu durumda başvuru sahibinin mülkiyet hakkının korunması ile kamunun yararı arasında olması gereken adil dengenin başvuru aleyhine bozulduğu ve müdahalenin ölçülü olmadığı sonucuna varılmıştır.*” şeklinde ihlal kararı verilmiştir<sup>615</sup>.

*Firdes Serim ve Diğerleri*<sup>616</sup> başvurusu, imar planında kamu hizmetine tahsis edilmesine rağmen kamulaştırılmayan taşınmazlara ilişkindir. 2011 ve 2014 yıllarında onaylanan uygulama imar planlarında kamu hizmet alanı olarak ayrılan başvuru sahiplerine

<sup>612</sup> AYM *Hüseyin Ünal*, 2017/24715 B. No., 20.9.2018 T. karar ([www.anayasa.gov.tr](http://www.anayasa.gov.tr), 12.10.2021).

<sup>613</sup> AYM *Hüseyin Ünal*, 2017/24715 B. No., 20.9.2018 T. karar, prg.38-41.

<sup>614</sup> AYM *Hüseyin Ünal*, 2017/24715 B. No., 20.9.2018 T. karar, prg.44-50.

<sup>615</sup> AYM *Hüseyin Ünal*, 2017/24715 B. No., 20.9.2018 T. karar, prg.51-62.

<sup>616</sup> AYM *Firdes Serim ve Diğerleri*, 2017/20808 B. No., 18.4.2019 T. karar ([www.anayasa.gov.tr](http://www.anayasa.gov.tr), 12.10.2021)

ait taşınmazların kamulaştırılması istemiyle idareye yapılan başvurular sonuçsuz kalmış; taşınmaz bedelinin ödenmesine ilişkin tam yargı davası ise imar planlarının onaylandığı tarihten itibaren karar tarihi itibarıyla İK m.10 uyarınca taşınmazların kamulaştırılması için öngörülen beş yıllık sürenin dolmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir. Anayasa Mahkemesi<sup>617</sup>, davaya konu olan uyuşmazlığın birinci kural kapsamında (mülkiyetten barışçıl yararlanma hakkı) ele alınması gerektiğini belirtmiş, İmar Kanunu'nun 10. maddesi uyarınca, ilgili taşınmazların, imar planının onaylanmasından itibaren beş yıl içerisinde kamulaştırılması gerektiği tespitini yapmıştır. Başvuru konusu olayda imar planının onaylanarak kesinleştiği tarihten Anayasa Mahkemesi'nin karar tarihine kadar beş yılı aşkın bir süre geçmiş olmasına rağmen başvurularda ait taşınmazların halen kamulaştırılmadığı ve başvurularda herhangi bir tazminat da ödenmediği dikkate alındığında mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin ölçülü olmadığına hükmedilmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin, ölçülü bir müdahaleden bahsedebilmek için gereken beş yıllık sürenin hesabında, *Yunis Ağlar* başvurusunda, ilk derece mahkemesinde dava açma tarihini baz alırken, bu kararda Anayasa Mahkemesi'nin karar tarihini baz alması dikkat çekicidir.

*Mehmet Umur Akarca*<sup>618</sup> başvurusu, İstanbul Boğaziçi Alanı Gayrimenkul Eski Eserler ve Anıtlar Yüksek Kurulunun 14/12/1974 tarihli karar ile doğal sit alanı statüsünde bulunan, 22/7/1983 tarihli uygulama imar planında park alanı, 24/2/1984 tarihli nâzım imar planında da yeşil alan olarak ayrılan taşınmaz üzerinde tasarruf yetkisinin sınırlanmış olması nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir. Anayasa Mahkemesi'nin birinci kural kapsamında ele aldığı uyuşmazlıkta, taşınmazın, doğal sit alanı olması dışında imar durumundaki tahsisat sebebiyle kısıtlamalara ve kesin yapılaşma yasağına maruz kalması nedeniyle kullanılamadığı ve tasarruf edilemediği belirtilmekte, taşınmazın makul sürede kamulaştırılması halinde ihlalin meydana gelmeyeceği vurgulanmaktadır. Mahkeme<sup>619</sup>, başvurucuya ait taşınmazın 22/7/1983 tarihli uygulama imar planında kamu hizmeti alanına ayrılmasına rağmen beş yılı aşan uzun bir süreden beri

<sup>617</sup> AYM *Firdes ve Diğerleri*, 2017/20808 B. No., 18.4.2019 T. karar, prg.19-24.

<sup>618</sup> AYM *Mehmet Umur Akarca*, 2017/15318 B. No., 9.6.2021 T. karar ([www.anayasa.gov.tr](http://www.anayasa.gov.tr), 12.10.2021).

<sup>619</sup> AYM *Mehmet Umur Akarca*, 2017/15318 B. No., 9.6.2021 T. karar, prg.35-49.



kamulaştırılmadığı ve başvurucuya herhangi bir tazminat da ödenmediği dikkate alındığında mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin ölçülü olmadığına hükmetmiştir.

### 3.4. Değerlendirme

Anayasa Mahkemesi, konumuz kapsamında gerek fiili elatma gerekse de hukuki elatma olarak isimlendirilebilecek uyuşmazlıkları mülkiyet hakkı çerçevesinde ele almaktadır. Bireysel başvurularda, genel itibarıyla, AİHM'in, Ek 1 No'lu Protokol m. 1'in mülkiyet hakkı ile ilgili üç kural içerdiği yaklaşımı üzerinden hareket etmekte ve başvuruya konu olaylarda mülkiyet hakkına bir müdahalenin varlığını tespit ettikten sonra olayın hangi kural kapsamında ele alınacağını belirtmektedir. AİHM'in müdahalenin hak ihlaline sebebiyet verip vermediğini tespit etmek için kullandığı kanunilik, meşru amaç ve ölçülülük kriterlerini, Anayasa Mahkemesi'nin de benzer şekilde kullandığı gözlemlenmektedir.

AYM, mülkiyet kamulaştırması veya kamulaştırma yoluyla irtifak tesisi yapılması gerekirken bu işlemler yapılmaksızın gerçekleştirilen fiilen elatmalar için *“kamulaştırmасız el atma”* kavramını kullanmakta ve kavramı, verdiğimiz çeşitli kararlarda da görüleceği üzere tanımlamaktadır<sup>620</sup>. Tanımda geçen *“fiilen ve hukuken bedelsiz el koyma”* şeklindeki ifade, Anayasa Mahkemesi'nin, kamulaştırmасız elatmayı, geniş bir perspektif üzerinden ele almayı tercih ettiğini göstermektedir.

AYM, kamulaştırmасız elatmayı tanımlamakta, ancak Türk yargı makamları ile doktrinin yaptığı şekilde, unsurlar üzerinden bir tarif yapmamaktadır. Derece mahkemeleri nezdinde yapılan kavramsallaştırma ve dava isimlendirmelerinin (kamulaştırmасız elatma sebebiyle tazminat davası veya haksız fiile dayalı tazminat davası gibi) derece mahkemelerinin yetkisinde olduğunu vurgulayarak, açıkça keyfilik

<sup>620</sup> AYM *Celalettin Aşçıoğlu*, 2013/1436 B. No., 6.3.2014 T. karar; Benzer bir tanımlama için bkz. AYM *İbrahim Oğuz ve Diğerleri*, 2013/5926 B. No., 6.10.2015 T. karar, prg.72 (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/5926>, 9.7.2020). Anayasa Mahkemesi daha önceki kararlarında (iptal davasının söz konusu olduğu) kavramı şu şekilde tanımlamaktaydı: *“Kamu tüzel kişilerinin herhangi bir şekilde kamulaştırma yapmadan bir taşınmaz üzerine kamu yararı amacıyla köprü, yol veya herhangi bir tesis yapmaları kamulaştırmасız el atmadır.”* demektedir. Bkz. Anayasa Mahkemesi 2002/112 E., 2003/33 K., 10.4.2003 T. karar (RG. T.4.11.2003, S.25279). Daha yakın tarihli bir kararda da, AYM, kamulaştırmасız el atmayı, idarenin, bir kişiye ait taşınmazı bilerek veya bilmeyerek kamulaştırmaya ilişkin usul ve kurallarına uymaksızın ve bir bedel ödemeksizin işgal ederek kamu hizmetine tahsis etme şeklinde tanımlamış ve taşınmazın fiilen kamu hizmetine tahsis edilmesi gerektiğini ifade etmiştir (AYM 2013/93 E., 2013/101 K., 25.9.2013 T. karar, [www.anayasa.gov.tr](http://www.anayasa.gov.tr), 12.10.2021).



olmadığı sürece bu iddiaları incelememektedir<sup>621</sup>. Delillere ilk elden ulaşma imkânlarının bulunduğunu belirttiği derece mahkemelerinde dava konusu yapılmış olayların sübutu, delillerin değerlendirilmesi, hukuk kurallarının yorumlanması ve uygulanması ile derece mahkemelerince uyuşmazlıkla ilgili varılan sonucun esas yönünden adil olup olmamasının bireysel başvuru incelemesine konu olamayacağını belirtmektedir. Anayasa Mahkemesi, daha geniş bir perspektiften kamu makamları tarafından mülkiyet hakkına müdahale olup olmadığını, müdahalenin varlığında ise bunun hukuki olup olmadığını, derece mahkemelerinin nitelendirmelerinden bağımsız olarak, uyuşmazlık konusu olaya yoğunlaşarak ispat edilen olay ve durumlar üzerinden değerlendirmektedir.

Anayasa Mahkemesi, idarenin fiili elatma şeklindeki müdahalelerini konu alan başvuruları, birinci kural olan mülkiyetten barışçıl yararlanma hakkı<sup>622</sup> veya ikinci kural olan mülkiyet hakkından yoksun bırakma<sup>623</sup> kapsamında değerlendirmektedir. Bu tür uyuşmazlıklarda, idarenin müdahalesinin kanuna dayanmadığından hareketle haksız fiil nitelendirmesi yapmakta ve kanunilik ilkesine aykırılık sebebiyle ihlal sonucuna varmaktadır<sup>624</sup>.

AYM, fiili elatmaya bağlı tazminat talepleri ile faiz oranlarına ilişkin mülkiyet hakkı ihlali iddialarında ise bu durumun mahkemeler tarafından ne şekilde isimlendirildiğine yoğunlaşmaksızın mahkemelerin mevcut uygulamasının ne ölçüde telafi edici olduğuna odaklanmaktadır. Bu çerçevede tazminat hesaplamasının, haksız fiil esasları uyarınca değil de Kamulaştırma Kanunu uyarınca ve dava tarihine göre belirlenen kamulaştırma bedeli üzerinden yapılmasında kamu yararı ile bireysel yarar arasında makul bir dengenin kurulup kurulmadığını belirlemektedir<sup>625</sup>. Fiili elatmaya bağlı taleplerde faiz oranıyla ilgili iddialarda, uygulamada iki tür faiz oranı ile karşılaşıldığını belirtmektedir. Dava tarihinden kararın kesinleşmesine kadarki süreçte

<sup>621</sup> Bkz. AYM *Celalettin Aşçıoğlu*, 2013/1436 B. No., 6.3.2014 T. karar; Bkz. AYM *İbrahim Oğuz ve Diğerleri*, 2013/5926 B. No., 6.10.2015 T. karar.

<sup>622</sup> Bkz. AYM *İbrahim Oğuz ve Diğerleri*, 2013/5926 B. No., 6.10.2015 T. karar.

<sup>623</sup> Bkz. AYM *Şevket Karataş*, 2015/12554 B. No., 25.10.2018 T. karar; AYM *Alaattin Ölçer*, 2015/1089 B. No., 22.1.2019 T. karar.

<sup>624</sup> Bkz. AYM *Celalettin Aşçıoğlu*, 2013/1436 B. No., 6.3.2014 T. karar; AYM *Şevket Karataş*, 2015/12554 B. No., 25.10.2018 T. karar; AYM *Alaattin Ölçer*, 2015/1089 B. No., 22.1.2019 T. karar.

<sup>625</sup> Bkz. AYM *Celalettin Aşçıoğlu*, 2013/1436 B. No., 6.3.2014 T. karar; AYM *İbrahim Oğuz ve Diğerleri*, 2013/5926 B. No., 6.10.2015 T. karar; AYM *Şevket Karataş*, 2015/12554 B. No., 25.10.2018 T. karar.

kanuni faiz oranının işletildiğini, kararın kesinleşmesinden fiili ödeme tarihine kadar ise Anayasa m.46/2 uyarınca kamu alacakları için uygulanan en yüksek faiz oranının kullanıldığını ve kullanılan bu oranların makul olduğunu, değer kayıplarını telafi edici mahiyette olduğunu belirtmektedir<sup>626</sup>. Anayasa Mahkemesi, derece mahkemelerinin, fiili elatma ile ilgili uyuşmazlıklarda tazminat talebini, kamulaştırma mevcutmuş gibi Kamulaştırma Kanunu hükümleri uyarınca çözümlemesini, faiz taleplerini yine kamulaştırma usulüne paralel ele almasını mülkiyet hakkı ihlali olarak değerlendirmemiştir.

Kamulaştırma bedelinin taksitlendirilmesi veya zamanında ödenmemesi halinde en yüksek faiz oranının işletilmesi, mülkiyetin hukuka uygun bir işlem sonucu idareye geçmesi karşılığında peşin ve nakden verilmesi gereken kamulaştırma bedelinin peşin ve nakden verilmemesinin telafisi mahiyetindedir<sup>627</sup>. Anayasa m.46/4'e göre, kamu alacakları için öngörülen en yüksek faiz oranı, herhangi bir sebeple vaktinde ödenmemiş, temerrüde düşmüş kamulaştırma bedel borcu için uygulanmaktadır. Kamulaştırmaz elatma ise Anayasa Mahkemesi'nin de belirttiği üzere, haksız fiildir. Kamulaştırmaz elatma sebebiyle bedel/tazminat talebi de, hukuka aykırı fiil sebebiyle vaktinde malike ödenmeyen bedelin tespit ve tahsili maksadını taşımaktadır. TBK m. 117 uyarınca, borçlu idare, haksız fiilin işlendiği tarih olan elatma tarihinde temerrüde düşmüştür. Bu çerçevede de haksız fiilin işlendiği tarih itibariyle temerrüt faizi olan kamu alacakları için öngörülen en yüksek faiz oranının işletilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Anayasa Mahkemesi'nin haksız fiil olarak nitelendirdiği ve kamulaştırma ile aynı hukuki çerçevede ele alınamayacağını defalarca vurguladığı fiili elatmanın hukuki sonuçlarının, kamulaştırma usulüne paralel gelişmesinde hak ihlali görmemesi çelişkili bir yaklaşım olarak değerlendirilebilir.

<sup>626</sup> Bkz. AYM *Cavit Bağyapan*, 2013/1444 B. No., 4.11.2014 T. karar.

<sup>627</sup> YİBGK 1988/4 E., 1989/3 K., 20.10.1989 T. kararında, kural olarak peşin ödenmesi gereken kamulaştırma bedelinin eksik ödenmesi veya kamulaştırma bedelinin artırılması davası neticesinde eksik ödeme olduğunun tespit edilmesi halinde taşınmaz mülkiyetinin idareye geçtiği andan itibaren, malik için para alacağına dönüşen kamulaştırma bedeline temerrüt faizi işletilmesi gerektiğine hükmetmiştir. *Mahkeme*, konunun doğrudan mülkiyet hakkını ilgilendirdiğini, mülkiyet hakkı kime ait ise nef'i ve hasarın ona ait olacağı genel kuralından hareket etmekte ve taşınmaz malikinin taşınmaz ile hukuki bağının kesildiği, yani mülkiyetin idareye geçtiği andan itibaren nef'i ve hasarın idareye ait olduğu, taşınmaz malikinin bu andan itibaren taşınmazın kendisine ödenmemiş bedeli için temerrüt faizi isteyebileceğini belirtmektedir ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 4.8.2020). Bu kararın kıyasen uygulanması suretiyle kamulaştırmaz elatmada, elatma tarihi itibariyle karşılanması gereken taşınmaz bedelinin ödenmemesi sebebiyle bu tarih itibariyle temerrüt faizinin işletilmesi kabul edilebilir.

Anayasa Mahkemesi'nin hukuki elatma kapsamındaki bireysel başvurularda, bir kavramsallaştırma ve tanımlama yapmadığı, derece mahkemelerinin değerlendirmelerinden bağımsız şekilde iddiayı değerlendirdiği gözlemlenmektedir<sup>628</sup>. Mahkeme, bu tür iddiaları birinci kural kapsamında değerlendirmekte<sup>629</sup> ve başvuruya konu müdahalelerin, kanuni dayanağının olduğu ve meşru bir amaç güdüldüğü tespitinde bulunmaktadır. Ancak söz konusu müdahalede kamu yararı ile bireysel menfaat arasından adil denge kurulup kurulmadığı, diğer bir deyişle ölçülülük ilkesine riayet edilip edilmediği meselesine yoğunlaşmaktadır.

Bireysel başvuruya konu taşınmazların kamulaştırılması gerekip gerekmediğini ve bu çerçevede ne kadarlık bir sürede kamulaştırılması gerektiğini belirlemekte, makul bir süre ölçütü getirmektedir. Makul sürenin, yargı içtihatlarına atıf yaparak beş yıl üzerinden hesaplandığını belirterek bu süreyi baz almaktadır. Ölçülülük kriterinin sağlanıp sağlanmadığının tespitinde önemli bir unsur olan beş yıllık süreyi, uygulama imar planının yürürlüğe girmesi tarihinden itibaren işletmesi dikkat çekicidir. Halbuki hak sahipleri, taşınmazlarının nazım imar planında kamu hizmetine tahsisinden itibaren tasarruf yetkisi kısıtlamalarına maruz kalmaktadırlar.

Anayasa Mahkemesi, beş yıllık sürenin dolup dolmadığının hesabında, ilk vakit, ilk derece mahkemesinde dava açma tarihini baz almaktaydı<sup>630</sup>. Makul sürenin hesabında, ilk derece mahkemesindeki dava tarihinin baz alınması, taşınmaz üzerindeki sınırlandırmanın gerçek etkisini tayin etmekten uzak bir yaklaşımdır. Ancak Mahkeme, bu uygulamadan vazgeçmiştir. Makul sürenin hesabında Anayasa Mahkemesi'nin karar tarihi baz alınmaktadır<sup>631</sup>. Bu tür bir değerlendirme, somut

<sup>628</sup> Bkz. I. Bölüm, D., 2., 2.2.

<sup>629</sup> Bkz. AYM *Hüseyin Ünal*, 2017/24715 B. No., 20.9.2018 T. karar; AYM *Firdes ve Diğerleri*, 2017/20808 B. No., 18.4.2019 T. karar; AYM *Mehmet Umur Akarca*, 2017/15318 B. No., 9.6.2021 T. karar.

<sup>630</sup> AYM *Yunis Ağlar* 2013/1239 B. No., 20.3.2014 T. karar. *Çelik*, Yunis Ağlar kararını, imar planlarının kesinleşmesinden itibaren üç ay içerisinde hazırlanması gereken imar programlarının bu sürede hazırlanmaması ile imar planlarında kamu hizmetlerine ayrılan taşınmazların kamulaştırılmamasının mülkiyet hakkı üzerindeki etkilerinin değerlendirilmemesi, ihlalin tespiti açısından sadece dava tarihine kadarki sürecin dikkate alınıp sonraki sürecin dikkate alınmaması açılarından eleştirmektedir. Yazar, “*Dolayısıyla, somut olay, AİHM kararlarında belirtilen ve yukarıda açıklanan ilkeler ışığında değerlendirildiğinde, Anayasa Mahkemesinden farklı olarak, kamu hizmetine ayrılan başvurucuya ait taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkının akıbetiyle ilgili belirsizlik oluşturulduğu, başvurucunun şahsi yük yüklendiği, dolayısıyla kamu yararının gerekleri ile bireyin hakkının korunması arasında adil denge kurulamayarak mülkiyet hakkının ihlal edildiği kanaatine varılmaktadır.*” demektedir. Bkz. *Çelik*, Anayasa Mahkemesi, s.163-167.

<sup>631</sup> Bkz. AYM *Firdes ve Diğerleri*, 2017/20808 B. No., 18.4.2019 T. karar.

olayda, ölçülülük ilkesini aşan bir sınırlandırmanın olup olmadığını tespit edebilmek açısından doğru bir yaklaşım olmuştur.

*Şevket Karataş* başvurusuna ilişkin kararda Anayasa Mahkemesi, Türkiye’deki kamulaştırmasız elatma vakaları ile ilgili önemli tespitler yapmaktadır. Kısaca bu tespitlere değinmekte fayda olacaktır. Anayasa Mahkemesi, kamulaştırmasız elatma uygulamasının Anayasa’nın 13. ve 35. maddeleri yanında doğrudan 46. maddesine aykırı olarak mülkiyet hakkının ihlaline yol açan çok önemli bir sorun olduğunu, bu tür uygulamaları tasfiye etmek amacıyla kanuni düzenlemeler yapılmasına rağmen idarelerce kamulaştırmasız elatma uygulamasına başvurulduğunun gözlemlendiğini belirtmektedir. Anayasa Mahkemesi<sup>632</sup>,

*“... temel bir hak olarak güvence altına alınan mülkiyet hakkının ihlaline sebebiyet veren kamulaştırmasız el atma uygulaması ülkemizde yapısal bir sorun teşkil etmektedir.”*

şeklinde konunun sistematik bir problem olduğuna vurgu yapmaktadır. Anayasa Mahkemesi, bu hukuka aykırı vaka karşısında derece mahkemelerinin sadece kamulaştırma bedelinden ibaret olan maddi tazminata hükmetmesinin, idarelerin olağan kamulaştırma usulü yerine kamulaştırmasız elatmayı yönelmesini kolaylaştırdığını belirtmektedir. Bu durumun yaşanmaması için başka tedbirlerin alınması, başka yaptırımların uygulanması gerektiğini vurgulamaktadır. Anayasa Mahkemesi’nin, kamulaştırmasız elatma şeklinde isimlendirilen hukuka aykırı durumun yaşanmaması için gerekli tedbirlerin alınması gerektiği hususunu vurgulama ihtiyacı hissetmesi çok anlamlıdır. Umut edilir ki, AYM’nin bu kararı, kamulaştırmasız elatma gibi idarenin kamu gücünü kullanarak hukuka aykırı şekilde hareket etmesine engel olacak şekilde düzenlemelerin öngörülmesine vesile olur.

<sup>632</sup> AYM *Şevket Karataş*, 2015/12554 B. No., 25.10.2018 T. karar, prg.68-70.

## İKİNCİ BÖLÜM

### KAMULAŞTIRMASIZ ELATMANIN HÜKÜM VE SONUÇLARI

#### A. GENEL OLARAK

Kamulaştırmasız elatma olgusu, esas itibariyle, Anayasa'nın 35. maddesinde ifade edilen taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkına yönelik hukuka aykırı bir müdahaledir. Kamu hukukuna tâbi tüzel kişilerin, hukukun öngördüğü usul ve esasları kullanmaksızın veya gereği gibi işletmeksizin ilgiliyi taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkından mahrum bırakma sonucu doğuran eylemleridir. Bu haliyle, hukuk devleti bünyesinde olmaması gereken, varlığı asla kabul edilemeyecek olan hukuk dışı bir olgudur. Bu hukuk dışı olgunun nasıl kavramsallaştırılabileceği, tarihsel gelişimi, tanımı, hukuki nitelik ve unsurlarını Birinci Bölüm kapsamında ele aldık. Kamulaştırmasız elatma olgusu, çalışmamız içerisinde de görüleceği üzere, Türk Hukuku'nda kavramsal ifade ve kavramsal çerçeve, hukuki nitelik ve varlık koşulu olan unsurları açısından yoğun tartışmaların yaşandığı bir mevzuudur. Kamulaştırmasız elatmanın hüküm ve sonuçlarına ilişkin değerlendirmelerde de tartışmalar ile orantılı olarak çeşitli kanaatler bulunmaktadır. Maliki mülkiyet hakkından mahrum bırakan fiili elatma nasıl idarenin haksız fiili olarak nitelendiriliyor ise mülkiyet hakkından mahrum kalma sonucu doğuran hukuki elatmanın da idarenin haksız fiili olarak nitelendirilebileceği kanaatindeyiz. Bu çerçevede de kamulaştırmasız elatma konulu uyuşmazlıkların, özel hukuk hükümleri uyarınca adli yargı makamları tarafından değerlendirilmesi uygun olacaktır. Ancak kamulaştırmasız elatmanın hüküm ve sonuçlarına dair, özellikle de hukuki elatma ile ilgili olarak yargı kararları üzerinden şekillenen uygulama, kanaatimizden farklılık arz etmektedir.

Fiili elatma olgusu, adli yargı makamları tarafından elatmanın önlenmesi davası, bedel davası, tazminat davası ve ecrimisil davaları çerçevesinde özel hukuk hükümlerine dayanarak çözümlenmektedir. Hukuki elatma olgusu ise idarenin idari nitelikte işlem ya da eylemlerinden doğan uyuşmazlıklar olarak kabul edilmekte ve bu çerçevede idari yargı tarafından idari işlemin iptali davası ve/veya idari işlem ya da eylem sebebiyle uğranılan zararın tazmini maksadıyla tam yargı davası üzerinden çözümlenmektedir. Dolayısıyla idarenin, taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkına elatma şeklindeki müdahalesi, fiili elatma ve hukuki elatma isimleri ile farklı yargı kolları tarafından farklı hukuki rejimlere tabi tutulmaktadır.

Kanunkoyucu, fiili elatma kapsamında ele alınabilecek birtakım vakaları kanun ile özel düzenlemelere bağlamayı tercih etmiştir. Bu çerçevede 221 sayılı Kanun, belirli bir tarihten önce gerçekleşmiş vakaları konu almakta ve kapsamındaki taşınmazların kamulaştırıldığını farz etmektedir. Kamulaştırma Kanunu'nun geçici 6. maddesindeki düzenleme de belli bir tarih aralığında gerçekleşen fiili elatma kapsamındaki vakalar ile ilgili olarak özel hükümler öngörmektedir. Bu iki düzenleme ile geçmişte belli bir tarih aralığında gerçekleşen vakalar sebebiyle yaşanan mülkiyet hakkı ihlallerinin hüküm ve sonuçlarına dair, Türk yargı makamları tarafından benimsenen yaklaşımdan belli ölçüde ayrılan hükümler öngörülmüştür. Aslında herhangi bir hukuki dayanağı bulunmayan, Anayasa ve diğer hukuki düzenlemelere aykırılık teşkil eden kamulaştırmasız elatmanın hüküm ve sonuçlarının bir kanuni düzenlemede öngörülmesi, herhangi bir mevzuat düzenlemesi altında özel olarak ele alınması, meşruiyet zemini sağlama ya da hukukilik algısı uyandırma gibi bir tehlikeyi doğurabilir<sup>633</sup>. Bu sebeple belirttiğimiz kanuni düzenlemeler, istisnai mahiyette düzenlemeler olarak yürürlüktedir<sup>634</sup>.

<sup>633</sup> Anayasa Mahkemesi 2016/181 E., 2018/16 K., 20.12.2018 T. kararının 75. paragrafında, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun ek m.1 düzenlemesinin birinci fıkraya birinci cümlesi dışındaki diğer bölümlerine ilişkin şu değerlendirmeyi yapmaktadır: “*Maddenin bu bölümünün Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten itibaren sürekli uygulanması, idarelerin özel mülkiyete kamulaştırmasız el atma yoluyla müdahalesinin de sürekli hâle gelmesine sebep olabilecek niteliktedir. İdareler kural ile kamulaştırma yapmak yerine kamulaştırma için Anayasa'da belirtilen ilkelere aykırı olarak taşınmazları elde edebilme imkânına sahip olabilecektir. Böyle bir durumda devletin hukuka bağlılığı ilkesi zedeleneyeceği gibi bireyler açısından hukuki güvenlik ve öngörülebilirlik de ortadan kalkacaktır. Bir hukuk devletinde kanunların hukuka aykırı uygulamaları teşvik etmesi kabul edilemez.*” (RG T.5.4.2019, S.30736).

<sup>634</sup> Anayasa Mahkemesi 2010/83 E., 2012/169 K., 1.11.2012 T. kararda, 5999 sayılı Kanun ile 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'na eklenen geçici 6. madde ile ilgili anayasaya aykırılık iddialarını değerlendirmektedir. Anayasa Mahkemesi, madde ile ilgili kimi anayasa aykırılık iddialarını

Kamulaştırmasız elatmanın hüküm ve sonuçları ile ilgili genel yaklaşımı bu şekilde izah etmemizin ardından bu bölüm içerisinde öncelikle kanunkoyucu tarafından öngörülen istisnai nitelikteki özel düzenlemelerin, hangi hal ve şartlarda uygulanacağı ve kapsamındaki vakalar açısından doğuracağı hüküm ve sonuçlar değerlendirilecektir. Ardından yargı makamları tarafından kamulaştırmasız elatmanın hüküm ve sonuçları ile ilgili geliştirilen yaklaşım ve bu yaklaşım karşısında doktrinin duruşu aktarılacaktır. Bölüm içerisinde, kamulaştırmasız elatmanın özel hukuk hükümlerine göre değerlendirilebileceği kanaatimiz uyarınca, olgunun, Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu'ndaki hangi kavram ve kurumlar üzerinden çözümlenebileceği hususuna ışık tutmaya çalışacağız<sup>635</sup>. Nihai olarak da kamulaştırmasız elatmanın hüküm ve sonuçlarına dair bir model önerisinde bulunarak mülkiyet hakkı ihlallerini önleyici ve telafi edici hukuki enstrümanların gerekliliğine vurgu yapacağız.

*“Plansız şehirleşme, idarelerin bütçelerinin kısıtlı olması gibi çeşitli nedenlerle geçmişte kamulaştırma yapılmaksızın bazı taşınmazlar fiilen kamu hizmetine tahsis edilmiştir. Bu şekilde kamulaştırmasız olarak el atılan taşınmazlarla ilgili olarak maliklerin dava açma hakkını yirmi yıllık hak düşürücü süreye bağlayan 2942 sayılı Kanun’un 38. maddesi 2003 yılında Anayasa Mahkemesince iptal edilmiştir (K.T.10.4.2003, E.2002/112, K.2003/33.) Bu iptal kararının geçmişe etkisi konusunda uygulamada ortaya çıkan yorum farklılıklarını gidermek amacıyla kanun koyucu, 5999 sayılı Kanun’u çıkarmış ve 9.10.1956 ile 4.11.1983 tarihleri arasında meydana gelen kamulaştırmasız el atmalar nedeniyle maliklerin başvuru yapmasına ve dava açmasına olanak tanımıştır. Kuralın, geçici bir nitelik taşıdığı ve geçmişte meydana gelen kamulaştırmasız el atmalardan kaynaklanan hukuksal sorunların tasfiyesini amaçladığı anlaşılmaktadır.”* ifadesi ile maddenin geçiciliğine vurgu yaparak reddetmiştir (Bkz. RG T.22.2.2013, S.28567). Anayasa Mahkemesi 221 sayılı Yasa ile ilgili anayasaya aykırılık iddialarını değerlendirdiği 2004/25 E., 2008/42 K., 17.1.2008 T. kararında, “221 sayılı Yasa, bir istisna olarak, belirli bir süre içinde yapılan, ancak kamulaştırması yapılmayan taşınmaz malların kamu adına tescil işlemleri için yürürlüğe girmiştir.” demek suretiyle kanunun ayrıksı özelliğine vurgu yapmaktadır (RG T.21.2.2008, S.26794).

<sup>635</sup> Belirtmeliyiz ki, kamulaştırmasız elatma olgusunun hüküm ve sonuçları kapsamında vekalet ücreti, harç gibi yargılama sürecinde yargılama gideri şeklinde isimlendirilen ve Medeni Usul Hukuku'nun konusuna giren mevzulara değinilmeyecektir. Olguyu bütüncül bir şekilde ele almaya çalıştığımız bu çalışmada yargılama giderleri ile ilgili kısmın da bütünün bir parçası olarak değerlendirilmesi düşünülebilirdi. Ancak uzmanlık alanımız dışında kalması ve çalışmamızın hacmini aşması sebebiyle bu yönde bir değerlendirme yapılmaması tercih edilmiştir.

## B. ÖZEL KANUNİ DÜZENLEMELER KAPSAMINDAKİ KAMULAŞTIRMASIZ ELATMANIN HÜKÜM VE SONUÇLARI

### 1. 221 SAYILI KANUN KAPSAMINDAKİ KAMULAŞTIRMASIZ ELATMANIN HÜKÜM VE SONUÇLARI

#### 1.1. 221 Sayılı Kanun'un Kapsamı

221 sayılı Amme Hükmi Şahısları veya Müesseseleri Tarafından Fiilen Amme Hizmetlerine Tahsis Edilmiş Gayrimenkuller Hakkında Kanun, fiili elatılan taşınmazları konu alan özel bir kanuni düzenleme hükmündedir. Kanun kapsamındaki taşınmazlar, 1. maddede şu şekilde ifade edilmektedir:

*“6830 sayılı İstimlâk Kanununun yürürlüğe girdiği tarihe kadar, kamulaştırma işlerine dayanmaksızın, kamulaştırma kanunlarının gözönünde tuttuğu maksatlara fiilen tahsis edilmiş olan gayrimenkuller ilgili âmme hükmi şahsı veya müessesesi adına tahsis tarihinde kamulaştırılmış sayılır.”*

Kanun, belli bir zaman aralığında fiili elatmaya konu olmuş taşınmazların, elatan idare adına kamulaştırılmış sayılacağına hükmetmektedir. 6830 sayılı İstimlâk Kanunu, 8.9.1956 tarihli 9402 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmış olup, 37. maddesi uyarınca yayımı tarihinden itibaren bir ay sonra 9.10.1956 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 221 sayılı Kanun kapsamındaki taşınmazlar, 9.10.1956 tarihinden önce kamulaştırma ile ilgili usul ve esaslara riayet edilmeksizin, kamulaştırmanın öngördüğü kamu yararını sağlamaya yönelik herhangi bir amaç uğruna fiilen tahsis edilmiş taşınmazlardır. Taşınmazın tabi olduğu hukuk rejimi veya maliki ile ilgili özel bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

221 sayılı Kanun’un uygulama alanı, Yargıtay HGK 2014/838 E., 2015/2654 K., 18.11.2015 T. kararda şu şekilde ifade edilmektedir<sup>636</sup>:

*“... özel mülkiyet konusu olan taşınmazların, yetkili organ tarafından, kamulaştırma kanunlarının göz önünde tuttuğu bir kamu hizmetinin*

<sup>636</sup> Yargıtay HGK 2014/838 E., 2015/2654 K., 18.11.2015 T. karar ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 28.8.2020).



*gerçekleştirilmesi için, fiilen özgülenmiş olması hallerinin birlikte bulunması durumunda söz konusudur.”*

Karara göre ancak özel mülkiyete konu taşınmazların kamu hizmetinin gerçekleştirilmesi için fiilen tahsis edilmesi halinde 221 sayılı Kanun uygulama alanı bulabilecektir. Danıştay 3. D. 1963/10 E., 1963/15 K., 25.1.1963 T. kararında<sup>637</sup> da 221 sayılı Kanun’un uygulama alanına girdiği kabul edilen uyuşmazlık, kamu hukukuna tâbi tüzel kişi olan Ankara Belediyesi’nin tapuya kayıtlı taşınmazı üzerine Devlet dairelerinin yapılmasıdır. Her iki kararı birlikte okuduğumuzda, 221 sayılı Kanun kapsamındaki taşınmazlar, kamu veya özel hukuka tabi kişilerin maliki olduğu taşınmazlar olabilmektedir.

221 sayılı Kanun m. 2’de, fiilen tahsis, kamu hizmetinin mahiyet ve gayesine uygun şekilde tesisler veya inşaat vücuda getirilmiş olması şeklinde ifade edilmektedir. Kanun kapsamındaki fiili elatma, taşınmazın malik ya da zilyedinin fiili hâkimiyetini sona erdirmek ve taşınmaz üzerinde kamu hizmetine özgülenmiş yapı yapmak suretiyle idarenin kendi fiili hâkimiyetini kurması şeklinde tarif edilebilir. Dolayısıyla elatma, usul ve amaç açısından birtakım özellikleri taşımalıdır. Bu Kanun kapsamında kamulaştırılmış sayılacak taşınmazın önceki zilyedinin fiili hâkimiyetinin sona erdirilmesi yeterli değildir. Ayrıca taşınmaz üzerinde Medeni Kanun uyarınca teknik kullanılmak suretiyle taşınmaz yüzeyinde, üstünde veya altında, dolayısıyla taşınmaz üzerinde kalıcı olmak amacıyla yapılan ve toprağa bağlılık arz eden yapı niteliğinde<sup>638</sup> bir tesisin varlığı gerekli görülmektedir. Bu çerçevede yapı, taşınmaz yüzeyinde bir bina şeklinde olabileceği gibi taşınmazın altından geçen bir tünel ya da taşınmazın üstünden geçen enerji nakil hattı gibi irtifak kullanımı şeklinde de gerçekleşebilmektedir. Ayrıca taşınmaz üzerindeki yapının, kamu hizmetinin mahiyet ve gayesine uygun, kamunun genel ihtiyaçlarını karşılamaya elverişli olması gerekmektedir. Kamu hizmetinin mahiyet ve gayesine uygunluk, doğrudan doğruya kamunun ihtiyaçlarının teminine özgülenmiş okul, sağlık ocağı, park, yol, tünel gibi yapılar dışında dolaylı olarak kamunun hizmetine özgülenmiş mahiyetteki hizmet

<sup>637</sup> Danıştay 3. D., 1963/10 E., 1963/15 K., 25.1.1963 T. kararı ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 6.12.2019).

<sup>638</sup> Yapı kavramı ile ilgili tanımlar için bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s.797; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.481; Akipek/Akıntürk, s.521; Eren, Mülkiyet Hukuku, s.342.

sunucularının kullandığı yapıları da kapsamaktadır<sup>639</sup>. Bu çerçevede 9.10.1956 tarihine kadarki zaman dilimi içerisinde, 1295 tarihli Umumî İstimlâk Kararnamesi, 3887 sayılı Millî Müdafaa İhtiyaçları İçin Yapılacak İstimlâkler Hakkında Kanun, 929 sayılı Devlet Demiryolları İstimlâk Kanunu, 3710 sayılı Belediye Kamulaştırma Kanunu, 3908 sayılı Yeniden Kurulacak Erzincan Şehri Yerinin İstimlâkine Dair Kanun, 4623 sayılı Yersarsıntısından Evvel ve Sonra Alınacak Tedbirler Hakkında Kanun, 831 sayılı Sular Hakkında Kanun, 442 sayılı Köy Kanunu ve diğer ilgili Cumhuriyet öncesi ve sonrası yürürlüğe giren mevzuat metinlerinde kamulaştırma ya da mülkiyet hakkından yoksun kılma neticesini doğurmaya elverişli herhangi bir işlemin usul ve esasları ile ilgili hükümlere riayet edilmeksizin kamu hizmetini gerçekleştirmeye elverişli nitelikte yapıların yapılmasına yönelik fiili tahsislere konu olan taşınmazlar Kanun uyarınca kamulaştırılmış sayılmaktadır.

## 1.2. 221 Sayılı Kanun'un Öngördüğü Hüküm ve Sonuçlar

221 sayılı Kanun kapsamındaki taşınmazlar, 1. madde uyarınca, fiili elatma tarihinde kamulaştırılmış sayılmaktadır. Hangi usule tabi olursa olsun mülkiyet hakkını sona erdirmeye neticesi doğuran kamulaştırma ve diğer herhangi bir işlem yapılmamasına rağmen, taşınmazın üzerine yapı yapıldığı an itibarıyla, taşınmaz malikin mülkiyet hakkı sona ermekte ve taşınmaz üzerindeki yapının özgülendiği kamu hizmetiyle ilgili idarenin mülkiyeti doğmaktadır. Kanun, yürürlüğe girmesinden yıllar önce gerçekleşen fiili tahsis sebebiyle, geçmiş etkili olarak malikin mülkiyet hakkını kaybetmesini öngörmektedir.

Kanun'un 7/1. maddesine göre,

*“Birinci madde uyarınca kamulaştırılmış sayılan gayrimenkuller esasen tapuda kayıtlı ise, ilgili amme hükmi şahsı veya müessesesinin talebi üzerine Asliye Hukuk Hakimliğinin kararıyla kayıt sicilden düşülür veya ilgili idare*

<sup>639</sup> Danıştay 3. D., 1963/10 E., 1963/15 K., 25.1.1963 T. kararında, “... 6830 sayılı İstimlak Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten evvel üzerlerinde Devlet daireleri inşa edilmiş bulunan Ankara Belediyesine ait tapulu gayrimenkullerin, kamulaştırma bakımından hangi usule tabi olursa olsun, amme hükmi şahısları veya müesseseleri tarafından fiilen amme hizmetlerine tahsis edilmiş ise 221 sayılı Kanunun şumulüne dahil bulunduğu karar verildi.” denilmektedir ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 6.12.2019). Danıştay 9. Daire 1978/2140 E., 1980/406 K., 17.1.1980 T. kararında, 6830 sayılı Kanun'un yürürlük tarihinden önce ve İkinci Dünya Savaşı'ndan beri askeri maksatlar için kullanılan ve üzerinde gerekli tesislerin yapıldığı arazilerin, bu tarihten itibaren kamulaştırılmış sayıldığını belirtmektedir ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 6.12.2019).

*adına tescil yapılır. Tapuda kaydı olmıyan gayrimenkuller tahsisin mahiyeti bakımından tescile tabi ise, idare adına kayıt tesis olunur.”.*

İlgili idarenin talebi üzerine Asliye Hukuk Hâkimliğinin vereceği karar ile tapu sicilindeki kayıt terkin edilerek ilgili idare adına tescil gerçekleşmektedir<sup>640</sup>. Nasıl ki, kamulaştırma sürecinde kamulaştırmayı yapacak ilgili idare, kamulaştırmanın sebebini oluşturan kamu hizmetini yerine getirmekle yükümlü olan idare olarak değerlendiriliyorsa<sup>641</sup>, 221 sayılı Kanun kapsamındaki “*ilgili idare*” de taşınmaz üzerindeki yapının, tahsis edildiği kamu hizmeti görev alanına giren idare olmalıdır. 221 sayılı Kanun’da, terkin ve tescil hükmünü içeren mahkeme kararının kurucu bir etkiye mi yoksa açıklayıcı bir etkiye mi sahip olduğu ile ilgili herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak Kanun’un 1. maddesindeki “*tahsis tarihinde kamulaştırılmış sayılır*” ifadesi dikkate alındığında, tescil ve terkin işlemlerinin sebebi olan mahkeme kararının, kurucu değil, açıklayıcı nitelikte olduğunu belirtebiliriz.

221 sayılı Kanun, mülkiyet hakkının akıbeti ile ilgili olarak, yürürlük tarihinden öncesi için hüküm doğuracak şekilde geçmişe etkili hukuki sonuçlar öngörmektedir. Fiili durum, bu Kanun uyarınca hukukileştirilmek istenmektedir. Ancak bu suretle hukuk devleti ilkesinin temel kriteri niteliğindeki öngörülebilirlik ilkesi ihlal edilmiştir.

Kanun, kamulaştırılmış sayılan taşınmazların eski malik ve/veya zilyetleri açısından da birtakım hukuki sonuçlara yer vermektedir. Kanun’un 3. maddesi uyarınca,

*“Birinci maddede yazılı gayrimenkuller tapuda kayıtlı ise, kayıt sahipleri veya mirasçıları ancak fiilî tahsis tarihindeki rayiç üzerinden gayrimenkul bedelini isteyebilirler. Tapuda kayıtlı olmayan gayrimenkuller hakkında fiilî tahsis tarihinden itibaren on sene geçmemiş ise o tarihte zilyedlikle iktisap şartları tahakkuk eden zilyedleri veya mirasçıları birinci fıkra hükmünden*

<sup>640</sup> Yargıtay HGK 2006/681 E, 2010/540 K., 20.10.2010 T. kararda, 221 sayılı Kanun’un genel ve yasal bir kamulaştırma düzeni tanıdığından, idarenin mülkiyete ilişkin elatmalarda tapu iptal ve tescil isteminde bulunmasının yeterli olduğu ifade edilmektedir ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 5.1.2022). Karar için ayrıca bkz. Gölcüklü, 1201-1202.

<sup>641</sup> Gürsel, s.78-81; Bilgen, s.26-31.

*faydalanabilirler. Herhalde gayrimenkule müdahalenin men'i dâvası dinlenmez”.*

Kamulaştırılmış sayılan taşınmaz tapuda kayıtlı ise kayıt sahipleri veya mirasçıları, ancak fiilî tahsis tarihindeki rayiç üzerinden taşınmaz bedelini isteyebileceklerdir. Tapuda kayıtlı olmayan taşınmazlarda ise fiilî tahsisin üzerinden on yıl geçmemiş olması halinde o tarihte zilyetlik hükümleri uyarınca taşınmazı edinmiş olan zilyet veya mirasçıları fiilî tahsis tarihindeki rayiç üzerinden taşınmaz bedelini isteyebilecektir. Tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlar için atıf yapılan “*o tarih*” ifadesinin fiili tahsis tarihini mi yoksa bedel talebinin ileri sürülebileceği fiili tahsis tarihinden itibaren on yıl içerisindeki herhangi bir tarihi mi ifade ettiği belirsizdir. İdarenin fiili tahsiste bulunduğu tarih itibarıyla zilyedin taşınmaz üzerindeki zilyetliği sona ermiş olacağından, bu tarihten sonra zilyetliğe dayalı mülkiyet hakkı kazanımı söz konusu olamayacaktır. Dolayısıyla fiili tahsisin gerçekleştiği tarihte zilyetliğe dayalı mülkiyet hakkının kazanılmış olması gerekmektedir. Bu sebeple “*o tarih*” ifadesinin, fiili tahsis tarihini ifade ettiği kanaatindeyiz. Tapusuz taşınmazın fiilen kamu hizmetine tahsis edilmesinin üzerinden on yıl geçmemiş ise zilyet, taşınmaz bedelini talep edebilecektir. Kullanılan ifadenin mefhumu muhalifinden, fiili tahsis tarihinin üzerinden on yıldan daha fazla bir süre geçmiş olması halinde zilyedin taşınmazın bedelini talep edemeyeceği sonucuna ulaşılabilmektedir. Ancak varılacak bu sonuç, on yıllık sürenin geçmediği dönemde sahip olunan hakkın, zamana bağlı olarak yitirilmesi anlamında hak düşürücü sürenin varlığını kabul anlamına gelir ki, mülkiyet hakkı, aynı hak olması hasebiyle zamanaşımı veya hak düşürücü süreye bağlı bir hak niteliğinde değildir. 221 sayılı Kanun’un yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla yürürlükte olan 743 sayılı Türk Kanunu Medeni 639. maddesine göre ancak yirmi (20) yıl boyunca fasılasız ve nizasız zilyetliğin varlığında taşınmaz üzerinde mülkiyet hakkı kazanımı gündeme gelebilecektir. Dolayısıyla 221 sayılı Kanun, bu düzenleme ile genel kuralın dışında özel bir hüküm öngörmüştür.

Malik ya da zilyet, açabileceği bedel davasında “*ancak fiilî tahsis tarihindeki rayiç üzerinden gayrimenkul bedelini*” isteyebilecektir. Geçmişe etkili şekilde özel hukuka tabi mülkiyet hakkının yitirilmesi sonucunu doğuran Kanun’un, malike, yıllar önce vuku bulan tahsis tarihi baz alınmak suretiyle taşınmaz değerini talep etme

imkânını tanıması, Anayasa’da ifadesini bulan kamulaştırma şartları ile uyum arz etmemektedir<sup>642</sup>.

221 sayılı Kanun’un 4. maddesi, “*Gayrimenkulün bedelini dâva hakkı bu kanun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren iki sene sonra düşer.*” ifadesi ile taşınmaz bedeli talep hakkını iki yıllık hak düşürücü süreye bağlamıştır. Kanun kapsamında, hak sahibinin taşınmazın bedeline ilişkin talebini ileri sürebilmesi için son tarih, 12.1.1963 tarihidir. Bu düzenleme, Kanun’un yürürlüğe girdiği tarihte bağlayıcı özelliği bulunan Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu’nun 1956/1 Esas, 1956/7 Karar ve 16.05.1956 T. kararındaki bedel davasının herhangi bir zamanaşımı süresine tabi olmayacağı hükmü ile bağdaşmamaktadır<sup>643</sup>. İçtihadı birleştirme kararı, davacının açabileceği davadaki bedel talebinin, “*gayrimenkulü üzerindeki mülkiyet hakkının devrine karşılık olduğunu*” belirtmektedir. Kanun hükmü ile kamulaştırılmış sayılan taşınmaza ilişkin bedel talep hakkı için iki yıllık süre hak düşürücü süre öngören bu madde, 221 sayılı Kanun ile ilgili anayasaya aykırılık iddialarının değerlendirildiği AYM 2004/25 E., 2008/42 K., 17.1.2008 T. kararında ele alınmamıştır<sup>644</sup>.

Kanun, taşınmaz malikine, taşınmazın bedelini talep etme hakkı tanımakta iken, m. 3/2’deki “*Herhalde gayrimenkule müdahalenin men’i dâvası dinlenmez.*”

<sup>642</sup> 221 sayılı Kanun’un 3. maddesinde zikredilen ve taşınmazın “*fili tahsis tarihindeki değerinin*” bedel davasına konu olabileceğine ilişkin hüküm, 1961 Anayasası’nın 38.maddesinde aranan kamulaştırma şartlarına aykırı olduğu gerekçesiyle açılan davada Anayasa Mahkemesince incelenmiştir. Anayasa Mahkemesi 1962/37 E., 1962/35 K., 11.9.1962 T. kararında, “*Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının geçici 4 üncü maddesinin 3 üncü fıkrasında ve Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri hakkındaki 22/4/1962 tarihli ve 44 sayılı kanunun geçici 6 ncı maddesinde 27 Mayıs 1960 tarihinden (Bu tarih dâhil) itibaren 5 Ocak 1961 tarihine kadar (Bu tarih dâhil) kabul edilen kanun mahiyetindeki kararlar ve kanunlar aleyhine iptal ve itiraz yollarıyla Anayasa Mahkemesine başvurulamayacağı açıkça belirtilmiş olup 12/1/1961 tarihinde yayınlanmış olan bahse konu (Âmme hükmî şahısları veya müesseseleri tarafından fiilen âmme hizmetlerine tahsis edilmiş gayrimenkuller) hakkındaki 221 sayılı kanun da 5 Ocak 1961 tarihinde kabul edilmiş bulunduğundan bu kanunun iptali için hiçbir suretle Anayasa Mahkemesine başvurulması mümkün değildir. Bu sebeple mahkemece yapılan istemin reddi gerekir.*” şeklinde hüküm vermiştir. 221 sayılı Kanun, 1961 Anayasası’nın geçici 4.maddesinin koruması altında olup, Anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurulamayacak kanuni bir düzenlemeydi.

<sup>643</sup> 221 sayılı Kanun’un, YİBK kararları aleyhine ortaya konulan yoğun eleştiriler sebebiyle kabul edildiği ifade edilmektedir. Akgüner/Berk, s. s.935; Günday, İdare Hukuku, s.279.

<sup>644</sup> AYM 2004/25 E., 2008/42 K., 17.1.2008 T. kararında, “*... 4. maddede ise, gayrimenkulün bedelini dava hakkının 221 sayılı Yasa’nın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren iki yıl sonra düşeceği belirtilmiştir. Mahkeme’de bakılmakta olan dava, el atmaya razı olarak tazminat istemiyle açılmıştır. Davada, gayrimenkulün rayiç bedelinin istenilmesi ya da gayrimenkulün bedelini dava gibi istemlere yer verilmemiştir. 221 sayılı Yasa’nın 3. maddesinin birinci fıkrası ile 4. maddesinin, itiraz başvurusunda bulunan Mahkeme’nin bakmakta olduğu davada uygulanma olanağı bulunmadığından, bunlara ilişkin başvurunun Mahkeme’nin yetkisizliği nedeniyle reddine ...*” yönünde karar verilmiştir ([https://anayasa.gov.tr/media/4875/aymkd45\\_2.pdf](https://anayasa.gov.tr/media/4875/aymkd45_2.pdf), 14.10.2020).

düzenlemesi ile elatmanın önlenmesini dava etme hakkı tanımamaktadır. Kanun'un yürürlüğe girmesi ile fiili tahsis tarihinden itibaren malikin mülkiyet hakkını kaybettiği kabul edildiğinden mülkiyet hakkına bağlı elatmanın önlenmesi davasının açılmayacağı vurgulanmaktadır. Fıkranın ilk halinde elatmanın önlenmesi talebi yanında “*tazminat*” talebinin de dinlenmeyeceği belirtilmekteydi. Ancak mevcut ifade, AYM 2004/25 E., 2008/42 K., 17.1.2008 T. kararında<sup>645</sup>, “*İtiraz konusu kuralla, taşınmaz malı kamulaştırılmış sayılan kişiye tazminat davası açma hakkı tanınmamaktadır. ‘Bedel artırımına’ dönük olmaması kaydıyla açılan tazminat davasının yargı denetiminin engellenmesi, Anayasa’nın 36. maddesinde güvence altına alınan hak arama özgürlüğü alanına yapılmış açık bir müdahale niteliğindedir, hukuk devleti ilkesi ve hak arama özgürlüğüyle bağdaşmaz.*” gerekçesine dayanılmak suretiyle iptal edilmiştir. İptal sonrasında, kamulaştırılmış sayılma anına kadar hukuka aykırı olduğu kabul edilen müdahale sebebiyle uğranılan zararın tazmini veya bu süreçte taşınmazın kullanılamaması sebebiyle ecrimisil taleplerinin gündeme gelebileceği kanaatindeyiz.

221 sayılı Kanun’un 6. maddesi, “*Kanunun yürürlüğe girmesinden önce açılmış ve kesin karara bağlanmamış dâvalar hakkında da bu kanun hükmü uygulanır. İlgilinin hakkı bu kanun gereğince bedele inhisar ettiği takdirde evvelce açılmış ayın ve tazminat davaları, mahkemece 3. maddede yazılı esaslar dairesinde bedel dâvası olarak görülüp hükme bağlanır.*” hükmünü taşımaktadır. Kanun, bu suretle yürürlüğe girmesinden önce açılmış ve kesin hükme henüz bağlanmamış uyuşmazlıklar için de uygulanabilme özelliğine sahip kılınmaktadır<sup>646</sup>.

<sup>645</sup> AYM 2004/25 E., 2008/42 K., 17.1.2008 T. kararı ([https://anayasa.gov.tr/media/4875/aym45\\_2.pdf](https://anayasa.gov.tr/media/4875/aym45_2.pdf), 14.10.2020). Şaşı, AYM’nin yaklaşımının hukuk devleti ilkesine aykırı olduğunu belirtmektedir. Şaşı, s.305. Bayraktar, AYM’nin iptal kararındaki “*tazminat*” ifadesinin, “*taşınmazın bedeli*” olarak ele alınmadığını, bedel artırımının olmamak kaydıyla taşınmaza verilen zararın tazmini anlamında olduğunu, bu hali ile kararın pratik bir faydasının bulunmadığını, taşınmazın bedeli için açılacak davalarda iki yıllık hak düşürücü sürenin çoktan geçtiğini, bedel dışındaki diğer her türlü tazminat talebinin ise zamanaşımı sebebiyle redde mahkûm olduğunu belirtmektedir. Yazar, Anayasa Mahkemesi’nin daha gerçekçi bir yol izleyerek, AİHS ve mülkiyet hakkı ile ilgili AHİM kararlarını dikkate alarak, yasanın bütününe ilişkin bir iptal kararı vermesinin hukukun önünü açacağı gerekçesiyle ilgili Anayasa Mahkemesi kararını eleştirmektedir. Bkz. Bayraktar, s.82.

<sup>646</sup> Yargıtay HGK 2014/838 E., 2015/2654 K., 18.11.2015 T. kararda, “*Burada önemle vurgulanmalıdır ki; 221 sayılı Kanunun bir taşıyıcı kanunu olduğu ve bu niteliği itibarıyla de kamu düzenini ilgilendirdiği gözönüne alındığında, uyuşmazlık konusu taşınmaz yönünden bu Kanunda öngörülen koşulların gerçekleşip gerçekleşmediği ve buna bağlı olarak 221 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağına mahkemece re’sen nazara alınması gerektiği her türlü duraksamadan uzaktır.*” denilmektedir ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 28.8.2020).



Anayasa Mahkemesi 2004/25 E., 2008/42 K., 17.1.2008 T. kararında<sup>647</sup>, “221 sayılı Yasa, bir istisna olarak, belirli bir süre içinde yapılan, ancak kamulaştırması yapılmayan taşınmaz malların kamu adına tescil işlemleri için yürürlüğe girmiştir. Genel ve yasal bir kamulaştırma düzeni tanıyan bu Yasa, 1956 yılına kadar geçen süreyi içeren ve kamulaştırma amacına yönelik olarak tahsis edilen taşınmazları kapsamakta, 1956 yılından sonra ise bu Yasa kapsamındaki iş ve işlemler nedeniyle ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümü için devam eden davalar nedeniyle uygulaması sürmektedir.” ifadesi ile kanuna dair genel kanaatini paylaşmıştır. Bayraktar<sup>648</sup>, bu Kanunun yerinde bir düzenleme olmadığını, içtihadı birleştirme kararları ile kabul edilen ilkelerin daha gerisine düşüldüğünü ve sonraki yasal düzenlemeler için olumsuz örnek teşkil ettiğini belirtmektedir. Diğer bazı yazarlar da<sup>649</sup>, Kanun’un bir kez uygulanma özelliği taşıdığını ve soruna kesin bir çözüm getiremediğine vurgu yapmaktadır. 8.11.1983 tarihli 18215 nolu Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu’nun geçici 4. maddesi 221 sayılı Kanuna atıf yapmaktadır. İlgili madde şu hükmü taşımaktadır: “5 Ocak 1961 tarih ve 221 sayılı Kanunun kapsamına girmeleri nedeniyle kamu tüzelkişileri veya kurumları adına kamulaştırılmış sayılan taşınmaz malların eski malik, zilyed veya bunların halefleri tarafından açılmış ve kesin hükme bağlanmamış davalarda sözü edilen 221 sayılı Kanunun hükümleri uygulanır.”. Bu hüküm, 221 sayılı Kanun’un, 2942 sayılı Kanun sonrasında yürürlükte olup olmadığı ile ilgili tereddütleri gidermekte ve 221 sayılı Kanun hükümlerinin yürürlükte olduğunu belirtmektedir.

221 sayılı Kanun’un yürürlük tarihinden önce gerçekleşen hukuka aykırı eylem niteliğindeki fiili tahsis tarihini baz alarak geçmişe etkili şekilde, malikin, taşınmazının kamulaştırıldığı farz edilerek mülkiyet hakkını kaybetmesi, hukuk devletinin temel kriteri olan öngörülebilirlik ilkesine aykırılık teşkil etmekte, hukuki güvenlik ilkesini zedelemektedir. Mülkiyet hakkının kaybı neticesinde malikin başvurabileceği hukuki yolların kısıtlanması, dava hakkının iki yıllık hak düşürücü süreye bağlanması, tapusuz taşınmazların fiilen kamu hizmetine tahsisinin üzerinden on yıl geçtikten sonra zilyedin talep hakkının olmayacağı anlamına gelen ifadenin var olması, Anayasa’da

<sup>647</sup> AYM 2004/25 E., 2008/42 K., 17.1.2008 T. kararı ([https://anayasa.gov.tr/media/4875/aymkd45\\_2.pdf](https://anayasa.gov.tr/media/4875/aymkd45_2.pdf), 14.10.2020).

<sup>648</sup> Bkz. Bayraktar, s.76-78.

<sup>649</sup> Bkz. Akgüner/Berk, s.935; Günday, İdare Hukuku, s.279; Gürsel, s.506-507; Kaplan, Kamulaştırmaz El Koyma, s.136-137.

tanınan ve koruma altına alınmış, temel hak olan mülkiyet hakkı ile bağdaşmamaktadır<sup>650</sup>.

## 2. 6754 SAYILI KANUN İLE DEĞİŞİK 2942 SAYILI KAMULAŞTIRMA KANUNU GEÇİCİ 6. MADDE KAPSAMINDAKİ KAMULAŞTIRMASIZ ELATMANIN HÜKÜM VE SONUÇLARI

### 2.1. 6754 Sayılı Kanun ile Değişik 2942 Sayılı Kamulaştırma Kanunu Geçici 6. Maddenin Kapsamı

Kamulaştırmасız elatma kapsamında ele alınabilecek vakalar ile ilgili diğer bir özel düzenleme 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun "*Kamulaştırılmaksızın Kamu Hizmetine Ayrılan Taşınmazların Bedel Tespiti*" başlıklı geçici 6. maddesidir. Madde, kapsamındaki uyuşmazlıklar ile ilgili ileri sürülebilecek hukuki taleplerin usuli ve esasa ilişkin şartlarına yer vermektedir.

Maddenin ilk fıkrası şu şekildedir:

*“Kamulaştırma işlemleri tamamlanmamış veya kamulaştırması hiç yapılmamış olmasına rağmen 9/10/1956 tarihi ile 4/11/1983 tarihi arasında fiilen kamu hizmetine ayrılan veya kamu yararına ilişkin bir ihtiyaca tahsis edilerek üzerinde tesis yapılan taşınmazlara veya kaynaklara kısmen veya tamamen veyahut irtifak hakkı tesis etmek suretiyle malikin rızası olmaksızın fiili olarak el konulması sebebiyle, mülkiyet hakkından doğan talepler, bedel talep edilmesi hâlinde bedel tespiti ve diğer işlemler bu madde hükümlerine*

<sup>650</sup> 221 sayılı Kanun, 1961 Anayasası'nın geçici 4. maddesinin koruması altında Anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurulamayacak kanuni bir düzenlemeydi. 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun yürürlüğe girmesi sonrasında da 221 sayılı Kanun ile ilgili hükmü içeren Kanunun geçici 4.maddesi, 1982 Anayasası'nın geçici 15. maddesinin son fıkrasındaki "*Anayasaya aykırılığı iddia edilemez*" hükmünün koruması altındaydı. Bu çerçevede Anayasa Mahkemesi, 17.11.1983 günlü 1983/11 E. 1983/12 K., 1982/6 E. 1983/13 K., 1983/7 E. 1983/14 K., 1983/8 E. 1983/15 K. sayılı kararları ile bu hükmün Anayasaya aykırılığının iddia edilemeyeceği gerekçesiyle iptal istemlerini reddetmiştir. 3.10.2001 kabul tarihli 4709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun'un 34. maddesi ile Anayasa'nın geçici 15. maddesinin son fıkrasının Anayasa'dan çıkarılması ile 221 sayılı Kanun'un anayasaya aykırılığı iddiası önünde herhangi bir engel kalmamıştır.



*göre yapılır. Bu maddeye göre yapılacak işlemlerde öncelikle uzlaşma usulünün uygulanması dava şartıdır.”*

Madde kapsamındaki vakalar, ilk fıkra da belirtildiği üzere, 9.10.1956 ile 4.11.1983 tarihleri arasında taşınmaz veya kaynağa, malikin rızası olmaksızın, kamulaştırma işlemi tamamlamaksızın veya hiç kamulaştırma yapmaksızın kısmen veya tamamen veyahut irtifak tesis etmek suretiyle fiilen kamu hizmetine ayırarak ya da kamu yararına ilişkin bir ihtiyaca özgülenmiş tesis yaparak fiili olarak elatılma vakalarıdır.

Fıkra da geçen tarih aralığı üzerinde durmak gerekmektedir. Zaman aralığının belirtilme ifadesi, her iki tarihi de içerecek niteliktedir. En son 8.10.1956 tarihinde yapılan fiili elatmalara konu olan taşınmazlar, 221 sayılı Kanun uyarınca kamulaştırılmış sayılarak idarenin eylemindeki hukuka aykırılık giderilirken, 6380 sayılı İstimlâk Kanunu’nun yürürlük tarihi olan 9.10.1956 tarihi itibarıyla gerçekleşen benzer vakalar ise geçici 6.maddenin kapsamı altında hukuki taleplere konu olabilmektedir. Maddenin kapsamındaki eylemlere ilişkin tarih aralığının son günü ise KK m. 38’i ve dolayısıyla yirmi yıllık hak düşürücüyü süreyi iptal eden AYM’nin 2002/112 E., 2003/33 K., 10.4.2003 T. kararının yürürlük tarihi olan 4.11.2003 tarihinden yirmi yıl öncesine tekabül etmektedir. Maddenin belirtilen tarih aralığındaki eylemleri konu alması, geçici mahiyetine de uygun olarak, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu’nun, iptal edilen 38. maddesindeki yirmi yıllık hak düşürücü sürenin uygulanmasının sebebiyet verdiği hak ihlallerinin hukuki sonuçlarını sınırlandırmak amacına yönelik olmasıyla da ilgili bulunmaktadır.

Madde kapsamındaki vakaların konusu olan malvarlığı değerleri, “taşınmaz” ve “kaynaklar” olarak ifade edilmektedir. Taşınmaz ifadesi, TMK m. 704/2. bendi gereğince, kaynakları da kapsayıcı bir içeriğe sahipken geçici maddede her iki ifadenin birlikte kullanılması, Kamulaştırma Kanunu’nda düzenlenen kamulaştırma işlemine konu olabilecek malvarlığı değerleri arasında ‘kaynaklar’ ifadesine yer verilmesi ile paralellik arz etmektedir.

Madde kapsamındaki elatma eylemi, malikin rızası olmaksızın ve hukuka uygun bir kamulaştırma işlemi yapılmaksızın, taşınmaz veya kaynağın kamu hizmetine tahsis edilmesi veya doğrudan doğruya bu niteliğe büründürülmesi ya da üzerinde kamusal

ihtiyacın karşılanmasına hizmet edecek bir tesis/yapı<sup>651</sup> yapılması suretiyle gerçekleşebilmektedir. Elatma, taşınmazın tamamının veya bir kısmının yeşil alan, okul bahçesi, yol vs. olarak kullanılması, taşınmaz üzerinde okul, sağlık tesisi, spor tesisi, belediye hizmet binası, kamu kurum ve kuruluşlarının faaliyet gösterdiği hizmet birimlerinin yapılması gibi örnekler üzerinden karşımıza çıkabilmektedir. Geçici 6. maddenin kapsamı, yukarıda fiili elatmanın unsurlarını ele aldığımızda belirttiğimiz çerçeveden daha dar bir kapsama sahip bulunmaktadır. Madde, kamulaştırmadan hareket etmekte, taşınmaza, kamu yararı amacıyla yapılan fiili elatmaları konu almaktadır. Halbuki biz fiili elatma olgusunun varlığı için kamu yararı unsurunun aranmaması gerektiği kanaatindeyiz. Önemli olan husus, malik ya da zilyedin fiili hâkimiyetinin sona erdirilmesi neticesidir.

## 2.2. 6754 Sayılı Kanun ile Değişik 2942 Sayılı Kamulaştırma Kanunu Geçici 6. Madde Uyarınca Uzlaşma

6754 sayılı Kanun ile değişik KK geçici m. 6/1 son cümlesi uyarınca, madde kapsamındaki uyuşmazlıklarda ileri sürülebilecek bedel tespiti ve mülkiyet hakkından doğan diğer hukuki talepler, bu madde hükümlerine tabi olup her bir talep için uzlaşma usulü dava şartı niteliğindedir<sup>652</sup>.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 115. maddesine göre<sup>653</sup>, geçici 6. madde kapsamındaki fiili elatma vakalarında malikin herhangi bir dava açmadan önce uzlaşma usulünü tüketmesi gerekmektedir. Aksi halde açılacak dava, dava şartı noksanlığı sebebiyle usulden reddedilecektir.

<sup>651</sup> Yapı kavramı, taşınmaz üzerinde teknik kullanılmak suretiyle taşınmazın yüzeyinde, üstünde veya altında, dolayısıyla taşınmaz üzerinde kalıcı olmak amacıyla yapılan ve toprağa bağlılık arz eden tesis olarak ifade edilmektedir. Yapı kavramı ile ilgili tanımlar için bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.797; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.481; Akipek/Akıntürk, s.521; Eren, Mülkiyet Hukuku, s.342.

<sup>652</sup> Bkz. Yalçınduran, Kamulaştırmaz El Koyma, s.70. Hayta ise mülkiyet hakkından doğan taleplerden sadece bedel talep edilmesi halinde bu taleple ilgili işlemlerin bu madde hükümlerine tabi olduğunu belirtmektedir. Hayta, s.436.

<sup>653</sup> 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.115: “Mahkeme, dava şartlarının mevcut olup olmadığını, davanın her aşamasında kendiliğinden araştırır. Taraflar da dava şartı noksanlığını her zaman ileri sürebilirler. Mahkeme, dava şartı noksanlığını tespit ederse davanın usulden reddine karar verir. Ancak, dava şartı noksanlığının giderilmesi mümkün ise bunun tamamlanması için kesin süre verir. Bu süre içinde dava şartı noksanlığı giderilmemişse davayı dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddeder. Dava şartı noksanlığı, mahkemece, davanın esasına girilmesinden önce fark edilmemiş, taraflarca ileri sürülmemiş ve fakat hüküm anında bu noksanlık giderilmişse, başlangıçtaki dava şartı noksanlığından ötürü, dava usulden reddedilemez.”.

Uzlaşma usulü, elatan idare adına uzlaşma komisyonu ile taşınmazına elatılan malik arasında elatmaya karşılık aynı veya nakdi bir değer üzerinde anlaşma sağlanması amacıyla gerçekleştirilen bir usuldür. KK geçici m. 6/2'ye göre uzlaşma usulü, idarenin daveti veya malikin müracaatı üzerine başlamaktadır. İdarenin davette bulunması veya malikin müracaat etmesi gereken zaman dilimi ile ilgili herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Ardından taşınmazın veya tesis edilen irtifakın tahmini değerinin takdir edilmesi süreci gelmektedir. KK geçici m. 6/2'ye göre değer takdiri, KK m. 8/2 uyarınca, elatan idarenin kendi bünyesinde en az üç kişiden teşekkül eden kıymet takdir komisyonu tarafından yapılacaktır. Kıymet takdir komisyonu, taşınmazın değerini, taşınmazın elatma tarihindeki niteliklerini esas alarak taşınmazın veya irtifak hakkının, idarenin daveti veya malikin müracaat ettiği tarihteki tahmini değerini Kamulaştırma Kanunu'nun 11 ve 12. maddelerindeki ilkeler uyarınca hesaplayacaktır<sup>654</sup>. Hüküm uyarınca, uzlaşma görüşmelerinde esas olacak taşınmazın tahmini değerinin tespitinde, kamulaştırma usulünde dikkate alınan esaslar kullanılmakta (KK m.11'de zikredilen esaslar), ancak taşınmazın elatma tarihindeki nitelikleri üzerinden değerlendirme yapılmaktadır. Tabiri caizse, elatmaya konu olan taşınmaz, geçmişteki bir tarihte dondurulmakta, süreç içerisinde taşınmazın niteliklerinde meydana gelebilecek değişimler hesaplamada dikkate alınmamaktadır. Bu hal de elatma sebebiyle taşınmazından gereği gibi faydalanamayan ve ondan beklediği menfaati elde edemeyen malikin hak kaybına uğramasına sebebiyet verebilecektir. Değer tespitinin, taşınmazın elatma tarihindeki nitelikleri üzerinden değil de, elatma olmasaydı taşınmazın olası kullanım şekli ve taşıyabileceği nitelikleri üzerinden idarenin daveti veya malikin başvurusu sırasındaki değeri dikkate alınarak yapılması ya da taşınmazın elatma tarihindeki nitelikleri dikkate alınarak yapılacak

<sup>654</sup> Yargıtay 18. HD 2015/11478 E., 2016/9080 K., 6.6.2016 T. kararında bu husus şu şekilde ifade edilmiştir “Mahkemece davaya konu taşınmaza el koyma tarihi tespit edilerek, el koyma tarihi 9.10.1956-4.11.1983 arasında olması halinde 11.6.2013 tarihinde yürürlüğe giren 6487 sayılı Kanun ile değişik 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun geçici 6.maddesinin 1. Ve 2. Fıkrası gereğince taşınmazın el koyma tarihindeki nitelikleri esas alınmak suretiyle dava tarihindeki değeri, taşınmaza 4.11.1983 tarihinden sonra el koyulduğunun anlaşılması halinde dava tarihindeki niteliği esas alınmak suretiyle dava tarihindeki değeri, Kamulaştırma Kanunu 11. ve 12.maddelerine göre hesaplanarak bedeline hükmedilmelidir.” ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 18.11.2019). Bu karar ile Yargıtay, geçici 6.maddenin kapsamındaki elatma vakalarında taşınmazın değerinin tespitinde esas alınacak taşınmazın niteliklerinin elatma tarihindeki nitelikleri olduğunu vurgularken, madde kapsamı dışında kalan elatma vakalarında bu tarihin dava tarihi olduğunu belirtmektedir. Taşınmazın değerinin tespiti ile ilgili bu düzenlemeye ilişkin eleştiri için bkz. Özdemir, s.178; Şaşı, s.309.

hesaplama, elatma tarihi ile hesaplama tarihi arasındaki değer kaybının dikkate alınması daha adil bir sonuç doğuracaktır.

Uzlaşma sürecini yürütme ve sonuçlandırma görevi, uzlaşma komisyonuna yüklenmiştir. Uzlaşma komisyonu, KK geçici m. 6/2 uyarınca, KK m. 8/3 fıkrasında belirtildiği üzere, elatan idarenin kendi bünyesinde en az üç kişiden teşekkül eden, süreci yürütmek ve sonuçlandırmak amacıyla faaliyet gösteren bir komisyondur. Kıymet takdir komisyonunun kıymet takdirine ilişkin raporu, uzlaşma komisyonuna ulaştıktan sonra uzlaşma komisyonu, idarenin daveti veya malikin müracaatı tarihinden itibaren en geç altı ay içerisinde 7201 sayılı Kanun hükümlerine göre tebliğ edilecek bir yazı ile, tahmini değer bildirilmeksizin, maliki uzlaşma görüşmelerine davet edecektir. Malikin uzlaşma görüşmelerine davet edilmesi için azami bir süre öngörülmüştür. Komisyonun bu süreye riayet etmemesinin hukuki neticelerine ise maddede yer verilmemiştir<sup>655</sup>.

Maddenin 3. fıkrası uyarınca uzlaşma komisyonu tarafından yürütülen görüşmelerde uzlaşma, idareye ait taşınmazın trampası, idareye ait taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak tanınması veya imar mevzuatı çerçevesinde başka bir yerde imar hakkı kullandırılması suretiyle veya bunların mümkün olmaması hâlinde nakdi bedel üzerinden sağlanabilmektedir. Bu suretle uzlaşmanın konusu, elatmaya konu mülkiyet hakkına karşılık olabilecek ayni veya nakdi nitelikte malvarlığı değerleridir. Maddenin sistematığına göre taraflar öncelikle ayni değer ikamesi üzerinde anlaşma görüşmelerini yürütecek, bu görüşmelerden sonuç alınamaması halinde nakdi değer ikamesi yolu tercih edilecektir.

Geçici 6. maddenin 4. fıkrası, hukuki veya fiili engel bulunmadığı takdirde davete icabet tarihinden itibaren en geç altı ay içinde görüşmelerin sonuçlandırılmasını öngörmüştür. “*Davete icabet*” denildiği için idare tarafından yapılan davete karşılık verilmesi halinde uzlaşma görüşmelerinin sonuçlandırılması için azami süre işleyecektir. Azami altı aylık süre içerisinde görüşmelerin uzlaşma veya uzlaşmazlık

<sup>655</sup> Halbuki 5999 sayılı Kanun ile eklenen geçici 6. maddenin ilk halindeki 6. fıkra, idarenin (Uzlaşma Komisyonu) hareketsiz kalması tehlikesini öngörmüş ve uzlaşma komisyonunun altı aylık süre içerisinde davette bulunmaması halinde malikin, doğrudan doğruya dava açabileceğini belirtmekteydi. Uzlaşma komisyonunun maddede öngörülen sürede maliki görüşmelere davet etmemesinin neticesinin, maddenin eski halindeki düzenleme ekseninde ele alınması faydalı olacaktır. Aksi halde malikin mülkiyet hakkının ihlal edilmesi tehlikesi bulunmaktadır.

şeklinde sonuçlandırılacağı belirtilmektedir. Ancak malikin, davete icabet etmemesi veya altı aylık azami süre içerisinde görüşmelere katılmamasının hukuki neticeleri hakkında bir düzenleme bulunmamaktadır. Malikin idarenin davetine icabet etmemesi veya görüşmelere katılmamasının neticelerini konu alan düzenlemeye maddede yer verilmesinde fayda bulunmaktadır. Uzlaşma görüşmelerinin maksadı, sürecin, dava yoluyla uzamasının önüne geçerek tarafların kısa sürede makul bir değerde uzlaşmalarını sağlayarak hak sahibinin adil ve makul sürede yargılanma hakkını temin etmektir. Uzlaşma görüşmelerinin bağımsız ve tarafsız nitelikteki bir kişi ya da komisyon tarafından yürütülmemesi, aksine elatan idare tarafından yürütülmesi sebebiyle uzlaşma görüşmelerine katılmamak, malik açısından herhangi bir hak kaybı sonucunu doğurmamalıdır. Uzlaşma komisyonunun davetinin üzerinden altı ay geçmesine rağmen malikin davete karşılık vermemesi veya uzlaşma görüşmelerine katılmaması halinin, “*uzlaşmazlık tutanağı*” tutulmak suretiyle sürecin sonuçlandırılması ve tutanak tutulsa da tutulmasa da sürenin sonunda malikin doğrudan doğruya dava açma hakkını kullanabilmesine imkân tanınması yerinde olacaktır.

Uzlaşma komisyonu tarafından yürütülen uzlaşma görüşmeleri, malik veya temsilcisi ile komisyon üyelerinin imzasını taşıyan tutanak ile sonuçlandırılmaktadır<sup>656</sup>. Görüşmeler sonucunda uzlaşmaya varılması halinde malik ile uzlaşma komisyonu üyelerinin anlaşmanın detaylarının yer aldığı sözleşme metnini imzalaması gerekmektedir. Sözleşmede, uzlaşılan hakkın türü, hakkın tanınma şart ve usulleri, nakdi ödemede bulunulacak ise miktar ve ödeme şartları ile taşınmazların tesciline veya terkinine dair muvafakatin bulunması öngörülmektedir (geçici m.6/4 son cümle). Bu çerçevede başka bir taşınmaz üzerinde tam veya hisseli mülkiyet hakkı veya sınırlı ayni hakkın mı söz konusu olduğu, idarenin malike vereceği ayni değer ne zaman ve ne şekilde teslim edileceği, bu değer karşılığında malikin ek bir ödeme yapmasının gerekip gerekmediği gibi hususlar ile nakdi ödeme hususunda anlaşmaya

<sup>656</sup> Tutanak, görüşmeler neticesinde uzlaşmaya varılıp varılmadığı ile ilgili bilgiye yer vermelidir. Bu tutanak ile uzlaşma görüşmelerine ilişkin bilgi ve belgeler, maddenin 4. fıkrası uyarınca, açılacak davalarda taraflar aleyhine delil teşkil etmeyecektir. Bu düzenlemenin maksadı gerek idarenin gerekse de malikin görüşmelerde sundukları tekliflerin sonrasında aleyhlerine sonuç doğurabileceği endişesi yaşamaksızın, menfaatlerini en iyi şekilde karşılayacak bir değer üzerinde anlaşmalarını sağlamaktır.

varılmış ise ödenecek miktar ve ödeme şartları ile ilgili bilgilere<sup>657</sup> sözleşmede yer verilmelidir.

Komisyon üyeleri ile malik arasında imzalanan sözleşme metninde, taşınmazların idare adına tesciline veya sicilden terkinine dair malikin muvafakati de bulunmaktadır. Maddenin 4. fıkrasının son cümlesinde “... *bu sözleşme çerçevesinde işlem yapılır ve uzlaşma konusu taşınmazlar resen tapuya tescil veya terkin edilir.*” denmektedir. Dolayısıyla sözleşmenin takdimi halinde Tapu Müdürlüğü, TMK m.1013 gereğince malikin tescile dair ayrı bir yazılı beyanını veya taşınmazın idare adına tescil veya terkinine ilişkin mahkeme kararının varlığını aramaksızın re’sen taşınmazın tescil ya da terkinini yapacaktır.

Taraflar arasında imzalanan sözleşmenin mahiyeti ile ilgili olarak Kanun’da herhangi bir açıklamaya yer verilmemiştir. Belirtmeliyiz ki, uzlaşma usulü, kamulaştırma usulünde uygulanan (KK m. 8) satın alma süreci ile paralellik arz etmektedir. KK m. 8/5’e göre, satın alma usulü neticesinde anlaşmaya varılması halinde imzalanan tutanak, “... *malikin ferağ beyanı ve tapuda idare adına yapılacak tescilin hukuki sebebi sayılır.*”<sup>658</sup>. Bu çerçevede taraflar arasındaki sözleşme, hak üzerinde doğrudan doğruya etki gösteren tasarruf işlemi mahiyetinde aynı sözleşme niteliğinde değildir<sup>659</sup>. Uzlaşma usulündeki sözleşmenin, tarafların iradesi ile ifa

<sup>657</sup> KK geçici madde 6’nın 5. fıkrasına göre, uzlaşma süreci sonunda nakit ödeme üzerinde anlaşmaya varılırsa, anlaşılan bedel, bütçe imkanları dâhilinde sonraki yıllara sâri olacak şekilde taksitli olarak da ödenebilmektedir. Taksitli ödeme süresince, 4/12/1984 tarihli ve 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanuna göre ayrıca kanuni faiz işletilecektir. Kamu tüzel kişisi ancak kamulaştırma veya diğer hukuki yolları kullanmak ve gerçek karşılığı ödemek kaydıyla malikin mülkiyet hakkını sona erdirebilme yetkisine sahiptir. İdarenin hukuka aykırı olarak elatma eyleminde bulunması halinde de elatma eylemine son vermeyecek ise, taşınmazın veya kurulan irtifak hakkının gerçek bedelini malike ödemesi gerekmektedir. Mülkiyet hakkından yoksun bırakan müdahalelerde taksitle ödeme yapılabilecek istisnai haller, Anayasa’nın 46/2. maddesinde vaka bazlı olarak zikredilmiştir. Bu çerçevede geçici 6. madde kapsamında söz konusu olabilecek taksitle ödeme imkânının, muğlak bir değerlendirme ölçüsü olan “*bütçe imkânları*” ölçüsü baz alınarak değil, Anayasa’nın 46/2. maddesindeki hallere hasredilerek kabul edilmesi gerekmektedir. Ayrıca taksitle ödemenin kabul edildiği hallerde, ödenecek bedelin gerçek değere tekabül edebilmesi için kanuni faiz oranı değil, Anayasa m.46/son hükmü kıyas edilmek suretiyle, kamu alacakları için uygulanan en yüksek faiz oranının uygulanması gerekmektedir. Benzer kanaat paylaşımı için bkz. Şaşı, s.309-310.

<sup>658</sup> *Sirmen*’e göre, bu fıkayla söz konusu tutanak hem satış ya da trampa sözleşmesini hem de tescil istemini içerdiğinden resmi senet düzenleme zorunluluğu ortadan kalkmış olmaktadır. *Sirmen*, s.347, dn.366.

<sup>659</sup> *Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir* ve *Sirmen*, TMK m.705/2’deki, mülkiyetin tescilden önce kazanılacağına ilişkin ifadenin, idare ile malikin anlaşamamaları halinde açılan dava sonucu verilen mahkeme kararı için geçerli olduğunu, satın alma ya da trampa usulüyle yürütülen kamulaştırmada idarenin mülkiyet hakkını tescil ile elde edeceğini ifade etmektedirler. *Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir*, s.414-415; *Sirmen*, s.346-348.

edilebilme özelliği olan salt bir borçlandırııcı sözleşme olarak nitelendirilmesi de pek mümkün değildir. Salt borçlandırııcı sözleşme olsaydı, taşınmaz, sözleşme çerçevesinde tapuda re'sen tescil veya terkin yapılamaz, kural olarak mülkiyet hakkını kaybedecek malikin tescilin yapılması yönündeki yazılı istemi üzerine taşınmazın tescil veya terkinini gerçekleştirdi. Söz konusu sözleşmenin idari sözleşme niteliğinde olmadığı da ifade edilebilir. İdare, uzlaşma usulünde kamu gücünü kullanan bir makam olarak değil, eşit düzeyde taraflar olarak anlaşma zemini aramaktadır. Ayrıca, uzlaşmama halinde idari yargıda değil de adli yargı teşkilatı nezdinde dava açılması da taraflar arasındaki sözleşmenin idari sözleşme niteliğinde olmadığına delil teşkil etmektedir. *Kanaatimizce*, taraflar arasındaki sözleşme, kendine özgü bir sözleşme modelidir. Sözleşme, bir yandan taşınmaz maliki ile idarenin karşılıklı hak ve yükümlülüklerini içeren borçlandırııcı sözleşme özelliği ile malikin mülkiyet hakkını kaybetmesinin, idarenin mülkiyet hakkını elde etmesinin hukuki sebebi niteliğindedir. Diğer yandan da malikin, TMK m.1013 uyarınca tapuda tescil veya terkinin yapılması yönündeki yazılı beyanının yerine geçen ikame işlem özelliği göstermektedir. TMK m.1013'te öngörülen yazılı beyanın, tapu memurunun tescil veya terkin için harekete geçmesini sağlayan usulî işlem niteliği ile tek taraflı tasarruf işlem mahiyetini birlikte taşıdığı kabul edilmektedir<sup>660</sup>. Dolayısıyla uzlaşma neticesinde taraflar arasında kurulan sözleşme, bir yandan borçlandırııcı işlem özelliğini gösterirken, diğer yandan tapu memurunun işlem yapmasını gerekli kılan tasarruf işlemi özelliği de taşımaktadır.

KK geçici m. 6'nin 6. fıkrasına göre, uzlaşma görüşmeleri sonunda idare ile malik arasında uzlaşma sağlanamadığı halde uzlaşmazlık tutanağı tutulur. Uzlaşma sağlanamaması halinde malik, bedel davası açabileceği gibi mülkiyet hakkından doğan diğer talepleri de dile getirebilme imkânına sahiptir.

### **2.3. 6754 Sayılı Kanun ile Değişik 2942 Sayılı Kamulaştırma Kanunu Geçici 6. Maddenin Öngördüğü Hüküm ve Sonuçlar**

6754 sayılı Kanun ile değişik KK geçici m. 6/1 son cümlesi uyarınca, madde kapsamındaki uyuşmazlıklarda, uzlaşma süreci olumsuz şekilde sonuçlanır ise bedel tespiti ile mülkiyet hakkından doğan diğer hukuki talepler gündeme gelebilmektedir.

<sup>660</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.201-202; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.327-329.

Sirmen, s.178-179;

KK geçici m. 6/6, uzlaşmazlık tutanağının tanzim edildiği tarihten itibaren üç ay içinde malik ya da idare tarafından bedel tespiti davası açılabilceğini belirtmektedir. “*Bedel tespiti davası*” ifadesi, kullanılan “*tespit*” kelimesi sebebiyle tespit davasını çağrıştırmaktadır<sup>661</sup>. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 106. maddesine göre, tespit davası yoluyla, mahkemeden, bir hakkın veya hukuki ilişkinin varlığının ya da yokluğunun yahut bir belgenin sahte olup olmadığının belirlenmesi talep edilmektedir. Bu tanımlamadan hareketle tespit davası sonucunda verilen kararın, hakkın varlığını veya yokluğunu kabul etmenin ötesinde herhangi bir hukuki sonuç doğurmadığını, verilen kararın icra edilebilirlik özelliğinin bulunmadığını belirtmeliyiz. Geçici 6. maddede zikredilen bedel tespiti davası ifadesinin, tespit davasını öngördüğü kabul edilmiş olsaydı, mahkeme sadece talepte bulunan malikin bedel talep etme hakkı olup olmadığını, bedel talep edebileceği hallerde de taşınmaz veya irtifak hakkının bedeli ile ilgili tespitte bulunabilecek, ancak bedel olarak tespit edilen değerin idare tarafından malike ödenmesi gerektiğine dair icra edilebilir nitelikte bir karar veremeyecektir. Ancak geçici 6. madde, ilgili tarih aralığında yaşanan mülkiyet hakkı ihlallerini çözümleme amacını taşıdığından, maddede zikredilen bedel tespiti davası,

<sup>661</sup> Çoğu yazar, madde başlığında ve içeriğinde geçen “*bedel tespiti*” ifadesini eleştirmekte, aslında zikredilmesi gereken ifadenin “*tazminat*” ifadesi ve “*tazminat davası*” olduğunu belirtmektedir. Yelço, bir haksız fiil olarak nitelendirdiği kamulaştırmaz elatma karşısında açılacak davanın ‘tazminat davası’ olduğunun izahtan varestesine rağmen, madde başlığının ‘bedel tespiti’ şeklinde değiştirilmesini, konuyu basite indirgeme olarak değerlendirmekte ve eleştirmektedir. Bkz., Yelço, s.571-572. Akgüner/Berk de, aslında içerik olarak tazminat davası olarak görülebilecek uyuşmazlığın adının ‘bedel tespiti’ olarak değiştirildiğini, ‘tazmin’ gibi daha geniş bir kavramdan ‘taşınmaz bedelinin tespiti’ gibi daha dar ve somut bir kavramın tercih edildiğini belirtmektedir. Akgüner/Berk, s.938. Avcı da, kamulaştırmaz elatma halinde malikin tazminat talep edebileceğini, tazminat olarak hükmedilecek bedelin de kamulaştırma bedeli olmadığına vurgu yapmakta; söz konusu tazminat davasının eda davası niteliğinde iken ‘tespit davası’ olarak nitelendirilmesini eleştirmektedir. Bkz. Avcı, s.4-5. Tezcan tarafından da, klasik bir tazminat davası ve haliyle eda davası niteliğindeki davaların, tespit davası haline dönüştürülmesinin hatalı bir yaklaşım olduğu belirtilmektedir. Tezcan, Mülkiyet Hakkı, s.53. Kurt, “*Haksız fiilden kaynaklanan tazminat davası niteliğinde olan kamulaştırmaz el atma dava türü, HMK’nın sistematiğine aykırı olarak tespit davası olarak nitelenmiştir. Tespit davalarında tespit edilen bedelin ödenmesi yönünde yani eda davası gibi bir hüküm kurulması usul hükümlerine aykırıdır. Bu nedenle de bu davalar bakımından yargıda içinden çıkılmaz hukuksal sorunlar oluşacaktır.*” demektedir. Bkz. Kurt, s.54. Şaşı da, tam tazmin ilkesi gereğince tazminat davasının söz konusu olması gerekirken elatmanın önlenmesi davası, taşınmazın bedeli veya mahrum kalan faydaların tazminine yönelik tazminat davası, ecrimisil davası açabilme hakkına sahipken bu hakkın bedel tespitine indirgenmesini mülkiyet hakkı ve hak arama özgürlüğünün özünü zedeler nitelikte bulmaktadır. Şaşı, s.308-309. Hayta ise geçici 6.maddedeki bedel tespiti davası ile kamulaştırmaz elatılan taşınmaz bedelinin tahsili davasının sonuçları itibariyle aynı amaca yönelik olduğunu, ancak bedel tespiti davasının malik ya da idare tarafından açılabilirken kamulaştırmaz elatılan taşınmaz bedelinin tahsili davasının sadece malik tarafından açılabilceğini, bedel tespiti davasının geçici 6.maddedeki hükümlere göre açılması ve yürütülmesi gerekirken kamulaştırmaz elatılan taşınmaz bedelinin tahsili davasının dayanağının Yargıtay içtihadı birleştirme kararı olduğunu belirtmektedir. Hayta, s.420, 424. Çınar ise bu ifade ile Kamulaştırma Kanunu’nun 10. maddesinde öngörülen bedel tespiti davası ile eşanlamli tutulmak istendiğini belirtmektedir. Çınar, s.37.



mülkiyetle ilgili mevcut uyuşmazlığı çözecek, icra edilebilir nitelikte eda davası mahiyetindedir. Bu dava sonucunda mahkeme, elatılan taşınmazın yerini alacak maddi değerini tespitiyle yetinmemekte, bu bedelin idare tarafından ödenme zaman ve şekli ile bu bedelin ödenmesi karşılığında taşınmazın veya hakkın idare adına tescil veya terkinine karar vermektedir.

Bedel tespiti davası, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 1956/1 Esas, 1956/6 Karar ve 16.05.1956 T. kararında geçen bedel davasına banzemektedir. Gerek madde başlığında gerekse de madde içerisinde geçen "*bedel tespiti*" ifadelerinin, içtihadı birleştirme kararında zikredilen bedel davasının özel bir türü olarak kabul edilmesi mümkündür. Ancak geçici 6. madde kapsamındaki bedel tespiti davası ile Yargıtay içtihadı birleştirme kararlarındaki bedel davası arasında, taşınmazın değerinin tespiti usulü ve diğer birtakım hususlarda farklılıklar bulunmaktadır<sup>662</sup>. Bedel tespiti davasının açılabilmesi geçici 6. maddedeki hallerin varlığında ayrıca bedel davası açılmayacaktır.

Bedel tespiti davasında mahkeme, bu bedelin ödenmesi karşılığında taşınmazın veya hakkın idare adına tesciline veya terkinine hükmedecektir. 6. fıkranın son cümlesi, mahkemenin taşınmazın tapu siciline tescili veya sicilden terkinine ilişkin hükmünün kesin hüküm niteliğinde olduğunu, hükmedilen bedele ilişkin temyiz hakkının ise saklı olduğunu belirtmektedir. Bu hüküm ile madde, hak sahiplerinin adil yargılanma hakkı çerçevesinde üst kanun yoluna başvuru hakkını tescil ve terkinine ilişkin hüküm açısından sınırlandırmaktadır.

Uzlaşmazlık tutanağının tanzimi üzerine bedel davası açılabilmesi için taraflara tanınan üç aylık sürenin özellikle de malikin talep haklarına etkisi üzerinde durmak gerekmektedir. Üç aylık süre içerisinde malik ya da idare tarafından bedel davası açılmamasının hukuki sonucu hakkında herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 1956/1 Esas, 1956/7 Karar ve 16.05.1956 T. kararında da zikredildiği üzere, bedel davası, herhangi bir hak düşürücü

<sup>662</sup> KK geçici m. 6/6 uyarınca, taşınmazın elatma tarihindeki nitelikleri üzerinden Kanunun 11.-12. maddelerindeki esaslara göre taşınmazın veya üzerinde tesis edilen irtifak hakkının dava tarihindeki değeri hesaplanacaktır. Yargıtay 18. HD 2015/11478 E., 2016/9080 K., 6.6.2016 T. kararda, geçici 6. madde kapsamında açılacak bedel tespiti davasında taşınmazın elatma tarihindeki nitelikleri esas alınmak üzere dava tarihindeki değeri hesaplanırken, bedel davasında taşınmazın dava tarihindeki nitelikleri esas alınmak üzere dava tarihindeki değerinin hesaplandığını belirtmektedir ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 3.1.2021).

veya zamanaşımı niteliğindeki süreye bağlanamaz. Üç aylık süre içerisinde bedel davasının açılmaması, bu davanın gerek malik gerekse de idare tarafından açılmasını engelleyecek şekilde bir hukuki sonuç doğurmamalıdır<sup>663</sup>.

Uzlaşmazlık halinde bedel davası dışında mülkiyet hakkından kaynaklı diğer talepler de ileri sürülebilecektir. Fiili elatma olgusu, taşınmaz malikinin, taşınmaz üzerindeki fiili hâkimiyetini sona erdirme neticesine sahiptir. Taşınmaz mülkiyet hakkına yönelik haksız saldırılara karşı koruyan bir dava çeşidi olan elatmanın önlenmesi davası açılabilir. Davanın amacı ise mülkiyete yönelik devam etmekte olan veya gerçekleşme olasılığı bulunan haksız saldırıları ortadan kaldırmak ve tekrarını önlemektir. Bu talebin dışında malik, mülkiyet hakkından kaynaklı olan taşkın yapı<sup>664</sup> (TMK m. 725), haksız yapı<sup>665</sup> (TMK m. 722-724) ve komşuluk hukukuna (TMK m. 730) özgü talep imkânlarına da sahip bulunmaktadır.

Malikin, zilyetliği koruyucu mahiyetteki davalar üzerinden de talep ileri sürme hakkı bulunmaktadır. Davalar, zilyetliğin gaspı halinde şeyin geri verilmesi ve zararın tazminine yönelik, zilyetliğe saldırı halinde ise saldırının sona erdirilmesi veya önlenmesi ile zararın giderilmesine yöneliktir. Mülkiyet hakkından doğan talepler ile zilyetlikten doğan talepler, birbiri ile yarışan (telâhuk eden) talepler mahiyetindedir. Maddenin 1. fıkrasındaki “... mülkiyet hakkından doğan talepler, bedel talep edilmesi hâlinde bedel tespiti ve diğer işlemler bu madde hükümlerine göre yapılır.”

<sup>663</sup> Yalçınduran, üç aylık süreyi hak düşürücü süre olarak nitelendirmekte, ancak uzlaşma yoluna gidilmediği sürece bu sürenin işlemeyeceğini belirtmektedir. Yalçınduran, Kamulaştırmasız El Koyma, s.67. Benzer kanaat için bkz. Çetintaş, s.55; Karaca, Kamulaştırmasız El Atma, s.108. Hayta, üç aylık süre içerisinde malik tarafından dava açılmaması halinde malikin mülkiyet hakkını, dolayısıyla mülkiyet hakkından kaynaklanan dava hakkını kaybetmeyeceği kanaatini paylaşmaktadır. Bkz. Hayta, s.440. Çınar da bu sürenin hak düşürücü süre olmadığı kanaatindedir. Çınar, s.43.

<sup>664</sup> Akipek/Akıntürk, s.452’de, taşkın inşaatın varlığında inşaat yapanın iyiniyetli olması halinde, inşaat yapanın, TMK m.725/2 uyarınca uygun bir bedel karşılığında irtifak hakkının tesisini veya mülkiyet hakkının kendisine devrini talep edebileceğini belirterek, bu halde malikin talep imkânlarına vurgu yapmaktadır.

<sup>665</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, haksız yapının, TMK m.722-724’te özel olarak düzenlendiğinden hareketle, sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağına dair bir değerlendirme yapmanın gerekmediğini belirtmektedir. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.482, dn.881. Benzer görüş için bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.802. Akipek/Akıntürk, s.452-453’te, başkasının arsasına hakkı olmadan inşaat yapmak suretiyle gerçekleşen mülkiyet hakkına yönelik saldırılarla ilgili taleplerin TMK m.722 vd. hükümlerinde özel olarak düzenlendiğinden bahisle, malikin sadece bu madde hükümleri uyarınca dava açabileceğini belirtmektedir.

hükmündeki “*diğer işlemler*” ifadesi uyarınca ileri sürülebilecek zilyetlikten doğan davalarda da bu maddede öngörülen usul ve esasın işletilmesi söz konusu olabilecektir.

Tespit edilen bedelin ödenme usul ve şekli, maddenin 8. fıkrasında düzenlenmektedir<sup>666</sup>.

Geçici 6. maddenin 9. fıkrasına göre, “*Bu madde uyarınca ödenecek olan bedelin tahsili sebebiyle idarelerin mal, hak ve alacakları haczedilemez.*”. İcra ve İflas Kanunu’nun m.82/1. bendi uyarınca “*Devlet malları ile mahsus kanunlarında haczi caiz olmadığı gösterilen mallar*” haczedilemez. Devlet malları tabiri ile 5018 sayılı Kanun’un I ve II sayılı cetvellerinde yazılı idarelerin kamu hukukuna tabi eşyaları ifade edilmektedir. Özel kanunlarda haczi caiz olmayan mallara örnek olarak Belediye Kanunu m. 15/9 düzenlemesi<sup>667</sup> ile İl Özel İdare Kanunu m. 7/4 düzenlemesi verilebilir<sup>668</sup>. Geçici 6. madde kapsamında, idarenin mülkiyet hakkını ihlal etmesi sebebiyle mağdur olan hak sahiplerinin geriye dönük zararlarının tazmini amaçlanmaktadır. Bu çerçevede hak sahibinin idare ile uzlaştığı ya da açılan dava sonucu hükmedilen bedelin tahsili aşamasında kamu hukuku ve özel hukuka tabi tüm malvarlığı değerleri için haciz yasağı öngörülmesi, mülkiyet hakkını ve hak arama özgürlüğünü zedeler niteliktedir<sup>669</sup>.

Maddenin 8. fıkrasının son cümlesine göre, “*İdare tarafından, mahkeme kararı gereğince nakdi ödeme yerine, üçüncü fıkarda belirtilen diğer uzlaşma yolları da teklif edilebilir ve bu maddenin uzlaşmaya ilişkin hükümlerine göre işlem yapılabilir.*”. Bu halde idare, kesinleşmiş mahkeme kararının icrası yerine, maliki uzlaşma usulüne davet etmek suretiyle, idareye ait taşınmazın trampası, idareye ait taşınmaz üzerinde

<sup>666</sup> Bedele ilişkin ödeme, mahkeme kararının kesinleşmesi üzerine gerçekleşebilmektedir. Ancak kesinleşmiş olan bedelin ödenmesi, bütçe imkânlarına göre defaten değil, taksitle olabilmektedir. Bu çerçevede merkezi yönetim bütçesine dâhil idarelerin yılı bütçelerinde %2, yerel yönetimler ile bağlı idarelerin yılı bütçelerinde de %2 oranında pay ayrılacağı, kesinleşen ödeme miktarının bu paylara karşılık gelen miktardan fazla olması halinde bütçe imkânlarının defaten ödeme yapılamayacağı ve eşit miktarlarda taksitle ödeme yapılacağı belirtilmektedir. Bu halde gerçekleşen taksitli ödemeler, uzlaşma usulünde anlaşma sağlanması halindeki gibi kanuni faize tabi bulunmaktadır. Uzlaşma usulünde taksitlendirme ve faiz oranı ile ilgili eleştirilerimiz, bedel tespiti davası sonucunda taksitlendirme ve faiz oranı için söz konusudur

<sup>667</sup> Belediye Kanunu m.15/9: “*Belediyenin proje karşılığı borçlanma yoluyla elde ettiği gelirleri, şartlı bağışlar ve kamu hizmetlerinde fiilen kullanılan malları ile belediye tarafından tahsil edilen vergi, resim ve harç gelirleri haczedilemez.*”

<sup>668</sup> İl Özel İdaresi Kanunu m.7/4: “*İl özel idaresinin proje karşılığı borçlanma yoluyla elde edilen gelirleri, vergi, resim ve harçları, şartlı bağışlar ve kamu hizmetlerinde fiilen kullanılan malları haczedilemez.*”

<sup>669</sup> Benzer kanaat için bkz. Şaşı, s.310-311.

sınırlı aynı hak tanınması veya imar mevzuatı çerçevesinde başka bir yerde imar hakkı kullandırılması şeklindeki alternatif nitelikteki seçenekleri malike sunabilir.

Maddenin 9. ve 10. fıkraları ile kanunkoyucu, geçici mahiyetteki bu hükmün, yürürlük tarihi ile ilgili özel nitelikte birtakım düzenlemelere yer vermektedir. 9. fıkra, geçici 6. madde düzenlemesinin amacı olan yirmi yıllık hak düşürücü sürenin uygulanması sebebiyle yaşanan hak ihlallerinin hukuki sonuçlarını dar bir çerçevede çözme çabasının görünümü mahiyetindedir. Fıkraya göre, *“Bu maddenin bedele ilişkin hükümleri, vuku bulduğu tarih itibarı ile bu maddenin kapsamında olan kamulaştırmasız el koymadan dolayı açtıkları tazminat davası süre bakımından dava hakkının düştüğü gerekçesiyle reddedilmiş olanlar hakkında da uygulanır. Evvelce açtıkları davalar sonunda tazminat almaya hak kazanmış veya süre dışındaki sebeplerden dolayı davaları reddedilmiş olanlar hakkında bu madde hükümleri uygulanmaz.”* Bu düzenleme, AYM’nin 2002/112 E., 2003/33 K., 10.4.2003 T. kararı ile iptal edilmiş olan KK m. 38’in yürürlükte olduğu dönemde, yirmi yıllık hak düşürücü sürenin geçtiği gerekçesiyle talebin reddi yönündeki kesinleşmiş mahkeme kararlarının hukuki etkisini ortadan kaldırmaktadır. Ancak fıkra da zikredilen *“bu maddenin bedele ilişkin hükümleri”* ifadesinin içerebileceği anlam üzerinde durmak gerekmektedir. Kullanılan bu ifade ile istisnai bir düzenleme mahiyetindeki kesinleşmiş mahkeme kararlarının kesin hüküm niteliğini ortadan kaldırma sonucu, sadece bedel davası ile sınırlı olarak kabul edilmiştir. KK m. 38 gerekçesiyle aleyhine kesinleşmiş mahkeme kararı bulunan malikin, bu maddeye dayanarak mülkiyetten doğan diğer talep imkânlarını kullanamayacağı anlamına ulaşılmaktadır. Aynı fıkra, iç hukuk yoluna başvuru veya uluslararası hukuk yoluna başvuru sonucu tazminat/bedel hakkı elde etmiş hak sahiplerine henüz ödeme yapılmamış ise idareye, malike, uzlaşma yolunu teklif ederek diğer alternatif seçenekleri sunma imkânı vermektedir. Maddenin 10. fıkrası ise vuku bulduğu tarih itibarı ile bu maddenin kapsamında olan kamulaştırmasız elatmadan dolayı, bu maddenin yürürlüğe girmesinden önce tazmin/bedel talebiyle dava açmış olanların, uzlaşma yoluna gitmeyi isteyip istemediklerini, bu maddenin yürürlüğe girmesinden itibaren üç ay içinde idareye ve mahkemeye verecekleri dilekçeler ile bildirebileceklerini; uzlaşma talebi üzerine, uzlaşma görüşmelerinin neticesine kadar dava bekletileceğini ve uzlaşılamaması hâlinde, uzlaşmazlık tutanağının mahkemeye sunulmasından sonra davaya devam edileceğini belirtmektedir. Şu an itibarıyla bildirim için öngörülen üç aylık süre geçmiş

olsa da davacının üç aylık süre içerisinde herhangi bir bildirimde bulunmamasının hukuki neticesi maddede düzenlenmemiştir. Bu takdirde Yargıtay kararları uyarınca şekillenen kamulaştırmасız elatmanın hüküm ve sonuçlarına göre davaların sonuçlandırılması gerekmektedir. 10. fıkranın son cümlesindeki “*Bu madde hükümleri karara bağlanmamış veya kararı kesinleşmemiş tüm davalara uygulanır. Kararı kesinleşen davalara ise, bu maddenin yalnızca sekizinci fıkra hükümleri uygulanır.*” ifadesinin, aynı fıkradaki ilk cümle ile ilgili olarak yukarıda vardığımız sonuç ile çeliştiği görülmektedir. Bu hüküm uyarınca, maddenin kapsamında olan kamulaştırmасız elatma vakaları ile ilgili olarak maddenin yürürlük tarihinden önce açılmış ve henüz kararın verilmediği veya henüz kararın kesinleşmediği davalarda, davacı, uzlaşma talebini bildirmese de, mahkeme, geçici 6. madde hükümleri gereğince karar verecektir. *Kanaatimizce*, 10. fıkranın son cümlesi, 6745 sayılı Kanun’un 34. maddesi ile yürürlükten kaldırılan bir önceki cümle ile ilgilidir<sup>670</sup>. Uygulama imar planları veya diğer kanunlar sebebiyle tasarrufu kısıtlanan taşınmazlar ile ilgili başvuru usulü öngören düzenlemenin yürürlükten kaldırılmasına rağmen bu düzenleme ile bağlantılı olan devamındaki cümlelerin yürürlükten kaldırılmaması bu karmaşıklığa sebebiyet vermiştir.

## **C. YARGI KARARLARI UYARINCA KAMULAŞTIRMASIZ ELATMANIN HÜKÜM VE SONUÇLARI**

### **1. FİİLİ ELATMANIN HÜKÜM VE SONUÇLARI**

221 sayılı Kanun ile Kamulaştırma Kanunu geçici 6. madde şeklindeki özel kanuni düzenlemeler dışında kalan taşınmazlara yönelik fiili elatma vakalarının hüküm ve sonuçları genel hükümler üzerinden değerlendirilmektedir. Genel hükümler, daha önce ele aldığımız Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu’nun 1956/1

<sup>670</sup> Hayta, 10. fıkranın son cümlesindeki “*Bu madde hükümleri karara bağlanmamış veya kararı kesinleşmemiş tüm davalara uygulanır. Kararı kesinleşen davalara ise, bu maddenin yalnızca sekizinci fıkra hükümleri uygulanır.*” ifadesine atıf yaparak, uygulama imar planları veya diğer kanunlar sebebiyle tasarrufu kısıtlanan taşınmazlarla ilgili henüz kesinleşmemiş davalarda, mahkemelerin idari yargının görevli olduğu gerekçesiyle usulden ret kararı vermesi gerektiğini belirtmektedir. Hayta, s.441.

Esas, 1956/6 Karar ve 16.05.1956 T. kararı<sup>671</sup>, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu’nun 1956/1 Esas, 1956/7 Karar ve 16.05.1956 T. kararı<sup>672</sup> ile Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu’nun 1958/17 E., 1959/15 K., 11.2.1959 T. kararı<sup>673</sup> üzerinden şekillenmektedir.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu’nun 1956/1 Esas, 1956/6 Karar ve 16.05.1956 tarihli kararı uyarınca, devlet ve kamu hukuku tüzel kişisi olan kurum ve kuruluşların, taşınmazın tamamı veya bir kısmı üzerindeki fiili hâkimiyetini sona erdirerek kendi fiili hâkimiyetini veya başkası adına fiili hâkimiyeti kurması şeklindeki müdahaleleri ile malikin mülkiyet hakkı ortadan kalkmaz<sup>674</sup>. Bu sebeple de malik, Medeni Kanun m. 683/2’de zikredilen mülkiyet hakkına yönelik haksız müdahalelerin ortadan kaldırılmasına yönelik elatmanın önlenmesi davasını açabilecektir. Ancak malik, elatmanın önlenmesi davasının icrasında yaşanabilecek güçlük veya imkânsızlık sebebiyle, kamu hizmetine özgülenerek kullanım amacı değişen taşınmazın idareye devrine rıza göstererek taşınmazın değerinin tahsiline yönelik bedel davası da açabilecektir. Bedel davası açılması halinde dikkate alınacak değer, taşınmazın “*dava tarihindeki değeri*” olmaktadır. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu’nun 1956/1 Esas, 1956/7 Karar ve 16.05.1956 T. kararı uyarınca da fiili elatma halinde malik tarafından açılacak bedel davası, “*mülkiyet hakkının devrine karşılık olduğuna göre, mülkiyet hakkına dayanılarak açılacak bir dava*” olduğu, taşınmazın aynına ilişkin bir talep olduğu gerekçesi ile herhangi bir zamanaşımı süresine tabi değildir.

Bu iki karar uyarınca fiili elatma eyleminin mülkiyet hakkına yönelik haksız bir müdahale olduğu kabul edilmiş, ancak hukuki nitelendirmesi ve görevli yargı kolu ile ilgili ile ilgili net bir ifade kullanılmamıştır. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu Kararı 1958/17 E., 1959/15 K., 11.2.1959 T. kararında, içtihadı birleştirme

<sup>671</sup> YİBBGK 1956/1 E., 1956/6 K., 16.05.1956 T. kararı ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 29.10.2019). Kararın tam metni için ayrıca bkz. Şahiniz, s.21-23.

<sup>672</sup> YİBBGK 1956/1 E., 1956/7 K., 16.05.1956 T. kararı ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 29.10.2019). Kararın tam metni için ayrıca bkz. Şahiniz, s.23-25.

<sup>673</sup> YİBHKG 1958/17 E., 1959/15 K., 11.2.1959 T. kararı ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 29.10.2019)

<sup>674</sup> Oğuzman ise, Yargıtay’ın bu kararından önce kaleme aldığı makalesinde, kamulaştırmazsız el koyma halinde, taşınmaz malikinin ileri sürebileceği talep ile ilgili olarak şunu söylemektedir: “*Şu halde idare, bir şahsın mülkiyet hakkına son veren fakat kendisinden iade talep edilmesine imkân olmayan gasıb’ın durumunda olduğu veçhiyle ancak bir tazminata mahkum edilecektir. Bu bir haksız fiil tazminatıdır*”. Dolayısıyla Yazar, taşınmazın fiilen kamu hizmetine özgüldüğü an itibarıyla malikin mülkiyet hakkını kaybettiğini kabul etmektedir. Bkz. Oğuzman, s.814-815

kararının kapsamı dışında tutulsa da “İstimlaksiz el atma halinde amme teşekkülü İstimlak Kanununa uygun hareket etmeden ferdin malını elinden almış olması sebebiyle kanunsuz bir harekette bulunmuş durumdadır ve bu bakımdan dava, Medeni Kanun hükümlerine giren mülkiyet tecavüzün önlenmesi veya haksız fiil neticesinde meydana gelen zararının tazmini davasıdır ve bu bakımdan adliye mahkemesini vazifesi içindedir.” içtihadında bulunulmuştur. Karardaki haksız fiil nitelendirmesi ve görevli yargı kolu tespiti, bağlayıcı bir hukuk kuralı hükmünde olmasa da söz konusu içtihat, bağlayıcı nitelikteki diğer içtihadı birleştirme kararları ile uyum içerisinde görülerek benimsenmiştir. Bu doğrultuda gerek yargı makamları gerekse de doktrin tarafından idarenin taşınmaza yönelik fiili elatma eylemi, idarenin haksız fiili olarak nitelendirilmekte ve Yargıtay içtihadı birleştirme kararları uyarınca fiili elatma sebebiyle gündeme gelebilecek davaların adli yargı kolunun görev alanı içerisinde olduğu kabul edilmektedir<sup>675</sup>. Yargıtay’ın 11.2.1959 tarihli bu kararında, malikin idareye karşı açabileceği davalar, elatmanın önlenmesi davası ile haksız fiile dayalı tazminat davası şeklinde anılmaktadır. Bu karar ile 1956 yılında verilen YİBBGK kararında bedel davası olarak zikredilen ve Kamulaştırma Kanunu hükümlerine göre hesaplanan taşınmaz değerinin ödenmesini içeren dava, “kamulaştırmасız elatma nedeniyle tazminat davası” olarak anılmaya başlamıştır.

İlgili Yargıtay kararları uyarınca fiili elatma kapsamındaki uyuşmazlıklarda söz konusu olabilecek davalar, bu davalarda davacı-davalı sıfatları ile bu davalarda gündeme gelebilecek talepler ve bu taleplere karşı yargı makamları ve doktrinin yaklaşımı üzerinde durmak gerekmektedir. Fiili elatmanın varlığı halinde açılacak davalar elatmanın önlenmesi davası, kamulaştırmасız elatılan taşınmaz bedelinin tahsili davası (kamulaştırmасız elatma nedeniyle tazminat davası/bedel davası), tazminat davası, ecrimisil davası şeklinde ifade edilebilir<sup>676</sup>.

<sup>675</sup> Fiili elatmanın hukuki niteliği ile ilgili açıklamalar için bkz. I. Bölüm, C., 3., 3.1.

<sup>676</sup> Bkz. Şahiniz, s.103; Hayta, s.419-421; Yalçınduran, Kamulaştırmасız El Koyma, s.59-63; Çetintaş, s.99-100; Karaca, Kamulaştırmасız El Atma, s.89-90; Özdemir, s.160-161, Arcak/Doğrusöz, s.29. Özdemir, zikrettiğimiz bu dava çeşitlerine ek olarak taşınmaz üzerindeki yapının yıkılmasının konu edildiği kal davasının da açılabilirliğini belirtmektedir. Özdemir, s.161. Yazar, ayrıca taşınmaza yönelik müdahale sonucunda zilyetliğe son verilmiş ise zilyetliğin tekrar kurulması amacıyla elatmanın önlenmesi davasının değil de istihkak davasının açılması gerektiğini savunmaktadır. Özdemir, s.174. Ulusoy da yukarıda zikrettiğimiz davalara tapu iptal davası, tescil ve terkin de eklemektedir. Ancak Yazar, mahkemece bedele hükmedildiği takdirde bu kararlar birlikte kendiliğinden terkin yönünde karar verilmesi gerektiğini belirtmektedir. Bkz. Ulusoy,

Hak sahibi dilerse elatmanın önlenmesi davası<sup>677</sup> dilerse bedel davası kapsamında hak talebinde bulunabilir. Hak sahibinin bu hususta seçimlik hakka sahip olduğunu belirtmeliyiz. Davacı, iki davadan birini tercih etmek ya da elatmanın önlenmesi davası ile bedel davasını terditli açmak<sup>678</sup> suretiyle bu hakkını kullanabilmektedir. Elatmanın önlenmesi davası açıldıktan sonra da davanın, ıslah yoluyla bedel davasına dönüştürülmesi mümkündür. Hatta elatmanın önlenmesi davası sonucu verilen kararın icrasının sağlanması için cebri icraya başvurmak yerine, elatmanın önlenmesi davası kesinleştikten sonra dahi bedel davası açılabilceği, malikin kesinleşmiş kararın infazı için zorlanamayacağı kabul edilmektedir<sup>679</sup>.

Hak sahibi elatmanın önlenmesi veya bedel davasıyla birlikte veya ayrı olarak tazminat ve/veya ecrimisil taleplerini de dile getirebilir<sup>680</sup>.

## 1.1. Elatmanın Önlenmesi Davası Çerçevesinde Hüküm ve Sonuçları

### 1.1.1. Elatmanın Önlenmesi Davasında Usul ve Taraf Sıfatı

Yargıtay içtihadı birleştirme kararlarında fiili elatma halinde açılabilceği belirtilen elatmanın önlenmesi davası, TMK m. 683/2'de öngörülmüştür. Elatmanın

Kamulaştırmatsız El Atma, s.54-70. Çınar da açılacak davaları, elatmanın önlenmesi, tazminat ve tazminat karşılığı bedel şeklinde ifade etmektedir. Bkz. Çınar, s.12-20.

<sup>677</sup> Yargıtay kararına konu olan olayda yerel mahkeme, elatmanın önlenmesi talebinin kamu yararı gerekçesiyle reddi gerektiği yönünde karar vermiştir. İlginç olması sebebiyle kararın ilgili kısmını vermekte fayda olduğu kanaatindeyiz. Yargıtay 18. HD 2015/21931 E., 2016/704 K., 19.1.2016 T. kararındaki ilgili bölüm şu şekildedir: “Dava konusu taşınmaza davalı ... Müdürlüğü sorumluluğunda kanalizasyon boru hattı döşenmek suretiyle el atıldığı anlaşıldığından usulüne uygun kamulaştırma yapılmadığı sürece davacının mülkiyet hakkı kapsamında müdahalenin önlenmesini isteme hakkı bulunduğu gözetilerek işin esası hakkında bir hüküm kurulması gerekirken mahkemece, ‘taşınmaza kanalizasyon yapılmışsa da, bundan hem komşu parselin hem de dava konusu taşınmazın faydalandığı, tüm köylünün menfaatinin bulunduğu, çevrenin korunması ve kirliliğin önlenmesinin tüm kurum ve vatandaşların sorumluluğunda olduğu, kamu yararının malikin menfaatinden üstün olduğu ve kanalizasyon hattının kaldırılması halinde davacıya ait taşınmazın bağlantısının da kesileceği’ gibi yerinde olmayan gerekçelerle davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir.” şeklinde hüküm verilmiştir ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 16.3.2020).

<sup>678</sup> Yargıtay 18. HD 2015/19215 E., 2016/924 K., 25.1.2016 T. kararında, davacının öncelikli isteğinin davalı idarenin müdahalesinin men'i ve kal olduğu, bunun kabul edilmemesi halinde kamulaştırmatsız el koyma sebebiyle elkonulan kısmın bedeline hükmedilmesinin istendiği, bu suretle davanın kademeli açıldığı, davacının öncelikli isteği olan müdahalenin men'i ve kal'e karar verildiğine göre, ikinci kademede yer alan istek hakkında kabul kararı verilemeyeceği belirtilmiştir (Hata! Köprü başvurusu geçerli değil.8.11.2018).

<sup>679</sup> Şahiniz, s.141-143; Arcak/Doğrusöz, s.36-37; Ulusoy, Kamulaştırmatsız El Atma, s.60; Hayta, s.422; Çınar, s.13; Özkaya, s.1001; Karaca, Kamulaştırmatsız El Atma, s.100.

<sup>680</sup> Şahiniz, s.104, 215-216, 222; Hayta, s.421, 429-431; Özdemir, s.173; Yalçınduran, Kamulaştırmatsız El Koyma, s.69, 75; Ulusoy, Kamulaştırmatsız El Atma, s.67-69; Morali, s.231.



önlenmesi davası, maliki, mülkiyet hakkından doğan yetkilerin kullanılmasına yönelik (haksız) elatmalara/saldırılarına/müdahalelere karşı koruyan bir dava çeşididir<sup>681</sup>. Haksız müdahale, olumlu ya da olumsuz davranış şeklinde<sup>682</sup>, maddi ya da gayrimaddi müdahale şeklinde<sup>683</sup> ya da doğrudan veya dolaylı şekilde<sup>684</sup> gerçekleşebilmektedir. Elatmanın önlenmesi davasının kapsamına giren elatmanın varlığı halinde eşya, malikin zilyetliğinde bulunmakla birlikte eşyayı gereği kullanması, ondan yararlanması engellenmekte ya da güçleştirilmekte, mülkiyet hakkından doğan yetkiler hiç ya da gereği gibi kullanılamamaktadır<sup>685</sup>. Haksız müdahalenin varlığının kabulü için müdahale ile illiyet bağı içerisindeki bir zararın doğmuş olması gerekmediği<sup>686</sup> gibi eylemde bulunan kişinin kusurlu olması da gerekli değildir<sup>687</sup>. Elatmanın önlenmesi davası, aynı hakka dayanması sebebiyle haksız müdahale devam ettiği ya da gerçekleşme olasılığı bulunduğu sürece, herhangi bir süreye tabi olmaksızın dile getirilebilecek eda davası niteliğinde bir davadır<sup>688</sup>. Taşınmazın aynına

<sup>681</sup> Bkz. Necla Giritlioğlu, **Müdahalenin Men'i (Elatmanın Önlenmesi) Davası**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1984, s.7-8; Akipek/Akıntürk, s.450; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.489; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.279; Eren, Mülkiyet Hukuku, s.42; Turhan Esener/Kudret Güven, **Eşya Hukuku**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012 s.172-173; Sirmen, s.255; Ertaş, Eşya Hukuku, s.215; Ayan, Eşya Hukuku II, s.111-112.

<sup>682</sup> Bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.279-280, dn.30; Eren, Mülkiyet Hukuku, s.46.

<sup>683</sup> Bkz. Eren, Mülkiyet Hukuku, s.44-46.

<sup>684</sup> Bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.494-496; Giritlioğlu, s.15-25. Giritlioğlu, s.15-25'te, müdahaleleri, doğrudan doğruya müdahale/dolaylı müdahale şeklinde ikiye ayırmakta, dolaylı müdahaleleri de kendi içinde maddi-maddi olmayan (psşik)-olumsuz müdahaleler şeklinde ayırma tabi tutmaktadır.

<sup>685</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.489; Giritlioğlu, s.25-26; Eren, Mülkiyet Hukuku, s.42; Ayan, Eşya Hukuku II, s.112. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.489'da, elatmanın önlenmesi davasının, fiili hâkimiyetten yoksun bırakma dışındaki her türlü haksız müdahaleye karşı koruma sağladığını belirtmektedir.

<sup>686</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.494; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.281; Eren, Mülkiyet Hukuku, s.43; Sirmen, s.256; Esener/Güven, s.172-173.

<sup>687</sup> Giritlioğlu, s.9; Akipek/Akıntürk, s.451,452; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.502; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.280; Eren, Mülkiyet Hukuku, s.43; Sirmen, s.256; Ayan, Eşya Hukuku II, s.112, 116; Esener/Güven, s.173.

<sup>688</sup> Giritlioğlu, s.99-100, 102-104; Akipek/Akıntürk, s.451; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.496-497; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.281-282; Eren, Mülkiyet Hukuku, s.43, 46-47; Ertaş, Eşya Hukuku, s.214, 215; Sirmen, s.257; Ayan, Eşya Hukuku II, s.113, 118; Şahin, 107, 126, 138; Özdemir, s.173; Yalçınduran, Kamulaştırmasız El Koyma, s.62, 69; Ulusoy, Kamulaştırmasız El Atma, s.54; Çetintaş, s.101; Karaca, Kamulaştırmasız El Atma, s.90; Çakır, Kamulaştırmasız El Atma, s.67. Ancak uzun zamandır mevcut elatmaya sessiz kalınması, hal ve şartlar uyarınca rızanın varlığı olarak değerlendirilebilir. Bu çerçevede herhangi bir süreye bağlı olmayan dava açma hakkı, dürüstlük kuralına uygun olarak kullanılmalıdır. Bkz. Giritlioğlu, s.100-101; Eren, Mülkiyet Hukuku, s.47; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.497-498; Sirmen, s.257; Ayan, Eşya Hukuku II, s.118. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, , TMK m. 722-724'de düzenlenen haksız yapı ile TMK m. 725'te düzenlenen taşkın yapıda öngörülen sürelerin, elatmanın önlenmesi davasını süre açısından sınırlandırdığını belirtmektedir. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.282, dn.39. Giritlioğlu, aynı taleplerin, kazandırıcı zamanaşımı süresi ile sınırlandırıldığını belirtmektedir. Giritlioğlu, s.100.

ilişkin olan söz konusu davada yer bakımından yetkili mahkeme HMK m. 12 uyarınca taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi iken görev bakımından yetkili mahkeme ise HMK m. 2 uyarınca asliye hukuk mahkemesidir.

Davadaki taraf sıfatı, usul hukuku ile ilgili bir problem olmayıp dava konusu yapılan mülkiyet hakkı ile ilgili maddi hukuk problemidir. Yargıtay HGK 2007/233 E., 2007/221 K., 18.4.2007 T. kararda, taraf sıfatının usul hukuku sorunu olmayıp dava konusu sübjektif hakkın özüne ilişkin maddi hukuk sorunu olduğu, bu nedenle taraf sıfatı yokluğunun def'i değil, yargılamanın her aşamasında taraflarca ileri sürülebilen ve mahkemece re'sen nazara alınması gereken itiraz niteliğinde olduğu vurgulanmıştır. Kararda, kamulaştırmasız elatma ile ilgili davalardaki davacı-davalı sıfatı ise şu şekilde ele alınmıştır<sup>689</sup>:

*“...Türleri gösterilen davalardan hangisi olursa olsun, ister, el atmanın önlenmesi, ister bedel davası açılsın; dava açmanın ilk şartı, o yerin tapu ile maliki veya mirasçısı olmaktır. ... Bunun gibi, taşınmaz mala el koyan, tesis veya bina yapan idare belli ise, davanın bu idare hasım gösterilmek suretiyle açılması gerektiği her türlü duraksamadan uzaktır... bina veya tesislerin sahibi Köy tüzel kişiliği ve Özel İdare Müdürlüğü olmasına göre, sahibi sıfatı ile karşılık değer istenecek ise veya el atmanın önlenmesi dava ediliyorsa husumetin, burada ilgili olan tüzel kişiye yöneltilmesi gerektiği kuşkusuzdur. Diğer bir ifadeyle, okul veya okul tesisi yapılan taşınmaz mal maliklerinin açacakları kamulaştırmasız el koyma davalarında husumetin, köy sınırları içerisinde ise bağlı oldukları köy tüzel kişiliğine, ilçe veya il merkezinde ise o yer Özel İdare Müdürlüğüne yöneltilmesi yasal bir zorunluluktur.”.*

Davacı sıfatı, kural olarak, mülkiyet hakkı sahibi malik ve mirasçılara aittir<sup>690</sup>. İdarenin elatması ile tapuda malik olarak görünmeyen zilyedin fiili hâkimiyetinin sona

<sup>689</sup> Yargıtay HGK 2007/233 E., 2007/221 K., 18.4.2007 T. karar ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 28.8.2020). Benzer içerikteki karar için bkz. Yargıtay HGK 2012/5-334 E., 2012/585 K., 19.9.2012 T. karar ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 18.11.2019).

<sup>690</sup> Elatmanın önlenmesi davasında davacı sıfatı ile ilgili olarak bkz. Giritlioğlu, s.28; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.282; Esener/Güven, s.173; Akipek/Akıntürk, s.451-452; Eren, Mülkiyet Hukuku, s.47; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s.498; Sirmen, s.257; Ayan, Eşya Hukuku II, s.114. Paylı mülkiyet halinde TMK m. 693/3 hükmü uyarınca paydaşlardan her biri, diğer paydaşları temsilen, elbirliği mülkiyetinin varlığında ise TMK m. 702/4 gereğince ortaklardan herhangi biri tarafından bu dava açılabilecektir. Bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s.500; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.282-283;

erdiği hallerde ise zilyedin hak sahibi olduğunu kanıtlaması halinde mülkiyet hakkına dayanarak elatan idareden talepte bulunması mümkündür<sup>691</sup>. Yargıtay HGK 2014/838 E., 2015/2654 K., 18.11.2015 T. kararda, zilyetlik olgusunun mülkiyet hakkına dönüşmesi itibarıyla dava hakkının elde edileceği belirtilmektedir<sup>692</sup>.

Davalı sıfatı ise malikin zilyetliğini fiilen sona erdirip kendi fiili hâkimiyetini kuran kamu hukukuna tâbi tüzel kişiye aittir<sup>693</sup> <sup>694</sup>. Taşınmaza fiilen elatarak yapı

Akipek/Akıntürk, s.451-452; Eren, Mülkiyet Hukuku, s.47-48; Sirmen, s.257; Ayan, Eşya Hukuku II, s.114-115; Giritlioğlu, s.36-38. Taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak sahibi olan kişilerin de elatmanın önlenmesi davasını açabileceği belirtilmektedir. Detaylı bilgi için bkz. Giritlioğlu, s.30-31, 8-9; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.281, 283; Esener/Güven, s.173; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s.498; Eren, Mülkiyet Hukuku, s.48; Sirmen, s.257; Ayan, Eşya Hukuku II, s.116; Özdemir, s.175-176; Yalçınduran, Kamulaştırmaz El Koyma, s.69-71; Çınar, s.23-24; Özkaya, s.999; Çetintaş, s.107-108; Karaca, Kamulaştırmaz El Atma, s.93-94; Arcak/Doğrusöz, s.29-31, 41, 52.

<sup>691</sup> Bkz. Arcak/Doğrusöz, s.31-32, 41, 52-53; Şahiniz, s.129-133; Hayta, s.422, dn.110; Özdemir, s.166-167; Ulusoy, Kamulaştırmaz El Atma, s.72-74; Çınar, s.24-25; Karaca, Kamulaştırmaz El Atma, s.94; Gölcüklü, s.1215-1219.

<sup>692</sup> Yargıtay HGK 2014/838 E., 2015/2654 K., 18.11.2015 T. kararında, bu hususu, şu şekilde izah etmektedir: “Kamulaştırmaz el atma nedeniyle ister el atmanın önlenmesi ister bedel davası açılsın; dava açmanın ilk şartı, o yerin tapu ile maliki veya mirasçısı olmaktır. Zilyetlik olgusuna dayanılarak açılan kamulaştırmaz el atma nedeniyle bedel davalarında ise, dava hakkının (aktif husumet ehliyetinin) varlığı hemen kabul edilmemekte, taşınmaz malın mülkiyet hakkını kazandığına ilişkin dava açarak alacağı ilamı ibraz etmesi için davacıya önel verilmektedir. Mahkemelerce verilen tescil kararı ile de, yasal olarak korunmakta olan eylemli durumu gösteren ‘zilyetlik’, mülkiyet hakkına dönüştüğünden ve mülkiyet hakkı aynı bir hak olup tapu kütüğüne tescille doğduğundan; kamulaştırmaz el koyma nedenine dayalı olarak açılmış bulunan tazminat ve el atmanın önlenmesi davalarında, aktif husumet ehliyetinin, ancak mülkiyet hakkının tespit edilmesi ile kazanılabileceği yerleşik içtihatlar ile de benimsenmiştir.” ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 28.8.2020).

<sup>693</sup> Elatmanın önlenmesi davasında davalı sıfatı ile ilgili olarak bkz. Giritlioğlu, 45, 49-50; Akipek/Akıntürk, s.452; Eren, Mülkiyet Hukuku, s.49; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s.502; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.283; Sirmen, s.257; Ayan, Eşya Hukuku II, s.116. Yargıtay 5. HD 1995/1445 E., 1995/3029 K., 13.2.1995 T. kararında, “eylemli olarak elatan idare” şeklinde ifade edilirken, Yargıtay HGK 2007/233 E., 2007/221 K., 18.4.2007 T. kararında, “taşınmaza elkoyan, tesis veya bina yapan idare” şeklinde ifade edilmektedir ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 18.10.2021).

<sup>694</sup> Karaca, kamulaştırmaz elatmaya konu olan taşınmaz ile ilgili olarak idareler arasında sorumluluk anlaşmasının varlığında, davanın, sözleşme uyarınca sorumluluğu üstlenmiş olan idareye yöneltileceğini, elatmanın işi üstlenen taşeron firma tarafından gerçekleştirildiği hallerde de ilgili idareye davanın yöneltileceğini belirtmektedir. Karaca, Kamulaştırmaz El Atma, s.97-98. Çetintaş da, bedel davasının taraflarını izah ederken aynı kanaate yer vermiştir. Çetintaş, s.119. Yargıtay HGK 2010/5-225 E., 2010/262 K., 12.5.2010 T. kararında, Karayolları Genel Müdürlüğü ile Çerkezköy Belediye Başkanlığı arasındaki protokoldeki sorumluluk ile ilgili hükümlere atıf yapılarak davadaki husumet meselesi çözümlenmiştir ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 23.2.2021). Yargıtay 5. HD 2006/11580 E., 2007/669 K., 30.1.2007 T. kararında da, “Davanın davalı taşeron firması ile sözleşme yapan ve kamulaştırma yetkisi olan ilgili genel müdürlük aleyhine açılması gerektiği halde kamulaştırma yetkisi de bulunmayan taşeron firma aleyhine açıldığı gözetilerek, davanın husumetten reddine karar verilmesi gerektiği düşünülmeyen, kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiştir.” şeklinde karar verilmiştir. Yargıtay 5. HD 2011/16322 E., 2012/1480 K., 8.2.2012 T. kararında, “İşi yüklenen firma ile idare arasında yapılan sözleşme üçüncü şahsı bağlamayacağından, kamulaştırmaz el atma davasının işin sahibi idare aleyhine açılması gerektiğinden bahisle davanın husumet yokluğu nedeniyle reddine karar verilmesinde bir isabetsizlik görülmemiştir.” denilmektedir ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 23.2.2021). Benzer içerikteki

yapan idare ile bu yapıdan faydalanan idarenin farklı olduğu hallerde davalı sıfatının hangi tüzel kişiye yöneltilmesi gerektiği ile ilgili farklı kanaatler bulunmaktadır<sup>695</sup>. Elatan idare ile dava tarihinde taşınmazı elinde bulunduran idarenin farklı olduğu hallerde dava, dava tarihinde taşınmaza fiilen hâkim olan idare aleyhine yöneltilmektedir<sup>696</sup>. Diğer yandan davanın devamı sürecinde, dava tarihinde elatan idarenin değiştiği hallerde, kural olarak, davanın açıldığı tarihteki hal ve şartlara göre karar verileceği kabul edilmektedir<sup>697</sup>.

karar için bkz. Yargıtay 5. HD 2011/2721 E., 2011/11669 K., 28.6.2011 T. karar ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 23.2.2021); Yargıtay 3. HD 1990/2157 E., 1991/209 K., 17.1.1991 T. karar, Yargıtay 5. HD 2014/17651 E., 2015/173 K., 19.1.2015 T. karar ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 18.10.2021).

<sup>695</sup> Çoğu yazar, yargı kararlarına atıf yaparak, davalı sıfatının yapıdan faydalanan, yapıyı mülkiyetine geçiren, yararına elatılan idareye karşı yöneltileceğini belirtmektedir. Bkz. Şahiniz, s.138; Özdemir, s.167-168, 176-177; Ulusoy, Kamulaştırmaz El Atma, s.74; Çınar, s.25; Karaca, Kamulaştırmaz El Atma, s.97. Yazarların atıf yaptığı kararlarda, Yargıtay, yolun yapımını üstlenen idarenin değil de, yolun maliki konumundaki tüzel kişi aleyhine husumetin yöneltilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Kararlar için bkz. Yargıtay HGK 1975/1031 E., 1976/185 K., 4.2.1976 T. karar; Yargıtay HGK 1976/1839 E., 1976/2044 K., 5.5.1976 T. karar ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 2.12.2020). Yargıtay HGK 2007/233 E., 2007/221 K., 18.4.2007 T. kararında da, bina ve tesislerin sahibi sıfatı ile davanın ilgili idare aleyhine yöneltilmesi gerektiği vurgulanmaktadır ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 28.8.2020). *Bülbül* ise konuyu, idarenin işleminden doğan zarardan sorumluluk kapsamında davalı sıfatının kime karşı yöneltilmesi gerektiği konusu üzerinden ele almakta ve idari işlemde kimin yaralandığına göre değil de idari işlemin kim tarafından yapıldığına göre davalı sıfatının belirlenmesi gerektiğini belirtmektedir. Bkz. Erdoğan Bülbül, “Sağlık Koruma Bantları ve Kamulaştırmaz Elatma”- Bir Yargıtay Kararının Eleştirisi, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.5, S.2, Temmuz 2008, s.41-42. Yargıtay 5. HD 2009/3992 E., 2009/5556 K., 7.4.2009 T. kararında, köy okulları için arazi satın alma ve kamulaştırma yapma görevi köy tüzel kişiliğine ait olduğundan bahisle, Millî Eğitim Bakanlığı aleyhine açılan davanın husumetten reddi gerektiği belirtilmektedir. ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 18.10.2021).

<sup>696</sup> Bu yöndeki kararlar için bkz. Gölcüklü, s.1219-1225; Çetintaş, s.109.

<sup>697</sup> Yargıtay HGK 2013/5-668 E., 2014/240 K., 5.3.2014 T. karar ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 26.8.2020). Ayrıca bkz. *Leges Hukuk Dergisi*, S.69, Eylül 2015, s.147-151 (<https://www.legesdergi.com/dergi/90>, 26.8.2020). Yargıtay, bu kararda, uyuşmazlığa konu taşınmazın bulunduğu yolun, dava sırasında, ana arter olmaktan çıkarılması sebebiyle davalı belediyenin sorumluluğunun devam edip etmediği, davanın dava dışı ilçe belediyesine yöneltilmesinin gerekip gerekmediğini değerlendirmektedir. Mahkeme, şu şekilde karar vermiştir: “İlke olarak her dava açıldığı tarihteki hal ve şartlara göre incelenip sonuçlandırılmalıdır. Taşınmaza müdahalenin önlenmesi davaları, taşınmaza fiilen müdahale eden kişi ya da kuruma karşı açılır. Dava tarihi itibarıyla ana arter olan yolun bakım-onarım sorumluluğu bulunan davalı Belediye, Kamulaştırma Kanunu’na uygun hareket etmeden, taşınmazı kısmen işgal ettiğinden hukuka aykırı, kanunsuz bir harekette bulunmuştur. Davacıya ait olan taşınmaza dava tarihi itibarıyla kamulaştırmaz elatma eylemi, davalı Belediye tarafından gerçekleştirildiğine göre, yargılama sırasında söz konusu yolun ana arter olmaktan çıkartılmış olması elatma eylemini gerçekleştiren davalı Belediye’nin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz; aksi halde yargılama sırasında el atılan taşınmazın cephesinin bulunduğu caddenin tekrar ana arter haline getirilmesi halinde husumet yine değişecek ve bu durum keyfilik ve istikrarsızlık yaratacaktır. Bu bakımdan davalı Belediye’ye husumet yöneltilebileceğine ilişkin, Yerel Mahkeme’nin belirlemesi yerindedir.”.

### 1.1.2. Elatmanın Önlenmesi Davasının Hüküm ve Sonuçları

Fiili elatma eylemine konu olan taşınmazın maliki, TMK m. 683/2 hükmü uyarınca, “*her türlü haksız elatmanın önlenmesini*” adli yargı nezdinde idareden talep edebilecektir. Haklı olması halinde ise elatmanın önlenmesi doğrultusunda karar verilmesi gerekmektedir. Yargıtay 5. HD 1998/1514 E., 1998/1908 K., 24.2.1998 T. kararda<sup>698</sup>, “... *dava konusu taşınmazlardan 415 nolu parselin 1132 m2’lik bölümüne kamulaştırmasız olarak elattığı bilirkşi raporu ve krokiyle tesbit edildiğinden davalı Küçükçekmece Belediye Başkanlığı’nın bu taşınmaza el atmasının önlenmesine karar verilmesinde bir isabetsizlik görülmemiştir.*” denmektedir. Yargıtay 5. HD 2017/30512 E., 2019/890 K., 23.1.2019 T. kararda, malik olan davacının, davalı ile arasında irtifak tesisine yönelik bir hukuki ilişki olmadığından bahisle elatmanın önlenmesi talebinde bulunduğu, ancak bu talebinin değerlendirilmeyerek kamulaştırmasız elatma bedeline hükmedilmesinin hukuka uygun olmadığı belirtilmektedir<sup>699</sup>. Bu çerçevede malik, belli bir yönde talepte bulunmaya zorlanamaz<sup>700</sup>.

Elatmanın önlenmesi davasının amacı, mülkiyet hakkının gereği gibi kullanımını sağlamak, bu çerçevede mülkiyet hakkına yönelik devam etmekte olan saldırının sona erdirilmesini temin etmek veya gelecekte ortaya çıkması kuvvetle muhtemel olan saldırının gerçekleşmesini önlemektir<sup>701</sup>. Bu çerçevede davanın açılabilmesi veya açılmış bir dava hakkında hüküm verilebilmesi için taşınmaz üzerindeki fiili elatma şeklindeki müdahalenin devam ediyor olması gerekmektedir<sup>702</sup>.

<sup>698</sup> Yargıtay 5. HD 1998/1514 E., 1998/1908 K., 24.2.1998 T. karar ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 26.8.2020).

<sup>699</sup> Yargıtay 5. HD 2017/30512 E., 2019/890 K., 23.1.2019 T. karar ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 26.8.2020). Benzer karar için bkz. Yargıtay 5. HD 2017/18848 E., 2018/21532 K., 21.11.2018 T. karar ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 26.8.2020).

<sup>700</sup> Yargıtay 5. HD 2014/11015 E., 2014/24777 K., 3.11.2014 T. kararda ise, taşınmaz malikinin, idare aleyhine, elatmanın önlenmesi veya taşınmazın değerinin tahsili davası açabileceği, malikin bu haklardan birini kullanmaya zorlanamayacağı belirtilmektedir ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 18.10.2021). Benzer içerikli diğer karar için bkz. Yargıtay 5. HD 2012/7870 E., 2012/13188 K., 18.6.2012 T. karar;

<sup>701</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s.493, 496; Giritlioğlu, s.52, 14-15; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.281-282; Akipek/Akıntürk, 451; Eren, Mülkiyet Hukuku, s.43; Esener/Güven, s.173; Ayan, Eşya Hukuku II, s.112, 118; Sirmen, s.255. Esener/Güven, s.173; Akipek/Akıntürk, s.451; Sirmen, s.255’te kullanılan ifadelerden yazarların, elatmanın önlenmesi davasının, mevcut ve gerçekleşeceği ihtimali bulunan/saldırı tehlikesinin ciddi olduğu haller ile sınırlı olarak ele aldığı, sona ermiş olsa da yenilenme/tekrar etme olasılığı bulunan elatmaları, davanın kapsamına almadığı izlenimi belirmektedir.

<sup>702</sup> Fiili elatma henüz gerçekleşmemiş olsa da ciddi bir elatma tehlikesi var ise veya elatma sona ermiş olsa da tekrarlanma olasılığı bulunuyor ise elatmanın önlenmesi davasının açılacağı kabul

İdare, henüz dava açılmadan önce<sup>703</sup> veya dava açıldıktan sonra<sup>704</sup> haksız elatmayı sona erdirdiği takdirde (kamulaştırma yapmak veya elatmayı kaldırmak suretiyle), elatmanın önlenmesi talebi konusuz kalabilmektedir<sup>705</sup>.

Elatmanın önlenmesi talebi, idarenin elattığı taşınmaz üzerindeki fiili hâkimiyetini sona erdirmesi, taşınmazı boşaltması, yapı ve tesislerin kal'ı ve eski hale getirmesi talebini içerebilmektedir<sup>706</sup>. Elatmanın önlenmesi davası sonucunda özel mülkiyete konu taşınmaza elattığı sabit olan idarenin, haksız zilyet konumunda olduğu kabul edilmektedir. Bu çerçevede davalı idare, taşınmazı boşaltarak eski hale getirme yükümlülüğü altına girmektedir.

Elatmanın önlenmesi davası ile taşınmazın eski hale getirilmesinin talep edildiği hallerde, eski hale getirme masrafı ile elatılan taşınmaz bedelinin karşılaştırılması ve eski hale getirme masrafının çok yüksek olması durumunda elatmanın önlenmesi talebinin ileri sürülüp sürülemeyeceği tartışmalıdır. Yargıtay 5. HD. 2011/1477 E., 2011/9068 K., 18.5.2011 T. kararda<sup>707</sup>, “*Eski hale getirme gideri zemin bedelinden fazla ise, zemin bedeline hükmedilmesi; aksi halde el atmanın önlenmesi ile eski hale getirilmesine karar verilmesi gerekir.*” şeklinde karar vermiştir. Yargıtay’ın bu şekilde bir karşılaştırma yaparak elatmanın önlenmesi talebini reddettiği pek çok kararı

edilmektedir. Bkz. Özdemir, s.174; Çetintaş, s.101-102; Karaca, Kamulaştırmasız El Atma, s.92-93; Çakır, Kamulaştırmasız El Atma, s.67.

<sup>703</sup> Yargıtay 1. HD 2013/18145 E., 2014/5961 K., 26.5.2014 T. karar; Yargıtay 1. HD 2013/18145 E., 2014/5961 K., 19.3.2014 T. kararı ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 26.8.2020).

<sup>704</sup> Yargıtay 5. HD 2017/22307 E., 2018/9036 K., 14.5.2018 T. kararda, elatmanın önlenmesi davası açıldıktan sonra kamulaştırma bedelinin tespiti ve taşınmazın tescili davasının açıldığı, iki davanın da derdest olduğu hallerde, taşınmazın bedelinin tespit ve tescili davasının bekletici mesele yapılması gerektiği kabul edilmiştir. Yargıtay 5. HD 2013/20974 E., 2013/20521 K., 25.11.2013 T. kararda ise, elatmanın önlenmesi davası sürecinde, kamulaştırma sürecinin tamamlanarak, mahkemece, taşınmazın, bedeli karşılığında, ilgili idare adına tesciline dair kararın kesinleşmiş olması sebebiyle davanın konusuz kaldığından reddi gerektiği ifade edilmektedir. Yargıtay 5. HD 2013/16993 E., 2013/24110 K., 25.12.2013 T. kararda ise, taşınmazın eski hale getirilip getirilmediğinin mahallinde araştırılarak davanın konusuz kalıp kalmadığının tespit edilmesi gerektiği belirtilmektedir ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 18.10.2021).

<sup>705</sup> Kamulaştırmasız elatmaya konu olan taşınmaz hakkında sonradan kamulaştırma sürecinin işlenmesinin bedel davası üzerindeki etki ve sonuçları hakkında bkz. II. Bölüm, C., 1, 1.2., 1.2.2.

<sup>706</sup> Elatmanın önlenmesi davası sonucunda verilebilecek karar ile ilgili olarak bkz. Akipek/Akıntürk, s.451; Ayan, Eşya Hukuku II, s.118-119; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s.496.

<sup>707</sup> Yargıtay 5. HD. 2011/1477 E., 2011/9068 K., 18.5.2011 T. karar ([www.lexpera.com](http://www.lexpera.com), 26.10.2020).



bulunmaktadır<sup>708</sup>. *Doktrinin çoğunluğu da*<sup>709</sup>, Yargıtay'ın bu yöndeki görüşüne katılmaktadır. *Azınlıkta kalan görüş*<sup>710</sup> ise elatmanın önlenmesi sonucunun davalı idare açısından fahiş zarara yol açmasının davanın kabulüne engel olmadığını ifade etmektedir. Belirtmeliyiz ki, Yargıtay'ın özellikle son on yıldaki kararları incelendiğinde, eski hale getirme masrafı ile taşınmaz bedelini kıyaslayarak değerlendirme yapma eğiliminde olduğu gözlemlenmektedir.

İdare aleyhine elatmanın önlenmesi davası, icrası aşamasında<sup>711</sup> yaşanabilecek problemler sebebiyle nadiren açılan bir dava olarak değerlendirilebilir. Bu çerçevede uygulamada çoğunlukla aşağıda ele alacağımız bedel davasının açılması tercih edilebilmektedir.

## 1.2. Bedel Davası Çerçevesinde Hüküm ve Sonuçları

### 1.2.1. Bedel Davasında Usul ve Taraf Sıfatı

Bedel davası, diğer bir deyişle elatılan taşınmaz bedelinin tahsili davası fiili elatma halinde sıklıkla karşımıza çıkan bir davadır. Bu dava, kanunda düzenlenmiş bir dava olmayıp Yargıtay kararları uyarınca şekillenmiştir<sup>712</sup>.

<sup>708</sup> Benzer içerikteki kararlar için bkz. Yargıtay 5. HD. 2017/30181 E., 2019/8405 K., 2.5.2019 T. karar; Yargıtay 5. HD. 2018/5684 E., 2018/14608 K., 18.9.2018 T. karar; Yargıtay 5. HD. 2017/30181 E., 2019/8405 K., 2.5.2019 T. karar; Yargıtay 5. HD. 2017/8855 E., 2017/10153 K., 5.4.2017 T. karar; Yargıtay 18. HD 2014/3110 E., 2014/12772 K., 16.9.2014 T. karar; Yargıtay 5. HD. 2013/9388 E., 2013/17135 K., 7.10.2013 T. karar; Yargıtay 5. HD. 2016/5578 E., 2017/5894 K., 16.12.2017 T. karar; Yargıtay 5. HD 2014/27154 E., 2015/8878 K., 22.4.2015 T. karar; Yargıtay 5. HD 2013/29398 E., 2014/5453 K., 27.2.2014 T. karar; Yargıtay 5. HD 2013/6588 E., 2013/14356 K., 17.9.2013 T. karar ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 26.10.2020).

<sup>709</sup> *Hayta*, Yargıtay'ın kararlarına katıldığı beyan etmektedir. Bkz. *Hayta*, s.423-424. *Ulusoy* da Yargıtay'ın yerinde bir çözümle fahiş zarar doğmayacak ise müdahalenin ortadan kaldırılabilmesine hükmettiğini belirtmektedir. *Ulusoy*, Kamulaştırmatsız El Atma, s.56-57. *Çınar* ve *Gölcüklü* de, eski hale getirme masraflarının taşınmazın değerini aşması halinde taşınmazın değerinin davacıya ödenmesi suretiyle taşınmazın idare adına tescili yönünde karar verilmesi gerektiğini ifade etmektedir. *Çınar*, s.14; *Gölcüklü*, s.1288-1292

<sup>710</sup> Bkz. *Akar*, Cilt II, s.1712, 1716-1717; *Şahiniz*, s.124.

<sup>711</sup> *Çınar*, elatmanın önlenmesi davası sonucunda verilen kararın, taşınmazın aynına ilişkin olmaması sebebiyle kesinleşmeden icra edilebileceğini belirtmektedir. *Çınar*, s.57. *Çetintaş* ise elatmanın önlenmesi davası sonucunda verilen kararın kesinleşmesinin ardından icra edilebileceği kanaatinde. *Çetintaş*, s.102.

<sup>712</sup> *Şahiniz*, s.139; *Hayta*, s.424; *Özdemir*, s.178; *Yalçınduran*, Kamulaştırmatsız El Koyma, s.65; *Çetintaş*, s.111-112; *Karaca*, Kamulaştırmatsız El Atma, s.101; *Gölcüklü*, s.1206.

Bedel davası ile malik, fiilen elatılan taşınmazın değerine karşılık gelen bedelin kendisine ödenmesini talep edebilmektedir<sup>713</sup>. Bedel davasında mahkeme, idare tarafından elatmaya konu olan taşınmazın değerini (veya irtifak değerini) tespit eder ve bu bedelin malike ödenmesi karşılığında taşınmazın ilgili idare adına tescil/terkini yönünde karar verir<sup>714</sup>. Adli yargı makamları tarafından bu dava, çoğu zaman *kamulaştırmaz elatma sebebiyle bedel davası yerine kamulaştırmaz elatma sebebiyle tazminat davası* olarak isimlendirilmektedir<sup>715 716</sup>. Bedel davasında,

<sup>713</sup> Yargıtay içtihatları uyarınca taşınmaz bedelinin dava açılmadan ilamsız takibe konu yapılması yasaya aykırı olarak değerlendirilmektedir. Yargıtay 5. HD 2014/27154 E., 2015/8878 K., 22.4.2015 T. karar, Yargıtay 5. HD 2013/29398 E., 2015/5453 K., 27.2.2015 T. kararlarında bu husus şu şekilde ifade edilmektedir: “Bir aynı hakkın devri ilamsız icra ve dolayısı ile itirazın iptali davasına konu edilemez. Oysa kamulaştırmaz elatmanın önlenmesi (eski halin iadesi) ve tazminat istemli uyuşmazlık sonucunda (eski halin iadesi masraflarının taşınmaz değerinden fazla olması halinde) mahkemece taşınmazın bedelinin tahsili ile tapu kaydının iptali ve tescile karar verilmesi gerekir. (16.05.1956 gün ve 1/6 s. YİBK.) İtirazın iptali davası sonucunda bu yönde bir eda hükmü kurulması mümkün değildir. Somut olayda da uyuşmazlık, kamulaştırmaz el atılan taşınmaz bedelinin tahsili istemine ilişkin olup davacı tarafca bu yönde açılmış bir eda davası bulunmamaktadır. Dolayısı ile somut uyuşmazlığın ilamsız takip ve itirazın iptali davasına konu edilmesinin yasaya uyarlığı bulunmamaktadır. Bu nedenle, ilamsız icra takibine yönelik itirazın iptali isteminin reddine karar verilmesi gerekirken davanın kabulüne hükmedilmesi doğru görülmemiştir.” ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 28.8.2020).

<sup>714</sup> Yargıtay 18. HD 2015/5066 E., 2015/6611 K., 21.4.2015 T. kararda, “Kamulaştırmaz el atma nedenine dayalı olarak bir taşınmazın bedelinin tahsiline karar verildiği durumda, tapu kaydının iptal edilerek idare adına tescil veya terkinine de karar verilmelidir.” şeklinde hüküm verilmiştir ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 30.10.2020). Benzer kararlar için bkz. Yargıtay 18. HD 2014/13405 E., 2014/13703 K., 30.9.2014 T. karar; Yargıtay 18. HD 2015/9505 E., 2015/10078 K., 11.6.2015 T. karar ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 30.10.2020). Yargıtay 5. HD 2012/2436 E., 2012/9401 K., 9.5.2012 T. kararda ise bir taşınmazla ilgili olarak kamulaştırmaz el atma bedelinin tahsili davası ile kamulaştırma bedelinin tespiti ve tescil davaları birleştirilerek görüldüğünde, “...öncelikle tespit ve tescil davasının sonuçlandırılması ve sonucuna göre de kamulaştırmaz el atma bedelinin tahsili davasının karara bağlanması gerekir. Davacı idarenin karşı dava olarak açtığı kamulaştırma bedelinin tespiti ve tescil davası ile birleşen el atma bedelinin tahsili davasında; davacı idare tespit edilen kamulaştırma bedelini mahkemece verilen süre içerisinde bankaya bloke ettiğinden, davanın kabulü ile, bloke edilen bedelin davalıya derhal ödenmesi için ilgili bankaya yazı yazılmasına ve taşınmazların davacı idare adına tescil veya terkinine karar verildikten sonra, kamulaştırmaz el atma bedelinin tahsili davasının konusuz kalması nedeniyle karar verilmesine yer olmadığına ve ecrimisil ile yargılama giderleri yönünden hüküm kurulması gerekirken...” ifadesi ile idarenin taşınmaz bedelini ödemesinin ardından taşınmazın idare adına tescil veya terkinine karar verileceğini belirtmiştir ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 30.10.2020). Bedel davasında mahkemenin re’sen taşınmazın tescil ya da terkini yönünde karar vermesi gerektiği hakkında bkz. Çınar, s.18, 54-55; Özkaya, s.1001; Arcak/Doğrusöz, s.64.

<sup>715</sup> Yargıtay HGK 2008/5-170 E., 2008/201 K., 12.3.2008 T. kararı; Yargıtay 5. HD 2016/10889 E., 2017/23225 K., 25.10.2017 T. karar; Yargıtay HGK 2003/5-626 E., 2003/637 K., 5.11.2003 T. karar; Yargıtay HGK 2003/5-281 E., 2003/284 K., 9.4.2003 T. karar; Yargıtay HGK 2008/5-170 E., 2008/201 K., 27.2.2008 T. karar; Yargıtay HGK 2007/5-933 E., 2007/951 K., 5.12.2007 T. karar; Yargıtay HGK 2012/5-513 E., 2013/168 K., 30.1.2013 T. karar; Yargıtay HGK 2012/5-344 E., 2012/585 K., 19.9.2012 T. karar; Yargıtay HGK 2012/5-1210 E., 2013/501 K., 10.4.2013 T. karar ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 18.11.2019); Yargıtay 1. HD 2013/10379 E., 2013/14377 K., 28.11.2013 T. karar; Yargıtay 8. HD 2015/8596 E., 2017/10611 K., 13.9.2017 T. karar ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 16.3.2020).

<sup>716</sup> Bedel davasının uygulamada tazminat davası olarak isimlendirilmesini doğru bulmamaktayız. Konu ile ilgili değerlendirmemiz için bkz. II. Bölüm, D., 2., 2.3. Özdemir, bedel davası ile tazminat davasının farklı taleplere yöneldiğini ve ayrı değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir.



mülkiyet hakkı, mahkemenin, taşınmazın idare adına tescil veya terkini yönünde vereceği kararın kesinleşmesi ile sona ermektedir<sup>717</sup>. Bu suretle dava, idarenin belli bir miktar ödeme yapmasını öngörmesi ile eda davası, taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkı sahipliğinde değişiklik meydana getirmesi sebebiyle de yenilik doğurucu bir dava niteliğine sahiptir<sup>718</sup>. Ancak Yargıtay tarafından eda davası olarak nitelendirilmektedir<sup>719</sup>.

Bedel davasının, mülkiyet hakkına dayanan bir dava olması hasebiyle herhangi bir zamanaşımı süresine tabi olmadığı kabul edilmiştir<sup>720</sup>. Taşınmazın aynına ilişkin bu davada yer bakımından yetkili mahkemenin, HMK m. 12'deki kesin yetki kuralı gereğince taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi olması gerekirken<sup>721</sup> Yargıtay'ın yerleşik kararlarında HMK m. 9 uyarınca davalının yerleşim yeri mahkemesinin de

Özdemir, s.160-161, 178-179, 199-200. *Kulaklı*, kamulaştırmасız elatmadan doğan tazminat davası şeklinde adlandırdığı davanın, haksız fiil tazminatı ile tapu iptal ve tescili davalarının sonuçlarını içeren karma nitelikte bir dava olduğunu belirtmektedir. Kulaklı, Kamulaştırmасız El Atma, s.187. *Yalçınduran* da bedel davasında mülkiyet hakkının idareye devrine karşılık taşınmaz bedeli talep edilirken tazminat davasında mülkiyet hakkının malikte kaldığını beyan etmekte ve bedel davasının mülkiyet hakkına dayandığını belirtmektedir. *Yalçınduran*, Kamulaştırmасız El Koyma, s.61,64. *Çakır* da bedel davasının bir çeşit tazminat davası olduğu yönündeki yargı kararlarına katılmadıklarını ifade etmektedir. *Çakır*, Kamulaştırmасız El Atma, s.69.

<sup>717</sup> *Şahiniz*, kamulaştırmасız elatma halinde, mahkemenin tescil kararıyla mülkiyetin idareye geçmesi uygulamasının, kamulaştırmada olduğu gibi, idare tarafından kamulaştırma bedelinin malike ödenmiş veya onun adına bir bankaya yatırılmış olması halinde tescil veya terkin kararı verilebileceği şeklinde uygulanması gerektiğini belirtmektedir. *Şahiniz*, s.232. *Arcak/Doğrusöz*'e göre de, tescile karar verilebilmesi için taşınmaz bedelinin ödenmesi veya bankaya yatırılması gerekmektedir. *Arcak/Doğrusöz*, s.64-65.

<sup>718</sup> Aynı kanaat için bkz. *Şahiniz*, s.140.

<sup>719</sup> Yargıtay 5. HD 2014/27156 E., 2015/8878 K., 22.4.2015 T. karar; Yargıtay 5. HD 2016/5578 E., 2017/5894 K., 16.2.2017 T. karar ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 28.10.2020). *Özdemir* de bedel davasını eda davası olarak nitelendirmektedir. *Özdemir*, s.179.

<sup>720</sup> Bkz. Yargıtay İBBGK 1956/1 Esas, 1956/7 Karar ve 16.05.1956 T. kararı ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 29.10.2019). Ayrıca bkz. *Şahiniz*, s.215; *Yalçınduran*, Kamulaştırmасız El Koyma, s.62; *Özdemir*, s.169-170, 180; *Çınar*, s.19. *Şahiniz* ve *Özdemir*, bedel davasını, taşınmazın aynına ilişkin olması sebebiyle aynı dava olarak nitelendirmektedir. *Şahiniz*, 138, 140; *Özdemir*, s.179.

<sup>721</sup> Aynı kanaatte olan yazar için bkz. *Şahiniz*, 215; *Çınar*, s.22, 45; *Çakır*, Kamulaştırmасız El Atma, s.68. Benzer kanaati paylaşan yargı kararı için bkz. Yargıtay 5. HD 2012/81 E., 2012/7525 K., 12.4.2012 T. karar ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 21.2.2021).

yetkili olduğu kabul edilmektedir<sup>722</sup>. Görev bakımından yetkili mahkeme HMK m. 2 gereğince asliye hukuk mahkemesidir<sup>723</sup>.

Bedel davasında davacı sıfatı, kural olarak, mülkiyet hakkı sahibi malik ve mirasçılara ait bulunmaktadır<sup>724</sup>. Paylı mülkiyetin varlığı halinde her bir paydaşın kendi payına düşen miktarı kapsayacak şekilde, elbirliği mülkiyetin varlığı halinde ise ortaklardan her birinin tasfiye sonucu kendi payına düşecek tasfiye payına karşılık gelen değer ölçüsünde bedel davası açabileceği kabul edilmektedir<sup>725</sup>. Elatılan taşınmazın zilyedi ise ancak hak sahibi olduğunu kanıtladığı takdirde mülkiyet hakkına dayanarak elatan idareye karşı bedel davası açabilmektedir<sup>726</sup>. Davalı ise elatmanın önlenmesi davasında belirttiğimiz üzere, malikin fiili hâkimiyetini kaldırarak mülkiyet hakkına müdahalede bulunan kamu hukukuna tâbi tüzel kişidir.

<sup>722</sup> Yargıtay HGK 2008/741 E., 2008/739 K., 17.12.2008 T. kararda, “... *kamulaştırmaz el koyma karşılığının dava edilmesi bir tazminat istemini içerdiğinden, taşınmaz mal üzerindeki aynı hakka ilişkin bulunmayan böyle bir davada, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 13. maddesinde yer alan ‘Taşınmazın aynına ilişkin davalar, taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinde görülür’ hükmünü amir kesin yetki kuralının uygulanamayacağı sonucuna varılmış ...*” şeklinde ifade edilmiştir. Benzer içerikteki karar için bkz. Yargıtay HGK 2008/742 E., 2008/740 K., 17.12.2008 T. karar; Yargıtay HGK 1981/644 E., 1983/1403 K., 28.12.1983 T. karar; Yargıtay HGK 1984/356 E., 1984/719 K., 20.6.1984 T. karar ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 28.10.2020). Özdemir de bedel davasının taşınmazın aynına ilişkin olmadığı gerekçesiyle yer bakımında yetkili mahkeme ile ilgili kesin yetki kuralının bulunmadığını belirtmektedir. Özdemir, s.165. Ulusoy, bedel davasının haksız fiilin işlendiği yer mahkemesi veya davalı idarenin yerleşim yeri mahkemesinde açılabilirliğini belirtmektedir. Bkz. Ulusoy, Kamulaştırmaz El Atma, s.80. Gölcüklü de bedel davasının taşınmazın aynına ilişkin olmadığını, haksız fiilden kaynaklı bir dava olması hasebiyle davalının yerleşim yeri mahkemesinde dava açılmasının mümkün olduğunu belirtmektedir. Bkz. Gölcüklü, s.1226-1229. Arcak/Doğrusöz, KK m.37’deki adli yargıda görülecek davalar için taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinin yetkili olduğuna dair hükmün, kamulaştırmaz elatma vakaları için uygulanamayacağını belirtmekte ve genel hükümler uyarınca, taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi de dâhil davalının yerleşim yerinde de dava açılabilirliğini aktarmaktadır. Arcak/Doğrusöz, s.51-52.

<sup>723</sup> Bkz. Şahiniz, s.215; Hayta, s.426.

<sup>724</sup> Bkz. Yargıtay HGK 2007/233 E., 2007/221 K., 18.4.2007 T. karar ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 28.8.2020). Benzer içerikteki karar için bkz. Yargıtay HGK 2012/5-334 E., 2012/585 K., 19.9.2012 T. karar ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 18.11.2019). Ayrıca bkz. Şahiniz, s.143-144; Ulusoy, Kamulaştırmaz El Atma, s.71-72; Çınar, s.23-24; Çetintaş, s.117-118; Karaca, Kamulaştırmaz El Atma, s.104; Arcak/Doğrusöz, s.35, 41, 52.

<sup>725</sup> Bkz. Şahiniz, s.144-145; Çetintaş, s.118-119; Karaca, Kamulaştırmaz El Atma, s.104-105; Arcak/Doğrusöz, s.65. Özdemir, elbirliği mülkiyetinin varlığında her ortağın tek başına bu davayı açamayacağını, tüm ortakların birlikte bir temsilci atanması suretiyle ya da tüm ortakların davaya dâhil edilmesi suretiyle davanın açılabilirliğini belirtmektedir. Özdemir, s.166.

<sup>726</sup> Yargıtay HGK 2014/838 E., 2015/2654 K., 18.11.2015 T. karar ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 28.8.2020). Ayrıca bkz. Arcak/Doğrusöz, s.41, 52-54; Şahiniz, s.129-133; Hayta, s.426, dn.121; Özdemir, s.166-167; Ulusoy, Kamulaştırmaz El Atma, s.72-74; Çınar, s.24-25; Karaca, Kamulaştırmaz El Atma, s.104; Arcak/Doğrusöz, s.35.

### 1.2.2. Bedel Davasının Hüküm ve Sonuçları

Malik, idare tarafından gerçekleştirilen fiili duruma razı olmak suretiyle bedel davasını açabilmektedir. Bedel davasında, taşınmazın, gerçek değerinin ödenmesi kaydıyla idare adına tescil veya terkini yönünde karar verilmesi talep edilmektedir.

Fiili elatmanın varlığında çok sıklıkla karşılaşılan bu davada, taşınmazın değerinin nasl tespit edileceğine dair herhangi bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Yargıtay tarafından yerleşmiş içtihat uyarınca, taşınmazın değeri, Kamulaştırma Kanunu hükümleri uyarınca hesaplanmaktadır<sup>727</sup>. Yargıtay HGK 2006/5-54 E., 2006/31 K., 01.03.2006 T. kararında<sup>728</sup>;

*“Bu noktada, bilirkişilerin taşınmazın değerinin tespitine ilişkin değer biçme esaslarını düzenleyen herhangi bir yasal düzenleme mevcut değildir. Ancak, öteden beri Yargıtay İçtihatlarında kamulaştırma hukukunda olduğu gibi, Kamulaştırma Kanunu’nun 11. maddesinde öngörülen emsal incelemesindeki ilkeler aranmaktadır. (3. Hukuk Dairesi 16.3.1976 gün, E: 1813, K: 2654; 4. Hukuk Dairesi 10.2.1972 gün, E: 10300, K: 1001; 5. Hukuk Dairesi, 14.11.1985 gün, E: 11780, K: 12446). 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun değer tespiti esaslarını düzenleyen 11. maddesinde; Taşınmazın cins ve nevinin, yüzölçümünün, kıymetini etkileyebilecek bütün nitelik ve unsurların, her unsurun ayrı ayrı değerinin, vergi beyanının, kamulaştırma tarihindeki resmi makamlarca yapılmış kıymet takdirlerinin, özellikle arsalarda kamulaştırma gününden önceki özel amacı olmayan emsal satışlara göre satış değerinin ve bedelin tespitinde etkili olacak diğer objektif ölçütlerin esas alınarak taşınmaz bedelinin takdiri gerektiği öngörülmüştür. Kanunun lafzı ve ruhu göz önüne alındığında; ana ilke taşınmazın gerçek değerinin tespit edilmesidir. 16.5.1956 gün ve 1/6 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararına göre taşınmazına el konulan kimse mülkiyet hakkının kamu tüzel kişiliğine devrine razı olarak, taşınmaz malın bedelini dava ettiği takdirde ödenecek bedel, taşınmazın dava tarihindeki değeri olacaktır. Dolayısıyla*

<sup>727</sup> Detaylar hakkında bkz. Şahiniz, s.145-148; Hayta, s.426-428; Özdemir, s.180; Yalçınduran, Kamulaştırmaz El Koyma, s.68; Ulusoy, Kamulaştırmaz El Atma, s.63-66; Çınar, s.58-60; Çabuk/Çakmak/Şengöz, s.78; Gölcüklü, s.1246-1254; Arcak/Doğrusöz, s.57-61.

<sup>728</sup> Yargıtay HGK 2006/5-54 E., 2006/31 K., 01.03.2006 T. kararı (www.legalbank.net, 3.9.2020).

*kamulaştırmasız el koyma nedeniyle tazminat davalarında da amaç taşınmazın gerçek değerinin tespiti olup, kamu düzeni ile ilgili bulunduğundan, kamulaştırma ile denklik sağlanabilmesi için Kamulaştırma Kanunu'nun değer tespitine ilişkin hükümleri uygulanmalıdır. Bundan ayrı, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu Tasarısı gerekçesinde, 11. maddede sayılan ölçütlerin Anayasa'nın 46. maddesindeki unsurlar göz önünde tutularak düzenlendiği belirtildiğinden, kamulaştırmasız el koyma nedeniyle bedel davalarında 11. maddedeki esaslara göre bedel tespitinin taraflar açısından Anayasal güvence teşkil edeceği açıktır.”*

şeklinde bedel davasında kullanılacak esaslar ile ilgili kriterler belirtilmektedir. Karara göre, Kamulaştırma Kanunu'nun 11. maddesinin lafzı ve ruhu göz önüne alındığında ana ilke, taşınmazın gerçek değerinin tespit edilmesidir. Kamulaştırmasız elatma nedeniyle bedel davasında da amaç, taşınmazın gerçek değerinin tespit edilebilmesidir. Taşınmazın değerinin tespitine ilişkin kanuni boşluğun olduğu kamu düzeni ile ilgili bu tür vakalarda kamulaştırma usulü ile denklik sağlamak suretiyle KK m. 11'deki esaslar<sup>729</sup> dikkate alınarak taşınmazın değerinin hesaplanması gerektiği ifade edilmektedir<sup>730</sup>.

<sup>729</sup> Kamulaştırma Kanunu m. 11: “15 inci madde uyarınca oluşturulacak bilirkişi kurulu, kamulaştırılacak taşınmaz mal veya kaynağın bulunduğu yere mahkeme heyeti ile birlikte giderek, hazır bulunan ilgilileri de dinledikten sonra taşınmaz mal veya kaynağın;

a) Cins ve nevini, b) Yüzölçümünü, c) Kıymetini ektileyebilecek bütün nitelik ve unsurlarını ve her unsurun ayrı ayrı değerini, d) Varsa vergi beyanını, e) Kamulaştırma tarihindeki resmi makamlarca yapılmış kıymet takdirlerini, f) Arazilerde, taşınmaz mal veya kaynağın mevkii ve şartlarına göre ve olduğu gibi kullanılması halinde getireceği net gelirini, g) Arsalarda, kamulaştırılma gününden önceki özel amacı olmayan emsal satışlara göre satış değerini, h) Yapılarda, resmi birim fiyatları ve yapı maliyet hesaplarını ve yıpranma payını, ı) <sup>729</sup>her bir ölçünün etkisi açıklanmak kaydıyla bedelin tespitinde etkili olacak diğer objektif ölçüleri, esas tutarak düzenleyecekleri raporda bütün bu unsurların cevaplarını ayrı ayrı belirtmek suretiyle ve ilgililerin beyanını da dikkate alarak Sermaye Piyasası Kurulu tarafından kabul edilen değerlendirme standartlarına uygun, gerekçeli bir değerlendirme raporuna dayalı olarak taşınmaz malın değerini tespit ederler.

Taşınmaz malın değerinin tespitinde, kamulaştırmayı gerektiren imar ve hizmet teşebbüsünün sebep olacağı değer artışları ile ilerisi için düşünülen kullanma şekillerine göre getireceği kâr dikkate alınmaz.

Kamulaştırma yoluyla irtifak hakkı tesisinde, bu kamulaştırma sebebiyle taşınmaz mal veya kaynakta meydana gelecek kıymet düşüklüğü gerekçeleriyle belirtilir. Bu kıymet düşüklüğü kamulaştırma bedelidir.”

<sup>730</sup> Çabuk/Çakmak/Şengöz, bu şekildeki hesaplamanın, anayasal güvence sağladığı kanaatindedir. Çabuk/Çakmak/ Şengöz, s.78-79. Konu ile ilgili olarak bkz. Yargıtay 18. HD 2014/673 E., 2014/7343 K., 21.4.2014 T. karar; Yargıtay 5. HD 2016/11985 E., 2017/14036 K., 25.5.2017 T. karar; Yargıtay 5. HD 2016/10886 E., 2017/23225 K., 25.10.2017 T. karar ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 18.11.2019).

KK m. 11'deki esasların her birinin taşınmazın değerine etki edip etmediği, etki etmekte ise etki oranının gerekçeleri ile belirtilmesi gerekmektedir<sup>731</sup>. Yapılacak değerlendirmede öncelikle taşınmazın cins ve nevi tespit edilmektedir. Bu kapsamda da taşınmazın arsa vasfında mı yoksa arazi vasfında mı olduğu belirlenmektedir. Arsa vasfındaki taşınmazlarda emsal esasına göre değer biçilirken arazi vasfında olan taşınmazlarda gelir esaslı ölçü olarak kullanılmaktadır<sup>732</sup>.

Yargıtay'ın fiili elatmanın varlığında geliştirdiği bu yaklaşıma göre bedel davası, vaktiyle işletilmesi gerekirken işletilmeyen kamulaştırma süreci kapsamında idare tarafından açılması gereken kamulaştırma bedelinin tespiti ve taşınmazın idare adına tescili davasının taraf sıfatları farklı olsa da aynı içerikte, aynı değerlendirme ölçütleri üzerinden muhakeme edilmesine hizmet etmektedir. Ancak Yargıtay'a göre<sup>733</sup>, *“Kamulaştırmasız el atma davalarında Kamulaştırma Kanunu'nun yalnız değer biçmeye ilişkin hükümleri kıyasen uygulanmış ve bu durumlarda belirlenen miktar kamulaştırma bedeli olmayıp, el koyma nedeniyle tazminat niteliğindedir.”*

Bedel davasına konu yapılacak değer, Yargıtay İBBGK'nin 1956/1 Esas, 1956/6 Karar ve 16.05.1956 tarihli kararında belirtildiği üzere, taşınmazın *“dava tarihindeki değeri”*dir<sup>734</sup>. Hak sahibinin, davayı açtığı tarih itibarıyla taşınmazın mülkiyetinin idareye devrine razı olduğu kabul edildiğinden taşınmazın değeri de bu tarih baz alınarak hesaplanmaktadır.

Fiili elatmaya konu olan taşınmazın dava tarihindeki değerinin, taşınmazın *“dava tarihindeki nitelikleri”* mi yoksa *“elatma tarihindeki nitelikleri”* mi dikkate alınmak suretiyle hesaplanacağı hususunda farklı içtihatlar bulunmaktadır. Yargıtay

<sup>731</sup> Bkz. Şahiniz, s.149; Ulusoy, Kamulaştırmasız El Atma, s.63-66.

<sup>732</sup> Şahiniz, s.149-150. Taşınmaz değerinin tespiti ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Şahiniz, s.149-203; Özdemir, s.183-187, Çınar, s.58-119; Çabuk/Çakmak/Şengöz, s.78-83.

<sup>733</sup> Yargıtay 5. HD. 2004390 E., 2004/2222 K., 4.3.2004 T. karar ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 18.11.2019).

<sup>734</sup> Şahiniz, elatmanın önlenmesi davası kesinleştikten sonra açılan bedel davasında, elatmanın önlenmesi davasının açıldığı tarihteki değer bedel davası için esas alınması gerektiğini; elatmanın önlenmesi davasının ıslah yoluyla bedel davasına dönüştürüldüğü halde ise bedelin, elatmanın önlenmesi davasının açıldığı tarihteki mi yoksa elatmanın önlenmesi davasının bedel davasına dönüştürüldüğü tarihteki değerine göre mi hesaplanacağı ile ilgili farklı kanaatlerin bulunduğunu belirtmektedir. Şahiniz, s.141-143. Arcak/Doğrusöz ve Akar, elatmanın önlenmesine ilişkin karar kesinleştikten sonra açılan bedel davasında değer, bedel davasının açıldığı tarihe göre hesaplanacağını, elatmanın önlenmesi davasının bedel davasına dönüştürülmesi halinde ise elatmanın önlenmesi davasının açıldığı tarihteki değer dikkate alınacağını belirtmektedir. Arcak/Doğrusöz, s.36; Akar, Cilt II, s.1723.

18. HD 2015/11478 E., 2016/9080 K., 6.6.2016 T. kararında<sup>735</sup>, taşınmaza 9.10.1956-4.11.1983 arasında elatılmış ise Kamulaştırma Kanunu'nun geçici 6. maddesi gereği elatma tarihindeki nitelikleri esas alınmak suretiyle, taşınmaza 4.11.1983 tarihinden sonra elatılmış ise dava tarihindeki nitelikleri esas alınmak suretiyle Kamulaştırma Kanunu 11. ve 12. maddelerine göre dava tarihindeki değeri hesaplanarak bedele hükmedileceği belirtilmektedir. Yargıtay 18. HD 2013/2335 E., 2013/5887 K., 9.4.2013 T. kararında<sup>736</sup> ise aksi yönde, taşınmaza el atma tarihinin kesin olarak tespit edilip, bu tarihteki nitelikleri (arsa-arazi) dikkate alınarak Kamulaştırma Kanunu'nun değer tespitine ilişkin hükümlerine göre dava tarihindeki değerinin belirlenmesi gerekirken, dava tarihindeki niteliği esas alınmak suretiyle değerlendirme yapılması doğru görülmemiştir. Bu konu, doktrinde de tartışmalıdır<sup>737</sup>. Dava tarihindeki niteliklerin dikkate alınması, taşınmazın, elatma tarihinden sonra kazandığı niteliklerin dikkate alınması anlamına gelmektedir. Taşınmazın dava tarihindeki değerinin tespitinde elatma tarihindeki niteliklerinin dikkate alınması, taşınmazın süreç içerisinde kazandığı niteliklerin göz önüne alınmayacağı anlamına gelmektedir.

Bedel davasında, dava tarihine göre tespit edilen taşınmaz bedeline hangi tarihten itibaren ve ne oranda faiz işletileceği meselesi üzerinde de durmak gerekmektedir. Yargıtay'ın yerleşik içtihadına göre, fiili elatmaya konu olan taşınmazın dava tarihine göre tespit edilen değerine, dava tarihinden kararın kesinleşme tarihine kadarki süreçte, olası değer kayıpları karşısında hak kaybı

<sup>735</sup> Yargıtay 18. HD 2015/11478 E., 2016/9080 K., 6.6.2016 T. kararı ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 18.11.2019). Benzer içerikteki karar için bkz. Yargıtay 18. HD 2018/10628 E., 2019/5833 K., 28.3.2019 T. karar ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 18.10.2021). Özdemir de, KK geçici 6. madde kapsamındaki bedel tespiti davası ile genel hükümler uyarınca şekillenen bedel davası modelleri arasındaki değerlendirme farklılığına dikkat çekmektedir. Özdemir, s.178.

<sup>736</sup> Yargıtay 18. HD 2013/2335 E., 2013/5887 K., 9.4.2013 T. karar ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 30.4.2021). Benzer kararlar için bkz. Yargıtay 18. HD 2017/7936 E., 2018/17372 K., 15.10.2018 T. karar; Yargıtay 18. HD 2014/19948 E., 2015/5317 K., 7.4.2015 T. karar; Yargıtay 18. HD 2014/7978 E., 2014/16403 K., 17.11.2014 T. karar; Yargıtay 5. HD 2009/3566 E., 2009/6267 K., 21.4.2009 T. karar ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 30.4.2021)

<sup>737</sup> Arcak/Doğrusöz, taşınmazın dava tarihindeki değerinin, taşınmazın elatıldığı tarihteki niteliklerinin saptanmasının ardından, bu niteliklerine göre dava tarihine kadarki süreçte değer artışları göz önüne alınarak dava tarihindeki değerinin belirleneceği kanaatini paylaşmaktadır. Arcak/Doğrusöz, s.62. Akar, bilirkişilerce, taşınmazın elatma tarihindeki niteliğine göre dava tarihindeki değerinin tespit edileceğini belirtmektedir. Akar, Cilt II, s.1722. Şahiniz, Yargıtay kararlarını gerekçe göstermek suretiyle taşınmazın elatma tarihindeki nitelikleri dikkate alınarak dava tarihindeki değerinin hesaplanacağını belirtmektedir. Bkz. Şahiniz, s.144-147. Çınar, Karaca ve Çabuk/Çakmak/Şengöz de bedelin, taşınmazın elatma tarihindeki nitelikleri dikkate alınarak hesaplandığını belirtmektedir. Çınar, s.53-54; Karaca, Kamulaştırmaz El Atma, s.111; Çabuk/Çakmak/Şengöz, s.81.



yaşanmaması amacıyla kanuni faiz işletilmektedir<sup>738 739</sup>. Elatma, dava tarihinden önceki bir zamanda gerçekleştirmiş olsa da malikin, elatmanın önlenmesi talebinden bedel davasını açtığı tarih itibariyle vazgeçtiği kabul edildiğinden, taşınmazın bedelinin talep edildiği tarih olan dava tarihinden itibaren faiz işletilmektedir. Bedel davasında, bedele ilişkin ıslah talebi de bulunsa, hesaplanan taşınmaz değerine dava tarihinden itibaren faiz işletilmektedir<sup>740</sup>. AYM 2013/1444 B. No.'lu *Cavit Bağyapan* başvurusunda<sup>741</sup>, kamulaştırmasız elatmaya dayalı bedel davasında hesaplanan taşınmaz değerine, dava tarihinden kararın kesinleşme tarihine kadarki süreç için Anayasa'nın 46/4. maddesinde anılan kamu alacakları için öngörülen en yüksek faiz oranının işletilmemesinin mülkiyet hakkı ihlali olduğu iddia edilmiştir. Anayasa Mahkemesi, kanuni faiz oranının işletilmesinin, yargılama sürecinde enflasyon nedeniyle tazminat bedelinde meydana gelen değer aşınmaları ile karşılaştırıldığında, başvuru üzerine aşırı bir yük getirmediğini, kamu yararı ile başvuruçunun mülkiyet hakkı arasındaki dengeyi bozmadığını ve ölçülülük ilkesi ihlal etmediğini belirterek ihlal iddiasını reddetmiştir<sup>742</sup>.

<sup>738</sup> *Şahiniz*, elatmanın önlenmesi kararı kesinleştikten sonra bedel davası açılması halinde taşınmazın değerinin, bu ikinci dava tarihine göre belirleneceğini ve bu tarih itibariyle de faizin işleyeceğini, elatmanın önlenmesi davası açıldıktan sonra davanın bedel davasına dönüştürülmesi halinde ise faizin bedele dönüştürme talebinde bulunduğu tarihten itibaren işleyeceğini belirtmektedir. Bkz. *Şahiniz*, s.228-229. *Yalçınduran*, elatmanın önlenmesi davasının kesinleşmesi sonrasında açılan bedel davasında, dava tarihi itibariyle faizin işletileceğini belirtmektedir. *Yalçınduran*, Kamulaştırmasız El Koyma, s.70. *Ulusoy ve Özkaya*, elatmanın önlenmesi davasının ıslah ile bedel davasına dönüştürülmesi halinde faiz başlangıç tarihinin ıslah tarihi olduğunu belirtmektedir. Bkz. *Ulusoy*, Kamulaştırmasız El Atma, s.63; *Özkaya*, s.1001.

<sup>739</sup> *Şahiniz*, faiz alacağına ilişkin talebin BK m.147 gereğince beş yıllık zamanaşımı süresine tabi olduğunu ifade etmektedir. Bkz. *Şahiniz*, s.228-229. *Arcak/Doğrusöz*, faiz alacağının, haksız fiilden doğan tazminat faizi olduğundan hareketle on yıllık zamanaşımına tabi olduğu kanaatindedir. *Arcak/Doğrusöz*, s.71.

<sup>740</sup> Bkz. Yargıtay 5. HD 2011/770 E., 2011/8307 K., 10.5.2011 T. karar; Yargıtay 5. HD 2012/26655 E., 2013/4494 K., 14.3.2013 T. karar; Yargıtay 18. HD 2013/12300 E., 2014/876 K., 21.1.2014 T. karar; Yargıtay 5. HD 2014/5868 E. 2014/16185 K., 5.6.2014 T. karar; Yargıtay 5. HD 2017/34424 E., 2018/5346 K., 26.3.2018 T. karar ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 30.10.2020).

<sup>741</sup> AYM *Cavit Bağyapan*, 2013/1444 B. No., 4.11.2014 T. karar (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/1444>, 11.7.2020).

<sup>742</sup> Anayasa m. 46/4'e göre, "... herhangi bir sebeple ödenmemiş kamulaştırma bedellerinde kamu alacakları için öngörülen en yüksek faiz uygulanır.". Dolayısıyla temerrüde düşen kamulaştırma bedeli ödeme borcu için kamu alacakları için öngörülen en yüksek faiz oranı uygulanacaktır. YİBGK 1988/4 E., 1989/3 K., 20.10.1989 T. kararı uyarınca, kamulaştırma usulünde, taşınmazın tam ve gerçek karşılığının, mülkiyetin idareye geçtiği anda ödenmiş olması gerektiğinden, eksik ödemenin tespiti halinde bedel artırımı davasında hesaplanan değere, ödemenin yapılmasının gerektiği mülkiyetin idareye geçtiği tarihten itibaren temerrüt faizi işletilmesi öngörülmektedir ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 4.8.2020). Bu kararın kıyasen uygulanması suretiyle kamulaştırmasız elatmada, elatma tarihi itibariyle karşılanması gereken taşınmaz bedelinin ödenmemesi sebebiyle bu tarih itibariyle temerrüt faizinin işletilmesi kabul edilebilir. Diğer yandan kamulaştırmasız elatma sebebiyle bedel/tazminat talebi de, haksız fiil sebebiyle vaktiyle malike ödenmeyen bedelin

Mahkeme kararı ile tespit edilen taşınmaz bedelinin idare tarafından hak sahibine derhal ödenmesi gerekmektedir<sup>743</sup>. Ancak bazen ödenek yokluğu, bazen bütçede ödeme kalemi olmaması gibi gerekçelerle mahkeme kararında hükmedilen bedel derhal icra edilmemektedir. Kamulaştırmasız elatma sebebiyle açılan bedel davasında mahkeme tarafından hükmedilen bedele ilişkin kararın kesinleşmesinden fiilen ödemenin gerçekleştiği tarihe kadarki süreçte hangi faiz oranının işletileceği ile ilgili olarak Yargıtay, 2011 yılından itibaren içtihat değişikliğine gitmiştir. 2011 öncesinde, Anayasa'nın 46/4. fıkrasındaki “*kamu alacakları için uygulanan en yüksek faiz oranı*”, sadece kamulaştırma davalarında uygulanmaktaydı. Ancak AİHM *Sarıca ve Dilaver v. Türkiye* ile *Ergen ve Diğerleri v. Türkiye* kararlarında<sup>744</sup>, Yargıtay'ın kamulaştırma davası ile kamulaştırmasız elatma sebebine dayanan davalarda benimsediği farklı faiz oranı uygulanması eleştirilmiş ve bu uygulama sebebiyle başvuruçuların mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır. Bu kararlar üzerine Yargıtay, 2011 yılında içtihat değişikliğine gitmiştir. Yargıtay'ın yerleşik uygulamasına göre<sup>745</sup>, kamulaştırmasız elatma nedeniyle bedel/tazminat davasında hükmedilen değere, mahkeme kararının kesinleşmesinden fiili ödeme tarihine kadar geçen süre için kamu alacakları için uygulanan en yüksek faiz oranının uygulanmalıdır.

Bedel davasının açılmasından sonra idarenin, dava konusu taşınmaz hakkında kamulaştırma usulünü işleterek kamulaştırma bedeli ve tescili davası açmasının, bedel

tespit ve tahsili maksadını taşımaktadır. BK m. 117/1 uyarınca haksız fiilin işlendiği tarih itibarıyla temerrüt gerçekleşmektedir. Kamulaştırmasız elatmanın idarenin haksız fiili olarak nitelendirilmesi karşısında elatmanın gerçekleştiği tarih itibarıyla temerrüdün gerçekleştiğini ve bu tarih itibarıyla de Anayasa'nın 46. maddesindeki temerrüt faizinin işletilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

<sup>743</sup> *Hayta, Gölcüklü ve Çınar*, taşınmaz bedelinin tahsili davasında hesaplanan bedelin taşınmazın aynına ilişkin olmaması sebebiyle kesinleşmeden icra edilebileceğini belirtmektedir. Hayta, s.442-446; Gölcüklü, s.1292-1293; Çınar, s.57. Kamulaştırma Kanunu'na 7176 sayılı Kanun'un (RG. T.12.6.2019, S.30799) 21. maddesi ile eklenen geçici madde 14 ile “*fiili el konulması veya hukuki el atılması sebebiyle mülkiyet hakkından doğan taleplere dair bedel ve tazminata ilişkin davalarda verilen mahkeme kararları kesinleşmedikçe icraya konulamaz.*” hükmü, Anayasa Mahkemesi'nin 2019/89 E., 2021/10 K., 4.2.2021 T. karar ile (RG T.7.5.2021, S.31477) iptal edilmiştir.

<sup>744</sup> AİHM *Sarıca ve Dilaver v. Türkiye*, 11765/05 B. No., 27.5.2010 T. karar özeti (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-98943>, 11.7.2020); AİHM *Ergen ve Diğerleri v. Türkiye*, 35364/05, 41169/05, 41498/05, 53346/08 ve 54158/08 B .No., 7.12.2010 T. kararlar (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-102180>, 11.7.2020).

<sup>745</sup> Yargıtay 12. HD, 2011/5396 E., 2011/220096 K., 15.11.2011 T. kararı; Yargıtay 12. HD, 2011/5698 E., 2011/20397 K., 26.10.2011 T. kararı; Yargıtay 8. HD 2015/8596 E., 2017/10611 K., 13.9.2017 T. kararı ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 15.7.2020).



davasına etki ve sonuçları üzerinde durmak gerekmektedir<sup>746</sup>. Yargıtay 18. HD, 2014/12470 E., 2015/404 K., 15.01.2015 tarihli kararında<sup>747</sup>, kamulaştırmasız el atmaya dayalı tazminat davası devam ederken dava konusu taşınmaza ilişkin olarak idarece kamulaştırma bedeli ve tescil davası açılmış olduğu ve halen sonuçlanmadığı anlaşıldığından, aralarında bağlantı bulunan davaların HMK 166 maddesi uyarınca birleştirilerek görülmesi gerektiği yönünde hüküm kurulmuştur. Ancak aksi yönde, bu davaların ayrı ayrı yargılama usullerine tabi olduğundan davaların birleştirilerek birlikte yürütülmesinin doğru olmadığı yönünde Yargıtay kararları da bulunmaktadır<sup>748</sup>. Yargıtay 5. HD 2018/7390 E., 2019/4493 K., 13.03.2019 T. kararında ise<sup>749</sup>, bir taşınmazla ilgili kamulaştırmasız el atma davası devam ederken kamulaştırma bedel ve tescil davası açılması halinde, asıl olanın kamulaştırma davası olduğu, bedel tespit ve tescil yönünden inceleme yapıp davaya devam edilmesi, kamulaştırmasız el atma davasında ise, bedel tespit ve tescil davasının sonucunun bekletici mesele yapılması gerektiği yönünde karar verilmiştir.

### 1.3. Tazminat Davası Çerçevesinde Hüküm ve Sonuçları

Fiili elatma halinde hak sahibi, elatmanın önlenmesi davası veya bedel davası ile birlikte veya onlardan ayrı olarak tazminat davası açabilmektedir<sup>750</sup>. Tazminat davası, taşınmazın devri karşılığında değerinin tahsilini konu alan bedel davasından farklıdır<sup>751</sup>. Bu başlık altında ele alacağımız tazminat davasının konusu, idarenin elatma eylemi sebebiyle uğranılan zararın tazmin edilmesidir. İdarenin, özel mülkiyete konu bir taşınmazdan kamulaştırma yapmaksızın yol geçirmesi sırasında aynı taşınmaz üzerindeki ağaçlara, kulübeye veya bahçe duvarına zarar vermesi söz konusu

<sup>746</sup> Konu ile ilgili olarak bkz. Çınar, s.52-53; Arcak/Doğrusöz, s.67-68; Gölcüklü, s.1232-1234; Çakır, Kamulaştırmasız El Atma, s.69.

<sup>747</sup> **Hata! Köprü başvurusu geçerli değil.** ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 21.2.2021). Benzer içerikteki karar için bkz. Yargıtay 18. HD 2015/5566 E., 2015/5512 K., 09.04.2015 T. kararı ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 21.2.2021).

<sup>748</sup> Yargıtay 5. Hukuk Dairesi, 2009/4489 E., 2009/7695 K., 25.05.2009 tarihli kararı; Yargıtay 5. HD, 2009/11872 E., 2009/17147 K., 08.12.2009 T. kararı; **Hata! Köprü başvurusu geçerli değil.** ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 21.2.2021).

<sup>749</sup> Yargıtay 5. HD 2018/7390 E., 2019/4493 K., 13.03.2019 T. kararı ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 21.2.2021). Benzer içerikteki karar için bkz. Yargıtay 18. HD 2015/8306 E., 2015/17518 K., 01.12.2015 T. kararı ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 21.2.2021).

<sup>750</sup> Bkz. Şahiniz, s.104, 215-216, 222; Hayta, s.430-431; Yalçınduran, Kamulaştırmasız El Koyma, s.75; Ulusoy, Kamulaştırmasız El Atma, s.67-69; Morali, s.231.

<sup>751</sup> Aynı kanaatte olan yazarlar için bkz. Özdemir, s.160-161, 178-179, 199-200; Yalçınduran, Kamulaştırmasız El Koyma, s.61; Ulusoy, Kamulaştırmasız El Atma, s.67-68; Arcak/Doğrusöz, s.38; Çakır, Kamulaştırmasız El Atma, s.69, 71.

olabilmektedir. Bu çerçevede taşınmazın veya taşınmazın bütünleyici parça ve eklentilerinin cevherinin zarara uğraması, taşınmazdan haksız şekilde ürün elde edilmesi veya elde edilmesinin ihmali gibi haller zarar olarak değerlendirilebilecektir.

Fiili elatma sebebiyle tazminat davası, Yargıtay tarafından, BK m. 49 vd. kapsamında haksız fiil hükümlerine dayandırılmaktadır<sup>752</sup>. Bu çerçevede de haksız fiilin varlık koşulları (hukuka aykırı fiil, zarar, illiyet bağı ve kusur), davacı, davalı, ispat ve zamanaşımı meselelerinde haksız fiil hükümlerine göre değerlendirme yapmaktadır. Görevli ve yetkili mahkeme, HMK hükümleri üzerinden belirlenmektedir. Yer bakımından yetkili mahkeme açısından HMK m. 6 ile m. 16 hükümleri davacıya seçenek sunarken, görev bakımından yetkili mahkeme HMK m. 2 gereğince asliye mahkemesidir. İlgili olan, zarar gördüğünü iddia eden herkes, bu davayı açabilecektir<sup>753</sup>.

Konu ile ilgili birkaç karar örneği vermek gerekir ise, Yargıtay HGK 2013/1084 E., 2014/525 K., 16.4.2014 T. kararına<sup>754</sup> konu uyuşmazlık, davalı idarenin, 672 ve

<sup>752</sup> YİBHKG 1958/17 E., 1959/15 K., 11.2.1959 T. kararda, “İstimlâksız el atma halinde, amme teşekkülü İstimlâk Kanununa uygun hareket etmeden ferdin malını elinden almış olması sebebiyle, kanunsuz bir harekette bulunmuş durumdadır. Bu bakımdan, dava, Medeni Kanun hükümlerine giren mülkiyete tecavüzün önlenmesi veya haksız fiil neticesinde meydana gelen zararın tazmini davasıdır ve bu bakımdan adliye mahkemesinin vazifesi içindedir.” şeklinde hüküm kurmuştur ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 29.10.2019). Bkz. Yargıtay 8. HD 2018/4362 E., 2019/11702 K., 24.12.2019 T. karar; Uyuşmazlık Mahkemesi 2014/197 E., 2014/505 K., 5.5.2014 T. karar; Yargıtay 1. HD 2013/11252 E., 2013/14141 K., 21.10.2013 T. karar ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 29.10.2020). Haksız elatma sebebiyle malikin uğradığı zararın tazmininin, elatmanın önlenmesi talebiyle birlikte veya ayrı olarak ileri sürülebileceği ve bu talebin TBK’daki haksız fiil hükümlerine tabi olduğu doktrindeki çoğunluk görüşü tarafından kabul edilmektedir. Bkz. Giritlioğlu, s.53-56; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.281; Eren, Mülkiyet Hukuku, s.43, 47; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s.489-490; Sirmen, s.255-256, 257; Ayan, Eşya Hukuku II, s.113, 118; Esener/Güven, s.173. Akipek/Akıntürk ise aksi kanaati paylaşarak haksız elatma sebebiyle uğranılan zararın, haksız zilyette iade hükümlerine (TMK m. 993-995) tabi olması gerektiğini ileri sürmektedir. Akipek/Akıntürk, s.451. Çoğunluk görüşün kanaatini, kamulaştırmaz elatma özelinde paylaşan yazarlar için bkz. Özdemir, s.197-198; Hayta, s.430; Yalçınduran, Kamulaştırmaz El Koyma, s.75-78; Çakır, Kamulaştırmaz El Atma, s.71; Çetintaş, s.121-123; Karaca, Kamulaştırmaz El Atma, s.116; Ulusoy, Kamulaştırmaz El Atma, s.68. Ancak Ulusoy, kamulaştırmaz elatmanın haksız fiilin özel bir türü olması sebebiyle haksız fiilin hukuka aykırı fiil, zarar, illiyet bağı ve kusur unsurlarının gerçekleştiğinin kabul edileceğini belirtmektedir. Ulusoy, Kamulaştırmaz El Atma, s.68. Şahiniz, elatma eylemi ile idarenin haksız zilyet konumunda olduğunu, idarenin bu eylemi sebebiyle uğranılan zararın tazmini şartlarının haksız zilyedin sorumluluğunun düzenlendiği TMK m. 993-995 hükümlerine tabi olması gerektiğini savunmaktadır. Şahiniz, s.216-217. Yalçınduran, haksız zilyetliğe ilişkin hükümlerin haksız fiile ilişkin hükümler ile kıyaslandığında malik lehine olduğunu, ancak tazminat davasının haksız zilyetliğe ilişkin hükümlere dayandığının kabulü halinde bedel davasıyla birlikte tazminat davasının açılmayacağını belirtmektedir. Yalçınduran, Kamulaştırmaz El Koyma, s.77-78.

<sup>753</sup> Arcak/Doğrusöz, s.41.

<sup>754</sup> Yargıtay HGK 2013/1084 E., 2014/525 K., 16.4.2014 T. karar ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 26.8.2020).

673 parsel sayılı taşınmazlara kanal açmak suretiyle elatması sebebiyle elatmanın önlenmesi, eski haline getirme ve uğranılan zararın tazminine ilişkindir. Mahkeme, kanalın eski hale getirilerek elatmanın sona erdirildiği tespitinde bulunmakta, elatma giderilmiş olsa da, elatmadan kaynaklı birtakım zarar kalemlerini anmaktadır. Bu çerçevede kanalın doldurularak eski hale getirilmesi için gereken maliyeti karşılamak amacıyla eski hale getirme bedeli (fiili zarar), kanalın eski haline getirilmesine kadarki süreçte ürün kaybı (yoksun kalınan kâr) ve maliyet artışları (fiili zarar) ile kanal açılması sebebiyle taşınmazdaki değer kaybı (yoksun kalınan kâr) hususlarının elatma sebebiyle gündeme gelen zararlar olduğu ifade edilmektedir. Yargıtay 5. HD 2013/3044 E., 2013/7780 K., 18.4.2013 T. kararda da<sup>755</sup>, arazi niteliğindeki taşınmaza yol olarak elatılması sebebiyle uğranılan zararın tahsili kapsamında elatılan kısımda bulunan kuyu ve ağaç bedellerinin tahsiline karar verilmiştir. Mahkeme, ayrıca bu bedele dava tarihinden itibaren yasal faiz uygulanması gerektiğine hükmetmiştir<sup>756</sup>.

#### 1.4. Ecrimisil Davası Çerçevesinde Hüküm ve Sonuçları

Ecrimisil davası, herhangi bir kanunda düzenlenmeyen, Osmanlı Hukuku'ndaki uygulamanın devamı mahiyetinde, bir şeye haksız şekilde zilyet olan kişinin eşyayı bizzat kullanması suretiyle eşyadan yararlanmasına karşılık tazminat talebinin ileri sürülmesi anlamında kullanılmaktadır<sup>757</sup>.

<sup>755</sup> Yargıtay 5. HD 2013/3044 E., 2013/7780 K., 18.4.2013 T. karar ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 27.8.2020).  
<sup>756</sup> Çakır, tazminat davasında faizin, haksız fiil sonucu zararın meydana geldiği tarihten itibaren işleyeceğini belirtmektedir. Çakır, Kamulaştırmasız El Atma, s.74.

<sup>757</sup> Ecrimisil ile ilgili olarak bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 124-129; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.214-227; Sirmen, s.101-103; Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, **Zilyedlikte İadenin Mevzuu ve Şümulü, Hususiyle Ecrimisil Meselesi**, İstanbul, Baha Matbaası, 1961, s.278-342; Burak Özen, **Haksız Zilyetlikte İade**, İstanbul, Beta Yayınları, 2003, s.267-279; Ceren Yavuzaslan, **Ecrimisil**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2021, s.4-49; Şahiniz, s.117-120; Hayta, s.429; Ulusoy, Kamulaştırmasız El Atma, s.69-70. Türk Hukuku'nda ecrimisil, Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararları üzerinden şekillenmektedir. Bu konuda bkz. Yargıtay İBGK 9.12.1931 T. ve 23/44 sayılı karar (RG T.9.4.1932, S.2072); Yargıtay İBGK 1937/29 E., 1938/10 K., 25.5.1938 T. karar (RG T.15.11.1938, S.4063); Yargıtay İBGK 1945/22 E., 1950/4 K., 8.3.1950 T. karar ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 30.10.2020; RG T.9.6.1950, S.7528); Yargıtay İBGK 1958/15 E., 1958/6 K., 4.6.1958 T. karar. Bu kararların her birinin aktarıldığı karar için bkz. Yargıtay HGK 2008/5-170 E., 2008/201 K., 12.3.2008 T. kararı ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 18.11.2019); Yargıtay HGK 2008/5-243 E., 2008/246 K., 12.3.2008 T. karar ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 30.10.2020).

Ecrimisil talebinin hukuki niteliği oldukça tartışmalıdır<sup>758</sup>. Yargıtay İBGK 1937/29 E., 1938/10 K., 25.5.1938 T. kararında<sup>759</sup>, ecrimisil talebinin, herhangi bir sözleşme ilişkisi bulunmasa da hukuki netice itibariyle kira ilişkisine benzediği belirtilerek, kira sözleşmelerine özgü beş yıllık zamanaşımı süresine tabi olduğuna hükmedilmiştir. Yargıtay İBGK 1945/22 E., 1950/4 K., 8.3.1950 T. kararında<sup>760</sup> ise ecrimisile konu olan gasbın haksız fiil niteliğinde olduğu vurgulanarak, kötüniyetli haksız zilyedin, taşınmazı haksız olarak elinde tutmasından doğan zararları, elde ettiği ve elde etmeyi ihmal ettiği semereleri tazmin ile yükümlü olduğu, malik ya da zilyedin zarara uğramaması halinde ecrimisil ya da diğer bir adla herhangi bir tazminat vermekle yükümlü olmadığı yönünde karar verilmiştir. Bu çerçevede, ecrimisil, Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarına göre, haksız fiil niteliğinde ve kötüniyetli haksız zilyedin ödemekle yükümlü olduğu alacak olarak kabul edilmektedir. Ancak bu alacak, kira sözleşmelerine özgü, BK m. 147'deki beş yıllık zamanaşımına tabi tutulmaktadır<sup>761</sup>. Görevli ve yetkili mahkeme ise HMK hükümleri uyarınca belirlenmektedir. Ecrimisil davasının taşınmazın aynına ilişkin bir talep içermemesi sebebiyle yer bakımından yetkili mahkeme, HMK m. 6 ile m. 16 uyarınca belirlenecek

<sup>758</sup> Ecrimisil talebinin hukuki mahiyeti ve kapsamı ile ilgili tartışmalar için bkz. Feyzioğlu, s.309-324, 335; Özen, s.94-95, 267-279; Yavuzaslan, s.8-49; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 124-129; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.217-219, 238-239; Sirmen, s.101-103; Şahin, s.117-120, 223-224; Özdemir, s.190, 192; Yalçınduran, Kamulaştırmasız El Koyma, s.71-72.

<sup>759</sup> Yargıtay İBGK 1937/29 E., 1938/10 K., 25.5.1938 T. karar (RG T.15.11.1938, S.4063).

<sup>760</sup> Yargıtay İBGK 1945/22 E., 1950/4 K., 8.3.1950 T. karar ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 30.10.2020; RG T.9.6.1950, S.7528).

<sup>761</sup> Bu konuda bkz. Yargıtay İBGK 9.12.1931 T. ve 23/44 sayılı kararında (RG T.9.4.1932, S.2072), haksız fiil tazminatına ilişkin zamanaşımının uygulanmayacağı belirtilirken, Yargıtay İBGK 1937/29 E., 1938/10 K., 25.5.1938 T. kararında (RG T. 15.11.1938, S.4063) ise “.. sarih veya zımnî akidenden doğan alelûmum kira davaları hakkında Borçlar Kanununun (126) nci maddesi mucibince beş senelik müruru zaman cari bulunmuş olduğundan akde müstenid olmayan ve fakat hukukî neticesi itibarile aynı mahiyette bulunan bu misillü tazminat ve münasib ücret davalarında da beş senelik müruru zaman cereyan etmesi tabii ve zaruridir. Binaenaleyh zikrolunan davalar hakkında da mezkûr (126) nci madde hükmüne tevfikân beş senelik müruru zaman cereyan edeceğine ekseriyetle karar verildi.” ifadesi ile kira sözleşmelerine ilişkin zamanaşımı süresinin tatbik edilmesi yönünde hüküm kurulmuştur. Ecrimisil taleplerinin, Yargıtay'ın 25.5.1938 tarihli, yukarıda verdiğimiz içtihadı birleştirme kararının yürürlükte olduğu gerekçesiyle, TBK m. 147'deki kira sözleşmelerine özgü beş yıllık zamanaşımı süresine tabi olduğu kabul edilmektedir. Bkz. Yargıtay 3. HD 2012/18181 E., 2012/23149 K., 8.11.2012 T. karar; Yargıtay HGK 2014/39 E., 2015/1718 K., 19.6.2015 T. karar; Yargıtay 8. HD 2018/12080 E., 2018/15704 K., 13.9.2018 T. karar; Yargıtay 8. HD 2018/2747 E., 2019/82 K., 7.1.2019 T. karar; Yargıtay 8. HD 2018/4689 E., 2020/684 K., 3.2.2020 T. karar; Yargıtay 8. HD 2018/10525 E., 2020/1184 K., 11.2.2020 T. karar ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 30.10.2020). Aynı yöndeki kanaat için bkz. Şahin, s.223; Özdemir, s.194. Ecrimisil taleplerinde zamanaşımı konusu ile ilgili olarak bkz. Yavuzaslan, s.140-162; Özen, s.93-96; Feyzioğlu, s.326-336; 341-341; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.235-240; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 12-124, 120; Sirmen, s.99-103, 105.

olup, görev bakımından yetkili mahkeme ise HMK m. 2 gereğince asliye hukuk mahkemesidir<sup>762</sup>.

İdare tarafından fiilen elatılan taşınmazın malikinin yukarıda ele aldığımız elatmanın önlenmesi davası veya bedel davası ile veya ayrı olarak ecrimisil de talep edebileceği kabul edilmektedir<sup>763</sup>. Yargıtay 3. HD 1983/209 E., 1983/355 K., 24.1.1983 T. kararda<sup>764</sup>, Yargıtay'ın 1956/6 K. sayılı içtihadı birleştirme kararına atıf yapılarak, taşınmaz malına kamulaştırmaz elatılan kişinin, o yer üzerindeki mülkiyet hakkının devam ettiğinin kabul edildiği, idarenin elatmasının önlenmesinin veya mülkiyet hakkının devrine karşılık bedel de istenebileceği belirtilmekte, malikin mülkiyet hakkını sınırlayıcı bir kural koyulmadığından bahisle ecrimisil isteme hakkının kabulünün zorunlu olduğu vurgulanmaktadır<sup>765</sup>. Ancak bedel davası açmak suretiyle elatmaya rıza gösteren malik, sadece dava tarihinden önceki zaman dilimi için (zamanaşımı süresini dikkate alarak) ecrimisil talebinde bulunabilmektedir<sup>766</sup>. Dava açılmadan önceki süreçte elatma, hukuka aykırı olma özelliği taşıdığından haksız işgal tazminatı olarak ifade edilen ecrimisil gündeme gelebilecektir. Fiili elatma halinde ileri sürülebilecek ecrimisil talebi, malikin mülkiyet hakkına müdahale sebebiyle yaşadığı ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılmasına hizmet etmekte ve malikin mümkün olduğunca ihlalden önceki duruma dönmesi amaçlanmaktadır.

Fiili elatma halinde ecrimisil talebinin ileri sürülebilmesi için hak sahibinin zarara uğramasının gerekip gerekmediği üzerinde durulması gerekmektedir. Yukarıda da gördüğümüz üzere, Yargıtay İBGK 1945/22 E., 1950/4 K., 8.3.1950 T. kararı

<sup>762</sup> Şahiniz, s.225-226; Hayta, s.429; Çakır, Kamulaştırmaz El Atma, s.72-73.

<sup>763</sup> Şahiniz, 224, Hayta, s.429; Özdemir, s.192, 195; Yalçınduran, Kamulaştırmaz El Koyma, s.73; Ulusoy, Kamulaştırmaz El Atma, s.69-70; Çınar, s.17; Arcak/Doğrusöz, s.40.

<sup>764</sup> Yargıtay 3. HD 1983/209 E., 1983/355 K., 24.1.1983 T. karar ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 28.8.2020).

<sup>765</sup> Ayrıca bkz. Yargıtay 3. HD 2012/18251 E., 2012/22849 K., 7.11.2012 T. karar; Yargıtay HGK 2017/1273 E., 209/911 K., 19.9.2019 T. karar; Yargıtay HGK 2014/39 E., 2015/1718 K., 19.6.2015 T. karar; Yargıtay 8. HD 2018/10525 E., 2020/1184 K., 11.2.2020 T. karar; Yargıtay HGK 2008/243 E., 2008/246 K., 12.3.2008 T. karar ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 30.10.2020).

<sup>766</sup> Bkz. Yargıtay HGK 2008/5-170 E., 2008/201 K., 12.3.2008 T. kararı ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 18.11.2019); Yargıtay 1. HD 2013/10379 E., 2013/14377 K., 28.11.2013 T. karar; Yargıtay HGK 2008/5-243 E., 2008/246 K., 12.3.2008 T. karar; Yargıtay 1. HD 2013/18145 E., 2014/5961 K., 19.3.2014 T. karar; Yargıtay 1. HD 2014/10175 E., 2014/11594 K., 11.6.2014 T. karar; Yargıtay 8. HD 2018/12080 E., 2018/15704 K., 13.9.2018 T. karar; Yargıtay 8. HD 2018/2747 E., 2019/82 K., 7.1.2019 T. karar ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 30.10.2020). Ayrıca bkz. Yargıtay 1. HD 2014/20249 E., 2015/4997 K., 8.4.2015 T. karar (Leges Hukuk Dergisi, S.67, Temmuz 2015, 108-111, <https://www.legesdergi.com/dergi/88>, 26.8.2020)



uyarınca<sup>767</sup>, ecrimisil, başkasının taşınmazını haksız olarak kullanma şeklindeki haksız fiil sebebiyle doğan zararların, elde edilen ve elde edilmesi ihmal edilen semerelerin tazminini amaçlayan, haksız fiilin unsurları arasında zikredilen zarar unsurunun varlığı şartına bağlanan bir taleptir. Fiili elatma ile ilgili Yargıtay 3. HD 2012/18251 E., 2012/22849 K., 7.11.2012 T. kararında<sup>768</sup>, taşınmazına haksız olarak elatılan kişinin, tazminat davasındaki gibi zararına yol açılmış olması ya da sebepsiz zenginleşme istemindeki gibi yoksullaşmış olması aranmaksızın mahkemece, haksız olarak zilyet olan kişiyi zorlayan bir yöntemin izlenmesi ve haksız kullanım kazancının geri verilmesine karar verilmesi gerektiği belirtilmektedir. Ancak Yargıtay'ın yakın tarihli kararlarında<sup>769</sup>, ecrimisil, niteliği itibarı ile haksız bir eylem sayılan haksız işgal nedeniyle oluşan zararın tazmin edilmesini sağlayan, haksız işgal nedeniyle tazminat olarak nitelendirilen özel bir zarar giderim biçimi olarak ifade edilmiştir. Ecrimisile konu uyuşmazlıklar, Yargıtay nezdinde, haksız fiil olarak nitelendirildiği için talebin zilyet ya da hak sahibinin zararı şartına bağlandığı, ancak zarar kavramının geniş yorumlandığı gözlemlenmektedir<sup>770</sup>.

<sup>767</sup> Yargıtay İBGK 1945/22 E., 1950/4 K., 8.3.1950 T. karar ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 30.10.2020; RG T.9.6.1950, S.7528). Kararda, ecrimisile konu olay, “*Borçlar Kanunu’nda gâsıbm kiracı sayılarak kira karşılığı ile mükellef tutulacağına dair bir hüküm mevcut olmadığı gibi âdi ve hasılat icarına dair maddelerden ve borçlara ait bütün kaidelerden böyle bir hüküm çıkarmak da mümkün değildir. Zira, başkasının malını haksız olarak kullanmak bağit hükümlerine tabi bir hukuki muamele olmayıp Borçlar Kanunu’nun haksız fiillerden doğan borçlara mütaallik hükümlerine tabi haksız bir fiildir.*” şeklinde nitelendirilirken, “*Semere toplamayı ve şeyi semerelendirmeyi kurmamış ve böyle bir niyetle bulunmamış olan kimsenin ne toplanan semerelerin ne de toplanması ihmal edilen semerelerin tazminini istemeye hakkı vardır. Çünkü, bu halde semerenin toplanması veya toplanmasının ihmal edilmesiyle şeyin malikinin mamelekenden bir eksilme vukua gelmemektedir. Malik bir zarar uğramamaktadır.*” ifadesi ile ecrimisil talebinin zarar şartına bağlı olduğu vurgulanmıştır.

<sup>768</sup> Yargıtay 3. HD 2012/18251 E., 2012/22849 K., 7.11.2012 T. karar ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 30.10.2020). Benzer içerikli diğer bir karar için bkz. Yargıtay 3. HD 2003/14214 E., 2003/14097 K., 8.12.2003 T. karar ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 30.10.2020).

<sup>769</sup> Yargıtay HGK 2014/39 E., 2015/1718 K., 19.6.2015 T. karar; Yargıtay HGK 2017/1273 E., 2019/911 K., 19.9.2019 T. karar; Yargıtay 8. HD 2018/10525 E., 2020/1184 K., 11.2.2020 T. karar ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 30.10.2020).

<sup>770</sup> Konu ile ilgili olarak bkz. Yavuzaslan, s.121-132. Ecrimisil talebinde zararın aranıp aranmayacağı meselesini, kamulaştırmasız elatma kapsamında ele alan yazarlardan Şahin, TMK m.993 düzenlemesinin mefhumu muhalifinde ifadesini bulan ecrimisil talebinin kusur ve zarar şartlarından arındırılmış kendine özgü bir sorumluluk olduğunu, taşınmaza kamulaştırmasız elatan idarenin, söz konusu taşınmaza herhangi bir hasar veya zarar vermediği halde, sırf bu yeri işgal etmiş ve maliki bu yeri kullanmaktan alıkoymuş olması sebebiyle ödeyeceği kira karşılığı tazminat olduğunu belirtmektedir. Bkz. Şahin, s.117-120, 223-224. Özdemir de, ecrimisil talebinin özel bir tazminat talebi olduğunu, bu talepte bulunabilmek için kusur ve zarar şartının aranmadığını ifade etmektedir. Özdemir, s.190, 192. Çetintaş da ecrimisil talebi için zarar ve kusur şartının aranmadığını belirtmektedir. Çetintaş, s.129. Çakır da ecrimisil davasının açılabilmesi için zararın meydana gelmesinin aranmayacağı kanaatindedir. Çakır, Kamulaştırmasız El Atma, s.72. Çınar ise ecrimisil talebinin zarar şartına bağlı olduğunu ifade etmektedir. Çınar, s.17.

Ecrimisil bedeli, elatılan taşınmazın arsa, arazi veya bina vasfına göre değişiklik arz etmektedir. Ecrimisil bedelinin nasıl hesaplanacağı hususu, Yargıtay 8. HD 2018/7205 E., 2018/13290 K., 28.5.2018 T. kararda<sup>771</sup>, şu şekilde izah edilmiştir:

*“... ecrimisil hesabı uzmanlık gerektiren bir husus olup, taşınmazın niteliğine uygun bilirkişi marifetiyle keşif ve inceleme yapılarak ve taleple bağlı kalınarak haksız işgal tazminatı miktarı belirlenmelidir. Alınan bilirkişi raporu, somut bilgi ve belgeye dayanmalı, tarafların ve hâkimin denetimine açık, değerlendirmenin gerekçeleri bilimsel verilere ve HMK'nın 266 vd. maddelerine uygun olmalıdır. Bu nedenle, özellikle tarım arazilerinin haksız kullanımı nedeniyle ürün esasına göre talep varsa, bu konudaki resmi veriler getirilmeli, taşınmazın bulunduğu bölgede ekilen tarım ürünlerinin neler olduğu tarım il veya ilçe müdürlüğünden sorulmalı, ekildiği bildirilen ürünlerin ecrimisil talep edilen yıllara göre birim fiyatları ve dekara karşılık gelen verim değerleri, hal müdürlüğünden ilgili dönem için birim fiyatlar getirilmeli, bölgede münavebeli ekim yapıp yapılmadığı, taşınmazın nadasa bırakılıp bırakılmadığı tespit edilmelidir. Eğer, özellikle arsa ve binalarda kira esasına göre talep varsa, taraflardan emsal kira sözleşmeleri istenmeli, gerekirse benzer nitelikli yerlerin işgal tarihindeki kira bedelleri araştırılıp, varsa emsal kira sözleşmeleri de getirilmeli, dava konusu taşınmaz ile emsalin somut karşılaştırması yapılmalı, üstün veya eksik tarafları belirlenmelidir. İlke olarak, kira geliri üzerinden ecrimisil belirlenmesinde, taşınmazın dava konusu ilk dönemde mevcut haliyle serbest şartlarda getirebileceği kira parası, emsal kira sözleşmeleri ile karşılaştırılarak, taşınmazın büyüklüğü, niteliği ve çevre özellikleri de nazara alınarak yöredeki rayiçe göre belirlenir. Sonraki dönemler için ecrimisil değeri ise ilk dönem için belirlenen miktara ÜFE artış*

<sup>771</sup> Yargıtay 8. HD 2018/7205 E., 2018/13290 K., 28.5.2018 T. karar ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 27.8.2020). Benzer karar için bkz. Yargıtay 18. HD 2013/4283 E., 2013/8572 K., 20.5.2013 T. karar; Yargıtay HGK 2008/243 E., 2008/246 K., 12.3.2008 T. karar ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 23.12.2020). Yargıtay 8. HD 2018/15385 E., 2018/20065 K., 12.12.2018 T. kararda “... dairemizin yerleşmiş uygulamalarına göre; aynı yere ilişkin olarak önceki dönem ecrimisil bedeline ilişkin sonuçlanmış davalar bulunduğu takdirde; kural olarak önceki dönemin son dönemi için kabul edilen (ve kesinleşen) miktara ÜFE'nin tamamının yansıtılması suretiyle bulunacak miktar, sonraki dönem ecrimisil bedelini oluşturur. Kural bu olmakla beraber sonraki dönemde taşınmazın bulunduğu yerde imar, sanayileşme, yerleşim vs. özel nedenlerle değişimden dolayı rayiç ve emsal kiralar arttığı takdirde kesinleşen döneme ilişkin değerler nazara alınmadan, toplanacak somut verilere göre yeniden bilirkişi incelemesi yapılarak yeni dönem (sonraki dönem) ecrimisil bedeli belirlenerek hüküm altına alınabilir.” şeklinde karar vermiştir ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 18.11.2020).

*oranın tamamının yansıtılması suretiyle bulunacak miktardan az olmamak üzere takdir edilir.”.*

Ecrimisil talebine konu olan değere, hangi tarihten itibaren faiz işletileceği ile ilgili olarak doktrinde farklı kanaatler bulunmaktadır<sup>772</sup>. Yargıtay nezdinde de konu ile ilgili olarak yerleşik bir içtihadın var olduğu söylenemez. Yargıtay 5. HD 2019/3413 E., 2019/19301 K., 28.11.2019 T. kararında<sup>773</sup>, ecrimisil talebine dava tarihinden itibaren yasal faiz işletileceği kabul edilmiştir. Yargıtay 5. HD 2017/27947 E., 2019/4029 K., 7.3.2019 T. kararda ise<sup>774</sup>, ecrimisil bedeline her dönem sonu itibariyle ayrı ayrı faiz yürütülmesi gerekirken, tamamına dava tarihinden itibaren faize hükmedilmesinin doğru görülmediği ifade edilmiştir.

Elatma gerçekleşmemiş olsaydı yapılacak yapıların varlığı halinde elde edilebilecek kazanç miktarının, yoksun kalınan kâr şeklinde ecrimisil talepleri ile dile getirilmesi yargı makamları tarafından kabul görmemektedir. Yargıtay<sup>775</sup>, bu yöndeki ecrimisil taleplerini, KK m. 11/3'teki “*Taşınmaz malın değerinin tespitinde, ... ilerisi*

<sup>772</sup> Ecrimisil talebine hangi tarihten itibaren faiz işletileceği meselesi, doktrinde tartışmalıdır. Çakır, dava tarihinden sonrası için faiz talebinin söz konusu olduğunu ifade etmektedir. Çakır, Kamulaştırmasız El Atma, s.73-74. Özdemir, ecrimisil talebine konu olan değere, elatma tarihinden itibaren faiz işletilmesi gerektiğini belirtmektedir. Özdemir, s.194-195. Şahiniz tarafından, haksız zilyetliğe konu eşyanın kullanımını konu alan sözleşmede her bir kullanım dönemi için ödenmesi gereken bedele, her bir dönem için borcun doğumu anından itibaren ayrı ayrı faiz yürütülmesi gerektiği ve bu faizin de temerrüt faizi olduğu ifade edilmektedir. Şahiniz, s.223-224. Ulusoy da faizin, ecrimisil talep edilen her bir dönemin sonundan itibaren işletilmesi gerektiği kanaatindedir. Ulusoy, Kamulaştırmasız El Atma, s.70. Yavuzaslan, Yargıtay'ın, ecrimisil talebine her yıl ve dönemin başlangıcından itibaren kademeli olarak faiz işlettiğini belirtmekte, ancak ecrimisil talebinin Yargıtay uygulamasının aksine, dönemsel bir edim niteliğinde olmadığını belirtmektedir. Yavuzaslan, s.138-139, 159. Özen, mütemerrit borçluya benzetilebilecek kötüniyetli zilyedin, nesneden bizzat kullanma çıkarı sağladığı anda, bu kullanma çıkarının karşılığını ödeme borcuna bu andan itibaren faiz işletileceğini, bu çerçevede her bir dönemde doğan karşılık ödeme borcuna o andan itibaren temerrüt faizi işletilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Özen, s.277-278. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop ise ecrimisil alacağına doğduğu andan, kural olarak fiili egemenliğin kurulduğu andan itibaren faiz işletilmesi gerektiğini savunmaktadır. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.226.

<sup>773</sup> Yargıtay 5. HD 2019/3413 E., 2019/19301 K., 28.11.2019 T. karar ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 18.11.2020).

<sup>774</sup> Yargıtay 5. HD 2017/27947 E., 2019/4029 K., 7.3.2019 T. karar ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 18.11.2020). Benzer içerikteki karar için bkz. Yargıtay 5. HD 2013/10134 E., 2013/16999 K., 7.10.2013 T. karar; Yargıtay 5. HD 2017/29590 E., 2019/10703 K., 27.5.2019 T. karar; Yargıtay 5. HD 2019/533 E., 2019/19341 K., 2.12.2019 T. karar ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 18.11.2020).

<sup>775</sup> Yargıtay 5. HD 2013/23616 E., 2014/7688 K., 20.3.2014 T. kararında, *Taşınmaz üzerinde daha önceden var olan ve kullanılan tek katlı konut dışında yeni bir bina yapılmadığı, anlaşılmış ise de 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 11/2. maddesi uyarınca ilerisi için düşünülen kullanma şekillerine göre bedel talep etmek mümkün olmadığından ecrimisil isteminin reddi yerine, yazılı gerekçe ile kabulüne karar verilmesi, doğru görülmemiştir.”* şeklinde hüküm verilmiştir ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 27.8.2020). Diğer bir karar için bkz. Yargıtay 5. HD 2011/18977 E., 2012/4277 K., 8.3.2012 T. karar ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 27.8.2020).



*için düşünülen kullanma şekillerine göre getireceği kâr dikkate alınmaz.” hükmünü dayanak göstererek reddetmektedir. Anayasa Mahkemesi de 2015/1089 B. No’lu Alaattin Ölçer başvurusunda<sup>776</sup>, taşınmaz üzerinde henüz yapılmamış yapı sebebiyle uğranılan kira kaybına ilişkin tazminat talebinin reddi sebebine dayanan mülkiyet hakkı ihlali iddiasını, “Gerçekten de başvurucunun henüz taşınmaz üzerinde beş katlı bir yapı inşa ettiremediği için yoksun kaldığı bir kira kaybı bulunmamaktadır.” şeklinde değerlendirmiştir.*

## 2. HUKUKİ ELATMANIN HÜKÜM VE SONUÇLARI

*“Türk Hukuku’nda Kavramın Tarihsel Gelişimi” başlığı altında ele aldığımız üzere, hukuki elatma kapsamındaki uyuşmazlıklar, uzun süre, Yargıtay ve Danıştay tarafından reddedilmiş, bir hukuki uyuşmazlık olarak görülmemiş, çözüm odaklı bir yaklaşım geliştirilmemiştir. Ancak idarenin mülkiyet hakkını kontrol amaçlı işlemlerinin gereğini yapmayarak, eylemsizliği aracılığıyla mülkiyet hakkının özünü zedeleme neticesi doğuran uyuşmazlıklarla ilgili olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi nezdinde Türkiye aleyhine çok sayıda kararın varlığı sebebiyle Türk Yargı Teşkilatı içtihat değişikliğine gitmiştir. Bu çerçevede esas olarak, adli yargıdaki Yargıtay HGK 2004/555 E., 2005/17 K., 2.2.2005 T. kararı, sonrasında idari yargıdaki Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu 2007/2255 E., 2012/801 K., 24.5.2012 T. kararı ile hukuki elatma vakaları, hukuki bir uyuşmazlık olarak değerlendirilmiş ve birtakım hukuki enstrümanlarla (hâkimin hukuk yaratma yetkisi/görevi, amaçsal yorum) bu uyuşmazlığı giderebilecek çözüm yolları bulunmaya çalışılmıştır<sup>777</sup>.*

Süreç içerisinde bu tür uyuşmazlıkları konu alan kanuni düzenlemeler de yürürlüğe girmiştir<sup>778</sup>. İlk olarak 6487 sayılı Kanun ile Kamulaştırma Kanunu’nun geçici 6. maddesinin 10. fıkrasına eklenen hüküm, ardından bu düzenlemeyi yürürlükten kaldıran 6745 sayılı Kanun ile Kamulaştırma Kanunu’na eklenen ek madde 1 düzenlemesi ve 7181 sayılı Kanun ile yeniden düzenlenen İmar Kanunu’nun 13. maddesi, bu kapsamda ele alınabilir. Ancak yürürlükteki kanuni düzenlemeler,

<sup>776</sup> AYM *Alaattin Ölçer*, 2015/1089 B. No., 22.1.2019 T. karar <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2015/1089>, 8.7.2020).

<sup>777</sup> Bkz. I. Bölüm, B., 5.

<sup>778</sup> “*Sorunun Görünüm Şekilleri*” başlığı altında ele aldığımız üzere, Kamulaştırma Kanunu ve İmar Kanunu kapsamında ortaya çıkabilecek hukuki elatma vakalarını ele almaktayız. Bkz. Giriş Bölümü, B.

hukuki elatmanın hüküm ve sonuçlarını ele almamaktadır. Bu düzenlemeler, uygulama imar planındaki tahsis sebebiyle tasarrufu kısıtlanan taşınmazlar ile ilgili idareye yükümlülük yükleyerek hukuki elatma şeklindeki bir uyuşmazlığın ortaya çıkmasını önleyici mahiyette düzenlemelerdir.

Hukuki elatma vakalarının hüküm ve sonuçları ile ilgili bağlayıcı kanuni bir düzenleme veya içtihadı birleştirme kararı bulunmamaktadır. Hukuki elatmanın hüküm ve sonuçları, yargı kararları üzerinden şekillenmektedir. Uyuşmazlık Mahkemesi kararları uyarınca idari işlem ya da eylemden doğan uyuşmazlıklar şeklinde nitelendirilen hukuki elatma vakaları, idari yargı nezdinde iptal davası ve/veya tam yargı davası üzerinden yargı makamına taşınmakta ve İdare Hukuku'nun genel hükümleri üzerinden çözümlenmektedir<sup>779</sup>. Adli yargı makamları nezdinde dile getirilen uyuşmazlıklar görev yönünden reddedilmektedir<sup>780</sup>.

Hukuki elatmanın varlığında hak sahibi, İYUK m. 2 gereğince görevli yargı kolu olan idari yargıdaki iki dava türü olan iptal davası ile tam yargı davası ile hakkını arayabilmektedir. Hukuki elatmaya konu olan taşınmaz üzerindeki hak sahibi, sınırlandırmaya sebep olan idari işlemin iptalini ya da sınırlandırıcı idari işlemin değiştirilmesi, geri alınması veya gereği olan kamulaştırma ya da mülkiyetten yoksun kılan diğer idari işlemin yapılması talebini reddeden işlemin iptalini talep

<sup>779</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi'nin hukuki elatmayı idari yargı kapsamında ele alması ile ilgili eleştiriler için bkz. Gürsel, s.601-605, 619-623, 641-642; Hayta, s.417-419. Gürsel, s.619-623'te, hukuki elatma halini mülkiyet hakkı ihlali olarak nitelendirirsek kamulaştırmaz elatma başlığı altında adli yargıda, mülkiyet hakkının kısıtlanması olarak nitelendirirsek hizmet kusuru başlığı altında idari yargıda değerlendirilebileceğini, idari yargıda taşınmazın idareye devri yönünde karar verilemeyeceği için malikin somut zararının hesaplanması gerektiğini, ancak uygulamada tazminat olarak taşınmaz bedeline hükmedildiğini, taşınmazın değerinin ancak kamulaştırmaz elatmanın varlığında ve adli yargıda hükmedilebileceğini, mülkiyet hakkı ihlali adı altında uyuşmazlığın idari yargıda görülmesinin çelişki arz ettiğini belirtmektedir. Hayta, s.417-419'da, bu tür uyuşmazlıklarda adli yargının değil de idari yargının görevli olarak kabul edilmesinin ciddi sıkıntılara yol açacağını, kamulaştırmaz elatmaya dayalı davalarda adli yargının önemli bir tecrübe birikimine sahip olduğunu, idare mahkemelerinin sayıca az olduğunu, taşınmaz bedelinin tespiti hususunda adli yargı ile idari yargı arasındaki içtihat farklılıklarının nasıl çözüleceği, idari yargıda taşınmazın tapu kaydının iptal edilerek idare adına tesciline karar verilemeyeceğini belirtmektedir. Hayta, s.417-419.

<sup>780</sup> Yargıtay 8. HD 2013/6613 E., 2013/9721 K., 4.6.2013 T. karar; Yargıtay 18. HD 2013/10074 E., 2013/16286 K., 25.11.2013 T. karar; Yargıtay 18. HD 2013/14648 E., 2014/1662 K., 6.2.2014 T. karar; Yargıtay 18. HD 2013/16112 E., 2014/1513 K., 6.2.2014 T. karar; Yargıtay 18. HD 2013/17928 E., 2014/6324 K., 7.4.2014 T. karar; Yargıtay 18. HD 2013/15867 E., 2014/3107 K., 24.2.2014 T. karar; Yargıtay 18. HD 2014/11202 E., 2014/23960 K., 27.10.2014 T. karar; Yargıtay 18. HD 2014/4583 E., 2014/11476 K., 26.6.2014 T. karar; Yargıtay 18. HD 2014/673 E., 2014/7343 K., 21.4.2014 T. karar; Yargıtay 18. HD 2014/16418 E., 2014/16129 K., 13.11.2014 T. karar; Yargıtay HGK 2015//18-912 E., 2015/1460 K. 29.5.2015 T. karar ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 18.11.2018).

edebilmektedir. Hak sahibi, ayrıca, idarenin idari işlem ya da eylemi sebebiyle uğradığı zararların tazmini ile taşınmazın bedelini de içerebilecek şekilde tam yargı davası açabilmektedir. İptal davası ile tam yargı davası, elatmanın önlenmesi davası ile bedel davası misali, birbirinin yerine tercih edilebilecek, terditli olarak ileri sürülebilecek seçimlik dava modelleri olarak kurgulanmamıştır. Yönelindikleri amaçlar farklı olduğu için ulaşılmak istenen sonuca göre somut olay bazında bu iki dava terditli olarak ileri sürülebileceği gibi iptal istemi ile tam yargı davası birlikte de ileri sürülebilmektedir<sup>781</sup>.

İlgili kişi, İYUK m. 10/1 uyarınca, hakkında idari davaya konu olabilecek bir işlem veya eylemin yapılması için idari makamlara başvurabilmektedir. Dolayısıyla idari yargıda dava açmadan önceki aşamada ilgili idareye idari başvuruda bulunulmak suretiyle hukuki elatmanın sona erdirilmesi talep edilebilmektedir. İYUK m. 13/1 gereğince, idari eylemlerden doğan tam yargı davalarında ise idari başvuruda bulunmak, davanın kabul edilebilirliği için gerekli usule ilişkin şartlar arasında yer almaktadır<sup>782</sup>. Bu çerçevede hukuki elatma halinde hak sahibi tarafından idari başvuruda bulunması, İYUK m. 13/1 dışındaki hallerde, ihtiyari mahiyette olup doğrudan doğruya iptal ve/veya tam yargı davası açılması mümkündür.

## 2.1. İdari Başvuru Çerçevesinde Hüküm ve Sonuçları

İdari başvuru, idari davaya konu olabilecek idari işlem veya eylem ile ilgili taleplerin dava açmadan önceki aşamada ilgili idareye yöneltilmesi anlamına gelen hukuki koruma yolu olarak ifade edilebilir. İYUK m. 10/1 ve 11/1 gereğince, kural olarak ihtiyari olan idari başvuru, İYUK m. 13 uyarınca idari eylemlerden kaynaklı davalarda dava şartı işlevi üstlenmektedir.

Hukuki elatma, kamu mülkiyetine kazandırılması gereken taşınmaz hakkında idarenin üzerine düşen yükümlülüğü yerine getirmeyerek hareketsiz kalması şeklinde

<sup>781</sup> Bkz. Danıştay 6. D. 2015/2042 E., 2015/2682 K., 29.4.2015 T. karar; Danıştay 6. D. 2014/3703 E., 2015/1893 K., 1.4.2015 T. karar; Danıştay 6. D. 2015/1801 E., 2016/14 K., 19.1.2016 T. karar ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 2.11.2020).

<sup>782</sup> İYUK m.14/3 uyarınca, idari yargı makamlarına iletilen dava dilekçeleri görev ve yetki, idari merci tecavüzü, ehliyet, idari davaya konu olacak kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olup olmadığı, süre aşımı, husumet, İYUK 3 ve 5. maddelere uygun olup olmadıkları yönlerinden sırasıyla incelenir. Bu usule ilişkin değerlendirme kapsamında idari başvurunun zorunlu olduğu hallerde bu başvurunun yapılmamış olması, idari merci tecavüzü olarak değerlendirilmekte ve İYUK m.15/1-e benî uyarınca dilekçenin görevli idari mercie tevdiî yönünde karar verilecektir.

gerçekleşmektedir. İdarenin bu eylemsizliği, kimi Danıştay kararlarında idari işlem<sup>783</sup>, kimi Danıştay kararlarında idari eylem olarak nitelendirilmektedir<sup>784</sup>. Bu çerçevede de idarenin eylemsizliği, idari eylem olarak değerlendirildiği takdirde, hak sahibinin, İYUK m. 13 uyarınca, idari eylemin yazılı bildirim üzerine veya başka suretle öğrenilmesinden itibaren bir yıl ve her halde eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde ilgili idareye başvuru yaparak haklarının yerine getirilmesini istemesi gerekmektedir<sup>785</sup>. Başvurunun kısmen veya tamamen reddi halinde, bu konudaki işlemin tebliğini izleyen günden itibaren veya başvuru hakkında otuz gün içinde cevap verilmediği takdirde bu sürenin bittiği tarihten itibaren dava süresi içinde dava açılabilir.

İmar Kanunu 10. maddedeki “... ilgili kamu kuruluşları, bu program süresi içinde kamulaştırırlar.” ifadesi ile 13/1. maddedeki “... kamu mülkiyetine geçirilir.” ifadesi ve Kamulaştırma Kanunu ek 1. maddedeki “... bütçe imkânları dâhilinde bu taşınmazlar ilgili idarelerce kamulaştırılır.” ifadesi, ilgili idarelere kamulaştırma yükümlülüğü yüklemektedir. Kamulaştırma Kanunu ek madde 1’deki “... her hâlde mülkiyet hakkını kullanmasına engel teşkil edecek kısıtlılığı kaldırarak şekilde imar planı değişikliği yapılır/yaptırılır.” ifadesi de, idareye, imar planı değişikliği yükümlülüğü yüklemektedir. Bu çerçevede hak sahibi, idari davaya konu olabilecek kamulaştırma talebi ile imar planı değişikliği taleplerini idari başvuru yolu ile ileri sürebilecektir<sup>786</sup>.

<sup>783</sup> Bkz. Danıştay 6. D. 2014/8512 E., 2015/3246 K., 21.5.2015 T. karar ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 6.12.2020). Bu kararda, mülkiyet hakkına getirilen kısıtlamanın, genel ve düzenleyici nitelikte bir idari işlem olan imar planındaki taşınmaza yönelik belirlemeden ve bu planda öngörülen kamulaştırma programlarının zamanında yapılmamasından veya imar uygulamalarından, başka bir anlatımla, idari işlemlerden kaynaklandığı ifade edilmektedir.

<sup>784</sup> Bkz. Danıştay 6. D. 2011/6762 E., 2015/296 K., 29.1.2015 T. karar; Danıştay 6. D. 2016/2032 E., 2016/1615 K., 12.4.2016 T. karar; Danıştay 6. D., 2013/7180 E., 2017/4464 K., 1.6.2017 T. karar ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 6.12.2020).

<sup>785</sup> Danıştay kararlarında, taşınmaz bedelinin tazmini istemli tam yargı davası açılmadan önce, kamulaştırma usulüne kıyasen satın alma usulünün işletilebilmesi, trampa gibi seçeneklerin değerlendirilebilmesi ve usul ekonomisi gereği, hak sahibinin idari başvuruda bulunması gerektiği belirtilmektedir. Danıştay 6. D. 2014/3198 E., 2016/724 K., 23.2.2016 T. karar ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 13.9.2020). Benzer içerikteki kararlar için bkz. Danıştay 6. D. 2015/7378 E., 2017/906 K., 13.2.2017 T. karar; Danıştay 6. D. 2014/7085 E., 2015/2968 K., 7.5.2015 T. karar; Danıştay 6. D. 2014/5670 E., 2015/1886 K., 1.4.2015 T. karar; Danıştay 6. D. 2015/5287 E., 2017/905 K., 13.2.2017 T. karar; Danıştay 6. D. 2015/2997 E., 2017/4452 K., 1.6.2017 T. karar ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 2.11.2020).

<sup>786</sup> Bkz. Yıldırım, Kamulaştırmaz El Atma, s.184-185; Kasarcı, s.49-50, 57, 61-62; Yalçınduran, Hukuki ve Fiili El Koyma, s.499; Erol, s.221.

Uygulama imar planlarında umumi hizmetlere ve resmî kurumlara ayrılmak suretiyle mülkiyet hakkının özüne dokunacak şekilde tasarrufu hukuken kısıtlanan taşınmaz maliki, uygulama imar planının yürürlüğe girmesinden itibaren beş yıllık süre içerisinde kısıtlılığı kaldırıcı bir işlemde bulunulmadığı takdirde, İYUK m. 10 uyarınca ilgili idareden taşınmazının kamulaştırılmasını idari başvuru yoluyla talep edebilecektir. Başvurunun reddedilmesi veya başvurunun yapılmasını müteakiben otuz gün içerisinde talep hakkında cevap verilmemesi veya herhangi bir girişimde bulunulmaması halinde hak sahibi, dava açma süresi içerisinde idari dava açabilecektir (İYUK m. 10/2).

Uygulama imar planlarında umumi hizmetlere ve resmî kurumlara ayrılmak suretiyle mülkiyet hakkının özüne dokunacak şekilde tasarrufu hukuken kısıtlanan taşınmaz maliki, uygulama imar planının yürürlüğe girmesinden itibaren beş yıllık süre içerisinde kısıtlılığı kaldırıcı bir işlemde bulunulmadığı takdirde, kısıtlılığa sebebiyet veren imar planında kısıtlılığı kaldıracak şekilde değişiklik yapılmasını idari başvuru yoluyla talep edebilecektir<sup>787 788</sup>. Kural olarak imar planı değişikliği talepleri karşısında idarenin cevabının hukuka uygunluğu şehircilik ilkeleri ve planlama esasları üzerinden değerlendirilmektedir<sup>789</sup>. Ancak ilgili maddedeki “*her hâlde*” ifadesinin, idareye, imar planı değişikliği yapılması hususunda takdir yetkisi vermediği ifade edilmektedir<sup>790</sup>. İdari başvurunun kabulü halinde, ilgili taşınmaz üzerindeki kısıtlılığı kaldıracak içerikte imar planı değişikliğinin yapılması gerekmektedir. Talebin reddi veya başvurunun yapılmasını müteakiben otuz günlük süre içerisinde cevap verilmemesi halinde ise hak sahibi, dava açma süresi içerisinde idari yargıda dava açabilecektir.

<sup>787</sup> İmar planı değişikliği yönündeki idari başvurunun, idari dava açılmadan önce, yapılmış bir idari işlemin kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılması yönündeki idari başvuru şeklinde, İYUK m. 11 kapsamında olduğu izlenimi uyanmaktadır. Ancak imar planı değişikliği talebi, İYUK m. 11’e tâbi başvurular için söz konusu olan dava açma süresi içerisinde başvuruda bulunma gerekliliğini taşımamaktadır.

<sup>788</sup> *Kasarıcı*, imar planı değişikliği başvurusunda, değişikliğin içeriğinin biçimlendirilmesi idarenin takdirine bırakılarak, mevcut kısıtlılığı ortadan kaldıracak şekilde plan değişikliği yapılmasının talep edilmesi gerektiğini belirtmektedir. *Kasarıcı*, s.64.

<sup>789</sup> Bkz. Danıştay 6. D. 2007/3212 E., 2009/609 K., 4.2.2009 T. karar; Danıştay 6. D. 2010/9932 E., 2014/1955 K., 12.3.2014 T. karar; Danıştay İİDK 2014/1615 E., 2014/2763 K., 23.6.2014 T. karar; Danıştay İİDK 2016/2245 E., 2018/2341 K., 14.5.2018 T. karar ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 6.3.2021).

<sup>790</sup> *Kasarıcı*, kanunkoyucunun, imar planı değişikliğinin yapılması hususunda idareye takdir yetkisi vermediğini, burada bağlı yetkinin söz konusu olduğunu, maddede sayılan şartların gerçekleşmesine rağmen idarenin imar planı değişikliği yapmamasının hukuka aykırı kabul edileceğini belirtmektedir. *Kasarıcı*, s.63-65.

## 2.2. İdari Yargı Çerçevesinde Hüküm ve Sonuçları

Hak sahibinin, İYUK m. 13 uyarınca yapması gereken ya da İYUK m. 10 uyarınca yapabileceği idari başvurunun reddedilmesi halinde yazılı bildirim tarihinden itibaren (İYUK m. 7/2-a, 13/1), idari başvurunun yapılmasını müteakiben otuz günlük süre içerisinde cevap verilmemesi halinde ise otuz günlük sürenin sona erdiği tarihten itibaren (İYUK m. 10/2, 13/1) dava açma süresi içerisinde idari yargı nezdinde dava açılabilmektedir. İYUK m. 13/1’de zikredilen hal dışında, herhangi bir idari başvuruda bulunulmaksızın, ilgili idari işlemin yazılı bildiriminden (İYUK m. 7/2-a) veya imar planı gibi düzenleyici işlemlerde ilan tarihinden (İYUK m. 7/4) itibaren dava açma süresi içerisinde idari yargıya müracaat edilebilmektedir. Bu işlemlere karşı dava açma süresi içerisinde tam yargı davası veya iptal davası ile tam yargı davasını birlikte ya da önce iptal davası açılıp da karara bağlanması üzerine kararın tebliğinden itibaren dava açma süresi içerisinde tam yargı davası açılabilir.

Hukuki elatma halinde açılacak iptal davasında davacı, İYUK m. 2/1-a<sup>791</sup> uyarınca idari işlem sebebiyle “*menfaatleri ihlal edilen*” kişi iken davalı ise iptal davasına konu olan idari işlemi tesis etmiş olan, kamulaştırmayı yapmakla görevli veya plan değişikliği yapmaya yetkili olan kamu hukukuna tâbi tüzel kişidir.

Hukuki elatma halinde açılacak tam yargı davası iki farklı boyutta karşımıza çıkabilmektedir. İdarenin işlem ya da eylemi sebebiyle uğranılan zararın tazmini kapsamında uğranılan zararın karşılanması talep edilebileceği gibi bu taleple birlikte veya ayrı olarak taşınmazın idare adına ferağı karşılığında taşınmaz bedelinin ödenmesi de talep edebilecektir. Danıştay 6. D. 2013/7180 E., 2017/4464 K., 1.6.2017 T. kararı, bu konuda yol gösterici mahiyettedir<sup>792</sup>. Karara konu olayda, imar planında idari ve sosyal tesis alanı içerisinde kalan taşınmazın kamulaştırılmaması sebebine dayanan taşınmaz bedelinin tahsili istemi, yerel mahkeme tarafından “... *idare mahkemelerinin kamulaştırma bedeli belirleme ve taşınmazı idare adına tescil etme yönünde karar vermesinin mümkün olmadığı, davalı idareye başvurarak taşınmazın kamulaştırılmasını talep etmeleri ve bu talebin reddedilmesi halinde bu işlemin iptali*

<sup>791</sup> İYUK m.2/1-a: “*İdarî işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlâl edilenler tarafından açılan iptal davaları*”

<sup>792</sup> Danıştay 6. D. 2013/7180 E., 2017/4464 K., 1.6.2017 T. kararı ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 12.9.2020).

*istemiyle idare mahkemelerinde dava açılabilceğı” gerekçesiyle reddedilmiştir. Kararda, Uyuşmazlık Mahkemesi karar örnekleri ile KK ek madde 1 hükmüne (6745 sayılı Kanun ile eklenen ilk hali) atıf yapılarak “... davacıların taşınmaz bedeline ilişkin isteminin, İdare Mahkemesince, kamulaştırma bedeli belirleme ve taşınmazı idare adına tescil etme olarak yorumlanarak idare mahkemelerinin bu yönde karar vermesinin mümkün olmadığı gerekçesiyle davanın reddine ilişkin kararında isabet bulunmamaktadır.” denilerek yerel mahkeme kararı bozulmuştur. Bu karardan hareketle belirtmeliyiz ki, taşınmazın bedelinin talep edildiğı tam yargı davası, İYUK m. 2/1-b<sup>793</sup> uyarınca “İdari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar” tarafından zarardan sorumlu olan kamulaştırma veya mülkiyet hakkından yoksun bırakma neticesi doğuracak diğeri bir idari işlemi yapması gereken idareye karşı açılmaktadır. Mülkiyet hakkını kısıtlayıcı işlem/eylem sebebiyle doğan diğeri zararların tazmini istemiyle açılan tam yargı davasında ise o idari işlem ya da eylemi yapan idare davalı olacaktır<sup>794</sup>.*

İptal davası ile tam yargı davası, her iki dava türü için de yer bakımından yetkili mahkeme, İYUK m. 34/1 gereğince taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi olarak kabul edilmektedir<sup>795</sup>.

Hukuki elatma halinde gündeme gelebilecek iptal ve tam yargı davaları ile ilgili olarak dava açma sürelerinin değerlendirilmesi gerekmektedir. İYUK m. 7’de belirtildiğı üzere iptal davası, davaya konu yapılacak idari işlemin tebliğinden itibaren altmış gün içerisinde açılmalıdır. Tam yargı davasının ise İYUK m. 12 uyarınca zarar doğurucu idari işlemin icra edildiğı tarihten itibaren veya İYUK m. 13/1’de ifade edildiğı üzere idari eylemden doğan taleplerde eylemin yazılı bildiriminden veya başka suretle öğrenildiğı tarihten itibaren bir yıl ve her halde eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde ilgili idareye yapılması gereken başvurunun reddi (veya zımni reddi) işleminin tebliğinden itibaren altmış gün içerisinde açılması gerekmektedir. Hukuki elatma halinde açılabilcek iptal ve tam yargı davalarında İdare Hukuku hükümleri

<sup>793</sup> İYUK m.2/1-b: “İdari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı davaları”

<sup>794</sup> Konu ile ilgili olarak bkz. İlgezdi, s.77.

<sup>795</sup> İYUK m.34/1: “İmar, kamulaştırma, yıkım, işgal, tahsis, ruhsat ve iskan gibi taşınmaz mallarla ilgili mevzuatın uygulanmasında veya bunlara bağı her türlü haklara veya kamu mallarına ilişkin idari davalarda yetkili mahkeme taşınmaz malların bulunduğu yer idare mahkemesidir.”. Çabuk/Çakmak/Şengöz, s.20-21, 45.



uyarınca kısa dava açma süreleri söz konusudur<sup>796</sup>. Ancak Danıştay 6. D. 2014/8728 E., 2016/484 K., 10.2.2016 T. kararında<sup>797</sup>, “... *uyuşmazlıkta, davacılara ait taşınmazın, imar planı icra edilerek kısıtlılık hali giderilmemiştir. Dolayısıyla, süregelen zararın varlığı halinde, idari eylem veya işlem daha önce öğrenilmiş olsa bile, kısıtlılık hali devam ettikçe dava açma süresinin geçmeyeceğinin kabulü gerekir.*” şeklinde hüküm vermiştir. Danıştay uygulaması üzerine, tam yargı davalarında hukuki elatma eylemi devam ettiği sürece dava açma süresi, her gün yeniden işlemeye başlayacağı için dava açma süresi geçmeyecektir<sup>798</sup>.

### 2.2.1. İptal Davası Çerçevesinde Hüküm ve Sonuçları

İptal davası, idari işlem olarak ifade edilen idarenin irade beyanının yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduğu iddiası ile menfaatleri ihlâl edilenler tarafından açılan idari bir davadır. İdari yargıda, hukuki elatma neticesinin doğumuna sebebiyet veren bir idari işlem ise o işlemin iptali istemi ile dava açılabilir. Bu suretle mülkiyet hakkı üzerinde sınırlandırma neticesi doğuran idarenin işleminin hukuka aykırı olup olmadığı değerlendirilmekte ve hukuka aykırılığın tespiti halinde iptali yönünde hüküm verilmektedir. Bu çerçevede iptal davasına konu olan idari işlem, mülkiyet hakkının kısıtlanması sonucunu doğuran imar planı olabileceği gibi kısıtlılığın kaldırılmasını sağlamak amacıyla hak sahibi tarafından yapılan idari başvuruların (kamulaştırma talebi veya imar planı değişikliği talepleri gibi) reddi işlemleri de olabilmektedir.

<sup>796</sup> İdari yargıdaki dava açma sürelerinin hukuki niteliği hakkında bkz. Yıldırım/Yasin/Kaman/Özdemir/Üstün/Okay Tekinsoy, s.696-697; Karahanoğulları, s.403-407; Gözübüyük, s.189-190, Kalabalık, İdari Yargılama, s.200-201, 237-238; Kaplan, İdari Yargılama, s.311.

<sup>797</sup> Danıştay 6. D. 2014/8728 E., 2016/484 K., 10.2.2016 T. karar ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 7.8.2020). Danıştay 6. D. 2016/8707 E., 2017/8429 K., 31.10.2017 T. kararda da, “*Uyuşmazlık konusu tazminat davasının niteliği gereğince, davacı tarafından hissedarı olduğu taşınmazın imar planı icra edilerek kısıtlılık halinin giderilmediği ve dolayısıyla süregelen zararı olduğu iddiasıyla dava açılmış olduğundan, yeni bir başvuru aranmadan, idari eylem veya işlem daha önce öğrenilmiş olsa bile, tazminat isteminin konusu taşınmazın kamulaştırma bedeli olduğundan ve bu bedel ödenmediği sürece imar planının icra edilmemesi nedeniyle anılan zarar devam ettiğinden, dava açma süresinin geçmeyeceğinin kabulü gerekir.*” şeklinde hüküm verilmiştir ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 2.11.2020). Aynı içerikteki karar için bkz. Danıştay 6. D. 2014/3703 E., 2015/1893 K., 1.4.2015 T. karar ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 2.11.2020).

<sup>798</sup> Özdemir, hukuk elatma halinde söz konusu olabilecek bedel davasının herhangi bir süreye tabi olmadığını ifade etmektedir. Özdemir, s.169-170. Kasarcı da, taşınmaz mülkiyeti üzerindeki kısıtlılık hali devam ettiği sürece süregelen zarar söz konusu olduğundan dava açma süresinin geçmeyeceğini belirtmektedir. Kasarcı, s.74.

Taşınmazı yeşil alan olarak tahsis eden nazım ve uygulama imar planları ile imar durum belgesinin iptali istemini değerlendiren Danıştay 6. D. 2017/7320 E., 2018/6374 K., 2.7.2018 T. kararda<sup>799</sup>, “*Uyuşmazlıkta, İdare Mahkemesince, davacı tarafından yapılan yola ve yeşil alana yapılan terkler nedeni ile taşınmazın yarısından çoğunun bedelsiz olarak kamu eline geçirildiği, kamu eline geçirilen yeşil alanın, terk amacına uygun olarak kullanılmaması nedeni ile davacının üzerinde yapılaşıma bulunmayan taşınmazının kalan kısmının da yeşil alana ayrılarak maliki olduğu taşınmazın tamamının kamu kullanımına ayrıldığı, imar planlarının şehrin düzenli bir biçimde yapılaştımasına sağlamaya yönelik düzenleyici işlemler olduğu ve imar planları eliyle taşınmaz maliklerinin mülksüzleştirilmesinin söz konusu olamayacağı, parselasyon yapılmasının mümkün olduğu hallerde, kamu kullanımına ayrılan taşınmazlar yerine mümkün olan en yakın yerden ve üzerinde yapılaştımanın elverişli olduğu imar parsellerinin tahsis edilerek parsel maliklerinin mağduriyetlerinin çözülmesinin mümkün olduğu hususları göz önünde bulundurularak, öncelikle, etrafi çok büyük oranda yapılaşmış olan dava konusu taşınmazın bulunduğu alanda parselasyon yapılmasının mümkün olup olmadığı, önceden parselasyon yapıp yapılmadığı ve/veya yeniden yapıp yapılamayacağı hususlarının araştırılması, parselasyon yapılmasının mümkün olmadığı tespit edilmesi halinde yukarıda belirtildiği üzere imar planlarının amacı ve özü itibarıyla mülksüzleştirme aracı olarak kullanılamayacağı gerekçesiyle dava konusu işlemlerin iptaline karar verilmesi gerektiği sonucuna ulaşıldığından temyize konu kararda isabet görülmemiştir.” şeklinde hüküm verilmiştir. Mahkeme, imar planının şehrin düzenli yapılaştımasını sağlama amacından hareket etmekte ve imar planının amacına aykırı bir şekilde mülksüzleştirme aracına dönüştüğü gerekçesiyle iptal edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Mülkiyet hakkını kontrol etme/düzenleme yetkisi bulunan imar planının, kişilerin mülkiyet hakkını kullanılamaz hale getirmesi, iptalini gerektiren hukuka aykırılık olarak değerlendirilmiştir.*

Taşınmazı umumi ve kamu hizmetine tahsis eden imar planının geri alınması veya değiştirilmesi ya da kamulaştırma istemi ile yapılan idari başvuruların reddi (açık veya zımni ret) işlemlerinin iptali de dava edilebilmektedir. Danıştay 6. D. 2011/4240 E., 2014/1969 K., 12.3.2014 T. karara<sup>800</sup> konu olay, parselasyon planında belediye

<sup>799</sup> Danıştay 6. D., 2017/7320 E., 2018/6374 K., 2.7.2018 T. karar ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 10.9.2020).

<sup>800</sup> Danıştay 6. D., 2011/4240 E., 2014/1969 K., 12.3.2014 T. karar ([www.lexpera.com](http://www.lexpera.com), 3.6.2020).

hizmet alanına isabet eden taşınmazın uzun süre kamulaştırılmaması sebebiyle taşınmazdaki hissenin iadesi istemiyle malik tarafından yapılan idari başvurunun zımnen reddedilmesinin iptali istemine ilişkindir. Mahkeme, iptali istenen işlem ile ilgili olarak şu değerlendirmeyi yapmıştır:

*“... mülkiyet hakkının özünü zedeleyen uygulamaların hukuka açıkça aykırı olduğu hususu gözönüne alındığında, davacının başvurusu üzerine söz konusu taşınmazın ya kamulaştırılması ya da iadesi konusunda işlem tesis edilmesi gerekirken, davalı Belediye Başkanlığınca başvurunun zımnen reddi yolunda tesis edilen işlemde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.”.*

Danıştay, mülkiyet hakkının özünü zedeleyen mevcut durum karşısında ya kamulaştırma yapılması ya da taşınmaz hissesinin iadesinin gerektiği, buna aykırı içerikteki ret işleminin hukuka aykırılığının açık olduğunu vurgulayarak işlemin iptali yönünde karar vermiştir.

Danıştay 6. D. 2010/141 E., 2014/770 K., 5.2.2014 T. kararında da<sup>801</sup>, imar planında park alanında kalan taşınmazın kamulaştırılması istemi ile yapılan idari başvurunun zımnen reddi işleminin iptali dava konusu yapılmıştır. Mahkeme, *“Bu durumda, mülkiyet hakkının özünü zedeleyen uygulamaların İmar Kanununun 10. maddesine açıkça aykırı olduğu hususu göz önüne alındığında, davacının 16.07.2007 gününde davalı idareye başvurusu üzerine İmar Kanununun 10. maddesi hükmü uygulanmak suretiyle söz konusu taşınmazın imar programına alınması gerekirken, başvurunun zımnen reddi suretiyle tesis edilen işlemde ve henüz imar uygulaması yapılmadığı, imar uygulaması yapılmasından sonra davacının mülkiyet hakkının ihlal edildiğinden söz edilebileceği, idarelerin parselasyon işlemi veya kamulaştırma yapmaya yargı kararıyla zorlanamayacağı gerekçeleriyle davanın reddine ilişkin İdare Mahkemesi kararında hukuka uyarlık görülmemiştir.”* şeklinde karar vermiştir.

Danıştay’ın, benzer uyuşmazlıkları konu aldığı kararlarında<sup>802</sup>, iptal davasındaki hukukilik denetiminde, ilgili idari işlemin (imar planı, imar planı değişikliği isteminin

<sup>801</sup> Danıştay 6. D., 2010/141 E., 2014/770 K., 5.2.2014 T. kararı ([www.lexpera.com](http://www.lexpera.com), 3.6.2020).

<sup>802</sup> Konu ile ilgili diğer kararlar bkz. Danıştay 6. D., 2009/10109 E., 2011/3784 K., 18.10.2011 T. kararı; Danıştay İDDK 2007/2255 E., 2012/801 K., 24.5.2012 T. karar; Danıştay 6. D., 2009/8736 E., 2013/2 K., 17.1.2013 T. karar; Danıştay 6. D., 2012/1004 E., 2013/3010 K., 29.4.2013 T. karar; Danıştay 6. D., 2010/11949 E., 2013/3312 K., 13.5.2013 T. karar; Danıştay 6. D., 2010/4533 E.,

reddi, kamulaştırma isteminin reddi gibi idari işlemlerin) mülkiyet hakkı üzerindeki etkisini dikkate aldığı görülmektedir. Bu kararlarda, idari işlemin yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olup olmadığı değerlendirilirken idari işlem sebebiyle mülkiyet hakkının özüne müdahale olup olmadığı değerlendirilmektedir. Dava konusu idari işlem, mülkiyet hakkının kullanılma imkânını ortadan kaldırdığı takdirde hukuka aykırılığın varlığı kabul edilerek işlemin iptali yönünde karar verilmektedir.

İptal istemiyle açılan kimi davalarda ise Danıştay, işlemin mülkiyet hakkı üzerinde doğurduğu hukuki netice sebebiyle işlemin hukuka aykırı olduğunun kabul edilemeyeceğini, bu halde ancak tazminat talebinin ileri sürülebileceğini belirtmektedir. Danıştay 6. D. 2011/6762 E., 2015/296 K., 29.1.2015 T. karara konu olay<sup>803</sup>, imar planında okul alanına tahsis edilen taşınmaza ilişkin plan değişikliği yapılabilmesi ve okul alanı kaydının kaldırılması için okul ihtiyacı olmadığına dair yazının verilmesi talebiyle Millî Eğitim Bakanlığına yapılan başvurunun reddi işleminin iptali istemidir. Danıştay, Yerel Mahkeme'nin "... taşınmazın bulunduğu bölgenin önemli sanayi ve üretim tesislerinin yer aldığı bir bölge olduğu ve bu bölgede bu çeşit başka bir eğitim kurumu olmadığı gibi bu çeşit bir eğitim kurumu gereksiniminin olduğu ve burada yer seçiminin diğer eğitim kurumları ile birlikte önemli bir eğitim merkezi konumuna girdiği, diğer yandan imar planı yapımına dair yönetmeliğin ekinde belirtilen donatı alanı miktarlar listesinde belirlenen alanlarda olduğu ve davacının bu alanda 699/2400 hissesinin olduğu ve dava konusu alanın davacı payı kapsamında değerlendirildiğinde söz konusu 'Lise Alanı' işlevinin ve yer seçiminin uygun olduğu ve bu donatı alanının davacı payı karşılığında düşürülmesi durumunda hem bütünlüğün bozulacağı, hem emsal teşkil edeceği hem de donatı

2013/3705 K., 28.5.2013 T. karar; Danıştay 6. D., 2011/4505 E., 2013/3928 K., 4.6.2013 T. karar; Danıştay 6. D., 2010/8300 E., 2013/3927 K., 4.6.2013 T. karar; Danıştay 6. D., 2010/5531 E., 2013/3933 K., 5.6.2013 T. karar; Danıştay 6. D., 2010/3183 E., 2013/3934 K., 5.6.2013 T. karar; Danıştay 6. D., 2012/3814 E., 2013/7931 K. 4.12.2013 T. karar; Danıştay İİDK, 2010/2108 E., 2013/4577 K., 16.12.2013 T. karar; Danıştay 6. D., 2010/5426 E., 2014/1113 K., 17.2.2014 T. karar; Danıştay 6. D., 2010/10570 E., 2014/1474 K., 28.2.2014 T. karar; Danıştay 6. Daire 2010/6329 E., 2014/1716 K., 6.3.2014 T. karar; Danıştay 6. D., 2011/4240 E., 2014/1969 K., 12.3.2014 T. karar; Danıştay İİDK, 2014/1615 E., 2014/2763 K., 23.06.2014 T. karar; Danıştay 6. D., 2012/6962 E., 2015/584 K., 17.2.2015 T. karar; Danıştay 6. D., 2013/3038 E., 2015/3249 K., 21.5.2015 T. karar; Danıştay 6. D., 2011/5174 E., 2015/83 K., 22.1.2015 T. karar; Danıştay 6. D., 2014/9101 E., 2015/2572 K., 22.4.2015 T. karar; Danıştay 6. D. 2012/6741 E., 2016/1913 K., 19.4.2016 T. karar ([www.lexpera.com](http://www.lexpera.com), 3.6.2020).

<sup>803</sup> Danıştay 6. D. 2011/6762 E., 2015/296 K., 29.1.2015 T. karar ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 14.9.2020).

*alanlarını azaltıcı plan tadilatının zorunlu olmadıkça yapılamayacağı ve zorunluluk halinde de yakınında bir yerden aynı oranda yer verilmesi gerektiği, burada her hangi bir zorunluluğun bulunmadığının anlaşıldığı” gerekçesiyle davanın reddi yönünde verdiği kararı onamıştır. Kararda, Danıştay, uyuşmazlıktaki mülkiyet hakkı kısıtlamasına dikkat çekmekte ve davacıya tam yargı davası açması gerekliliğini şu şekilde hatırlatmaktadır:*

*“.. mülkiyet hakkına getirildiği söylenen kısıtlamanın, taşınmazın malikleri yönünden zarar doğurucu sonuçlarının olabileceğinde kuşku yoktur. Ancak bu sonuç ya da sonuçlar, genel ve düzenleyici nitelikte bir idari işlem olan imar planında taşınmaza yönelik belirlemenin bu planda öngörülen kamulaştırma programlarının zamanında yapılmamasından ve imar uygulamalarından; başka anlatımla da, idari işlemlerden ve davalı idarelerin imar planı gereği yapılması gereken kamulaştırmalar konusundaki hareketsizliği şeklinde ortaya çıkan idari eylemlerden kaynaklanmaktadır... Bu itibarla, davacı tarafından hukuki el atma nedeniyle, mülkiyet hakkına getirilen kısıtlama nedeniyle oluşan zararın tazmini için ayrıca İdari Yargı yerinde tazminat davası açılabileceği kuşkusuzdur.”.*

Danıştay 6. D. 2014/6077 E., 2019/862 K., 20.2.2019 T. kararda da<sup>804</sup>, “Dosyanın incelenmesinden, İl Milli Eğitim Müdürlüğü’nün 09/02/2006 tarih ve 1376 sayılı yazısından taşınmazın bulunduğu bölgede okul ihtiyacının bulunduğu, hükme esas alınan bilirkişi raporundan ise ‘temel eğitim alanı’ fonksiyonunun imar mevzuatına, üst ölçekli imar planlarına, şehircilik ilkelerine, planlama esaslarına, belde ihtiyaçlarına ve kamu yararına uygun olduğu, davacıların talebi doğrultusunda ‘konut alanı’ kullanım kararı verilmesi halinde bölgedeki donatı dengesinin bozulacağı, plan değişikliğini zorunlu kılan nedenlerin bulunmadığı anlaşılmış olup, uyuşmazlık konusu alanın ‘temel eğitim alanı’ olarak fonksiyonlandırılmasına ilişkin imar planının kamu hizmeti gereği olarak hukuka uygun olarak yapıldığı anlaşılmıştır. Bu durumda mülkiyet hakkının uzun süre kısıtlandığı iddiasının bu davanın konusu olmadığı gibi imar planının da iptaline gerekçe olamayacağı hususunda tereddüt bulunmamaktadır.” denilmek suretiyle uzun süreli kısıtlılık halinin, iptal kararının

<sup>804</sup> Danıştay 6. D. 2014/6077 E., 2019/862 K., 20.2.2019 T. karar ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 25.8.2020).

gerekçesi olamayacağı belirtilmiştir. Mahkeme, kısıtlılık süresinin uzamasına bağlı olarak doğan zararların tazmininin talep edilebileceğini, idarenin tasarrufları nedeniyle oluşan bu zararların ödenmesinin hukuk devleti ilkesinin bir gereği olduğunu vurgulamaktadır. Görülmektedir ki, Danıştay'ın dava konusu idari işlemin, mülkiyet hakkının özüne müdahale etme etkisi çerçevesinde yaptığı hukukilik denetimi, yerleşik bir içtihat şeklini henüz almamıştır.

İptal davası sonucu verilen idari işlemin iptali kararı, işlemin hukuki sonuçlarının, geçmişe etkili olarak, işlemin yapıldığı tarihten itibaren ortadan kalkması sonucunu doğurmaktadır<sup>805</sup>. İdarenin, bu sonucu hayata geçirmek için İYUK m. 28/1'deki "*Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idare, gecikmesizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecburdur.*" hükmü uyarınca, iptal kararı doğrultusunda işlem ya da eylemde bulunma yükümlülüğü bulunmaktadır. İmar planının iptali halinde imar planı geçmişe etkili olarak yürürlükten kalkar<sup>806</sup> ve iptale sebebiyet veren hal gözetilerek yeni bir imar planı tanzimi gündeme gelebilir. Kamulaştırma talebinin reddi ya da imar planı değişikliği talebinin reddi işlemlerinin iptali ise idarenin idari başvuruya konu olan talep doğrultusunda işlem yapma gerekliliğini gündeme getirmektedir<sup>807</sup>. İdare, kararın gereğini, gecikmesizin ve nihai olarak kararın kendisine tebliğinden itibaren otuz gün içerisinde yapmalıdır (İYUK m. 28/1). Aksi halde idarenin tazminat sorumluluğu

<sup>805</sup> İptal kararının etkisi ile ilgili olarak bkz. Gözler, İdare Hukuku I, s.1209; Tan, s.901-903; Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s.475-477; Kalabalık, İdare Hukuku II, s.114; Kaplan, İdari Yargılama, s.453-456; Yıldırım/Yasin/Kaman/Özdemir/Üstün/Okay Tekinsoy, s.797-804; Karahanoğulları, s.763-776; Gözübüyük, s.232-248.

<sup>806</sup> Düzenleyici idari işlemlerin iptalinin sonuçları hakkında bkz. Karahanoğulları, s.772-776; Gözübüyük, s.237; Yıldırım/Yasin/Kaman/Özdemir/Üstün/Okay Tekinsoy, s.799-804.

<sup>807</sup> İdari başvuruya olumsuz cevap veren idarenin, bu olumsuz cevaba karşı açılan iptal davasının mahkeme tarafından kabul edilmesi halinde olumlu işlem tesis etmek zorunda olduğu, aksi halde mahkeme kararının işlevsiz kılınarak yerine getirilmemesi söz konusu olacağı için idarenin ve kamu görevlilerinin sorumluluğunun doğacağı belirtilmektedir. Bkz. Kasarcı, s.76-78; Çağlayan, s.242; Kalabalık, İdari Yargılama, s.227-228; Karahanoğulları, s.768-772; Gözübüyük, s.237-238. İdari yargının konu ile ilgili tavrına yönelik eleştiriler için bkz. Yıldırım, Kamulaştırmaz El Atma, s.186-190; Aykut Cura/Nezih Sütçü, "Kamu Alanında Kalan Yerin Uzun Süre Kamulaştırılmaması Nedeniyle Doğan Sorunlar ve Çözüm Önerileri", *İstanbul Barosu Dergisi*, Y.2011, C.85, S.2, s.147-156.

gündeme gelebileceği gibi kararın gereğini yapmayan kamu görevlilerinin cezai sorumluluğu doğabilecektir (İYUK m. 28/3-4)<sup>808</sup>.

### 2.2.2. Tam Yargı Davası Çerçevesinde Hüküm ve Sonuçları

Hukuki elatmanın varlığı halinde gündeme gelebilecek diğer bir dava türü de tam yargı davasıdır. Tam yargı davası, hukuki elatma nedeniyle yaşanan mülkiyet hakkı ihlallerinde önemli bir hak arama aracı mahiyetindedir. Bu çerçevede karşımıza çıkan tam yargı davası, hukuki elatmaya özgü, taşınmaz bedelinin tahsili istemli tam yargı davasıdır.

Danıştay 6. D. 2014/9614 E., 2015/5592 K., 7.10.2015 T. kararda<sup>809</sup>, taşınmaz bedelinin tahsili istemli tam yargı davaları şu şekilde izah edilmiştir:

*“İmar planlarında umumi hizmetlere ve resmi kurumlara ayrılmak suretiyle tasarrufu kısıtlanan ve uzun zaman imar uygulaması veya kamulaştırma yapılmamasından kaynaklı hukuki el atmanın tespiti ile el atılarak kısıtlanan ancak bu kısıtlılığı giderici herhangi bir imar uygulaması yapılmayan taşınmazın bedelinin tazminat olarak ödenmesi istemiyle açılan bu davalar gerçek/klasik anlamda, idari işlem ve eylemlerden dolayı muhtel olan hakların karşılanması amacıyla açılan tam yargı davalarından özellikle zararın tespiti ve ödenecek miktarın belirlenmesi yönlerinden ayrılmaktadır. Bu davalar; hukuka aykırı olarak el atmanın tespitine yönelik 3194 sayılı kanun kapsamında açılan, tespit edilen bedelin davacıya ödenmesi suretiyle davacının eşitsiz olarak katlanmak zorunda kaldığı kamu külfetinin idare tarafından tazmini yoluyla kamuya aktarıldığı kamu külfetleri karşısında denkleştirme sağlayan, bu sırada davacının ödenecek bedel karşılığında taşınmaz mülkiyetini idareye tapuda ferağ vererek devretmesini gerekli kılan, başka bir ifadeyle kısıtlanan mülkiyet ile bedelin yer değiştirmesini öngören bir davadır.”.*

<sup>808</sup> İdari yargı kararlarının yerine getirilmemesinin hukuki sonuçları hakkında bkz. Kaplan, İdari Yargılama, 454-459, 459-460; Yıldırım/Yasin/Kaman/Özdemir/Üstün/Okay Tekinsoy, s.807-819; Karahanoğulları, s.803-828; Gözübüyük, s.242-248, 317-319.

<sup>809</sup> Danıştay 6. D. 2014/9614 E., 2015/5592 K., 7.10.2015 T. karar ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 7.8.2020).



Karara göre, hukuki elatma sebebiyle idari yargıda açılan taşınmaz bedelinin tahsili istemli dava, gerçek/klasik anlamda idari işlem ve eylemlerden dolayı muhtel olan hakların karşılanması amacıyla açılan tam yargı davalarından özellikle zararın tespiti ve ödenecek miktarın belirlenmesi yönlerinden ayrılmaktadır. Bu şekildeki tam yargı davası aracılığıyla hak sahibi, taşınmaz bedelinin tahsilini talep etmekte ve karşılığında taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkını ferağ vererek idareye devretme yükümlülüğü altına girmektedir. Bu tür tam yargı davalarında idari yargı makamlarının, taşınmazın idare adına tescil veya terkini yönünde karar veremeyeceği kabul edilmektedir<sup>810</sup>.

Davacı sıfatı, fiili elatmanın varlığında açılacak elatmanın önlenmesi veya bedel davasındaki gibi malik veya mirasçılar ile mülkiyet hakkını kazandığını ispatlayan zilyede aittir. Davalı ise İmar Kanunu'nun 10. maddesinde zikredildiği üzere, kamulaştırma yapması gereken “*ilgili yatırımcı kuruluş*” olarak ifade edilmektedir<sup>811</sup>.

Hukuki elatma halinde açılacak taşınmaz bedelinin talep edildiği tam yargı davası açılmadan önce davacının, idari başvuruda bulunması gerektiğini belirten Danıştay kararları bulunmaktadır. Danıştay 6. D. 2014/3198 E., 2016/724 K., 23.2.2016 T. kararda<sup>812</sup>, “... kamulaştırma işlemlerinden önce idarenin bütçesine yeterli ödeneğin konulması, satın alma usulünün denenmesi gibi yasal kuralların işletilebilmesi, ayrıca taşınmazın trampa edilebilmesi gibi seçeneklerin

<sup>810</sup> Bkz. Gürsel, s.618-620, 622-623; Akgüner/Berk, s.949; Çınar, s.45; Kulaklı, Kamulaştırmaz El Atma, s.192-195; Kulaklı, İmar Kısıtlılığı, s.66; Hayta, s.418-419. *Gürsel*, tam yargı davası nezdinde taşınmazın değerine eşdeğer tazminata hükmedildiğinde, malikin taşınmazını idareye devretme yükümlülüğünün bulunduğunu kabul etmenin ya da taşınmazın idareye devri veya idare adına tescili yönünde karar verilmesinin mümkün olmadığını belirtmektedir. *Kulaklı*, idari yargıda taşınmazın terkini veya tescili yönünde karar verilemeyeceğinden hareketle ferağ şartına bağlı tazminat kararı verilmesinin muhakeme hukukuna uygun olmadığını, idari yargıda taşınmazın tescil veya terkini yönünde karar verilememesinin ciddi sorunlara yol açabileceği belirtmektedir. *Çınar*, idarenin ayrıca adli yargı nezdinde taşınmazın idare adına tescil veya terkini yönünde dava açması gerektiği kanaatindedir. *Akgüner/Berk*, idari yargının tescil kararı vermesinin mümkün olmadığını, tapu iptali ve tescil davasının kurucu nitelikte bir dava olup idari yargıdaki bir dava modeli olmadığını belirtmektedir. *Hayta* da, taşınmazın tapu kaydının iptali veya idare adına tescili yönünde idari yargı karar veremez ise idare adına tescil edilmeyen taşınmaz bedelinin nasıl ödeneceği gibi sorulara cevap verilmediği sürece ciddi sıkıntılar yaşanacağı kanaatindedir.

<sup>811</sup> Bkz. Gölcüklü, s.1282-1284.

<sup>812</sup> Danıştay 6. D. 2014/3198 E., 2016/724 K., 23.2.2016 T. karar ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 13.9.2020). Benzer içerikteki kararlar için bkz. Danıştay 6. D. 2015/7378 E., 2017/906 K., 13.2.2017 T. karar; Danıştay 6. D. 2014/7085 E., 2015/2968 K., 7.5.2015 T. karar; Danıştay 6. D. 2014/5670 E., 2015/1886 K., 1.4.2015 T. karar; Danıştay 6.D. 2015/5287 E., 2017/905 K., 13.2.2017 T. karar; Danıştay 6. D. 2015/2997 E., 2017/4452 K., 1.6.2017 T. karar ([www.lexpera.cam.tr](http://www.lexpera.cam.tr), 2.11.2020).

*kullanabilmesine olanak sağlanması ve dava ekonomisi de göz önüne alındığında imar planlarında kamu hizmetine tahsis edilmiş taşınmazlar üzerindeki mülkiyet kısıtlamalarından bahisle tazminat davası açılmadan önce ilgililerin idari makamlara başvurması gerekli ise de şayet ilgililer mülkiyet haklarının kısıtlılığından bahisle daha önce yetkili idareye başvurmuş ve herhangi bir sebeple söz konusu mülkiyet hakları üzerindeki kısıtlılık hali giderilmedi ise artık tazminat davası açabilecekleri kuşkusuzdur.” şeklinde hüküm verilmiştir. Kararda, taşınmaz bedelinin tazmini istemli tam yargı davası ile ilgili süreç, kamulaştırma usulüne benzetilmektedir. Kamulaştırma usulüne kıyasen, öncelikle satın alma usulünün işletilebilmesi, trampa gibi seçeneklerin değerlendirilebilmesi ve usul ekonomisi gereği, hak sahibinin dava açmadan önce idari başvuruda bulunması gerektiği belirtilmektedir. Ancak bu şart, ilgili hak sahibinin daha öncesinde, yetkili idare önünde mülkiyet hakkı üzerindeki sınırlandırmalarından yakındığını ifade etmesi halinde yerine getirilmiş kabul edilmektedir.*

Danıştay, taşınmazın bedelinin talep edildiği tam yargı davalarında öncelikle hukuki elatma olgusunun var olup olmadığını değerlendirmektedir. Hukuki elatmanın bulunmadığı kanaatine ulaşması halinde de taşınmaz bedelinin ödenmesi yönündeki tazminat talebini reddetmektedir. Danıştay 6. D. 2016/8878 E., 2017/4458 K., 1.6.2017 T. karara konu olay, imar planında sosyal tesis alanı olarak tahsis edilen taşınmazın bedelinin tahsili istemidir<sup>813</sup>. Mahkeme, sosyal tesis alanının Mekansal Planlar Yapım Yönetmeliğinin 5. maddesinin 1. fıkrasının j bendindeki tanımını alıntılarla ve “... düzenlemeden de anlaşılacağı gibi bu alanlardan toplumun faydalanması amaçlandığından umumi hizmet niteliği açıktır. Dosyanın incelenmesinden, davacı tarafından uyuşmazlığa konu taşınmazdaki hissesinin 22.05.2001 tarihinde imar uygulaması neticesinde edinildiği anlaşılmaktadır. Bu durumda, uygulama imar planındaki fonksiyonu nedeniyle esasen tasarruf imkânı hukuken kısıtlı olan uyuşmazlığa konu taşınmaz bakımından, özel mülkiyete tâbi yapı yapılması imkanı bulunduğu gerekçesiyle davanın reddine ilişkin kararda isabet bulunmamaktadır.” denilmektedir. Kararda, hukuki elatmanın bulunmadığının tespiti üzerine tam yargı davası reddedilmiştir.

<sup>813</sup> Danıştay 6. D., 2016/8878 E., 2017/4458 K., 1.6.2017 T. karar ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 14.9.2020).

Danıştay 6. D. 2016/12699 E., 2017/2603 K., 13.4.2017 T. kararında<sup>814</sup> ise uygulama imar planında belediye hizmet alanında kalan taşınmazın, imar planı değişikliği ile özel sosyo-kültürel alan kapsamında özel sağlık alanı olarak tahsisi sebebiyle mülkiyet hakkının kısıtlanmadığı gerekçesiyle tazminat istemini reddetmiştir. Mahkeme, davacılar tarafından istenilen tazminat miktarının, taşınmaz üzerindeki tasarruf haklarının kısıtlanması sebebiyle taşınmazın bedelinin karşılığı olduğunu, taşınmazın kamu hizmetine ayrılması halinde, satışa konu edilmesi zor olduğu gibi üzerinde herhangi bir yapılaşmaya da gidilemeyeceği için ilgililerin mülkiyet hakkının kısıtlandığının kabul edilmesi gerektiğini, ancak uyumsuzluk konusu olayda mülkiyet hakkının kısıtlandığından bahsedilemeyeceğini belirtmiştir. Taşınmazın imar planındaki kullanım şeklinin “Özel Sağlık Alanı” olarak değiştirilmesi karşısında taşınmazın kamu hizmetine ayrılmasından vazgeçildiğine, kullanım şeklinin değiştirilerek ilgililerin taşınmaz ile ilgili olarak tasarrufta bulunmalarının önünün açıldığına, yapılaşma imkanı getirildiğine, plan değişikliği sonucunda taşınmazın satılabilmesi veya doğrudan malikleri tarafından kullanılabilmesi açısından bir engel kalmadığına, mevcut durum itibari ile davalı idarelerin dava konusu taşınmazı kamulaştırması gerekmediğine dayanılarak mülkiyet hakkının kısıtlandığından bahsedilemeyeceği kanaatine ulaşılmıştır.

Danıştay 6. D. 2014/8873 E., 2018/7225 K., 2.10.2018 T. kararda da<sup>815</sup>, imar planında yol olarak tahsis edilmiş taşınmazın yerel mahkemenin kararının ardından

<sup>814</sup> Danıştay 2016/12699 E., 2017/2603 K., 13.4.2017 T. kararı ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 12.11.2019). Şaşı, KK ek m.1’deki “kısıtlılığı kaldırarak şekilde imar planı değişikliği yapılır/yaptırılır” düzenlemesi uyarınca idarelerin, kamu hizmetine tahsis edilerek kullanım hakkı kısıtlanan taşınmazların kullanım amacının başına özel ifadesi eklenmesini hile-i şeriyeye olarak nitelendirmekte ve taşınmaz üzerindeki kısıtlılık halinin daha da ağırlaştırıldığını belirtmektedir. Bkz. Şaşı, s.324-325.

<sup>815</sup> Danıştay 6. D. 2014/8873 E., 2018/7225 K., 2.10.2018 T. karar ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 9.9.2020). Danıştay’ın bu kararı, KK geçici 11. maddenin yürürlükte olduğu dönemde, maddenin yürürlüğe girmesinden itibaren beş yıl geçmediği gerekçesiyle “karar verilmesine yer olmadığına” dair kararlara konu taşınmazlar hakkında, KK geçici 11.maddenin AYM tarafından iptalinden sonra, lehe hükümler verildiğini göstermektedir. Benzer şekilde uyumsuzlukların konu olduğu kararlar için bkz. Danıştay 6. D. 2019/355 E., 2019/1125 K., 5.3.2019 T. karar; Danıştay 6. D. 2017/3154 E., 2019/1103 K., 4.3.2019 T. karar; Danıştay 6. D. 2018/1986 E., 2019/848 K., 20.2.2019 T. karar; Danıştay 6. D: 2018/6462 E., 22018/8420 K., 22.10.2018 T. karar ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 9.9.2020). Bu kararlarda şu ifadeye yer verilmiştir: “Bu durumda, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun Geçici 11. maddesinin Anayasa Mahkemesi tarafından yukarıda belirtilen gerekçeyle iptal edilmiş olması karşısında, İdare Mahkemesince, öncelikle sorumlu idare/idareler belirlenerek, uyumsuzluğa konu taşınmazdaki tasarruf imkanının mülkiyet hakkının özüne dokunacak şekilde kısıtlanıp kısıtlanmadığı, kısıtlanmışsa bu kısıtlılığın uygulama imar planından mı yoksa özel kanundan (2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu, 2960 sayılı Boğaziçi Kanunu gibi) mı kaynaklandığı, taşınmazın hangi tarih itibariyle edinildiği hususları araştırılarak,

nazım ve uygulama imar planında değişiklik yapılarak nazım imar planında 2. derece tali iş merkezi, uygulama imar planında ise A-6 yapılaşma koşullu ticaret alanı olarak belirlenmesi karşısında tazminat talebi reddedilmiştir. Danıştay, “*Bu durumda, nazım ve uygulama imar planında değişiklik yapılarak taşınmazın yol alanından çıkarılmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle dava açılıp açılmadığı hususunun araştırılmasından sonra dava açılmamış ise taşınmaz yukarıda yer verilen Yönetmelik hükmü uyarınca yapılaşmanın olduğu ticaret alanında kaldığından, bu tanıma uyan alanlarda yer alan taşınmazların Kamulaştırma Kanununun Ek 1. maddesi anlamında ‘uygulama imar planlarında umumi hizmetlere ve resmî kurumlara ayrılmak suretiyle mülkiyet hakkının özüne dokunacak şekilde tasarrufu hukuken kısıtlanan taşınmaz’ olarak değerlendirilemeyeceği, İdare Mahkemesi kararından sonra yapılan imar planı değişikliği ile taşınmazın tamamının ‘ticaret alanı’nda kaldığı, dolayısıyla taşınmazın üzerinde malikleri tarafından birçok yapı yapılabilen bir hale geldiği ve bu aşamada hukuki bir kısıtlamadan söz edilemeyeceği sonucuna ulaşıldığından, davacıların hukuki el atma iddiasının ortadan kalkması nedeniyle davanın reddine karar verilmesi gerekmektedir.*” şeklinde karar vermiştir.

Danıştay 6. D. 2016/2981 E., 2016/1849 K., 18.4.2016 T. kararına konu olayda<sup>816</sup>, imar planındaki tahsis sebebiyle mülkiyet hakkı kısıtlanan taşınmazın, kamulaştırılmak yerine parselasyon işlemi aracılığıyla kamu mülkiyetine

---

*uygulama imar planında belirlenen işlevi nedeniyle mülkiyet hakkının süresi belirsiz bir zaman diliminde kısıtlandığının ve tazminatı gerektirir mağduriyetinin oluştuğunun tespit edilmesi halinde ise; aralarında gayrimenkul değerlendirme uzmanının da bulunduğu bilirkişi kurulunca, taşınmazın dava tarihindeki cins ve nevi, yüzölçümü, kıymetini etkileyecek bütün nitelik ve unsurları, her unsurun ayrı ayrı değeri, varsa vergi beyanı, varsa resmi makamlarca yapılmış kıymet takdirleri, taşınmazın mevki ve şartlarına göre ve olduğu gibi kullanılması halinde getireceği net geliri, özel amacı olmayan emsal (uyuşmazlığa konu taşınmazın çevresinin imar planındaki kullanım biçimi, yapılaşma koşulları ve konumları açısından benzer özellikleri olan taşınmazlar arasından seçilmeli, davaya konu taşınmaz kadastro parseli ise; emsal alınacak taşınmaz da kadastro parseli olmalı ya da emsal parsel imar parseli ise, emsal taşınmazda kesilen düzenleme ortaklık payı oranı ölçüsünde davaya konu taşınmaz bedeli düşülerek taşınmazın gerçek bedeli belirlenmeli) satışlara göre satış değeri, bedele etki eden tüm kanuni veriler, imar verileri, taşınmazın özgün nitelik ve kullanım şekli, değeri etkileyen hak ve yükümlülükleri, gayrimenkul üzerinde aynı ve şahsi ittifak hakları ve gayrimenkul mükellefiyetleri vb. bedelin tespitinde etkili olacak diğer objektif ölçülerin belirlenmesi suretiyle taşınmaz bedeli tespit edilerek uyuşmazlığın esası hakkında yeniden karar verilmesi gerekmektedir.”*

<sup>816</sup> Danıştay 6. D. 2016/2981 E., 2016/1849 K., 18.4.2016 T. karar ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 13.9.2020). Aynı gerekçeyi taşıyan kararlar için bkz. Danıştay 6. D. 2015/111663 K., 13.4.2016 T. karar; Danıştay 6. D. 2015/2884 E., 2016/1449 K., 5.4.2016 T. karar; Danıştay 6. D. 2015/255 E., 2016/1302 K., 24.3.2016 T. karar; Danıştay 6. D. 2015/4089 E., 2016/1231 K., 21.3.2016 T. karar; Danıştay 6. D. 2015/8735 E., 2016/1232 K., 21.3.2016 T. karar; Danıştay 6. D. 2015/7412 E., 2016/1233 K., 21.3.2016 T. karar; Danıştay 6. D. 2015/7487 E., 2016/1229 K., 21.3.2016 T. karar; Danıştay 6. D. 2015/7641 E., 2016/1230 K., 21.3.2016 T. karar ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 13.9.2020).

kazandırılması ile taşınmaz üzerindeki kısıtlılığın kaldırıldığı, bu haliyle hukuki elatma olgusundan söz edilemeyeceği belirtilerek tazminat talebi reddedilmiştir. Danıştay, kararını şu şekilde gerekçelendirmiştir:

*“İdare yeni bir hukuki karar alarak imar planının uygulanması kapsamında İmar Kanunundan doğan yükümlülüğünü parselasyon işlemi yaparak yerine getirmiş olup, artık uzun yıllar programa alınmama, imar planının fiilen hayata geçirilmemesi nedeniyle kamulaştırma ya da takas cihetine gitmeme, pasif ve suskun kalınmak ve işlem tesis edilmemek suretiyle taşınmaza müdahale edilme olarak tanımlanan ve mülkiyet hakkının özüne dokunan ve onu ortadan kaldıran bir niteliğe sahip bulunan kamulaştırmасız el koyma olgusundan söz edilemeyeceği, idarece mülkiyet hakkı üzerindeki belirsizliğin giderildiği, dolayısıyla bu davada bireysel yarar ile kamusal yarar arasındaki dengenin bozulmadığı, idarenin üzerine düşen sorumluluğu yerine getirerek aldığı hukuki karar sonucunda imar uygulaması yaparak ilgililerin imar hakları verildiğinden, bu davada denge tazminatı ödenmesini gerektirecek koşullarının bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır.”.*

Taşınmaz bedelinin talep edildiği tam yargı davalarında hükmedilecek değer, Kamulaştırma Kanunu hükümlerine göre hesaplanan kamulaştırmaya esas bedeli olmaktadır<sup>817</sup>. Danıştay, hukuka uygun bir şekilde süreç işletilerek taşınmaz kamulaştırılmış olsaydı hak sahibine ödenmesi gereken bedelin hesaplanarak ilgisine ödenmesi gerektiğini belirtmektedir. Danıştay 6. D. 2010/750 E., 2014/718 K., 5.2.2014 T. kararda<sup>818</sup>, köy eski mezarlığı içerisinde kaldığı için imar planında ağaçlandırılacak alan olarak tahsis edilen taşınmazın değerinin hesaplanarak ilgisine

<sup>817</sup> Bkz. Gölcüklü, s.1288. Kulaklı, hem adli yargı hem de idari yargıda taşınmazın değerinin aynı esaslara göre belirlenmesinin adli yargı-idari yargı ayrımını manasız kıldığını belirtmektedir. Kulaklı, Kamulaştırmасız El Atma, s.195-197. Benzer bir eleştiri için bkz. Gürsel, s.619-623. Çabuk/Çakmak/Şengöz ise hukuki elatma nedeniyle açılan tazminat davalarında bedelin Kamulaştırma Kanunu hükümlerine göre hesaplandığını, ancak fiili elatma nedeniyle açılan davalardan farklı olarak, 3194 sayılı Kanun kapsamında açılan davalar olduğundan, taşınmazın çevresinin imar durumu özellikleri dikkate alındığını ifade etmektedir. Çabuk/Çakmak/Şengöz, s.82-83.

<sup>818</sup> Danıştay 6. D. 2010/750 E., 2014/718 K., 5.2.2014 T. karar ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 2.7.2019). Benzer içerikteki kararlar için bkz. Danıştay 6. D. 2011/8152 E., 2013/2702 K., 17.4.2013 T. karar; Danıştay 6. D. 2015/8041 E., 2016/1257 K., 22.3.2016 T. karar ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 2.7.2019).

ödenmesi dışında başka bir yol kalmamıştır, denilmektedir. Mahkeme, taşınmazın değerinin nasıl hesaplanması gerektiğini şu şekilde izah etmiştir:

*“İdarece taşınmaz kamulaştırılmış olsaydı taşınmaz bedelinin mahkemece Kamulaştırma Kanunu hükümleri çerçevesinde tespit edilerek hak sahibine ödenmesi gerekecekti; bu nedenle taşınmaz değerinin belirtilen Kanun hükümleri dikkate alınarak saptanması gerekmektedir. 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu’nun 11. maddesinde, taşınmaz mal bedelinin tespiti esasları belirtilmiş, 15. maddesinde ise, taşınmazın niteliğine göre bilirkişi kurulunun nasıl oluşturulacağı açıklanmıştır.”.*

Danıştay 6. D. 2011/2611 E., 2015/2357 K., 15.4.2015 T. kararda da<sup>819</sup>, tam yargı davasına konu olan tazminat bedeli için kamulaştırma bedelinin esas alınacağı şu şekilde ifade edilmiştir: *“... mahkemece keşif ve bilirkişi incelemesi yaptırılmak suretiyle belirlenecek olan bedelin, davaya konu edilen taşınmazın ilgili idarece kamulaştırılması sonucu taşınmazın tapuda ilgili idare adına devri sırasında söz konusu taşınmazın kamulaştırma bedeli olarak esas alınacağı tabiidir.”*<sup>820</sup>. Taşınmaz değeri hesaplanırken, kısıtlılığa uğramış taşınmazın değeri değil de kısıtlılığa uğramamış emsal taşınmazın, emsal imar türü dikkate alınmaktadır<sup>821</sup>.

Taşınmaz bedelinin talep edildiği tam yargı davasında yargı makamı, hukuki elatmanın varlığının tespiti halinde Kamulaştırma Kanunu hükümlerine göre hesaplanan taşınmaz bedelinin, mülkiyeti idareye devretmesi karşılığında hak sahibine ödenmesi yönünde karar vermektedir. Taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkı ile taşınmaz bedelinin yer değiştirmesi amaçlanmaktadır. Hukuki elatma halinde taşınmaz

<sup>819</sup> Danıştay 6. D. 2011/2611 E., 2015/2357 K., 15.4.2015 T. karar ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 2.7.2019).

<sup>820</sup> Danıştay 6. D. 2011/2611 E., 2015/2357 K., 15.4.2015 T. kararının karşı oy yazısında, kamulaştırma bedeli üzerinden hesaplanan maddi tazminat yanında manevi tazminata da hükmedilmesi gerektiği şu şekilde ifade edilmektedir: *“Mahkemece manevi tazminata hükmedilebilmesi, kişinin fizik yapısını zedeleyen, yaşama ve kazanma gücünün azalması sonucunu doğuran olayların meydana gelmesi ve/veya idarenin hukuka aykırı bir işlem veya eylemi sonucunda ağır bir elem ve üzüntünün duyulmuş olması ya da şeref ve haysiyetinin rencide edilmiş bulunması durumunda söz konusu olabilir. Toplumumuzda, bireylerin mülkiyet anlayışının manevi etkileri ve olayın niteliği de göz önünde tutularak, mülkiyet hakkının kullanılmaması nedeniyle oluşan zararın, kişideki etkisine göre mahkemece yapılacak ayrıntılı değerlendirmeler sonucunda ‘tadiren’ manevi tazminata da hükmedilmesi gerekmektedir.”.* Benzer bir kanaat AYM Şevket Karataş, 2015/12554 B. No., 25.10.2018 T. kararın prg.69-70’te de ifade edilmektedir. Bkz. I. Bölüm, D., 2.

<sup>821</sup> Kasarcı, s.83-84.



bedelinin talep edildiği tam yargı davası, zararın kapsamının belirlenmesinde kullanılan usul ve esaslar açısından fiili elatma halinde açılacak bedel davası ile aynı özellikleri taşımaktadır.

Tam yargı davasında, taşınmazın bedeliyle birlikte ecrimisil talebinin mümkün olup olmadığı üzerinde de durulmalıdır. Danıştay 6. D. 2016/8878 E., 2017/4458 K., 1.6.2017 T. kararda<sup>822</sup>, “... davanın konusunun kamulaştırmasız el atmadan kaynaklanan tazminat davası olması, söz konusu zararın taşınmazın imar planında ayrılan amaca uygun şekilde kamulaştırılmaması sebebiyle oluşması ve zararın taşınmazın güncel değeri olarak kabul edilmesi, fiili elatma olmayan ve çok hisseli bu taşınmazın yatırım kararı öncesinde mevcut haliyle kullanımının davalı idarece engellenmediği gözetildiğinde, bu kapsamda ecrimisil bedeli olarak tazmini gereken bir zarar bulunmadığından ...” gerekçesiyle, yerel mahkemenin ecrimisil talebinin reddi kararı hukuka uygun olarak değerlendirilmiştir. Danıştay, hukuki elatma halinde taşınmazın mevcut haliyle kullanımına engel olunmadığını kabul ederek ecrimisil talebine konu olabilecek bir zararın bulunmadığını kabul etmektedir<sup>823</sup>.

Hukuki elatma halinde taşınmaz bedelinin talep edildiği tam yargı davası ile veya ondan ayrı olarak, idari işlem ve eylemlerden dolayı muhtel olan hakların karşılanması amacıyla tam yargı davası açılması teorik manada mümkündür. Ancak hukuki elatma ile ilgili açılan tam yargı davalarında, Danıştay’ın, taşınmaz bedeli dışında, taşınmazın kamulaştırılmaması sebebiyle uğranılan diğer maddi zararların tazmini yönünde bir kararına rastlanamamıştır. Böyle bir davada, İdare Hukuku’nun sorumluluğa ilişkin genel hükümleri uyarınca<sup>824</sup>, idarenin mülkiyet hakkını kısıtlayıcı işlem ya da eylemi sebebiyle uğranılan zararın tazmini amaçlanacaktır. İdare Hukuku ilkeleri uyarınca zarar kavramı, kesin, kaçınılmaz, gerçek zararları kapsadığı için

<sup>822</sup> Danıştay 6. D. 2016/8878 E., 2017/4458 K., 1.6.2017 T. karar ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 10.9.2020).

<sup>823</sup> Aynı yöndeki görüş için bkz. Özdemir, s.192; Yalçınduran, Kamulaştırmasız El Koyma, s.74.

<sup>824</sup> Bu yöndeki tam yargı davasında idarenin sorumluluğunun dayandığı esaslar ile ilgili olarak Kasarcı, taşınmaz bedeli dışında, kısıtlama sebebiyle uğranılan zararın tazmini isteminin, idarenin kanundan doğan kamulaştırma yükümlülüğünü yerine getirmemesi şeklindeki hukuka aykırı işleminden kaynaklandığını, bu halin de hizmet kusuru esasına dayandığını belirtmektedir. Bkz. Kasarcı, s.84-88. Şaşı da hukuki elatma halinde, esas itibarıyla hukuka uygun idari işlemden kaynaklı idarenin sorumluluğu ile kamulaştırma yapılmaması şeklinde ortaya çıkan idari hizmetin kötü işlemesi olarak nitelendirilebilecek hizmet kusurunun varlığı üzerinden çift yönlü olarak idarenin sorumluluğunun tespit edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Şaşı, s.326-327.



muhtemel/olası zarar kavramı hükmündeki yoksun kalınan kâr olgusu ele alınmamaktadır<sup>825</sup>.

Hukuki elatma halinde hak sahibinin manevi tazminat talebi kabul edilebilmektedir<sup>826</sup>. Bu tür bir tam yargı davası sonucunda hükmedilen tazminat karşılığında taşınmaz mülkiyetinin idare adına tescil veya terkinin söz konusu olmayacaktır.

Hukuki elatma halinde gündeme gelecek tam yargı davalarında hesaplanacak faiz, dava dilekçesindeki bedel için dava tarihinden, ıslah edilen kısım için ise ıslah tarihinden itibaren işletilmektedir. Danıştay 6. D, 2018/6462 E., 2018/8420 K., 22.10.2018 T. kararda<sup>827</sup>,

*“Hukuki el atma nedeniyle açılan tam yargı davaları, adli yargıdaki fiili el atma nedeniyle açılan davalardan farklı olarak, 3194 ve 2942 sayılı Kanunlar kapsamında açılan davalar olduğundan, hükmedilecek faizin; dava açma tarihi itibarıyla talep edilen miktar için, dava tarihinden geçerli olmak üzere, ıslah edilen kısım için ıslah tarihi itibarıyla hesaplanması gerekmektedir.”*

<sup>825</sup> Zarar olgusunun kesin, kaçınılmaz, gerçek zararları kapsadığı ile ilgili olarak bkz. Gözler, İdare Hukuku II, s.1324-1328; Gözübüyük, s.300-302. Muhtemel zarar kavramı ile ilgili kararlar için bkz. Danıştay 10. D. 2008/1825 E., 2013/2825 K., 27.3.2013 T. karar; Danıştay 15. D. 2016/3887 E., 201/6194 K., 1.11.2017 T. karar; Danıştay 13. D. 2014/108 E., 2014/2601 K., 23.6.2014 T. karar ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 8.1.2021). Kasarcı, Danıştay’ın tam yargı davasına konu olabilecek zarar kalemleri arasında yoksun kalınan kârı yer vermemesini eleştirmektedir. Kasarcı, s.89. Yazar, ayrıca, taşınmazın imar planında kamu hizmetine tahsis ile başlayan ve kamulaştırılincaya kadar geçen sürede, uğranılan zararın tazmininin talep edilebileceğini, ancak Danıştay nezdinde bu yönde bir karara henüz rastlanmadığını aktarmaktadır. Kasarcı, s.90-91.

<sup>826</sup> Danıştay 6. D. 2012/3972 E., 2013/4556 K., 27.6.2013 T. kararda, “... kamulaştırma talebinin reddi işleminin iptali yolunda verilen yargı kararının uygulanmamak suretiyle yargı kararının gereğinin yerine getirilmemesi nedeniyle hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak çekilen acı ve sıkıntının kısmen de olsa karşılanması amacıyla mahkeme tarafından belirlenecek miktar kadar manevi tazminat talebinin kabulü gerekmektedir.” şeklinde hüküm verilmiştir ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 8.1.2021). Ayrıca bkz. Danıştay 6. D. 2009/6478 E., 2013/979 K., 19.2.2013 T. karar; Danıştay 14. D. 2011/6594 E., 2012/3471 K., 15.5.2012 T. karar; Danıştay 6. D. 2011/2617 E., 2015/2357 K., 15.4.2015 T. karar ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 8.1.2021).

<sup>827</sup> Danıştay 6. D, 2018/6462 E., 2018/8420 K., 22.10.2018 T. karar ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 23.6.2020). Benzer kararlar için bkz. Danıştay 6. D. 2015/8041 E., 2016/1257 K., 22.3.2016 T. karar; Danıştay 6. D. 2017/3154 E., 2019/1103 K., 4.3.2019 T. karar; Danıştay 6. D. 2018/1986 E., 2019/848 K., 20.2.2019 T. kararda; Danıştay 6. D. 2019/355 E., 2019/1125 K., 5.3.2019 T. karar; Danıştay 6. D. 2015/512 E., 2020/12124 K., 3.12.2020 T. karar; Danıştay 6. D. 2016/11596 E., 2020/13565 K., 23.12.2020 T. karar; Danıştay 6. D. 2017/4731 E., 2021/491 K., 26.1.2021 T. karar ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 13.9.2021).

şeklinde karar vermiştir<sup>828</sup>.

Tam yargı davasında gerek taşınmaz bedeline gerekse de uğranılan diğer zarar kalemlerine ilişkin hükmedilen karar, İYUK m. 28/1'deki "*Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idare, gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecburdur.*" hükmü uyarınca, otuz günlük süre içerisinde yerine getirilmelidir. Bu çerçevede kararda hükmedilen miktar, davacının veya vekilinin davalı idareye yazılı şekilde bildireceği banka hesap numarasına, bu bildirim tarihinden itibaren otuz gün içerisinde yatırılmalıdır. Bu süre içinde ödeme yapılmaması halinde İcra ve İflas Kanunu hükümleri uyarınca kararın icrası gerçekleştirilir (İYUK m. 28/2). Aksi halde idarenin tazminat sorumluluğu söz konusu olabileceği gibi ilgili kamu görevlisinin de cezai sorumluluğu söz konusu olabilecektir (İYUK m. 28/3-6)<sup>829 830</sup>.

<sup>828</sup> *Kasarcı*, taşınmaz maliklerinin mülkiyet hakkının hukuka aykırı şekilde kısıtlanmasından dolayı talep edebilecekleri tazminat istemine, idari başvuru sonucunda ortaya çıkan hukuka aykırı ret işleminden itibaren dava tarihine kadarki süreç için faiz işletilmesi gerektiğini ifade etmektedir. *Kasarcı*, s.91-92.

<sup>829</sup> Tam yargı davası sonucunda verilen kararın etkisi ve yerine getirilmemesinin sonuçları hakkında bkz. Kaplan, İdari Yargılama, s.456-460; Karahanoğulları, s.762-763, 803-828; Gözübüyük, s.316-319; Yıldırım/Yasin/Kaman/Özdemir/Üstün/Okay Tekinsoy, s.804-806, 807-819.

<sup>830</sup> İdari yargı makamlarınca verilen kararların yerine getirilmesi için kesinleşmesinin gerekmediği belirtilmektedir. Bkz. Kaplan, İdari Yargılama, s.452; Karahanoğulları, s.785-786. *Kasarcı*'ya göre de tam yargı davasındaki tazminat bedelinin Anayasa'nın 46. maddesi uyarınca peşin ödenmesi gerekmektedir. *Kasarcı*, s.92-95. Kamulaştırma Kanunu'na 7176 sayılı Kanun'un (RG. T.12.6.2019, S.30799) 21. maddesi ile eklenen geçici madde 14 ile "*fiili el konulması veya hukuki el atılması sebebiyle mülkiyet hakkından doğan taleplere dair bedel ve tazminata ilişkin davalarda verilen mahkeme kararları kesinleşmedikçe icraya konulamaz.*" hükmü, Anayasa Mahkemesi'nin 2019/89 E., 2021/10 K., 4.2.2021 T. karar ile (RG T.7.5.2021, S.31477) iptal edilmiştir.

## **D. MEDENİ KANUN VE BORÇLAR KANUNU HÜKÜMLERİ UYARINCA KAMULAŞTIRMASIZ ELATMANIN HÜKÜM VE SONUÇLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ**

### **1. MEDENİ KANUN HÜKÜMLERİ UYARINCA KAMULAŞTIRMASIZ ELATMANIN HÜKÜM VE SONUÇLARI**

Kamulaştırmасız elatmanın hüküm ve sonuçları, esas itibariyle, yargı kararlarınca şekillendirilmiştir. Yargı makamları ve doktrinin çoğunluğu tarafından, kamulaştırmасız elatma kapsamında fiili elatma, idarenin haksız fiili olarak nitelendirilirken, hukuki elatma idari işlem ya da eylemin sebebiyet verdiği zarar verici durum olarak nitelendirilmektedir<sup>831</sup>. Hukuki elatmanın da fiili elatma ile aynı hukuki nitelendirme üzerinden ele alınabileceği yönündeki kanaatimiz gereğince, hem fiili elatma hem de hukuki elatmanın hüküm ve sonuçlarının, Türk Medeni Kanunu'ndaki kavram ve kurumlar üzerinden yeniden ve bütüncül bir bakış ile ele alınması yerinde olacaktır.

İdarenin haksız fiili, mülkiyet hakkına yönelik bir müdahale niteliğinde olduğundan idare ile hak sahibi arasında Eşya Hukuku kapsamında bir medeni hukuk ilişkisi söz konusu olur. Türk Medeni Kanunu, mülkiyet hakkına yönelik haksız bir müdahale söz konusu olduğunda, genel hüküm mahiyetinde, mülkiyet hakkını koruyucu nitelikteki istihkak ve elatmanın önlenmesi dava modellerini öngörmektedir. Ayrıca taşınmaz mülkiyetine ilişkin olarak, taraflar arasındaki menfaat ilişkisini de gözetmek suretiyle, haksız yapı (TMK m. 722-724), taşkın yapı (TMK m. 725), olağanüstü kazandırıcı zamanaşımı (TMK m. 713) gibi müesseseler ile genel hükümlerden belli ölçüde farklılık taşıyan hukuki sonuçlar doğabilmektedir. Diğer yandan fiili elatma hali, zilyetliğe yönelik haksız bir müdahaleyi içerdiğinden Türk Medeni Kanunu'nun zilyetliği koruyucu düzenlemelerinin de değerlendirilmesi uygun olacaktır. Medeni Kanun, hakka dayanıp dayanmamasından bağımsız olarak eşyaya zilyet olma haline yönelmiş herhangi bir müdahale halinde kuvvet kullanma veya dava

---

<sup>831</sup> Bkz. I. Bölüm, C., 3.

yolu ile zilyetliğin elde edilmesini temine yönelik genel nitelikteki hükümler içermektedir.

Bu başlık altında kamulaştırmасız elatma özelinde, Türk Medeni Kanunu'nun mülkiyet hakkı ve taşınmaz mülkiyeti ile zilyetlik olgusunu koruyucu hukuki mekanizmalarına hangi şartların varlığında başvurulabileceği ve bu mekanizmaların olası sonuçları ele alınacaktır. Bu suretle mülkiyet hakkında mündemiç olan bireysel ve toplumsal menfaatin Türk Medeni Kanunu'nda nasıl bir uyum içerisinde ve çeşitli hukuki kurumlar aracılığıyla pek çok ihtiyaca cevap verebilecek şekilde korunabileceği gözlemlenebilecektir. Ayrıca Türk Medeni Kanunu'nun konu ile ilgili hükümlerinin kamulaştırmасız elatma karşısında ne ölçüde telafi edici ne ölçüde önleyici fonksiyon üstlenme kabiliyetinin olup olmadığı da değerlendirilmiş olacaktır.

### **1.1. Mülkiyet Hakkı ile İlgili Genel Hükümler Uyarınca Kamulaştırmасız Elatma**

Mülkiyet hakkı, malike, hakkın kullanımına engel olan başkalarına mâni olma yetkisi vermektedir. Bu yetki, koruyucu yetki, mülkiyetin dış içeriği, mülkiyetin olumsuz içeriği, pasif yetkiler şeklinde ifade edilmektedir<sup>832</sup>. Türk Medeni Kanunu m. 683/2 şu hükmü taşımaktadır:

*“Malik, malını haksız olarak elinde bulunduran kimseye karşı istihkak davası açabileceği gibi, her türlü haksız elatmanın önlenmesini de dava edebilir.”*

Türk Medeni Kanunu, genel hüküm niteliğindeki bu düzenleme ile mülkiyet hakkına yönelik hukuka aykırı müdahaleler karşısında malike istihkak davası ile elatmanın önlenmesi davası açma hakkı vermektedir. Söz konusu davalar, doğrudan doğruya mülkiyet hakkından doğan, mülkiyet hakkına ayrılmaz şekilde bağlı olan, mülkiyet hakkından ayrı olarak devredilmeleri mümkün olmayan davalardır<sup>833</sup>. Kamulaştırmасız elatma sebebiyle mülkiyet hakkı ihlal edilen malik de Türk Medeni

<sup>832</sup> Bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.274; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.479; Akipek/Akıntürk, s.380; Esener/Güven, s.170; Ertaş, Eşya Hukuku, s.214. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.479-480'de, mülkiyete olumsuz yönde etkili olmak üzere bağlanan yetkilerin, mülkiyet hakkının müeyyidesi şeklinde de anılabileceğini belirtmektedir.

<sup>833</sup> Bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.274, dn.12; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.487-488, 504; Eren, Mülkiyet Hukuku, s.42, 50; Akipek/Akıntürk, s.447; Ertaş, Eşya Hukuku, s.215; Sirmen, s.255, 258; Ayan, Eşya Hukuku II, s.109, 113.

Kanunu hükümleri uyarınca mülkiyet hakkına dair koruyucu mekanizmalardan faydalanabilmektedir. Bu çerçevede fiili elatma ile hukuki elatmayı, söz konusu koruyucu düzenlemeler çerçevesinde değerlendireceğiz.

### 1.1.1. Fiili Elatmanın Mülkiyet Hakkını Koruyucu Genel Hükümler Açısından Değerlendirilmesi

Tapuya kayıtlı olan bir taşınmazın tamamı veya bir kısmının, idarenin fiilen elatmasına konu olması, idarenin, malikin taşınmaz üzerindeki fiili hâkimiyetini sona erdirmesi ve taşınmaz üzerinde kendi fiili hâkimiyetini kurması şeklinde gerçekleşmektedir. Fiili elatmanın, mülkiyet hakkına etkisi, YİBGK 16.05.1956 tarihli, 1956/1 Esas, 1956/6 Karar nolu kararında şu şekilde ifade edilmektedir:

*“... usulü dairesinde verilmiş bir istimlak kararı olmadan ve bedeli ödenmeden yola kalbedilen şahsın, mezkûr gayrimenkul üzerindeki mülkiyet hakkı, bu fiili durum dolayısıyla, hiçbir surette zeval bulmaz. Bu itirazla da gayrimenkulü yola kalbedilen malik adına tapu sicilinde mevcut olan kaydın ... sicilden çıkarılmasına imkân yoktur.”.*

Fiili elatma, malikin mülkiyet hakkını sona erdirmemektedir. Tapu sicilindeki malik adına kayıt, varlık ve geçerliliğini korumaktadır. Ancak malikin taşınmaz üzerindeki fiili hâkimiyeti kaldırılarak idarenin fiili hâkimiyeti kurulmaktadır. Türk Hukuku’nda hâkim görüş<sup>834</sup>, tapuya kayıtlı taşınmazlarda malikin, taşınmaz üzerindeki fiili hâkimiyeti tamamen sona erse bile, TMK 992. maddesi uyarınca hak karinesi ve zilyetlikten doğan dava haklarını koruduğu gerekçesiyle, taşınmaza zilyet olma sıfatını muhafaza ettiğini kabul etmektedir. Bu çerçevede de istihkak davası değil de elatmanın önlenmesi davası gündeme gelmektedir. Bu görüş, fiili elatmayı konu alan YİBGK 16.05.1956 tarihli, 1956/1 Esas, 1956/6 Karar nolu kararındaki *“Usulü dairesinde istimlâk muamelesine tevessül edilmeksizin gayrimenkulü yola kalbedilen şahsın, esas itibariyle, gayrimenkulünü yola kalbeden amme hükmi şahsiyeti aleyhine men’i müdahale davası açmaya hakkı olduğuna .... ilk toplantıda ittifakla karar verildi.”* hüküm cümlesindeki *“men’i müdahale davası açmaya hakkı olduğu”*

<sup>834</sup> Bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.276; Esener/Güven, s.170; Ayan, Eşya II, s.108; Eren, Mülkiyet Hukuku, s.32; Yalçınduran, Kamulaştırmaz El Koyma, s.59. *Azınlık görüş sahipleri* ise taşınmaz üzerindeki zilyetliğin kaybı halinde istihkak davasının açılabilceği kanaatindedir. Bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.480-482; Sirmen, s.250-251.

ifadesinde yansıma bulmuştur. Bağlayıcılık niteliğini koruyan bu karar doğrultusunda gelişen yargı kararları uyarınca, fiili elatma halinde malik, mülkiyet hakkından doğan yetkilerin kullanımını imkansızlaştıran veya aşırı güçleştiren idarenin bu haksız müdahalesinin son bulmasını ve doğan sonuçların ortadan kaldırılmasını TMK m. 683/2’de ifade edilen “*elatmanın önlenmesi davası*” ile talep edebilmektedir<sup>835</sup>.

Fiili elatma karşısında malik, idare tarafından hukuka aykırı müdahale sonucu sona erdirilen dolaysız zilyetliğini tekrar kurarak mülkiyet hakkını gereği gibi kullanmak istemektedir. Bu isteği sağlayacak dava, kural olarak, istihkak davasıdır. İstihkak davasının amacı, doğrudan doğruya mülkiyet hakkına dayanarak, eşya üzerinde dolaysız zilyetliğin tesis edilmesi, eşya üzerinde fiili hâkimiyetin tekrar kurulmasıdır<sup>836</sup>. Ancak, yukarıda ele aldığımız üzere, Yargıtay, taşınmaz üzerindeki fiili hâkimiyetin sona erdirildiği fiili elatma halinde, istihkak davasının değil, elatmanın önlenmesi davasının açılacağı görüşünü benimsemektedir.

Malik, idarenin fiilen elatması karşısında elatmanın önlenmesi davası ile mülkiyet hakkına yönelik saldırıya son verilmesini talep etme, saldırıyı bertaraf etme ve elatmanın sonuçlarının ortadan kaldırılmasını talep etme imkânına sahip olacaktır. Taşınmazı üzerinde okul, hastane, tünel gibi yapıların ya da yol, yeşil alan gibi kamu hizmetine tahsisin yapılması suretiyle veya herhangi bir şekilde idarenin fiilen elatmasının söz konusu olduğu hallerde malik, elatmanın önlenmesi davası ile mevcut müdahaleye son verilmesi ve taşınmazı üzerinde yapılan yapının ya da tahsisin kaldırılması ya da mevcut durumun ortadan kaldırılması suretiyle taşınmaz üzerindeki fiili hâkimiyetinin tekrar tesis edilmesini talep edebilecektir. İdarenin fiilen elatması suretiyle gerçekleşen müdahalesi, geçicilik özelliği taşımadığı için, tekrar edebilme

<sup>835</sup> Bkz. II. Bölüm, C., 1.1.

<sup>836</sup> İstihkak davası, dolaysız zilyet olmayan malikin, haklı bir sebebe dayanmadan zilyet olan kişiye karşı doğrudan doğruya mülkiyet hakkına dayanarak açabileceği ve haksız olarak ele geçirilen veya alıkonulan eşyanın malike geri verilmesini, iadesini amaçlayan bir dava çeşididir. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.275-276; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s.480; Akipek/Akıntürk, s.444; Eren, Mülkiyet Hukuku, s.31; Sirmen, s.250. *Yazarlar*, malikin zilyet olup olmasının değil, doğrudan zilyet olup olmasının önemli olduğunu belirtmektedir. *Ertaş’e* göre, istihkak davası, malikin, zilyetliği haklı bir nedene dayanmayan kişiye karşı, mülkiyet hakkına istinaden açtığı davadır. Ertaş, Eşya Hukuku, s.214. *Özen*, ise istihkak davasının, nesne üzerinde doğrudan zilyetliği sağlamayı amaçladığına ilişkin hâkim yaklaşımın, mülkiyet hakkı ile doğrudan zilyetliğin ayrı ayrı kişilerde toplanmasını, mülkiyetten hakkında bir sapma olarak gördüğünü, bu anlayışın artık tarihsel bir değer taşıdığını ve kendisinin bu tarihsel değer taşıyan görüşten kaçınarak, istihkak davasının, “*malikin zilyetliğe olan çıkarını sağlamayı amaçladığı*” söylemekle yetineceğini belirtmektedir. *Özen*, s.79, dn.148.

özelliği ile uygulamada pek karşımıza çıkmayacaktır. İdarenin henüz fiilen elatmadığı, ancak elatmak için her türlü araç ve vasıtayı temin ettiği, taşınmaza müdahalede bulunacağı hususunda objektif olarak ciddi bir tehlikenin bulunduğu hallerde de, gelecekte kuvvetle muhtemel elatmanın varlığından hareketle elatmanın önlenmesi davası ile idarenin müdahalesi önlenmelidir.

İdarenin fiili elatması sebebiyle malikin zarara uğraması ihtimalinde, elatmanın önlenmesi davasıyla birlikte veya ayrı bir dava ile zararın tazmini talep edilebilmektedir. Bu talep gerek yargı makamlarınca gerekse de doktrindeki çoğunluk görüşü tarafından BK m. 49 vd. haksız fiil hükümlerine dayandırılmaktadır<sup>837</sup>. Bu çerçevede idarenin hukuka aykırı elatması ile uygun illiyet bağı içerisindeki zararın idarenin kusuru ölçüsünde tazmini söz konusu olmaktadır. Fiili elatmaya konu olan taşınmaz üzerindeki meyve ağaçlarının kesildiği, mahsulün toplanamayarak ziyan olduğu, mevcut yapının yıkıldığı ya da hasara uğratıldığı haller, elatmanın zarara sebebiyet verdiği hallere örnek olarak gösterilebilir. Fiili elatma halinde, Yargıtay, kötüniyetli haksız zilyedin sorumlu olduğu (TMK m. 995) kullanma menfaatinin tazmini kapsamındaki ecrimisil taleplerini de kabul etmektedir<sup>838</sup>.

Fiili elatma halinde açılacak elatmanın önlenmesi davasıyla birlikte veya ondan ayrı olarak, idarenin elatması sebebiyle uğranılan tüm zararın, TMK m. 993-995'teki haksız zilyetlikte iade hükümlerine dayanarak talep edilebilmesine imkân tanınması uygun olacaktır<sup>839</sup>. Haksız zilyette iade hükümleri, zilyetlik olgusunun meşru bir sebebe dayanmadığı, haksız olarak nitelendirilebileceği hallerde, haksız zilyetlik olmasaydı malvarlıklarının içerisinde bulunacağı durumu sağlamayı amaçlayan<sup>840</sup>, kanundan doğan kendine özgü bir sorumluluk modelidir<sup>841</sup>. Sonuçta

<sup>837</sup> Bkz. II. Bölüm, C., 1.3. başlığı altındaki anlatımlarımıza.

<sup>838</sup> Bkz. II. Bölüm, C., 1.4. başlığı altındaki anlatımlarımıza.

<sup>839</sup> Aynı yöndeki kanaat için bkz. Şahin, 122, 107-121.

<sup>840</sup> Feyzioğlu, s.115, 118-119; Özen, s.3-4.

<sup>841</sup> Sorumluluğun kaynağı, ne salt olarak Borçlar Hukuku'ndaki haksız fiil, sebepsiz zenginleşme, vekâletsiz iş görme hükümleri ne de salt Eşya Hukuku'na ilişkin hükümlerdir. Eşya Hukuku'nun mülkiyet hakkı ve zilyetlik olgusuna ilişkin hükümlerine dayanarak ileri sürülebilecek temel iade talebine, Eşya Hukuku ve Borçlar Hukuku ile ilişkili malvarlığındaki artış ve azalmaları telafi etmeye veya aktarmaya yönelik fer'i nitelikteki birtakım talepler eklenebilmektedir. Feyzioğlu, "... haksız zilyetlik ve binnetice mülkiyet ve mütemmim cüzü esaslarıyla haksız fiillerin iade ve tazmin esaslarının meczedildiği ve gayesi gerek kasten gerek gayr kasti olarak ihlal edilmiş bulunan mülkiyet ve zilyedlik nizamlarını eski durumuna iade olan 'hukuki bir mesuliyet'in neticelerini ve teferruatını tanzim etmektedir." şeklinde bir ifade kullanmaktadır. Bkz. Feyzioğlu, s.109, 118-119. Haksız zilyedin sorumluluğu ile sebepsiz zenginleşme, haksız fiil ve vekâletsiz iş görme kurumlarının karşılaştırılması için bkz. Feyzioğlu, s.109-125. Özen de "... haksız zilyedin tabi



fiilen elatan idarenin taşınmaz üzerinde kurduğu fiili hâkimiyetin de herhangi bir meşru/hukuki temeli bulunmamakta ve malik, elatmanın önlenmesi davası ile idarenin taşınmaz üzerindeki fiili hâkimiyetinin sonlandırılmasını talep etmektedir. Bu çerçevede fiili elatmanın varlığında haksız zilyetlikte iade hükümlerinin uygulanabilir nitelikte olduğu kanaatindeyiz.

Haksız zilyetlikte sorumluluğun içeriğini belirleyen temel kriter, haksız zilyedin iyiniyetli olup olmadığı meselesidir<sup>842</sup>. Zilyedin, zilyetliğinin haksız olduğunu bilmemesi veya bilmesinin gerekmemesi halinde iyiniyetli olduğu<sup>843</sup>, bildiği veya bilmesinin gerektiği hallerde ise kötüniyetli olduğu kabul edilmektedir. Bu çerçevede fiili elatma eyleminde bulunan idarenin, TMK m. 3/2'deki “*Ancak, durumun gereklerine göre kendisinin beklenen özeni göstermeyen kimse iyiniyet iddiasında bulunmaz.*” hükmü gereğince, gerekli özeni göstermediği gerekçesiyle iyiniyet karinesinden yararlanamayacağı kabul edilmelidir. Kötüniyetli haksız zilyetliğin varlığında davacı, haksız zilyede karşı eşyanın iadesini, eşyanın alıkonulması sebebiyle uğranılan zararın tazminini, elde edilen veya elde edilmesi ihmal edilen ürünlerin iadesini ve kullanma menfaatinin tazminini ileri sürebilirken haksız zilyet sadece hak sahibi açısından da zorunlu olan giderlerin iadesini talep edebilecektir<sup>844</sup>. Eşyanın iadesi talebi, taşınmaz üzerindeki fiili hâkimiyetin tekrar tesisini amaçlayan elatmanın önlenmesi davası ile sağlanabilecektir. Ancak eşyanın iadesinin mümkün olmadığı hallerde eşyanın değerinin tazmini imkânının, fiili elatmada bedel davası şeklinde karşımıza çıktığını kabul edebiliriz. Bu talepler, zilyetliğe haksız müdahalenin sonuçlarını ortadan kaldırarak, kimi zaman kusur ve zarar unsurlarını dahi aramaksızın, eski hale iadeyi amaçladığı için malik açısından daha korunaklı ve daha adil bir mekanizma sunacaktır. Uygulamada, fiili elatma halinde hak sahiplerinin

---

*tutulduğu sorumluluk rejiminin kökeni haksız fiil olmayıp, bizzat haksız zilyetlik vakasıdır. ... O halde bu taleplere borçlar hukukunda düzenlenmiş herhangi bir müesseseden kaynaklanan talepler olarak değil, zilyetlik hukukundan kaynaklanan kendine özgü talepler olarak bakmak daha isabetli olacaktır.*” denilmektedir. Özen, s.4-5, 88-89, 94.

<sup>842</sup> Bkz. Özen, s.99-122; Feyzioğlu, s.126-142, 234-237; Sirmen, s.97, 99; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.114, 116, 121.

<sup>843</sup> İyiniyetli haksız zilyedin sorumluluğu ile ilgili olarak bkz. Feyzioğlu, s.142-156, 156-172, 192-233; Özen, s.122-132, 158-191, 333-339, 355-360, 382-429; Sirmen, s.98-99, 104-105; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.117-120; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s.207-208, 211-213, 228-232.

<sup>844</sup> Feyzioğlu, s.239-278; Sirmen, s.99-103; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.121-130; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s.208-227; Özen, s.191-226, 246-279.

ileri sürdüğü ecrimisil taleplerinin kabul edilmesi de bu görüşümüzü destekler mahiyette kabul edilebilir<sup>845</sup>.

Elatmanın önlenmesi davasında davacı, tapuya kayıtlı taşınmazın maliki iken, davalı, davanın açıldığı tarih itibarıyla elatma eyleminde bulunan kamu hukukuna tâbi tüzel kişidir. Davanın açıldığı tarihte, taşınmaz üzerinde il özel idaresi tarafından sağlık tesisi yapılmakta ise dava il özel idaresi aleyhine, sağlık tesisi yapıp Sağlık Bakanlığı'na devredilmişse Sağlık Bakanlığı'na karşı husumet yöneltilmelidir. Dava açıldıktan sonra fiili elatma eyleminin konusunu oluşturan yapının başka bir tüzel kişiye devredilmesi, tahsis edilmesi veya kullanımına bırakılması davanın husumet yokluğu sebebiyle reddine sebebiyet vermemelidir.

Elatmanın önlenmesi davası eda davası niteliğindedir. Bu niteliği gereği, dava sonucunda verilen karar, haksız müdahalede bulunan idare aleyhine cebren icra edilebilir yapma ve/veya yapmama şeklinde talimat içerebilecek özelliktedir. İdare, fiilen elattığı taşınmazı tahliye etmek durumunda kalabileceği gibi taşınmaz üzerine yaptığı yapı veya tahsisatı da kaldırmak yükümlülüğü altında da olabilecektir. Elatma teşkil eden eyleme son verilmesi ve sonuçlarının kaldırılması şeklindeki yapma yükümü içeren mahkeme kararının icrası, İcra ve İflas Kanunu'nun 26-27. maddelerinde düzenlenen taşınmazın tahliye ve teslimi hükümleri ile m. 30'da düzenlenen bir işin yapılması veya yapılmamasına dair olan ilamların icrası hükümleri uyarınca gerçekleştirilecektir. Dava sonucu tazminata da hükmedilmiş ise İİK m. 32 vd. hükümleri gereğince ilamın icrası mümkün olacaktır. Belli bir miktar paranın verilmesine ilişkin ilamın icrasında, İİK m. 82'deki haczi caiz olmayan mal ve alacaklar hükmü dikkate alınmak suretiyle cebri icra işlemleri yürütülecektir. KK geçici 6. maddenin uygulama alanı bulduğu tarih aralığı dışındaki elatma eylemleri için 11. fıkradaki "*idarelerin mal, hak ve alacakları haczedilemez*" düzenlemesi uygulama alanı bulamayacaktır.

Elatmanın önlenmesi davası sonucunda verilen elatmaya son verilmesine ilişkin kararın icrasının, özellikle taşınmazın kamu hizmetine tahsis edilmesi, üzerinde kamu hizmetine özgü yapıların mevcudiyeti gibi durumlarda, hak sahibinin başka bir hukuki yola başvurusunun gerekip gerekmediği üzerinde durmak gerekmektedir. Öncelikle

<sup>845</sup> Bkz. II. Bölüm, C., 1., 1.4.

fiilen elatılan taşınmazın kamu hizmet alanına tahsisi halinde, elatmanın önlenmesi davası sonucunda verilen elatmanın sona erdirilmesi kararının icrasının imkânsız olarak kabul edilip edilemeyeceğini değerlendirmeliyiz. Mahkeme kararlarının icrasında imkânsızlık, bilimin güncel verilerine ve mantık kurallarına göre kararın aynen icrasının olanaksız olması (mantıksal imkânsızlık) şeklinde karşımıza çıkabileceği gibi kararın icrasının bilim ve mantık kuralları açısından mümkün olmasına rağmen olağanüstü, akıl dışı bir çabayı gerektirmesi sebebiyle pratik imkânsızlık şeklinde de gerçekleşebilir<sup>846</sup>. Fiili elatma açısından olaya baktığımızda, elatmanın sona erdirilmesine ilişkin kararın icrasının mantıksal açıdan imkânsız olması söz konusu olmayacaktır. Ancak kararın icrası için idarenin sarf etmesi gereken masraf ile kamu hizmetine özgülenmiş yapının kaldırılması sebebiyle kamu menfaatinin göreceği zarar dikkate alındığında icranın pratik açıdan imkânsız olduğu kabul edilebilir. Ancak böyle bir kabul, idarenin, taşınmazı, kamulaştırarak kamu hizmetine tahsis etmesi mümkün iken bu yolu kullanmaksızın, hukuka aykırı şekilde elatarak kamu hizmetine tahsis etmesi gerçeği gözönüne alındığında, hiç kimsenin kendi kusurundan hak elde edememesi ilkesine aykırı şekilde, hakkın kötüye kullanılması anlamına gelebilecektir. Bu halde idare, imkânsızlık sebebine dayanarak elatmayı sona erdirmeye borcundan kurtulduğunu iddia edememelidir. Bu sebeple elatmanın önlenmesi davası sonucu verilen elatmaya son verilmesi kararının icrası ne kadar güç olursa olsun, idare, kamulaştırma veya diğer bir hukuki yol ile taşınmazı kamu mülkiyetine kazandırma imkânını kullanarak bu güçlüğü giderme yetki ve görevine sahiptir. Bu mevzu kapsamında *Gözler*<sup>847</sup>, alelâde kamulaştırmaksız elatma ve bayındırlık eseri inşası sebebiyle kamulaştırmaksız elatma ayrımı yapmaktadır. Ayrım uyarınca, insan yapımı olan ve kamu yararına tahsis edilmiş yapı yapmak suretiyle gerçekleşen bayındırlık eseri inşası sebebiyle elatmada, elatmanın önlenmesi davası sonucunda verilen kararın icrası, kamu hizmetlerinin sürekliliğini zedeleme, tehlike arz etme veya imkânsız olma ya da ekonomik açıdan idare aleyhine, dolayısıyla kamu yararına aşırı maliyet yükleme sonucunu doğurabilecektir. Bu takdirde elatmanın önlenmesi davasının açılması önlenerek taşınmazın mülkiyetinin idareye geçmesi

<sup>846</sup> İmkânsızlık türleri için bkz. Rona Serozan, **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İfa-İfa Engelleri-Haksız Zenginleşme**, 3. Cilt, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2009, s.165-167; M. Kemal Oğuzman/M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt 1, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2015, s.440-446.

<sup>847</sup> Bkz. *Gözler*, İdare Hukuku II, s.1015-1024.

karşılığında taşınmazın bedelinin ödenmesi şeklindeki hukuki korumanın işlevsel olması gerektiği ifade edilmektedir. *Onar* da<sup>848</sup>, bayındırlık eseri inşası sebebiyle kamulaştırmatsız elatmada, Fransız Hukuku'ndaki dolaylı/dolayısıyla kamulaştırma teorisi ile getirilen çözümün benimsenebileceğini belirtmektedir. Bu çerçevede bayındırlık eserlerinin söz konusu olduğu elatmalarda, TMK m. 722-724'te zikredilen haksız yapıya ilişkin hükümler uyarınca, bu eserlerin arzdan ekonomik açıdan daha değerli olduğunun kabulü ile idareye memurların ihmalinden kaynaklı bir kötünîyet izafe edilmeyeceğinden hareketle taşınmazın bedeli karşılığında idare adına tescilinin mümkün olduğu kanaatini paylaşmaktadır. *Yazıcıoğlu*<sup>849</sup> ise KK m. 23'teki kamulaştırılan taşınmazda amaca uygun yapı yapılması veya taşınmazın kamu yararına yönelik bir ihtiyaca tahsis edilmesinin, malikin geri alma hakkını kullanmasına engel olmasından hareket etmektedir. *Yazar*, KK m. 23 düzenlemesinin kıyasen kamulaştırmatsız elatma için de uygulanabileceğini, bu koşulların, malikin mülkiyet hakkının kaybı neticesi doğuran ve elatmanın önlenmesi davasının açılmasına engel olan koşullar olarak değerlendirilebileceğini belirtmektedir. *Ayhan* da, fiili elatma halinde elatmanın önlenmesi talebinin her koşulda kabul edilmesinin doğru olmadığını, bunun yerine, dava tarihi esas alınarak hesaplanan taşınmazın bedeli ile bu müdahale sebebiyle uğranılan zararın, mülkiyetin idareye geçmesi yönündeki mahkeme kararının ardından nakden tazminini sağlayan hukuki araçların olması gerektiğini belirtmektedir<sup>850</sup>. Ancak bu yöndeki yaklaşımlar, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 1956/1 Esas, 1956/6 Karar ve 16.05.1956 T. kararında<sup>851</sup> görüleceği üzere, uygulamada kabul görmemiştir<sup>852</sup>.

YİBBGK kararına göre, malik, elatmanın önlenmesi davası veya bedel davası açma hususunda seçimlik yetkiye sahiptir. Ancak belirtmeliyiz ki, Yargıtay uygulamasında, malikin seçimlik yetkisini kullanmasına bir sınır getirilmese de, taşınmazın değeri ile taşınmaz üzerindeki elatmanın giderilmesi için gereken masraf kıyaslanmak suretiyle elatmanın önlenmesi davasının reddedilebildiği, taşınmazın

<sup>848</sup> Onar, s.1561-1562.

<sup>849</sup> Şahver İrem Yazıcıoğlu, **Kamulaştırmatsız El Atma**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 2008, s.117-118.

<sup>850</sup> Ayhan, Dolayısıyla Kamulaştırma, s.1148.

<sup>851</sup> YİBBGK 1956/1 E., 1956/6 K., 16.05.1956 T. kararı ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 29.10.2019).

<sup>852</sup> Elatmanın önlenmesi davasını hukuki bir koruma mekanizma olarak dışlayıcı yaklaşımlara yönelik eleştiri için bkz. Yalçınduran, Kamulaştırmatsız El Koyma, s.59-60; Özdemir, s.119-121; Çetintaş, s.103-106.

bedelinin malike ödenmesi karşılığında idare adına tescili yönünde karar verilebildiği gözlemlenmektedir<sup>853</sup>. Yargıtay, kararlarında, bu yaklaşımının hukuki dayanağı ile ilgili olarak herhangi bir açıklamada bulunmamaktadır. *Onar*’ın işaret ettiği üzere, haksız yapıyı konu alan TMK m. 724’teki “*yapının değeri açıkça arazinin değerinden fazla ise*” hükmüne dayanarak elatmanın önlenmesi davasının engellenmesinin ya da reddedilmesinin mümkün olup olmadığını daha detaylı şekilde ileride değerlendireceğiz<sup>854</sup>.

### 1.1.2. Hukuki Elatmanın Mülkiyet Hakkını Koruyucu Genel Hükümler Açısından Değerlendirilmesi

Hukuki elatma olgusu, yukarıda incelediğimiz üzere, Türk yargı makamları tarafından, idari işlem ya da eylem sebebiyle ortaya çıkan, idari yargı kolunun görev alanı içerisinde, idare hukuku hükümlerine tabi olan bir uyuşmazlık olarak değerlendirilmektedir. Ancak hukuki elatma olgusunun da idarenin haksız fiili olarak nitelendirilerek adli yargı kolu içerisinde çözümlenebileceği kanaatindeyiz. Bu kanaatimiz uyarınca, hukuki elatmanın, Türk Medeni Kanunu’ndaki mülkiyet hakkını koruyucu genel hükümler açısından değerlendirilmesi yerinde olacaktır.

Tapuya kayıtlı taşınmazın tamamının veya bir kısmının, hukuki elatmaya konu olması halinde malik, mülkiyet hakkından doğan yetkilerinin bir ya da birkaçının kullanımının imkânsızlaşması veya aşırı derecede güçleşmesi neticesi ile karşı karşıya kalmaktadır. Malik, taşınmazını hukuki sınırlar içerisinde dilediği gibi kullanamamakta, semerelerinden faydalanamamakta, tasarruf edememekte, hukuki işlemlere konu yapamamaktadır. Malik, sicilde taşınmazın maliki olarak görünmesine rağmen fiiliyatta taşınmazı üzerinde malik gibi hareket edememektedir. Fiili elatmada idare, taşınmazı doğrudan kullanırken, hukuki elatmada taşınmazın hak sahibi tarafından kullanımına engel olmakta, dolaylı şekilde taşınmazı kullanmaktadır. Bu halde malikin taşınmaz üzerindeki fiili hâkimiyeti sona erdirilmediği, ancak mülkiyetten doğan yetkilerin kullanımı imkânsız kılındığından veya aşırı ölçüde güçleştiğinden, elatmanın önlenmesi davası ile mevcut hukuka aykırı durumun ortadan

<sup>853</sup> Bkz. II. Bölüm, C., 1.1. başlığı altındaki anlatımlarımız.

<sup>854</sup> Bkz. II. Bölüm, D., 1.2., 1.2.1. başlığı altındaki anlatımlarımıza.

kaldırılması mümkün olabilir<sup>855</sup>. Hukuki elatma, kural olarak, imar planı, sit alanı ilanı gibi işlemlerin gereğinin uygulanmaması şeklindeki eylemsizlik sebebiyle ortaya çıkmaktadır. Bu şekilde ortaya çıkan elatma sonucunun ortadan kaldırılması, idarenin taşınmaz üzerindeki müdahalesinin hukuka aykırı, haksız elatma niteliğinde olduğunun tespitinin ardından haksız elatmanın sona erdirilmesi yönündeki bir karar ile sağlanabilir. Adli yargıda, imar planı gibi genel düzenleyici işlemin ortadan kaldırılması gibi bir talep gündeme gelmeyecektir. Ancak karar, KK ek madde 1’de ifade edildiği üzere, idarenin, “... *mülkiyet hakkını kullanmasına engel teşkil edecek kısıtlılığı kaldırarak şekilde*” işlem ya da eylem tesis etmesi yönünde hüküm içerebilir.

Hukuki elatmanın, elatmanın önlenmesi davasına konu olabileceğinin kabulü halinde, hukuki elatma sebebiyle zarara uğrayan malikin, fiili elatma olgusunun hüküm ve sonuçlarını değerlendirirken belirttiğimiz haksız zilyetlikte iadeyi düzenleyen TMK m. 993-995 hükümlerinin<sup>856</sup> kıyasen tatbiki suretiyle, elde edilen veya elde edilmesi ihmal edilen ürünlerin tazminini talep edebilmesi mümkün olabilecektir. İdare, her ne kadar taşınmaza zilyet olmasa da, malikin kullanmasına, yararlanmasına engel olmaktadır. Bu çerçevede taşınmazın kullanılmadığı, taşınmazdan yararlanılamadığı sürece ilişkin kayıpların da tazmini gündeme gelebilecektir.

Elatmanın önlenmesi davası çerçevesinde malikin ileri sürebileceğini belirttiğimiz elatmanın sona erdirilmesi yönünde talep, uygulamada, İYUK kapsamındaki iptal davasında ileri sürülen talebe benzetilebilir<sup>857</sup>. Danıştay kararları incelendiğinde, hukuki elatmanın varlığında, kontrol tipi sınırlandırıcı işlemin (imar planı, sit alanı gibi) hukuka aykırılık sebebiyle iptal edilmesi istisnai olarak karşımıza çıkan hukuki bir sonuçtur. Danıştay, çoğunlukla, kontrol tipi sınırlandırıcı işlemin

<sup>855</sup> Yargıtay HGK 2010/5-662 E., 2010/651 K., 15.12.2010 T. kararında da vurgulandığı üzere, “...malikin taşınmaz üzerindeki egemenliği hukuk düzeninin sınırları içinde üçüncü kişilere karşı korunmuş ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 683. maddesinde malike, hukuka aykırı olarak müdahalenin önlenmesini isteme hakkı tanınmıştır. Bir kişinin taşınmazına eylemli olarak el atıp tamamen veya kısmen kullanılmasına engel olunması ile, imar uygulaması sonucu o kişinin mülkiyetinde olan taşınmaza hukukten kullanmaya engel sınırlamalar getirilmesi arasında sonucu itibari ile bir fark bulunmamakta her ikisi de kişinin mülkiyet hakkının sınırlandırılması anlamında aynı sonucu doğurmaktadır.”. Gerçi söz konusu yargı kararı, tazminat istemini değerlendirmekte, elatmanın önlenmesi ile ilgili bir talebi değerlendirmemektedir. Ancak söz konusu uyumsuzluğun hukuki nitelendirmesi açısından önem arz etmektedir ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 5.11.2019).

<sup>856</sup> Bkz. II. Bölüm, D., 1., 1.1., 1.1.1.

<sup>857</sup> Bkz. II. Bölüm, C., 2., 2.2., 2.2.1.

gereğinin yapılması yönündeki talebin (kamulaştırma talebi, imar planı değişikliği talebi) reddi işleminin iptali talepleri ile karşılaşmaktadır. Ret veya zımnî ret gibi olumsuz idari işlemlerin iptali kararının icrası hususu, doktrin tarafından “*tersine işlem yapmayı gerektiren iptal kararları*” adıyla anılmaktadır<sup>858</sup>. Ancak olumsuz idari işlemlerin iptali halinde, Anayasa m. 125/4’te ve İYUK m. 2/2’de ifade edilen ve idari yargıyı kısıtlayan “*Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı verilemez.*” düzenlemesi gereğince kararın icrası sürecinde problemler ile karşı karşıya kalınabilmektedir. Öyle ki, Danıştay, kimi kararlarında<sup>859</sup>, mülkiyet hakkının uzun süreli kısıtlanmasının iptal davasının konusu olmadığını, işlemin iptaline gerekçe olamayacağını belirterek iptal talebini reddetmekte, ancak uğranılan zararın tazmini için tam yargı davası açılabilceğini belirtmektedir. Bu suretle Danıştay, işlemin iptali kararının icrası ile ilgili problemleri bertaraf etmeye çalışmaktadır. İptal davası sonucu verilen kararın icrası süreci ile elatmanın önlenmesi davası sonucu verilen kararın icrası süreci benzer içeriktedir. Her ne kadar adli yargıda ilamların icrası, İİK hükümleri uyarınca yürütülse de, her iki halde de idareden kararın gereğini yapması istenmektedir. İptal davası sonucunda verilen kararın icrasında idarenin takındığı tutum, adli yargı nezdinde de kararın icrası açısından sorun teşkil edebilecektir.

Tapuya kayıtlı taşınmazın hukuki elatmaya konu olması halinde açılabilceğini belirttiğimiz elatmanın önlenmesi davasında davacı, taşınmazın tapu sicilinde kayıtlı bulunan malik iken davalı, kontrol tipi sınırlandırıcı işlemin mülkiyet hakkından yoksun bırakma sonucunu doğurmasına sebebiyet veren idare olarak kabul edilmelidir<sup>860</sup>. İmar planında okul alanında bulunmasına rağmen bu okul yapısını yapmak ve bu çerçevede ilgili taşınmazı kamuya kazandırmak yükümlülüğü bulunan İl Özel İdaresi’ne karşı davanın yöneltilmesi gerekmektedir. Bu halde, ilgili taşınmazı kamu mülkiyetine kazandırma yükümlülüğü altında bulunup da bu görevin gereğini

<sup>858</sup> Olumsuz bir işlemin iptali halinde idarenin olumlu işlem tesis etmek zorunda olduğu belirtilmektedir. Çağlayan, s.242; Kalabalık, İdari Yargılama, s.227; Kasarcı, s.76-78; Karahanoğulları, s.768-772; Gözübüyük, s.237-238.

<sup>859</sup> Bkz. Danıştay 6. D. 2014/6077 E., 2019/862 K., 20.2.2019 T. karar; Danıştay 6. D. 2011/6762 E., 2015/296 K., 29.1.2015 T. karar; Danıştay 6. D. 2012/2762 E., 2015/677 K., 11.2.2016 T. karar ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 14.9.2020).

<sup>860</sup> Elatmanın önlenmesi davasında davacı ve davalı sıfatları için bkz. II. Bölüm, C., 1., 1.1., 1.1.1.



yerine getirmeyerek müdahalenin hukuka aykırılık niteliğine bürünmesine sebebiyet veren idare, davalı olacaktır.

## 1.2. Taşınmaz Mülkiyeti ile İlgili Özel Hükümler Uyarınca Kamulaştırmasız Elatma

Türk Medeni Kanunu, mülkiyet hakkı ile ilgili genel hükümler yanında taşınmaz mülkiyetini konu olan özel hükümlere de yer vermektedir. TMK, mülkiyet hakkına yönelik müdahaleleri, mülkiyet hakkına dayanan istihkak davası ve elatmanın önlenmesi davası ile koruma altına almışken, birtakım özel durumların varlığı halinde genel hükümler yanında veya onlardan ayrı olarak özel düzenlemeler de içermektedir. Bu çerçevede TMK m. 722-724, bir başkasına ait taşınmaz üzerinde kendi malzemeni veya başkasının malzemesini kullanarak yapı yapılması şeklinde gerçekleşen “*haksız yapı*” müessesesinde, taşınmaz maliki ile yapıyı yapan kişinin tabi olduğu hukuki rejim belirlenmektedir. TMK 725. maddesinde ise bir yapının asıl taşınmazın sınırlarını aşarak komşu taşınmaza taşması, “*taşkın yapı*” adıyla anılmaktadır. “*Taşınmaz Mülkiyetinin Kazanılması*” başlığı altında yer alan m. 713 hükmü de maddede zikredilen şartların varlığı halinde olağanüstü kazandırıcı zamanaşımı yoluyla taşınmaz mülkiyetinin kazanılmasını ele almaktadır. Bahse konu her bir hukuki kurum üzerinden kamulaştırmasız elatma olgusunun değerlendirilmesi gerekmektedir.

Mülkiyet hakkını koruyucu genel hüküm niteliğindeki TMK m. 683/2’deki elatmanın önlenmesi davası ile haksız yapı kurumunun yarışmayacağı, TMK m. 722-724’teki şartların varlığı halinde özel hüküm niteliğindeki haksız yapıya ilişkin hükümlerin uygulanacağı kabul edilmektedir<sup>861</sup>. Taşkın yapı müessesinin ise taşınmaz mülkiyetine yönelik elatmanın bir türü olduğu gerekçesiyle mülkiyet hakkını koruyucu davalar ile yarışacağı benimsenmektedir<sup>862</sup>. Kamulaştırmasız elatma halinde, Türk

<sup>861</sup> Akipek/Akıntürk, s.452-453; Ayan, Eşya Hukuku II, s.112-113. *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp* ise, aşırı zarara yol açsa da, arazi malikinin TMK m. 683 (EMK m.618)’e göre yapının kaldırılmasını isteyebileceğini, ancak bu halde yapının kaldırılma masraflarının bizzat kendisi tarafından karşılanması gerektiğini belirtmektedir. *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp*, s.818.

<sup>862</sup> Akipek/Akıntürk, s.452; Ayan, Eşya Hukuku II, s.112. Ancak *Akipek/Akıntürk*, elatmanın önlenmesi davası açılrsa da taşkın yapı yapmak suretiyle saldırıda bulunan davalının iyiniyetli olduğu hallerde MK m. 725/3 uyarınca uygun bir bedel karşılığında taşınan kısım için bir irtifak hakkı kurulmasını veya bu kısmın bulunduğu arazi parçasının mülkiyetinin kendisine devredilmesini isteyebileceğini belirtmektedir. *Akipek/Akıntürk*, s.452.

Medeni Kanunu kapsamındaki çeşitli hukuki kurumlara dayanarak gündeme gelebilecek talep haklarının birbiri ile yarışan talepler olduğunun kabulü yerinde olacaktır. Bu kabul ile hak sahibinin kendisi açısından en iyi hukuki koruma ve telafiyi sağlayacak mekanizmayı serbestçe seçmesine hizmet edilecektir.

### 1.2.1. Kamulaştırmasız Elatmanın Haksız Yapı Açısından Değerlendirilmesi

TMK 722-724. maddelerinde yer alan haksız yapı düzenlemesi, TMK m. 718/2 gereğince, kural olarak taşınmazın maddi kapsamına dâhil olan, ancak arazi maliki ile yapıyı yapan/yaptıran arasında herhangi bir hukuki ilişki olmadan haksız bir şekilde yapılan yapı ile ilgili hükümleri içermektedir. “Yapı” kavramı, Türk Medeni Kanunu’nda tanımlanmamış değildir. Ancak TMK m. 728’de kullanılan “*taşınır yapı*” kavramından hareketle geliştirilen kriterler ışığında doktrin tarafından tanımlanmaktadır. Yapı, inşaat tekniği kullanılmak suretiyle arazinin üzerinde, dolayısıyla arazinin yüzeyinde, üstünde veya altında kalıcı olmak amacıyla yapılan ve toprağa bağlılık arz eden her türlü şey olarak ifade edilebilmektedir<sup>863</sup>.

Haksız yapı müessesesinde, taşınmaza elatma niteliğindeki bir müdahale, kendine has bir model üzerinden ele alınmaktadır. Bu müessese kapsamında mülkiyete yönelik müdahalenin kaldırılması talep edilebildiği gibi uygun bir tazminat karşılığında müdahalenin meşru kabul edilmesi, hatta müdahalenin gerçekleştiği taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkının devredilmesi bile gündeme gelebilmektedir. Yapının kim tarafından yapıldığına bağlı olarak talepler farklı sığa sahip kişiler (arazi maliki, malzeme maliki ya da üçüncü kişi) tarafından ileri sürülebilmektedir. Bu özel düzenleme ile maksat, elatma niteliğindeki yapının yıkılarak elatmanın sona erdirilmesi gerekliliği ile mali kaynakların ekonomik şekilde kullanılması gerekliliği dikkate alınarak hakkaniyet ölçüsünce taraflar arasındaki menfaat dengesinin sağlanmasıdır. Düzenleme, üç olasılığı barındırmaktadır. Birinci olasılık, arazi malikinin, malzeme malikinin rızası hilafına onun malzemesini kullanmak suretiyle

<sup>863</sup> Tanımlar için bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.797; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.481; Akipek/Akıntürk, s.521; Eren, Mülkiyet Hukuku, s.342; Aytekin Ataay, **Kendi Malzemesile Başkasının Gayimenkulünde Haksız İnşaat, Doktrin-İçtihatlar-Mevzuat**, İstanbul, Baha Matbaası, 1959, s.26-28, 47-51, 66. İmar Kanunu m.5’te yapı kavramı, “*Karada ve suda, daimi veya muvakkat, resmi ve hususi yeraltı ve yerüstü inşaatı ile bunların ilave, değişiklik ve tamirlerini içine alan sabit ve müteharrik tesisler*” şeklinde tarif edilmektedir.

yapıyı yapması veya yaptırması hali<sup>864</sup>, ikinci olasılık, malzeme malikinin, arazi malikinin rızası hilafına yapıyı yapması veya yaptırması hali<sup>865</sup>, üçüncü olasılık ise arazi maliki ve malzeme maliki dışında üçüncü bir kişinin arazi malikinin rızası hilafına yapıyı yapması/yaptırması halidir<sup>866</sup>.

Fiili elatma halinde haksız yapıya özgü kuralların işletilebileceği yönündeki kanaat, kamulaştırmatsız elatma ile ilgili Yargıtay'ın 1956 tarihli içtihadı birleştirme kararlarını değerlendiren *Onar* tarafından ileri sürülmüştür. *Onar*, kamulaştırmatsız elatma suretiyle yapılan bayındırlık eserlerinin kaldırılmasının, yıkılmasının, Türk Medeni Kanunu'nunda ifadesini bulan haksız yapı müessesesi ile de uyuşmadığını, haksız yapı kurumu ile yapının arzdan daha kıymetli olduğu hallerde arzın bedeli verilmek suretiyle arzın cebren temellük edilmesi imkânının mevcut olduğunu belirtmiştir<sup>867</sup>.

<sup>864</sup> Bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.483-490; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s.801-813; Sirmen, s.381-387; Akipek/Akıntürk, s.522-526; Ayan, Eşya Hukuku II, s.274-278; Ataay, Haksız İnşaat, s.22-23.

<sup>865</sup> Bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.490-500; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s.813-844; Sirmen, s.387-391; Akipek/Akıntürk, s.526-529; Ayan, Eşya Hukuku II, s.263-274; Ataay, Haksız İnşaat, s.20-21, 66-122.

<sup>866</sup> Bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.500-501; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s.844-846; Sirmen, s.391-392; Akipek/Akıntürk, s.529; Ayan, Eşya Hukuku II, s.279-280; Ataay, Haksız İnşaat, s.23-24.

<sup>867</sup> *Onar*, kanaatini şu şekilde izah etmektedir: "... Bu gibi hallerde medeni hukukumuzda göre bu eserlerin arzın mütemmim cüzü olacağı tabii ise de bu eserler ve inşaat arzdan daha kıymetli ve ehemmiyetli ise inşaat ve malzeme sahibinin arzın bedelini vermek suretiyle arzı cebren temellük etmesi de gene Medeni Kanunumuzun sarih hükümleri icaplarındandır. Bu gibi hadiselerde ise böyle bir durum görünmektedir: tevhide içtihad kararında da belirtildiği gibi amme malzemesi, nafia işleri ve eserleriyle arzın mahiyeti tamamen değişmiş ve orada husule gelen amme menfaati hususi menfaatten daha üstün bir hal almıştır. İdareye, memurların ihmal ve teseyyübünde, usulsüzlüğünden dolayı kötünîyet izafe olunmayacağı gibi esasen arzla malzemenin, malikle malzeme ve inşaat sahibinin hak ve menfaatlerinin imtizacından husule gelen iktisaplarda hüsnünîyet ve suinîyet noktaları da, ancak bedelin takdirinde bahis mevzuu olur, iktisaba tesir etmez; çünkü bu gibi hadiselerde Medeni Kanunumuzda şahsi menfaatleri değil, milli serveti ve amme menfaatini gözönünde bulundurmakta ve eserler ve inşaat haksız olarak vücuda getirilmiş olsa bile amme menfaatini korumak için istirdat ve yıkma esasını kabul etmemektedir, hususi hukuk münasebetlerinde bile amme menfaatinin üstün tutulduğu böyle bir hadisede amme hizmetini inkıtaa uğratacak, nafia eserlerini ortadan kaldıracak ve amme menfaatini ihlal edecek bir meni müdahale davasının kabulünü hukukumuzun ruhuna uygun bulmuyor ve bu bakımdan Fransız doktrin ve içtihadındaki 'dolayısıyla istimlak' teorisini; milli hukukumuzun da, Medeni Kanunda hususi mülkiyette arzla malzemenin imtizacı ve malzemenin mütemmim cüzü haline gelmesi hadiselerinde kabul ettiği milli servetin korunması icabında amme menfaatinin korunması esasına daha uygun ve doğru görüyoruz". Bkz. *Onar*, s.1560-1562. *Onar*'ın bu kanaatini destekleyen yazar için bkz. Gözler, İdare Hukuku II, s.1021. Oğuzman, aksi kanaati paylaşarak, taşınmazlarda haksız yapı, taşınmazlarda hukuki taşıyir müessesesi üzerinden fiili elatmanın hüküm ve sonuçlarının değerlendirilemeyeceğini belirtmektedir. Yazar, haksız yapı ve hukuki taşıyir hallerinin özel mülkiyete konu taşınmazlar için kullanılabileceğini, fiili elatma ile taşınmazın mülkiyetinin kamu mülkiyetine geçtiği önkabulünden hareket ederek, kamu mülkiyetine geçmiş bir taşınmazlar için bu kurumların kullanılamayacağını belirtmektedir. Oğuzman, s.816, dn.11.

Fiili elatma modelinde idare, taşınmaz üzerinde, malik ya da zilyedin fiili hâkimiyetini, onların rızası olmaksızın sona erdirerek kendi fiili hâkimiyetini kurmakta ve fiili hâkimiyetini tesis ettiği taşınmaz üzerine, çoğunlukla, kamu yararına tahsis edilecek yapılar yapabilmektedir. İdarenin herhangi bir hak veya yetkiye dayanmaksızın, taşınmaz malikinin rızası olmaksızın, taşınmaz üzerine yapı yapması hali, haksız yapı mahiyetinde değerlendirilebilecektir. Hukuki elatma halinde ise taşınmaz üzerine herhangi bir şekilde yapı yapılması söz konusu olmadığından, bu halde, haksız yapı kavramı gündeme gelmeyecektir. Ancak hukuki elatma halinde, idarenin taşınmazı kamu yararına tahsisi suretiyle malikin mülkiyet hakkını kullanamaması sonucunun doğması ile haksız bir yapı sebebiyle taşınmaz malikinin mülkiyet hakkını dilediği gibi kullanamaması sonuçlarının benzerliğinden hareketle bu kurumun, kıyasen uygulanması düşünülebilir.

TMK m. 722/1 uyarınca, bir kimse, başkasının arazisindeki yapıda kendisinin veya bir başkasının malzemesini kullanırsa, bu malzeme, arazinin bütünleyici parçası olur. Gerek ibadethane, köprü, sığınak gibi doğrudan doğruya kamunun kullanımına tahsis edilen gerekse de okul, hastane, ibadethane, çarşı gibi amacına uygun özel bir tertip ile kamu hizmetine tahsis edilen yapılar, TMK m. 718/2'nin yansıması şeklindeki TMK m. 722/1 uyarınca, taşınmazın bütünleyici parçası olmaktadır. Bu suretle de yapıyı yapan/yaptıran idare, taşınmaz üzerine yapı yapmak suretiyle malzeme üzerindeki mülkiyet hakkını yitirmekte ve yapı, bir bütün olarak taşınmaz malikinin mülkiyetine girmektedir. Yapıyı yapanın idare olması, malzemenin idareye ait olması ya da yapının kamu yararına tahsis edilmiş olması, bu sonucu değiştirmemektedir. YİBGK 16.05.1956 tarihli, 1956/1 Esas, 1956/6 Karar nolu kararındaki “... şahsın, mezkûr gayrimenkul üzerindeki mülkiyet hakkı, bu fiili durum dolayısıyla, hiçbir surette zeval bulmaz.” cümlesi, bu sonucu dolaylı olarak desteklemektedir. Bu suretle taşınmaz maliki, kural olarak, mülkiyet hakkının maddi kapsamındaki yapıyı, dilediği gibi kullanma, ondan dilediği gibi yararlanma, dilediği şekilde tasarruf etme yetkisine sahip olacaktır.

Yapının malzemesinin idareye ait olması halinde, haksız yapı olgusunun ikinci olasılığını teşkil eden ve TMK m. 722/3'te ifade edilen, arazi malikinin rızası olmaksızın, malzeme malikinin yapı yapma/yaptırma ihtimali gündeme gelebilecektir. Ancak çoğunlukla taşınmaz üzerine yapılan yapının malzemeleri idareye değil, idare ile genellikle eser sözleşme ilişkisi içerisindeki bir başka kişiye (müteahhide) ait

olmaktadır. Müteahhidin kendi malzemesini kullanarak başkasına ait taşınmaz üzerinde idareye teslim edilmek üzere yapı yaptığı hallerde de “*yapıyı yaptıran*” sıfatı idareye aittir<sup>868</sup>. Bu halde idare, TMK m. 722’de anılan başkasının arazisi üzerinde başkasının malzemesini kullanan kişi konumunda olup, üçüncü olasılık olan, yapının, arazi maliki ve malzeme maliki dışında üçüncü bir kişi tarafından yapılması veya yaptırılması durumu söz konusudur<sup>869</sup>. Uygulamada bazı hallerde yapıyı yapan/yaptıran idare ile yapıyı kullanan idare farklı olabilmektedir<sup>870</sup>. Fiilen elatılmak suretiyle bir idare tarafından yapılan yapının diğer bir idareye tahsis veya devri halinde yapıyı kullanan değil de yapıyı yapan/yaptıran idare, haksız yapı hükümlerine dayanan taleplere muhatap olacaktır.

Bu olasılıklarda, taşınmazı üzerinde haksız yapı yapılan arazi maliki<sup>871</sup>, TMK m. 722/3 uyarınca, rızası dışında inşa edilen yapının sökülmesi aşırı zarara yol açmayacaksa, giderleri yapıyı yapan/yaptırana ait olmak üzere malzemenin sökülüp kaldırılmasını isteme hakkına sahiptir. Arazi malikinin ayrıca TMK m. 724’e göre, taşınmazın uygun bir bedel karşılığında yapıyı yapana/yaptırana devrini talep etme hakkı da bulunmaktadır. Malzeme maliki sıfatı ile idare de, yapıya karşılık olarak arazi malikinden uygun bir tazminat talep edebilme (TMK m. 723/3) veya yapının bulunduğu taşınmazın uygun bir bedel karşılığında kendisine devrini talep etme hakkına (TMK m. 724) sahip olabilir. Malzemenin müteahhide ait olup da yapıyı yapan/yaptıran sıfatı ile idarenin ise, ilgili hükümlerin kıyasen uygulanması suretiyle tazminat talep etme veya arazinin devrini talep etme haklarının olduğu kabul edilebilir.

<sup>868</sup> *Ataay*, “*inşa eden*” ifadesinden kastın, mutlaka kendi fiili ile inşaatı doğrudan doğruya meydana getiren kişi olmadığını, inşaatın meydana getirilmesinin bir müteahhide bırakılması veya işçi kullanılması halinde de inşa eden sıfatına hâlel gelmediğini, temsilci kullanılmasının da bu minvalde olduğunu belirtmektedir. *Ataay*, *Haksız İnşaat*, s.18.

<sup>869</sup> Haksız yapının arazi maliki ve malzeme maliki dışında üçüncü bir kişi tarafından yapılmasının hüküm ve sonuçları, ilgili maddelerde düzenlenmemiş olup, diğer olasılıklarla kıyas yaparak hüküm ve sonuçlarının değerlendirilmesi mümkündür. Bkz. *Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir*, s.500-501; *Sirmen*, s.391-392; *Akipek/Akıntürk*, s.529; *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, s.844-846; *Ayan*, *Eşya Hukuku II*, s.279-280; *Ataay*, *Haksız İnşaat*, s.23-24.

<sup>870</sup> Kamu İdarelerine Ait Taşınmazların Tahsis ve Devri Hakkında Yönetmelik uyarınca, kamu idarelerinin mülkiyetlerindeki taşınmazların birbirlerine bedelsiz olarak tahsis ve devri ile Hazineye ait taşınmazlar ile Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerlerin kamu idarelerine tahsis ve devri mümkündür.

<sup>871</sup> *Akipek/Akıntürk*, s.527’de, malzeme malikinin bu eyleminden, arazi maliki dışında arazi üzerinde üst hakkı, geçit hakkı gibi sınırlı ayni hak sahiplerinin de zarar görme ihtimali bulunduğundan, bu kişilere de malzemenin sökülüp alınmasını isteme hakkı tanınması gerektiğini belirtmektedir. *Ataay* da taşınmaz maliki dışında onun külli halefleri ile taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak sahiplerinden, haksız yapı sebebiyle doğrudan doğruya menfaati zarar görenlerin talep hakkına sahip olduğunu ifade etmektedir. *Ataay*, *Haksız İnşaat*, s.69-70.

Haksız yapı kurumu çerçevesinde tarafların sahip olduğu haklar seçimlik hak mahiyetindedir<sup>872</sup>. Haksız yapı açısından fiili elatmanın hüküm ve sonuçlarını bu seçimlik haklardan hareketle ele alabiliriz.

#### 1.2.1.1. Yapının Sökülüp Kaldırılması Talebi Açısından

Arazi malikinin arazisi üzerindeki yapının sökülüp kaldırılmasını isteme hakkını kullanabilmesi, yapının yapılmasına kendisinin rızasının bulunmaması ve malzemenin sökülüp alınmasının aşırı zarara yol açmaması şartlarına bağlıdır<sup>873</sup>. Taşınmaz malikinin rızasının bulunması, yapının yapılmasına açık veya zımni şekilde, yapının yapılmasından önce veya yapılması sırasında, herhangi bir sözleşme ilişkisi kurulmuş olmasa da, rıza göstermesi olarak ifade edilebilir<sup>874</sup>. Yapının sökülüp alınmasının aşırı zarara yol açması ise yapının kaldırılması sebebiyle arazi malikinin elde edeceği menfaat ile yapıyı yapanın veya toplumun maruz kalacağı zararın karşılaştırılması neticesinde menfaat-zarar ilişkisinin adil dengeyi bozması şeklinde izah edilebilir.

Fiili elatma kapsamında idare, taşınmaz üzerine, malikin rızası dışında, kamu yararına tahsis edilmiş olsun veya olmasın, yapı yapmış ise, arazi maliki, aşırı zarara

<sup>872</sup> Bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.483, 485 dn.892; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp, s.802, 832; Ataay, Haksız İnşaat, s.79-80.

<sup>873</sup> Taşınmaz malikinin rızasının bulunmaması ve aşırı zarara yol açmama şartlarına ilişkin detaylı bilgi için bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.492-493; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp, s.817-818; Sirmen, s.388-389; Eren, Mülkiyet Hukuku, s.345-346; Ayan, Eşya Hukuku II, s.264-266; Ataay, Haksız İnşaat, s.68-77.

<sup>874</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp, s.816'da, yapının yapılmasından sonra arazi malikinin durumu öğrenmesi ve bir süre sessiz kalması halinin zımni rıza olarak değerlendirilemeyeceğini belirtmektedir. Ataay, Kanunun, malikin, yapıya muhalefet etmiş olmasını değil, rızasının olmamasını aradığını, yapının meydana getirildiğinden haberdar olmayan malikin, bu hususu öğrendikten sonra ayrıca yapıya muhalefet edip etmediğine bakılmaksızın talepte bulunabileceğini, ancak yapının meydana getirildiğinden ağır ihmali ile haberdar olmayan malikin talepte bulunamayacağını ifade etmektedir. Ataay, Haksız İnşaat, s.69, dn.22. Ayan, Eşya Hukuku II, s.266'da, arazi malikinin durumu bildiği veya bilmesinin gerektiği hallerde yapı yapanı uyarmamasının zımni rıza olarak değerlendirilebileceğini belirtmektedir.

Rıza ile ilgili hususta tartışmalı bir başka mevzu da yapının yapılması sırasında arazi maliki tarafından gösterilen rıza ile yeni malikin bağlı olup olmadığı hususudur. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp, "Mülkiyetin nakli anına kadar vücuda getirilen inşaat kısmı için eski malikin muvafakati sonraki malik bakımından da geçerlidir. Fakat levazım sahibi, arsanın eski maliki tarafından verilen muvafakata dayanarak, inşaaat devam etmek hakkına sahip değildir. Zira eski malikin muvafakati inşaaatı yapan şahsa, sonraki maliklere karşı ileri sürülmesi kabil bir aynı hak sağlamaz." şeklinde izahatta bulunmaktadır. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp, s.816. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir ise yeni malikin mülkünde dilediği gibi tasarruf ederek yapıyı kaldırabileceğini, ancak kaldırılması için malzeme malikine müracaat edemeyeceğini belirtmektedir. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.492, dn.927. Ataay da, aranan rızanın halihazırdaki malikin rızası olduğu, eski malikin gösterdiği rızanın yeni malike tesiri olmadığı kanaatindedir. Ataay, Haksız İnşaat, s.69, dn.20. Ayrıca bkz. Ayan, Eşya Hukuku II, s.266, dn.656.

yol açmayacaksa, gideri yapıyı yapan/yaptıran idareye ait olmak kaydıyla, elatmanın sonucu niteliğindeki yapının kaldırılmasını, sökölmesini talep edebilmelidir. Haksız yapıdaki aşırı zarara yol açmayacaksa ifadesi, *kimi yazarlar tarafından*<sup>875</sup>, fiili elatma ile ilgili dolaylı/dolayısıyla kamulaştırma ya da alelade kamulaştırmatsız elatma/bayındırlık eseri şeklinde kamulaştırmatsız elatma ayrımlarının yapılmasında hukuki gerekçe olarak kullanılmıştır. Bu görüş uyarınca, haksız da olsa özel mülkiyete konu taşınmaz üzerinde yapılan ve kamu hizmetine tahsis edilerek kamu yararına sunulan yapının sökölüp kaldırılması neticesinde arazi malikinin elde edeceği menfaat ile kamunun uğrayacağı zarar arasındaki dengenin kamu aleyhine bozulacağı belirtilmiştir. Tabi ki, kamu hizmetine tahsis edilen bir yapı yapmak suretiyle fiili elatma halinde haksız yapı müessesesi kullanılır ise aşırı zarara yol açmama kriteri kapsamında bireysel menfaat ile kamusal menfaat arasında karşılaştırma yapılması gündeme gelecektir.

Arazi malikinin, taşınmaz üzerindeki yapının, masrafları yapıyı yapan/yaptırana ait olmak üzere sökölüp kaldırılması şeklindeki talep hakkının hukuki niteliği ve ileri sürülebileceği zaman dilimine dair herhangi bir kanuni düzenleme bulunmamaktadır. Konu ile ilgili farklı görüşler bulunmaktadır<sup>876</sup>. TMK m. 722/3'te düzenlenen yapının sökölüp kaldırılması talebi, mülkiyet hakkına yönelik haksız saldırıları ve bu saldırıların sonuçlarını ortadan kaldırma amacına hizmet etme özelliği ile elatmanın önlenmesi davasının özel bir görünümü mahiyetindedir. Haksız yapı kurumuna konu olan taşınmaz, özellikli bir müdahaleye maruz kalmakta, taşınmaz üzerinde arza bağlı

<sup>875</sup> Bkz. Onar, s.1560-1562; Gözler, İdare Hukuku II, s.1021.

<sup>876</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, arazi malikinin, kendi mülkiyetine dâhil olan yapıyı istediği zaman ve şekilde kaldırmabileceğini, haksız yapı kapsamında Kanunda düzenlenen hususun, arazi malikinin kaldırma masraflarını kimden isteyeceği ile ilgili olduğunu belirtmektedir. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.491, dn.924. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp'a göre, ise arazi malikine tanınan talep hakkı ile bu talebin fer'i niteliğindeki masrafın karşılanması talebi, mülkiyete yönelik özel bir müdahaleye son verilmesini amaçladığından, aynı talep niteliğindedir ve herhangi bir zamanaşımı süresine tabi değildir. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s.814-815. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, arazi malikinin, TMK m. 722/2'deki şartlar gerçekleşmemesine rağmen salt mülkiyet hakkına dayanarak yapıyı kendisinin kaldırması halinde TMK m. 723'teki (EMK m.649) tazminatı ödemek durumunda kalacağını belirtmektedir. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s.814, 818. Ataay da, yapının kaldırılmasına dair talep için herhangi bir süreye yer verilmediğini, herhangi bir süreye tabi olmaksızın bu talebin ileri sürülebileceğini, bu hallerde mülkiyet hakkına yönelik tecavüzün devam ettiği ifade edilmektedir. Ataay, Haksız İnşaat, s.71. Ayan'a göre de yapının sökölüp kaldırılması talebi, şahsi hak niteliğinde olmakla birlikte herhangi bir süreye tabi olmaksızın taşınmaz maliki tarafından ileri sürülebilir. Ayan, Eşya Hukuku II, s.265-266. Ayan, haksız yapı kapsamında yapının kaldırılmasını isteme hakkını şahsi hak olarak nitelendirdiğinden malikin bu hakka başvurmak yerine doğrudan TMK m. 683/2'ye dayanarak elatmanın önlenmesi davası açabileceğini ve bu halde masrafların yapıyı yapan tarafından karşılanması gerektiğini belirtmektedir. Ayan, Eşya Hukuku II, s.265.



ve kalıcı mahiyette bir yapı yapılmaktadır. Medeni Kanun'da haksız yapı müessesesi çerçevesinde dile getirilebilecek taleplerin hukuki niteliği ve ileri sürülebilecekleri zaman dilimlerine dair gerçek bir hukuk boşluğunun varlığı kabul edilmelidir. Müessesesinin bütünlüğü bozulmaksızın her bir talebin hukuki niteliği dikkate alınarak, taleplerin ileri sürülebileceği süre ile ilgili değerlendirme yapılması gerektiği kanaatindeyiz. Bu çerçevede haksız yapı kapsamında yapının sökülüp kaldırılması talebi, elatmanın önlenmesi talebi ile aynı hukuki niteliğe sahip bulunduğundan herhangi bir süreye tabi olmaksızın ileri sürülebilmelidir. TMK m. 722/2-3'te belirtilen ve talep hakkının varlık şartı olan "*aşırı zarara yol açmayacaksa*" ifadesi de mülkiyete yönelik müdahaleye son verilmesini talep etme hakkının dürüstlük kuralına uygun kullanımını temine yönelik, itiraz niteliğinde, hâkim tarafından re'sen dikkate alınacak bir savunma imkânı olarak değerlendirilmelidir. Bu yaklaşım, mülkiyet hakkının aynı hak niteliği ve bu hakka yönelik müdahalenin de aynı talep olma özelliği ile uyum içerisindedir. Yine bu yaklaşım, mülkiyet hakkının temel hak ve özgürlük niteliği gereği korunmasına, özüne dokunulmamasına da hizmet edecek niteliktedir.

Taşınmaz malikinin yapı sebebiyle zarara uğradığı hallerde, bu zararının haksız fiil veya vekâletsiz iş görme hükümleri uyarınca karşılanabileceği, yapıyı yapanın bu hal sebebiyle menfaat elde ettiği durumlarda ise TMK 995. maddesi uyarınca ecrimisil ve diğer taleplerin ileri sürülebileceği kabul edilmektedir<sup>877</sup>. Malzeme malikinin, malzemenin sökülüp alınmasını talep yetkisinin olup olmadığı ise tartışmalıdır<sup>878</sup>.

#### 1.2.1.2. Tazminat Talebi Açısından

Malzemenin sökülüp alınmasının talep edilmediği veya bu yöndeki talebin reddedildiği hallerde malzeme maliki, TMK m. 723 uyarınca, arazi malikinden tazminat talep etme hakkına sahiptir. Yapıyı yapan malzeme maliki, kendisinin

<sup>877</sup> Bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.491-492; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s.819-820; Akipek/Akıntürk, s.528; Sirmen, s.369; Eren, Mülkiyet Hukuku, s.346; Ataay, Haksız İnşaat, s.77-78.

<sup>878</sup> Akipek/Akıntürk, malzeme malikinin, iyiniyetli olması ve arazi malikinin zararlarını tazmin etmesi halinde, bu yönde bir talep hakkının kendisine tanınabileceğini belirtmektedir. Bkz. Akipek/Akıntürk, s.527. Ataay tarafından ise malzeme malikinin de yapının kaldırılması yönünde talepte bulunabileceğinin kabulü gerektiği, ancak sebepsiz zenginleşmeye kıyasen bilerek başkasının taşınmazında yapı yapan kişinin, inşaatın kaldırılmasını isteme hakkının olmadığı neticesine varmanın mümkün olduğu ifade edilmektedir. Ataay, Haksız İnşaat, s.72-73.

iyiniyetli<sup>879</sup> olup olmamasına göre değişen uygun bir tazminatın<sup>880</sup> ödenmesini talep edebilecektir. Malzeme malikinin iyiniyetli olması halinde, tazminatın miktarı, malzemenin piyasa değeri ve emeğin taşınmaza kattığı değer ile inşaat masraflarını kapsayacak şekilde belirlenmektedir (TMK m. 723/1)<sup>881</sup>. Malzeme malikinin iyi niyetli olmaması halinde, tazminat, hâkimin takdir yetkisi uyarınca, malzemenin, arazi maliki için arz ettiği en az değeri<sup>882</sup> geçmeyebilir (TMK m. 723/3). Hâkim takdir yetkisi kapsamında, bu kriterler ile özel hal ve koşulları değerlendirmek suretiyle uygun tazminat miktarını belirleyecektir.

Tazminat talebinin hukuki niteliği ve ileri sürülebileceği zaman dilimi ile ilgili olarak farklı kanaatler bulunmaktadır<sup>883</sup>. *Kanaatimizce*, arazi malikinin malvarlığında haklı sebebe dayanmayan artışın bir karşılığı olması sebebiyle tazminat talebinin sebepsiz zenginleşmeye ilişkin zamanaşımı süresine tabi olması yerinde olacaktır. Bu çerçevede tazminat talebi, arazi malikine veya onun külli haleflerine ileri sürülebilirken, cüz’i haleflere karşı ileri sürülemeyecektir<sup>884</sup>.

Fiili elatma halinde idarenin, kamu yararına tahsis edilmiş olsun veya olmasın, taşınmaz üzerine yapı yapması/yaptırması halinde, yapının sökülüp kaldırılması genellikle aşırı zarara yol açacaktır. Özellikle inşa edilmiş ve kullanıma hazır okul

<sup>879</sup> Malzeme malikinin iyiniyetli olması demek, yapının yapıldığı arazinin başkasına ait olduğunu bilmemesi veya bilmesinin gerekmemesi ya da arazinin başkasına ait olduğunu bilmekle birlikte arazi malikinin, arazide yapı yapılmasına açık veya zımni rızasının olması veya rızasının varlığını farz etmesinde haklı olması halini ifade etmektedir. Bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.494; Akipek/Akıntürk, s.528; Sirmen, s.389; Ataay, Haksız İnşaat, s.85-98.

<sup>880</sup> Uygun tazminat, yapının, taşınmazın bütünüleyici parçası olarak taşınmaz mülkiyetinin kapsamına dâhil olması sebebiyle arazi malikinin malvarlığında yaşanan artış ile malzeme malikinin malvarlığında yaşanan azalma ile ilgili bulunmaktadır.

<sup>881</sup> Bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s.834-835; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.495; Akipek/Akıntürk, s.528; Sirmen, s.389-390; Ataay, Haksız İnşaat, s.98-99.

<sup>882</sup> Söz konusu “*en az değer*”, işçilik hariç, yapı için kullanılan malzemenin değerini ya da yapının arazi maliki için taşıdığı subjektif değeri ifade etmektedir. Bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.496; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s.836-837; Akipek/Akıntürk, s.528; Ataay, Haksız İnşaat, s.99-101.

<sup>883</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.496 ile Akipek/Akıntürk, s.528’de tazminat talebinin sebepsiz zenginleşme hükümlerine tabi olduğunu kabul etmektedir. *Sirmen* ise, değer artışının karşılığının veya zararın istenmesine göre sebepsiz zenginleşme veya haksız fiil zamanaşımı sürelerinin söz konusu olduğunu belirtmektedir. Bkz. Sirmen, s.390. *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp* ise bu halde, sebepsiz zenginleşmeye ilişkin zamanaşımı süresinin değil, eser sözleşmeleri için TBK m. 147/4 (EBK m. 126/IV) hükmünde söz konusu olan beş (5) yıllık zamanaşımı süresinin uygulanmasının daha doğru olduğunu belirtmektedir. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s.840. Zamanaşımı süresinin başlangıcı ile ilgili tartışmalar bulunmaktadır. Bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s.838-840; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.496, dn.949’daki kaynaklar.

<sup>884</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s.838.

binası, tünel, istasyon gibi kamu yararına tahsis edilmiş yapıların yıkılması, elde edilebilecek kamu yararı da dikkate alındığında aşırı zarara yol açabilecek mahiyettedir. Bu halde, yapının, taşınmaz malikinin mülkiyetinde kalması karşılığında, malzeme maliki idareye uygun tazminat ödenmesi hususu gündeme gelebilir. Müteahhide ait malzeme kullanılmak suretiyle yapının idare tarafından yaptırıldığı hallerde de yapıyı yaptıran idareye uygun tazminat ödenmesi söz konusu olabilir. İdarenin, malzeme maliki olarak veya olmayarak, başkasına ait taşınmaz üzerine yapı yapması/yaptırması halinde, o taşınmazın, başkasına ait olduğunu bilmemesi veya bilmesinin gerekmemesi ya da arazi malikinin rızasının varlığını farz etmesinde haklı olması halinin varlığı, diğer bir deyişle idarenin iyiniyetli olduğunun kabul edilmesi pek ihtimal dâhilinde değildir. İdare, sahip olduğu kamu gücü sebebiyle taşınmaz malikini bilme ve ona ulaşma yetki ve imkânına sahip olduğundan iyiniyet iddiasında bulunamamalıdır. İdarenin iyiniyetli olduğunun kabulü, ancak ve ancak tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlarda, mülkiyet hakkının tescil öncesi kazanılması ihtimalinde, hal ve şartlara göre kabul edilebilir.

İdarenin iyiniyetli olup olmamasına göre miktarı değişiklik arz edebilecek uygun tazminat talebinin, yapının kamusal bir amaçla yapılması halinde işlevsel olmayacağı kanaatindeyiz. Bu halde kamunun bir ihtiyacını karşılamak amacıyla yapılan yapının, uygun bir tazminat karşılığında arazi malikinin mülkiyetinde kalması, müessesenin amacı olan ilişkinin taraflarının menfaatlerini gözetme gereğine uygun düşmeyecektir. Yapının mülkiyetinin taşınmaz malikinde kalması karşılığında ödenmesi gereken “*uygun tazminat*” imkânının, Medeni Hukuka mahsus birtakım hukuki enstrümanlarla amacına uygun bir yoruma tabi tutulabileceği kanaatindeyiz. Kamu yararına tahsis edilmek üzere yapılmış yapının mülkiyeti, taşınmaz malikinde kalmakla birlikte taşınmaz maliki ile idare arasında kurulacak hukuki ilişki ile yapı, kamulaştırılmaksızın kamu yararına tahsis edilebilir. İdare ile taşınmaz maliki arasında kira veya hasılat kirası sözleşmesi yapılmak suretiyle bir yandan kamunun menfaati muhafaza edilirken diğer yandan taşınmaz maliki ile idarenin menfaati de gözetilmiş olacaktır. Ancak yapının, herhangi bir kamusal yarara tahsis gayesi güdülmeksizin, idarenin özel çıkarını korumak amacıyla yapılması (işhanı, konut gibi yapılar) halinde ise TMK m. 723/3’teki uygun tazminat talebinin işlevsel olabileceği kanaatindeyiz. Bu halde sadece idare ve taşınmaz maliki arasındaki menfaat dengesi dikkate alınarak, yapının, taşınmaz malikinin mülkiyetinde kalması karşılığında idarenin uygun bir

tazminata hak kazanması, bireysel çıkarları koruyucu bir fonksiyon gerecektir.

### 1.2.1.3. Arazinin Devri Talebi Açısından

Haksız yapı müessesesi kapsamında taraflara tanınan diğer bir talep yetkisi, TMK m. 724 hükmü uyarınca, yapının değerinin açıkça arazinin değerinden fazla olduğu hallere ilişkindir. Bu halde iyiniyetli olan tarafın, uygun bir bedel<sup>885</sup> karşılığında yapının ve arazinin tamamının veya yeterli bir kısmının mülkiyetinin malzeme malikine devredilmesini istemesi mümkündür.

TMK m. 724 hükmü, her iki tarafa da şartların varlığı halinde taşınmazın mülkiyetinin malzeme malikine devredilmesini talep etme yetkisi vermektedir. Malzeme maliki, uygun tazminat talep hakkını kullanmayarak, iyiniyetli olması<sup>886</sup> ve yapının değerinin açıkça arazinin değerinden yüksek olması şartlarının varlığı halinde<sup>887</sup>, arazinin mülkiyetinin uygun bir bedel karşılığında kısmen veya tamamen kendisine devrini talep edebilecektir<sup>888</sup>. Arazi maliki de yapının sökülüp kaldırılması talep hakkını kullanmaması veya talebinin reddedilmesi halinde, iyiniyetli olması<sup>889</sup>

<sup>885</sup> *Sirmen*, uygun bedel ifadesinin, yaratılan ekonomik değer korunması maksadıyla, arazi malikinin katlanmak zorunda kaldığı fedakarlığın karşılığını teşkil ettiği fikrini paylaşmaktadır. Bkz. *Sirmen*, s.390, dn.511. *Ataay* ise uygun bedelin, taşınmazın gerçek değerinden az olabileceği gibi yüksek de olabileceğini, esas itibarıyla temlik olunan taşınmazın dava tarihindeki rayiç değerine göre tayin edilmesinin yerinde olduğunu belirtmektedir. *Ataay*, *Haksız İnşaat*, s.110.

<sup>886</sup> Malzeme malikinin iyiniyetli olması, arazinin başkasına ait olduğunu bilmemekte veya bilmesi gerekmemekte ise ya da arazinin malikinin rızası var ise veya varlığını farz etmekte haklı ise söz konusu olacaktır. *Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir*, s.497-498; *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, s.826-829; *Sirmen*, s.390; *Ataay*, *Haksız İnşaat*, s.108-110.

<sup>887</sup> Bu değerlendirmede, arazinin yapı olmaksızın sahip olduğu değer ile arazinin yapı ile birlikte arz ettiği değer arasındaki fark dikkate alınacaktır. *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, arazinin değerine ilişkin karşılaştırmanın hüküm tarihindeki kıymetler üzerinden, *Akipek/Akıntürk* ile *Ataay* ise değer karşılaştırmasının dava tarihi baz alınmak suretiyle yapılması gerektiğini belirtmektedir. Bkz. *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, s.830; *Akipek/Akıntürk*, s.525; *Ataay*, *Haksız İnşaat*, s.103-106.

<sup>888</sup> Yapı, arazinin bir kısmını kapsayacak şekilde yapılmış ise, arazinin tamamının mı yoksa yapının bulunduğu bölümünün mü değerinin dikkate alınacağı üzerinde durulmalıdır. *Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir*, s.488'de, arazinin tamamının mülkiyetinin devri talep edilmiş ise, değer farkının belirlenmesinde arazinin tamamının değerinin dikkate alınması gerektiğini, arazinin bir kısmının mülkiyetinin devri talep edilmekte ise, arazinin imar mevzuatına göre ayrılmasının mümkün olup olmadığının, yapının bulunduğu arazinin ayrılması halinde geriye kalan arazi parçasından yararlanma imkânının veya ekonomik değerinde önemli bir azalma olup olmadığının araştırılması gerektiğini belirtmektedir. Diğer bazı yazarlar ise arazinin imar mevzuatı ve fiziki durumunun ifraza elverişli olup olmamasına göre arazinin bütününe ya da üzerinde yapı yapılan kısmî bölümünün değerinin gözönünde tutulması gerektiği fikrini paylaşmaktadır. Bkz. *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, s.830-831; *Akipek/Akıntürk*, s.525; *Eren*, *Mülkiyet Hukuku*, s.351; *Sirmen*, s.385-386.

<sup>889</sup> Arazi maliki, kendi arazisi üzerinde yapı yapıldığını bilmemekte veya bilmesi gerekmemekte ise ya da öğrendiğinde önlemek için gerekli adımları atmış ise iyiniyetli kabul edilmelidir. Bkz. *Sirmen*, s.390; *Eren*, *Mülkiyet Hukuku*, s.346.

ve yapının değerinin açıkça arazinin değerinden yüksek olması şartlarının varlığında, arazinin mülkiyetinin uygun bir bedel karşılığında kısmen veya tamamen malzeme malikine devrini talep edebilecektir<sup>890</sup>.

Söz konusu devir talebinin, şahsi bir talep hükmünde olduğu ve cüz'i haleflere karşı ileri sürülemeyeceği kabul edilmektedir<sup>891</sup>. Yenilik doğuran bir hak niteliğinde olan talep, hak sahibinin tek taraflı beyanıyla kullanılmakta ve bu suretle arazi maliki ile malzeme maliki arasında mülkiyetin devrine ilişkin bir hukuki ilişki doğmaktadır<sup>892</sup>. Yapının bulunduğu taşınmazın mülkiyetinin malzeme maliki idareye devrine ilişkin talebin herhangi bir süreye tabi olup olmadığına dair TMK'da düzenleme bulunmamaktadır<sup>893</sup>. Mülkiyetin devri talebi, mülkiyet hakkını koruyucu elatmanın önlenmesi mahiyetindeki yapının sökülüp kaldırılması talebinin icrasının aşırı zarara yol açması halinde iyiniyetli taraflara tanınan bir haktır. Bu sebeple mülkiyet hakkına dayanan diğer talepler gibi herhangi bir süreye tabi olmaması, ancak ileri sürülen talebin dürüstlük kuralı dikkate alınarak değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

İdarenin, malzeme maliki sıfatı ile veya malzeme maliki olmaksın yapıyı yaptıran sıfatı ile gerçekleştirdiği fiili elatma eyleminin sonucunda inşa ettiği yapının değerinin açıkça arazinin değerinden fazla olması pek muhtemeldir. Özellikle yapının kamu yararına tahsis edildiği ya da bu gaye ile yapıldığı hallerde bu ihtimal daha da yüksektir. Ancak bu halde idarenin, taşınmazın başkasına ait olduğunu bilmemesi veya bilmesinin gerekmemesi ya da taşınmaz malikinin rızasının varlığını farz etmesinin haklı görülmesi, bir başka deyişle, iyiniyetli olduğunun kabul edilmesi pek düşük bir

<sup>890</sup> Bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.497; Eren, Mülkiyet Hukuku, s.346-347. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/ Altop, s.820'de, henüz TMK m.724 ile iyiniyetli arazi malikine, arazinin mülkiyetinin malzeme sahibine devrini talep etme imkanının tanınmadığı dönemde kaleme aldığı eserinde, iyiniyetli arazi malikine bu hakkın tanınması gerektiğini belirtmektedir.

<sup>891</sup> Bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.824-825; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.499, dn.965; Ataay, Haksız İnşaat, s.107.

<sup>892</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.498-499. Taraflar, bu hukuki ilişkinin esaslı noktalarına ilişkin hükümleri belirleyebileceklerdir. Taraflar hiç anlaşılmaz veya esaslı noktalarda anlaşılmaz ise, malzeme maliki ya da arazi maliki, arazinin mülkiyetinin devri talebini içeren yenilik doğuran bir dava açma hakkına sahip bulunmaktadır. Bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.499-500; Sirmen, s.391; Ataay, Haksız İnşaat, s.107-107, 112.

<sup>893</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, bu halde, haksız fiil tazminatına ilişkin zamanaşımı süresi içerisinde bu hakkın kullanılabileceğini belirtmektedir. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.489, dn.913. *Akipek/Akıntürk*'a göre, talep hakkının kullanılabileceği süre, her olayın özellikleri dikkate alınmak suretiyle dürüstlük kuralı uyarınca belirlenmelidir. *Akipek/Akıntürk*, s.526, dn.40. *Ataay* ise bu talebin, sözleşme ilişkileri için genel zamanaşımı süresi olan on yıllık süreye tabi olduğu kanaatinde. *Ataay*, Haksız İnşaat, s.108.

ihtimaldir<sup>894</sup>. Ancak ve ancak tapuya kayıtlı olmayan taşınmazların mülkiyet hakkının tescilden önce kazanılması halinde idarenin iyiniyetli olma ihtimali değerlendirilebilecektir. Bu çerçevede haksız yapı kurumu üzerinden idarenin, taşınmaz mülkiyetinin kendisine devri karşılığında uygun bedel ödeme seçeneğini kullanılması, istisnai olarak karşılaşılabileceğimiz bir durum olacaktır. Uygulamada kendi arazisi üzerinde yapı yapıldığını bilmeyen veya bilmesi gerekmeyen ya da yapının yapıldığını öğrendiğinde önlemek için gerekli adımları atmış olan iyiniyetli taşınmaz maliki ile sıklıkla karşılaşılmaktadır. Bu halde taşınmaz malikinin, arazinin mülkiyetini devralması yönünde idareye karşı bir talep ileri sürmesi mümkündür.

TMK m. 724 uyarınca devir talebi, yenilik doğurucu bir hak olduğundan taşınmaz malikinin devir talebinin idareye ulaşması ile taraflar arasında taşınmaz mülkiyetinin uygun bedel karşılığında idareye devri hususunda bir hukuki ilişki doğacaktır. Bu hukuki ilişkinin gereği olan uygun bedel karşılığında taşınmazın devri, idare tarafından ifa edilmez ise taşınmaz maliki, TMK m. 716 hükmüne kıyasen, yenilik doğuran dava açmak suretiyle taşınmaz mülkiyetinin devrini sağlayabilmelidir<sup>895</sup>. İdarenin istisnai olarak devir talebini ileri sürebileceği hallerde ise TMK m. 716 hükmünün doğrudan doğruya uygulanması suretiyle idare, taşınmaz maliki ile arasındaki hukuki ilişkiye dayanarak mülkiyetin kendi adına tescil edilmesini mahkemeden talep edebilecektir. İyiniyetli olan taraf, bu talebi, yukarıda belirttiğimiz üzere herhangi bir süreye tabi olmaksızın ileri sürebilmelidir. Ancak taşınmaz malikinin yenilik doğurucu hakkını kullanmasıyla idare ile arasında kurulan hukuki ilişkinin gereğinin icrasını talep hakkı, TBK m. 146 uyarınca sözleşmeden doğan taleplerin söz konusu olan on yıllık genel zamanaşımı süresine tabi olduğu kanaatindeyiz.

<sup>894</sup> Onar ise aksi yönde kanaat belirtmekte ve durumu şu şekilde izah etmektedir: “İdareye, memurların ihmal ve teseyyübünde, usulsüzlüğünden dolayı kötünîyet izafe olunmayacağı gibi esasen arzla malzemenin, malikle malzeme ve inşaat sahibinin hak ve menfaatlerinin imtizacından husule gelen iktisaplarda hüsnünîyet ve suîniyet noktaları da, ancak bedelin takdirinde bahis mevzuu olur, iktisaba tesir etmez; çünkü bu gibi hadiselerde Medeni Kanunumuzda şahsi menfaatleri değil, milli serveti ve amme menfaatini gözönünde bulundurmakta ...”. Onar, s.1560-1562.

<sup>895</sup> TMK m. 716/1’deki “Mülkiyetin kazanılmasına esas olacak bir hukukî sebebe dayanarak malikten mülkiyetin kendi adına tescilini istemek hususunda kişisel hakka sahip olan kimse, malikin kaçınması hâlinde hâkimden, mülkiyetin hükmen geçirilmesini isteyebilir.” hükmünün kıyasen uygulanması suretiyle, taşınmaz maliki, idare ile arasındaki hukuki ilişkiye dayanarak kendi adına olan tescilin terkin edilerek taşınmazın idare adına tescilini veya tapu siciline işlenemeyecek eşya mahiyetinde ise taşınmazın terkinini mahkemeden talep edebilmelidir.

### 1.2.2. Kamulaştırmaz Elatmanın Taşkın Yapı Açısından Değerlendirilmesi

Bir taşınmaz üzerinde inşa edilen yapının<sup>896</sup>, asıl taşınmazın sınırlarını aşarak komşu taşınmaz sınırına taşması halinde “taşkın yapı” söz konusu olmaktadır. Taşkın yapı, TMK m. 725’te düzenlenmektedir<sup>897</sup>. Taşkın hal, komşu arazinin üstünden, altından veya hava boşluğundan taşma şeklinde, taşan kısmın büyük ya da küçük, değerli ya da değersiz olmasından bağımsız olarak gerçekleşebilir<sup>898</sup>. Taşkın yapı, mülkiyet hakkına elatma niteliğinde olduğundan, yapının taşıdığı arazi maliki, TMK m. 683/2 uyarınca elatmanın önlenmesi hukuki yoluna müracaat ederek taşkın yapının kaldırılmasını talep edebilecektir. Ancak kanunkoyucu, yapının kaldırılmasının malike sağlayacağı fayda ile topluma vereceği zarar arasında bir denge kurmak düşüncesiyle bu hususu TMK 725. maddesinde özel olarak düzenlemiştir<sup>899</sup>. Taşkın yapı müessesesi, TMK m. 722-724’te düzenlenen haksız yapı müessesesinden farklıdır. Haksız yapıda, tek bir taşınmaz üzerine haksız şekilde yapı yapılırken, taşkın yapıda asıl taşınmaz üzerinde yapılan yapının bir kısmı komşu taşınmaz üzerine taşmaktadır<sup>900</sup>.

<sup>896</sup> Yapı kavramı, taşınır yapıyı kapsamayacak şekilde, arazinin üzerinde, dolayısıyla arazinin yüzeyinde, üstünde veya altında kalıcı olmak amacıyla yapılan ve toprağa bağlılık arz eden her türlü şey olarak ifade edebiliriz. Açıklamalar için bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s.797-799, 857-858; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.478-481; Akipek/Akintürk, s.520-521; Sirmen, s.379-381, Eren, Mülkiyet Hukuku, s.342, 360-361; Ayan, Eşya Hukuku II, s.293.

<sup>897</sup> TMK m. 725: “Bir yapının başkasına ait araziye taşınan kısmı, eğer yapıyı yapan malik taşınan arazi üzerinde bir irtifak hakkına sahip bulunuyorsa, ona ait taşınmazın bütünleyici parçası olur. Böyle bir irtifak hakkı yoksa, zarar gören malik taşmayı öğrendiği tarihten başlayarak onbeş gün içinde itiraz etmediği, aynı zamanda durum ve koşullar da haklı gösterdiği takdirde, taşkın yapıyı iyiniyetle yapan kimse, uygun bir bedel karşılığında taşan kısım için bir irtifak hakkı kurulmasını veya bu kısmın bulunduğu arazi parçasının mülkiyetinin kendisine devredilmesini isteyebilir.”

<sup>898</sup> Bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s.858; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.520; Akipek/Akintürk, s.536-537; Eren, Mülkiyet Hukuku, s.360-361; Ayan, Eşya Hukuku II, s.260, 292, 286-287; Sirmen, s.396.

<sup>899</sup> Akipek/Akintürk, s.537. Bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s.857-858.

<sup>900</sup> Bkz. Sirmen, s.396; Ayan, Eşya Hukuku II, s.293; Eren, Mülkiyet Hukuku, s.360-361; Ataay, Haksız İnşaat, s.40-42. Komşu taşınmaza taşan yapı ile asıl taşınmaz üzerindeki yapı arasında ne tür bir bağlantının olması gerektiği ile ilgili olarak farklı kanaatler bulunmaktadır. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp komşu araziye taşan yapı ile yapıyı yapanın malik olduğu arazideki yapı arasında herhangi bir maddi bağlantı bulunmasa da ekonomik bağlantının bulunduğu hallerde, aralarında iktisadi bağlılık bulunan parçaları hukuki bir bütün kabul etmenin kanunun amacına uygun olacağını belirterek bu hallerde TMK m.725 hükümlerinin uygulanacağını belirtmektedir. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s.858-859. Ataay da yapının bitişik arsaya taşıdığını veya başka bir arsada bulunan esas yapıyla ekonomik bir bütün teşkil etmesi gerektiğini ifade etmektedir. Ataay, Haksız İnşaat, s.40-41. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Sirmen, Eren ve Ayan ise komşu araziye taşan yapı ile asıl arazideki yapı arasında maddi ve ekonomik bağlantı

TMK m. 725, yapı malikinin, komşu araziye yapıyı taşıma yetkisinin olup olmadığını dikkate alan bir düzenleme içermektedir. TMK m. 725/1, yapının malikinin yapının taşıdığı arazi üzerinde bir irtifak hakkına sahip olmasının hukuki sonuçlarını içerirken<sup>901</sup>, TMK m. 725/2, yapı malikinin, yapıyı komşu araziye taşıma yetkisinin bulunmadığı hale ilişkin düzenleme içermektedir.

İdare tarafından yapılan bir yapının, özel hukuka tabi komşu araziye taşması şeklindeki fiili elatma halinde taşkın yapı kavramından bahsetmemiz mümkün olabilecektir. İdare tarafından baraj, tünel gibi doğrudan kamunun kullanımına tahsis edilecek yapının veya okul, hastane gibi özel birtakım düzenlemeler ile kamu hizmetine tahsis edilecek yapının ya da böyle bir gaye güdülmeksizin yapılan yapının özel hukuka tabi komşu arazinin altından, yüzeyinden veya üstünden geçmesi gibi müdahaleler ile karşı karşıya kalınabilmektedir. Bu halde, idare ile yapının taşıdığı arazi maliki arasında idare lehine taşma hakkı tanıyan sınırlı ayni hak tesisi veya sözleşme ilişkisi var ise TMK m. 725/1 uyarınca arazi malikinin katlanma yükümlülüğünden bahsedebiliriz. Ancak fiili elatma teşkil eden örnekliklerde idare ile arazi maliki arasında, TMK m. 725/1'e konu olabilecek bir hukuki ilişki bulunmamaktadır. Bu çerçevede de fiili elatma olgusunu, TMK m. 725/2 açısından değerlendireceğiz. Hukuki elatma halini ise asıl taşınmaz üzerinde yapılan yapının bir kısmının komşu taşınmaz üzerine taşması gibi bir hal söz konusu olmadığı için taşkın yapı müessesesi üzerinden değerlendirmeyeceğiz. Bu halde, haksız yapıda olduğu bir kıyas yapmanın, zorlama bir yorum olacağı kanaatindeyiz.

TMK m. 725/2, yapı malikinin iyiniyetli olması halinde<sup>902</sup>, yapının taşıdığı arazi malikinin belirli süre içerisinde itirazda bulunmaması ve durum ve koşulların da haklı

---

olması gerektiğini savunmaktadır. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.520; Sirmen, s.396; Eren, Mülkiyet Hukuku, s.361; Ayan, Eşya Hukuku II, s.293.

<sup>901</sup> TMK m. 725/1'e göre, yapının maliki, yapıyı taşıdığı arazi üzerinde bir irtifak hakkına sahipse, taşan kısım, asıl taşınmazın bütünleyici parçası olarak kabul edilecek ve asıl taşınmazın maliki, taşan yapının da maliki olacaktır. Komşu araziye yapıyı taşıyan yapı malikinin, yapıyı komşu arazi taşıma hakkı, irtifak hakkı dışında, taşınmaz malikleri arasında katlanma yükümlülüğü doğuran bir sözleşme ilişkisinden de doğabilir. Böyle bir sözleşme ilişkisinde, sözleşmede öngörülen süre boyunca yapının taşıdığı arazi maliki ve onun külli halefleri elatmanın önlenmesi davası açamaz. Bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.860; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.511; Sirmen, s.397; Ayan, Eşya Hukuku II, s.294; Eren, Mülkiyet Hukuku, s.362.

<sup>902</sup> Taşkın yapıyı yapanın iyiniyetli olması, yapının haksız olarak başkasının arazisine taşıdığını bilmemesi veya bilmesinin gerekmemesi ya da bilmekle birlikte yapı yapma hakkı olduğunu farz etmesinde kusurlu olmaması halidir. Bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.513; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.864-865; Sirmen, s.398-399; Ayan, Eşya Hukuku II, s.297-299; Eren, Mülkiyet Hukuku, s.363.



göstermesi halinde, yapının taşan kısmının, yapıyı yapanın mülkiyetine tabi olmasını öngörmektedir. Hükme göre, yapının taşıdığı arazi maliki<sup>903</sup>, elatmanın önlenmesi talebi kapsamında, taşmayı öğrendiği tarihten itibaren on beş gün içinde<sup>904</sup> taşkın yapının kaldırılması yönünde itirazda bulunmuş<sup>905</sup> ise yapıyı yapan malik, bu talebin gereğini yapmalı ve yapının taşan kısmını kaldırmalıdır. Ancak belirtilen süre içerisinde itiraz edilmediği takdirde iyiniyetli yapı maliki, durum ve koşullar haklı gösteriyor ise uygun bedel karşılığında, taşırılan arazi üzerinde irtifak hakkı kurulmasını veya o kısmın mülkiyetinin kendisine devrini talep etme hakkına sahiptir. Durum ve koşulların haklı göstermesi ise taşkın yapının kaldırılmasının, yapıyı yapana vereceği zarar ile taşan arazi malikinin elde edeceği menfaati arasında açık bir oransızlık halinin bulunmasını ifade etmektedir<sup>906</sup>. Bu değerlendirme sürecinde, taşkın yapının büyüklüğü, değeri, taşırılan arazinin imar durumu gibi hususlar dikkate alınmaktadır.

Yukarıda aktardığımız kurallar uyarınca, fiili elatma halinde, yapının taşıdığı arazi malikinin, yapının taşıdığını öğrendiği tarihten itibaren on beş gün<sup>907</sup> içerisinde itiraz etmemesi halinde yapıyı yapan/yaptıran idarenin iyiniyetli olduğu ve hal ve koşulların da bunu haklı gösterdiği durumlarda yapının taşıdığı taşınmaz üzerinde

<sup>903</sup> Taşkın yapının kaldırılmasını isteme yetkisinin, taşırılan arazi maliki ile bu arazi üzerinde sınırlı aynı hak sahibi olan kişilere ait olduğu, bunlar dışındaki diğer kişilerin itirazının yapıyı yapanın iyiniyetini ortadan kaldırdığı ölçüde önem taşıdığı belirtilmektedir. Bkz. Akipek/Akıntürk, s.538; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.512; Sirmen, s.398; Ayan, Eşya Hukuku II, s.296, dn.829. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop'a göre, aynı hak sahibi, bu hakkına zarar veren herkese karşı hakkını ileri sürebildiği gibi kiracı da fer'i zilyet sıfatı ile zilyetliğine elatıldığı ölçüde elatmanın önlenmesi mahiyetinde söz konusu itiraz hakkına sahip olabilmelidir. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.862-863. Eren de arazi maliki, arazi üzerinde intifa, oturma, geçit, rehin hakkı sahibi ve hatta kiracının itirazda bulunma yetkisi olduğunu belirtmektedir. Eren, Mülkiyet Hukuku, s.364.

<sup>904</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, itiraz hakkının, madde metni nazara alındığında, yapı bittikten sonra da kullanılabileceğini, ancak bu durumun birtakım sakıncalara sebebiyet vereceği ve itiraz hakkının, taşkın yapının herkes tarafından fark edilebilir olduğu tarihten itibaren kullanılabileceği fikrini paylaşmaktadır. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.861, 863-864, dn.11e. Akipek/Akıntürk ise maddenin lafzi yorumundan, taşkın yapının kaldırılması talebinin, yapı bittikten sonra da ileri sürülebileceği anlamının çıktığını, ancak maddenin amacına uygun yorum yapıldığında, bu kadar geniş bir zaman diliminin arzu edilmediğini, taşmanın dışarıdan görülebilir hale geldiği tarihten itibaren onbeş günlük süre içinde itirazın yapılması gerektiğini belirtmektedir. Akipek/Akıntürk, s.538.

<sup>905</sup> İtiraz beyanı ve beyanın kime karşı yöneltileceği hakkında bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.861; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.512; Sirmen, s.398; Ayan, Eşya Hukuku II, s.296; Eren, Mülkiyet Hukuku, s.364.

<sup>906</sup> Bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.866; Sirmen, s.399; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.514; Ayan, Eşya Hukuku II, s.299; Eren, Mülkiyet Hukuku, s.364.

<sup>907</sup> TMK'de eşit farz edilen iki birey arasındaki mülkiyet hakkına müdahale niteliğindeki uyuşmazlıkta, mülkiyet hakkına müdahale edilen malik için tanınan on beş günlük itiraz süresi, kamu gücüne sahip bir idare karşısında etkin bir hukuki yol olarak nitelendirilemez.

irtifak hakkı veya mülkiyet hakkı tesisi talep edilebilecektir. Ancak haksız yapı kurumunu incelerken belirttiğimiz üzere yapı yapan/yaptıran idarenin, haiz olduğu kamu gücü gereğince iyiniyetli olduğunun kabulü pek mümkün görünmemektedir. TMK m. 3/2 uyarınca, durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimse, iyiniyet iddiasında bulunamaz. İdarenin, yapının, haksız olarak başkasının arazisine taşıtığını bilmemesi veya bilmesinin gerekmemesi ya da bilmekle birlikte yapı yapmaya hakkı olduğunu farz etmesinde kusurlu olmaması ihtimalinin varlığı kabul görmemelidir. İzah ettiklerimiz çerçevesinde TMK m. 725/2 uyarınca, yapıyı yapan/yaptıran idarenin yapının taşıdığı taşınmaz üzerinde irtifak hakkı ya da mülkiyet hakkı tesisi talebinin kabulü, hal ve şartlar haklı gösterse de idarenin iyiniyetli olmasından bahsetmenin güçlüğü karşısında pek mümkün görünmemektedir.

Yapı malikinin TMK 725. maddedeki şartlar gerçekleşmesine rağmen arazi üzerinde irtifak hakkı tesisi veya arazinin mülkiyetinin devrini talep etmediği hallerde, yapının taşıdığı arazi malikinin bu yönde talepte bulunabileceği kabul edilmektedir<sup>908</sup>. Bu çerçevede taşkın yapı şeklinde gerçekleşen fiili elatma halinde, yapıyı yapan/yaptıran sıfatı ile idarenin iyiniyetli olmadığı kabul edilse de, taşkın yapının kaldırılması sebebiyle yapıyı yapan/yaptıran idarenin veya kamunun uğrayacağı zarar ile yapının taşıdığı arazi malikinin elde edeceği menfaat arasında açık bir oransızlığın varlığında iyiniyetli olmak kaydıyla arazi malikine, kıyasen, taşınmazı üzerinde irtifak hakkı tesisi veya arazisinin idareye devri yönünde bir talep hakkı tanınması mümkün olabilir. Taşkın yapıda, bu yöndeki bir talebin, yenilik doğurucu hakkın kullanımı mahiyetinde olduğu ifade edilmektedir<sup>909</sup>. Arazi malikinin talebini idareye iletmesi ile taraflar arasında bir borç ilişkisinin doğduğu kabul edilebilir. Borç ilişkisinde arazi maliki, irtifak hakkı kurmak veya mülkiyeti devretmek şeklinde borç altında<sup>910</sup> iken,

<sup>908</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.874-875; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.519.

<sup>909</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.871-872; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.516-517; Eren, Mülkiyet Hukuku, s.364; Ayan, Eşya Hukuku II, s.300. *Sirmen*, yapının maliki açısından yenilik doğurucu bir haktan bahsedilmeyeceğini, arazi maliki açısından yapıyı yapan malike karşı taşınan kısım üzerinde irtifak hakkı kurmak veya taşınan kısma ilişkin mülkiyet hakkını devretmek şeklinde kanundan doğan eşyaya bağlı bir borcun söz konusu olduğunu ifade etmektedir. *Sirmen*, s.399-400.

<sup>910</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, irtifak hakkı tesis edilmesi veya mülkiyetin devredilmesi hususunda, yapının taşıdığı arazi malikinin seçimlik borç altına girdiğini belirtmekte ve bu suretle kendisine en uygun çözümü seçme konusunda seçimlik yetkiye sahip olmasını işin niteliğine uygun görmektedir. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.517, dn.1048. *Eren* ise iyiniyetli yapı malikinin seçimlik hakka sahip olduğunu ifade etmektedir. Eren, Mülkiyet Hukuku, s.364. *Ayan* ise yapının taşıdığı arazi malikinin seçimlik borç altına girdiğini ifade ederken, iyiniyetli yapı maliki açısından da seçimlik hakkın varlığından bahsetmektedir. Ayan, Eşya Hukuku II, s.300-301.

idare de uygun bir bedel ödeme yükümlülüğü<sup>911</sup> altındadır. Taraflardan biri borcunu ifa etmez ise, TMK m. 716 hükmü uyarınca, hâkim, uygun bir bedel karşılığında ya irtifak hakkının kurulması veya mülkiyet hakkının devri yönünde karar verebilecektir<sup>912</sup>.

### 1.2.3. Kamulaştırmasız Elatmanın Olağanüstü Kazandırıcı Zamanaşımı Olgusu Açısından Değerlendirilmesi

Taşınmaz mülkiyetinin olağanüstü zamanaşımı aracılığıyla kazanılması hususu TMK m. 713'te düzenlenmiştir. TMK m. 713, olağanüstü zamanaşımı aracılığıyla taşınmaz mülkiyetinin kazanılabilmesi için taşınmaz ve zilyetlik ile ilgili esasa ilişkin şartlar yanında mülkiyetin kazanımının usulü ile ilgili usuli şartlar da öngörmektedir<sup>913</sup>.

İdarenin fiili elatma şeklinde taşınmaza müdahalesi, malik sıfatıyla kendi fiili hâkimiyetini kurması şeklinde gerçekleşebilmektedir. Bu çerçevede idarenin, fiili elatma halinde, olağanüstü kazandırıcı zamanaşımı vasıtasıyla taşınmaz mülkiyetini kazanmasının mümkün olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir. Hukuki elatmada idarenin, zilyet olma şeklinde bir eylemi mevcut olmadığından, bu hale

Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.872'de ise mülkiyetin mi yoksa irtifak hakkının mı tesis edileceğini tarafların değil, hal icaplarının belirlediğini, bu sebeple de teknik anlamda bir seçimlik haktan söz etmenin mümkün olmadığını belirtmektedir. Sirmen, s.400; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.876; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.519; Eren, Mülkiyet Hukuku, s.364; Ayan, Eşya Hukuku II, s.301'de, yapının taşıdığı arazi malikinin borcunu eşyaya bağlı borç olarak nitelendirmekte ve eşyaya bağlı borcun, yapının taşıdığı arazi malikinin külli ve cüzi haleflerine karşı ileri sürülebileceğini belirtmektedirler.

<sup>911</sup> Bkz. Sirmen, s.400, dn.547; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.873; Ayan, Eşya Hukuku II, s.300; Eren, Mülkiyet Hukuku, s.364.

<sup>912</sup> Hâkimin takdir yetkisine ilişkin örneklemeler için bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.871-872; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.517-518; Sirmen, s.400. Mahkeme tarafından yapı malikine tanınan hak, irtifak hakkı da olsa mülkiyet hakkı da olsa, bu hakkın, yapının mülkiyetine bağlanması gerektiği ifade edilmektedir. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.519; Sirmen, s.400. İrtifak hakkı tesis edilmiş ise, arazi malikinin katlanma yükümlülüğünün, eşyaya bağlı borç niteliğinde olduğu ifade edilmektedir. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.519; Sirmen, s.400. Mahkemenin vereceği karar, yenilik doğurucu nitelikte karar olup, karar üzerine yapılacak tescil ise açıklayıcı niteliktedir. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.518; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.872; Sirmen, s.401, Ayan, Eşya Hukuku II, s.301; Eren, Mülkiyet Hukuku, s.364.

<sup>913</sup> Olağanüstü zamanaşımı yoluyla taşınmaz üzerinde mülkiyet hakkı kazanılması mevzuunda gözden kaçırılmaması gereken bir başka düzenleme de Kadastro Kanunu'dur. Kadastro Kanunu'nun olağanüstü kazandırıcı zamanaşımı yoluyla mülkiyetin elde edilmesinde esasa ilişkin şartlar açısından TMK m. 713'e paralel şartlar içerdiğini kabul edebiliriz (Kadastro Kanunu m. 13/B-c, m. 14/1). Ancak usule ilişkin şartlar kapsamında dava açma gerekliliği (Kadastro Kanunu m. 12/1-2) ve ispat kuralları (Kadastro Kanunu m. 14/4) ile ilgili farklı düzenlemelere yer verilmektedir.

ilişkin olarak olağanüstü kazandırıcı zamanaşımı üzerinden herhangi bir değerlendirme yapılmayacaktır.

Taşınmaz mülkiyetinin olağanüstü kazandırıcı zamanaşımıyla edinilebilmesi için esasa ilişkin şartlar kapsamında taşınmaz, zamanaşımı yoluyla edinmeye elverişli, özel hukuk hükümlerine tabi olmalıdır<sup>914</sup>. Bu şart, tapu siciline kayıtlı<sup>915</sup> olsun veya olmasın, taşınmazın kazandırıcı zamanaşımıyla kazanılmasına engel bir düzenlemenin bulunmaması anlamına gelmektedir<sup>916</sup>. Taşınmaza yönelik diğer bir şart ise taşınmaz malikinin tapu sicilinden belli olmaması ya da anlaşılabilmesi halidir<sup>917</sup>. Tapusuz taşınmazlarda malik, zaten tapu sicilinden anlaşılabilir. Tapu siciline kayıtlı taşınmazlarda ise tapu sicilinden taşınmaz malikinin anlaşılabilmesi<sup>918</sup> veya taşınmazın adına kayıtlı olduğu kişi hakkında yirmi yıl önce verilmiş bir gaiplik kararının olması gerekmektedir (TMK m. 713/2)<sup>919</sup>. Taşınmaz maliki hakkında yirmi yıl önce gaiplik kararının verilmesine rağmen mirasçılarının taşınmazı kendi adlarına tescil ettirmedikleri hallerde, yirmi yıllık sürenin ne zamandan itibaren işletileceği

<sup>914</sup> Bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.435-443; Eren, Mülkiyet Hukuku, s.281-288; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/ Altop, s.733-743; Sirmen, s.362-363 Akipek/Akıntürk, s.491; Ayan, Eşya Hukuku II, s.214-222; Burcu Yağcıoğlu, **Kazandırıcı Zamanaşımı**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2014, s.95-97.

<sup>915</sup> TMK m. 713'teki "*tapu kütüğüne kayıtlı olma*" ifadesinin, kadastro yapılmamış yerlerde tutulan zabıt defterlerinde kayıtlı taşınmazları da kapsadığı kabul edilmelidir. Bkz. Sirmen, s.362, dn.402; Yağcıoğlu, s.98.

<sup>916</sup> Tabiat ve Kültür Varlıklarını Koruma Kanunu m.11, 5737 sayılı Vakıflar Kanunu 15/1, 23. maddelerine konu taşınmazlar ile TMK m.117/1 gereği vakıf malları, Kadastro Kanunu m.18/2'e konu olan taşınmazlar, ilgili maddelerde "*kazandırıcı zamanaşımı yolu ile iktisap edilemez*" ifadesi gereğince, zamanaşımı yoluyla kazanıma elverişli değildir.

<sup>917</sup> Detaylar için bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.430-435; Eren, Mülkiyet Hukuku, s.288-293; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/ Altop, s.743-745; Sirmen, s.363-366; Akipek/Akıntürk, s.492-494; Ayan, Eşya Hukuku II, s.222-227; Yağcıoğlu, s.97-116.

<sup>918</sup> Tapulu taşınmazlarda, tapu sicilinden malikin kim olduğunun anlaşılabilmesi, malik sütununun boş bırakılması, malik adının silinip yerine yeni bir isim yazılmaması, gerçekte mevcut olmayan bir kişi adının yazılması veya sicilde malikin kimliğinin yeterli ölçüde belirtilmemesi şeklinde karşımıza çıkabilir. Bunlar dışında taşınmaz mülkiyetinin tescilden önce kazanıldığı fakat açıklayıcı tescilin henüz yapılmadığı, yolsuz tescilin söz konusu olduğu, tapu sicilinde taşınmaz hakkında birden çok kaydın bulunup da her birinde farklı kişilerin malik görüldüğü, geçerli bir terkin sebebi olmadığından yolsuz terkinin mevcut olduğu süreçlerde tapu sicilinden gerçek malik anlaşılır. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/ Altop, çift tapulu taşınmazın varlığında kayıtlardan birinin geçerli olabileceğinden hareketle, bu tür taşınmazların zamanaşımı yoluyla kazanımının mümkün olmadığını belirtmektedir. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/ Altop, s.732.

<sup>919</sup> TMK m. 713/2'nin ilk halinde "*yirmi yıl önce ölmüş*" kişi adına kayıtlı taşınmazların olağanüstü zamanaşımı yoluyla elde edinilmesi imkânı mevcuttu. Ancak söz konusu hüküm, AYM'nin 2009/58 E., 2011/52 K., 17.3.2011 T. kararı ile iptal edilmiştir. AYM 2009/58 E., 2011/52 K., 17.3.2011 T. kararı (RG T.23.7.2011, S.28003). Karar ile ilgili eleştiri için bkz. Sirmen, s.361-362, dn.401; Yağcıoğlu, s.107-112.

hususları tartışmalıdır. *Yargıtay* ile *öğretinin bir kısmı*<sup>920</sup>, yirmi yıllık sürenin, gaiplik kararının kesinleşmesinden itibaren başlayacağını kabul ederken, *öğretinin diğer bir kısmı*<sup>921</sup>, gaiplik kararının etkilerini doğurduğu ölüm tehlikesi veya son haber tarihinden itibaren sürenin işleyeceğini kabul etmektedir. *Kanaatimizce*, TMK m. 713'teki "*hakkında gaiplik kararı verilmiş*" ifadesi, yirmi yıllık sürenin, kararın kesinleşmesinden itibaren hesaplanması gerekliliğine işaret etmektedir.

Taşınmaz mülkiyetinin olağanüstü kazandırıcı zamanaşımıyla edinilebilmesi için aranan esasa ilişkin şartlar kapsamında, davasız ve aralıksız olarak yirmi yıl süreyle ve malik sıfatıyla zilyet bulunulması gerekmektedir (TMK m.713/1). Taşınmaz üzerinde alelade bir zilyetlik değil, malik sıfatıyla zilyetlik olgusu söz konusu olmalıdır<sup>922</sup>. Taşınmaza malik sıfatıyla zilyetlik, davasız, diğer bir deyişle çekişmesiz olmalıdır<sup>923</sup>. Zilyetlik, aralıksız sürmeli ve kesintiye uğramamalıdır<sup>924</sup>. Davasız ve aralıksız malik sıfatıyla zilyetlik olgusunun yirmi yıl boyunca sürmüş olması gerekmektedir<sup>925</sup>. Söz konusu yirmi yıllık süre, tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlarda malik sıfatıyla zilyet olduğu andan itibaren, tapuya kayıtlı

<sup>920</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.433; Sirmen, s.364-365; Eren, Mülkiyet Hukuku, s.291; Yağcıoğlu, s.115.

<sup>921</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu/ Altop, s.748-749; Akipek/Akıntürk, s.496-497; Ayan, Eşya Hukuku II, s.229.

<sup>922</sup> Malik sıfatıyla zilyetlik, malik gibi davranma, başkasının kendisinden daha üstün zilyetliğini tanımama, kendisi için zilyet olma halini ifade etmektedir. Bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.443-445; Eren, Mülkiyet Hukuku, s.293-295; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/ Altop, s.749-751; Sirmen, s.366-367; Ayan, Eşya Hukuku II, s.228-229; Yağcıoğlu, s.117-121. Akipek/Akıntürk, s.495-496'da, malik sıfatıyla zilyetlik kavramı yerine "*asli zilyetlik*" kavramını kullandığı görülmektedir.

<sup>923</sup> Bu hal, taşınmazın gerçek maliki tarafından istihkak ya da elatmanın önlenmesi davası veya zilyetlikle ilgili davaların zilyede karşı açılmamış olması anlamına gelmektedir. Bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 445-446; Eren, Mülkiyet Hukuku, s.296-298; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/ Altop, s.751-752; Sirmen, s.367 Akipek/Akıntürk, s.497; Ayan, Eşya Hukuku II, s.230-231; Yağcıoğlu, s.125-134.

<sup>924</sup> TMK m. 976'a göre, fiilî hâkimiyetin geçici nitelikteki sebeplerle kullanılmaması veya kullanma olanağının ortadan kalkması, zilyetliği sona erdirmeyecektir. Bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 446; Eren, Mülkiyet Hukuku, s.298-300; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/ Altop, s.752-753; Sirmen, s.367 Akipek/Akıntürk, s.497-498, Ayan, Eşya Hukuku II, s.231-232; Yağcıoğlu, s.134-136.

<sup>925</sup> Ancak yirmi yıllık sürenin tamamının, mülkiyet hakkını kazandığı kabul edilecek kişinin zilyetliğinde geçmesi gerekmemektedir. TMK m. 996 hükmü gereğince, her zilyet, kendisinden önceki zilyetlerin kazandırıcı zamanaşımına elverişli zilyetlik sürelerini kendi zilyetlik süresine ekleyebilecektir. Bu düzenleme, zilyede, sadece kendisinden önceki zilyedin değil, zamanaşımıyla kazanma şartlarını taşıyan daha önceki zilyetlerin sürelerinden de yararlanma imkânı vermektedir. Ancak bu imkânın kullanımı, şu anki zilyedin zilyetliğine kadar uzanan süreçte, zilyetliğin zilyetler arasında geçerli şekilde devredilmiş olmasını gerektirmektedir. Bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 447-449; Eren, Mülkiyet Hukuku, s.295-296; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/ Altop, s.752-753; Sirmen, s.368; Akipek/Akıntürk, s.496-497; Ayan, Eşya Hukuku II, s.229, 232; Yağcıoğlu, s.122-124.

taşınmazlarda ise taşınmazın, zamanaşımıyla kazanmaya elverişli olma ile malik sıfatıyla zilyet olma hallerinin birleştiği tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır<sup>926</sup>.

Olağanüstü kazandırıcı zamanaşımı yoluyla taşınmaz mülkiyetinin kazanılabilmesi için usule ilişkin şartlar kapsamında<sup>927</sup>, Hazineye ve ilgili kamu hukukuna tâbi tüzel kişiye veya varsa tapuda malik gözüken kişinin mirasçılara karşı tescil davasının açılması (TMK m. 713/3), davanın konusunun bir defa gazeteyle, ayrıca taşınmazın bulunduğu yerde uygun araç ve aralıklarla en az üç defa ilân olunması (TMK m. 713/4) ve son ilândan itibaren üç ay içinde koşulların gerçekleşmediğini ileri sürerek itiraz edenin<sup>928</sup> bulunmaması ya da itiraz yerinde görülmemesi ve davacının iddiasının ispatlanması gerekmektedir. Bu takdirde hâkim, taşınmazın zilyet adına tesciline hükmedecektir.

Taşınmaz üzerinde mülkiyet hakkı, TMK m. 713/5. fıkradaki “*Mülkiyet, birinci fıkra da öngörülen koşulların gerçekleştiği anda kazanılmış olur.*” ifadesi uyarınca, olağanüstü kazandırıcı zamanaşımı yoluyla mülkiyetin kazanımına ilişkin koşulların gerçekleştiği an itibariyle, mahkemenin tescil kararından önce kazanılmaktadır<sup>929</sup>. Dolayısıyla mahkemenin verdiği tescil kararı ve kararın kesinleşmesi üzerine yapılan tescil açıklayıcı içeriktedir. Olağanüstü zamanaşımı yoluyla mülkiyet hakkı, kanun gereği aslen kazanılmış olur<sup>930</sup>. Ancak taşınmaz mülkiyetinin, zamanaşımının işlemeye başladığı tarihten itibaren geçmişe etkili şekilde mi yoksa zamanaşımının dolduğu tarihten itibaren ileriye etkili şekilde mi kazanıldığı ile ilgili tartışmalar

<sup>926</sup> Bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 448; Eren, Mülkiyet Hukuku, s.296; Sirmen, s.368; Yağcıoğlu, s.122.

<sup>927</sup> Bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 452-456; Eren, Mülkiyet Hukuku, s.300-305; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/ Altop, s.755-763; Sirmen, s.368-370; Akipek/Akıntürk, s.499-502; Ayan, Eşya Hukuku II, s.233-239; Yağcıoğlu, s.136-145.

<sup>928</sup> İtiraz, taşınmaza ve zilyetliğe ilişkin şartların gerçekleşmediğine ilişkin olmaktadır. Bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 452-454; Sirmen, s.369; Ayan, Eşya Hukuku II, s.238; Yağcıoğlu, s.144-145.

<sup>929</sup> Bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.454-455; Eren, Mülkiyet Hukuku, s.306-307; Akipek/Akıntürk, s.498-503; Sirmen, s.369; Ayan, Eşya Hukuku II, s.233-235, 239-241; Yağcıoğlu, s.148-153.

<sup>930</sup> Olağanüstü zamanaşımı aracılığıyla mülkiyet edinimi, sebepsiz zenginleşme olarak kabul edilmemektedir. M. Kemal Oğuzman/M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt 2, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2016, s.383; Özen, s.60-61; M. Turgut Öz, **Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme, Borçlar Kanunu 61-66. Maddelerine İlişkin İçtihatlar İle**, İstanbul, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., 1990, s.138-139; Serozan, İfa-İfa Engelleri-Haksız Zenginleşme, s.308; Seza Reisoğlu, **Sebepsiz İktisap Davasının Genel Şartları**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1961, s.128.

bulunmaktadır<sup>931</sup>.

Olağanüstü kazandırıcı zamanaşımı müessesesi, İdare Hukuku açısından idarenin kamu malı edinimi için öngörülen bir imkân değildir. Bu imkân, özel hukuk hükümlerine tabi taşınmaz mal edinimine imkân tanımaktadır. İdarenin, özel hukuk hükümlerine tabi taşınmaza fiili elatma şeklindeki müdahalesinin olağanüstü kazandırıcı zamanaşımı yoluyla taşınmaz mülkiyetini kazanması sonucunu doğurabilmesi için yukarıda belirttiğimiz esasa ve usule şartların gerçekleşmesi gerekmektedir. Fiili elatma halinde idarenin, malikin fiili hâkimiyetini sona erdirerek kendi fiili hâkimiyetini kurması ve bu halin geçici/arizi nitelikte olmaması, aksine süreklilik arz etmesi, bu eylemin malik olma iradesiyle gerçekleştiğinin kabulünü gerektirmektedir. İdarenin, taşınmaz üzerinde malik sıfatıyla zilyetliğinin, davasız ve aralıksız yirmi yıl sürmesi, TMK m. 713 gereğince, taşınmaz mülkiyetinin kazanılmasını sonucunu doğurabilecektir. TMK m. 713, zilyet olan kişinin iyiniyetli ya da kötünietli olması ile herhangi bir değerlendirme yapmamakta, zilyetlik durumuna bazı şartların varlığı halinde mülkiyet hakkını aslen kazanma imkânı vermektedir. Belirtmeliyiz ki, olağanüstü kazandırıcı zamanaşımı yoluyla taşınmaz mülkiyeti edinimi, özellikle de taşınmaz ve taşınmaz malikine ilişkin aranan şartların birarada bulunma gerekliliği sebebiyle idare açısından yaygın uygulama alanı bulmayacaktır<sup>932</sup>.

İdarenin olağanüstü kazandırıcı zamanaşımı aracılığıyla mülkiyet hakkı edindiğinin kabul edildiği hallerde, tapusuz taşınmazın maliki veya tapuda maliki belirsiz olan ya da maliki hakkında gaiplik kararı verilen taşınmaz üzerinde hak sahibi olduğunu ispat eden kişinin idareye karşı herhangi bir talep ileri sürüp süremeyeceği hususunu da değerlendirmek gerekmektedir. Olağanüstü zamanaşımı aracılığıyla mülkiyet edinimi, sebepsiz zenginleşme olarak kabul edilmediği için eski malik ya da mirasçıları, sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak herhangi bir talep ileri süremeyecektir. Ancak olağanüstü kazandırıcı zamanaşımı yoluyla taşınmaz

<sup>931</sup> Bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.456; Sirmen, s.370; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/ Altop, s.767, 226; Akipek/Akıntürk, s.498-499, 502-503; Eren, Mülkiyet Hukuku, s.306-308; Özen, s.59-61; Feyzioğlu, s.336-340; Ayan, Eşya Hukuku II, s.239-240; Yağcıoğlu, s.151-152.

<sup>932</sup> Yargıtay 8. HD 2017/14472 E., 2018/16749 K., 3.10.2018 T. kararda, "... taşınmaza yönelik tasarruf haklarının davacı kurumca kamu gücü de kullanılmak suretiyle engellenmesi" vakasına dayanan, idarenin taşınmazın kendi adına tescili talebine ilişkin uyuşmazlıkta, olağanüstü kazandırıcı zamanaşımı suretiyle idarenin mülkiyet hakkını kazanıp kazanmadığı değerlendirilmektedir ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 26.8.2020).

mülkiyetinin hangi andan itibaren kazanıldığı sorusuna verilen cevap ile bağlantılı olarak birtakım talepler gündeme gelebilir. Mülkiyet hakkının geçmişe etkili olarak kazanıldığı kabulü halinde<sup>933</sup>, mülkiyet hakkının zamanaşımını süresinin işlemeye başladığı andan itibaren var olduğu kabul edileceğinden, idarenin zilyetliği meşru/haklı zilyetlik olarak kabul edilecek ve eski zilyedin herhangi bir talebi gündeme gelemeyecektir. Ancak aksi görüş uyarınca<sup>934</sup>, mülkiyet hakkının TMK m. 713'teki şartların kümülatif olarak gerçekleştiği andan itibaren geleceğe etkili olarak iktisap edildiğinin kabulü halinde, zilyet olan idare, yirmi yıllık zamanaşımı süresi doluncaya kadar haksız zilyet konumunda olacaktır. Bu çerçevede de haksız zilyet olan idare, iyiniyetli ya da kötünüyetli olma durumuna bağlı olarak TMK m. 993-995'teki talepler ile karşı karşıya kalabilecektir.

### 1.3. Zilyetlik ile İlgili Hükümler Uyarınca Kamulaştırmasız Elatma

Zilyetlik ve zilyetlik ile ilgili hükümler, Türk Medeni Kanunu m. 973-996 hükümleri arasında düzenlenmektedir. TMK m. 973/1'de, “*bir şey üzerinde fiili hâkimiyeti bulunan kişi*”, zilyet olarak tanımlanmaktadır. Kanun'daki bu ifade, zilyetlik olgusunu bütünüyle izah edebilecek içerikte değildir. Şey üzerinde zilyetlik, eşya ile zilyet arasındaki ilişkiyi dışarıdan görünebilir kılan (corpus) maddi unsur ile zilyedin eşya üzerinde hâkimiyet kurma iradesini (animus possidendi) ifade eden manevi unsurun varlığını gerektirmektedir.

Maddi unsur, eşya üzerinde fiilen hâkim olma hususunu gösteren maddi bağı ifade etmektedir<sup>935</sup>. Eşya üzerindeki fiili hâkimiyet, hayat tecrübelerine, eşyanın ekonomik tahsis amacına göre değişebilecek nitelikte, eşya ile kişi arasında geçici olmayacak mahiyette devamlılık arz eden ve herkes tarafından anlaşılabilir

<sup>933</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s.767, 226; Akipek/Akıntürk, s.502-503; Özen, s.59-60. Feyzioğlu, mülkiyet kazanımının geçmişe veya geleceğe etkili olmasından bağımsız olarak, bu halde eski malikin şeyin iade veya tazmini talep etme hakkını yitirdiğinden hareketle haksız zilyetlikteki iade talebinin fer'i niteliğindeki diğer taleplerin talep edilmesinin mümkün olmadığını belirtmektedir. Feyzioğlu, s.336-340.

<sup>934</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.456; Yağcıoğlu, s.152; Şölen Külâhçı Serengil, “Olağanüstü Kazandırıcı Zamanaşımı Yoluyla Taşınmaz Mülkiyetinin Kazanılması”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. LXVIII, S.1-2, 2010, s.239-241. Bkz. Yargıtay 8. HD 2013/10449 E., 2014/7693 K., 18.4.2014 T. karar; Yargıtay 8. HD 2011/1697 E., 2011/6932 K., 12.12.2011 T. karar; Yargıtay 8. HD 2011/7122 E., 2012/3853 K., 7.5.2012 T. karar; Yargıtay 8. HD 2014/14393 E., 2015/6671 K., 24.3.2015 T. karar ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 23.12.2020).

<sup>935</sup> Bkz. Akipek/Akıntürk, s.109-112; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s.39-42; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.47-48; Sirmen, s.40; Mehmet Ayan, **Eşya Hukuku I - Zilyetlik ve Tapu Sicili**, Konya, Mimoza Yayınları, 2015, s.47-48.



mahiyette mekânsal manada maddi bir ilişkinin varlığını gerektirmektedir<sup>936</sup>. Fiili hâkimiyet, şeyi salt elde bulundurmak, maddi etki alanı içerisinde bulundurmak değildir. Eşyadan doğrudan doğruya veya dolaylı olarak yararlanabilecek, onu kullanabilecek ve onu dış etki ve müdahalelere karşı koruyabilecek durumda olmak demektir<sup>937</sup>. Taşınır eşya üzerindeki fiili hâkimiyet nispeten görülebilir, algılanabilir, fark edilebilir nitelikte iken taşınmazlarda eşya ile kişi arasındaki maddi bağlantı kendisini doğrudan göstermemektedir. Taşınmaz ile zilyet arasındaki maddi ilişki, sıkı bir yakınlığı gerektirmez. Taşınmazın kullanılması, dış etkilere karşı koruyucu önlemler alınması aracılığıyla maddi bağlantı kendisini dolaylı şekilde gösterebilmektedir. Zilyetliğin tesisi için gereken manevi unsur, şey ile kişi arasındaki sübjektif bağlantıyı ifade etmektedir<sup>938</sup>. Kişinin şey üzerinde fiili hâkimiyeti ele geçirme, ona hâkim olma, eşyayı fiili hâkimiyetinde bulundurma iradesi anlamına gelmektedir<sup>939</sup>. Zilyetlik, bir şey üzerinde iradi bir şekilde fiili hâkimiyeti ele geçirmiş ve bunu kaybetmemiş olmak sebebiyle kişiye haklar bahşeden ve yükümlülükler yükleyen hukuki bir durum olarak tarif edilebilir<sup>940</sup>.

Zilyetlik, bir hakka dayanıp dayanmamasından bağımsız olarak, toplumsal düzen, huzur ve barışın muhafaza edilmesi amacıyla hukuki koruma altında bulunmaktadır. Türk Medeni Kanunu'nda zilyetliğin korunması ile ilgili iki imkân bulunmaktadır. Bunlardan biri, zilyedin, kuvvet kullanarak zilyetliğinin ihlal edilmesine karşı koyması (TMK m. 981), diğeri ise zilyetliğin dava yoluyla korunması (TMK m. 982-984) şeklinde ifade edilebilir. Zilyetliği koruyucu düzenlemeler,

<sup>936</sup> Bkz. Akipek/Akıntürk, s.110-112; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s.39-41; Sirmen, s.40-41; Ayan, Eşya Hukuku I, s.47-48.

<sup>937</sup> Konu hakkında anlatımlar için bkz. Akipek/Akıntürk, s.109-110; Sirmen, s.40-41.

<sup>938</sup> Manevi unsur ile ilgili çeşitli kanaatler için Akipek/Akıntürk, s.112-116; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s.42-48; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.48-52; Sirmen, s.42-44; Ayan, Eşya Hukuku I, s.48-51; Aydın Aybay/Hüseyin Hatemi, **Eşya Hukuku**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2014, s.33.

<sup>939</sup> Fiilen hâkim olma iradesi, hukuki işlem olmayıp maddi fiil niteliğindedir. Hukuki işlem veya hukuki işlem benzeri işlem niteliğinde olmadığından zilyet olma iradesinin geçerli olabilmesi için zilyet olan kişinin ayırt etme gücüne sahip olması yeterlidir. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s.45; Akipek/Akıntürk, s.116; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.48, dn.11; Sirmen, s.43; Ayan, Eşya Hukuku I, s.50.

<sup>940</sup> Ayan, Eşya Hukuku I, s.46'da, zilyetlik, "*kişi ile eşya arasındaki bilinçli bir şekilde kurulup sürdürülen fiili hâkimiyet ilişkisinden kaynaklanan ve kişi lehine birtakım hak ve yetkilerle aleyhine bazı ödevler getiren hukuki bir durum*" olarak tarif edilmektedir. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 48'de, zilyetlik, "*bir şeyde fiili hâkimiyeti ele geçirmiş ve onu kaybetmemiş olmak*" şeklinde ifade edilmektedir. Bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 51. Akipek/Akıntürk, s.109'da, zilyetlik olgusunu "*fiili hâkimiyet olgusu ile bundan doğan zilyetlik hakkı*" şeklinde tarif etmektedir.

zilyetliğe yönelik müdahaleyi “*gasp*” ve “*saldırı*” şeklinde bir ayrıma tabi tutmaktadır<sup>941</sup>. Gasp, zilyedin zilyetliğinin, kanunun verdiği yetki dışında veya zilyedin rızası olmaksızın sona erdirilmesidir. Saldırı, zilyedin fiili hâkimiyetini gereği gibi kullanmasına kanunun verdiği yetki dışında veya zilyedin rızası olmaksızın engel olunması olarak ifade edilebilir. TMK 981. maddesi 1. fıkra, zilyede, zilyetliğine yönelik gasp ve saldırı niteliğindeki eylemleri kuvvet kullanarak defetme hakkı verirken, 2. fıkra, gasp halinde zilyede eşyasını derhal kuvvet kullanarak geri alma hakkı (taşınmazlarda elatani kovarak, taşınırlarda ise elden alarak) vermektedir<sup>942</sup>. TMK m. 982, gasp halinde eşyanın geri verilmesi ve zararın tazmin edilmesi imkânını<sup>943</sup>, TMK m. 983 ise zilyetliğe yönelik saldırının sona erdirilmesi, saldırıya sebebiyet verecek olayın önlenmesi ve saldırı sebebiyle doğacak zararın karşılanması imkânını tanımaktadır<sup>944</sup>. Gasp veya saldırı halinde zilyet, bu dava haklarını, TMK m. 984’te belirtilen süreler içerisinde, fiili ve faili öğrenmesinden itibaren iki ay ve herhâlde fiilden itibaren bir yıl içerisinde kullanmalıdır; aksi halde dava açma hakkı düşer.

Zilyetlik, taşınırlarda mülkiyet hakkının varlığına karine (TMK m.985) iken taşınmazlarda maddi ilişkinin görünürlüğünün zayıflığı sebebiyle böyle bir sonuç doğurmaz. TMK m. 992/1 uyarınca, tapuya kayıtlı taşınmazlarda, tapu sicilinde adına tescil kaydı bulunan kişi, hak karinesinden ve TMK m. 981-984 hükümlerinde zikredilen zilyetliğin sağladığı korumadan yararlanabilecektir<sup>945</sup>. Tapu sicilinde adına tescil kaydının bulunması, aksi ispat edilinceye kadar, ilgilinin, taşınmaz üzerinde, sicile kaydedilmiş ayni veya şahsi hak sahibi kabul edilmesi sonucunu doğurduğu gibi ilgiliye fiili hâkimiyetten bağımsız olarak zilyetliği koruyucu hukuki imkânlardan faydalanma yetkisi vermektedir. Maddenin 2. fıkrası ise, 1. fıkroda, tapu sicilinde

<sup>941</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.81-82; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s.102-103; Akipek/Akintürk, s.179-181; Sirmen, s.67; Ayan, Eşya Hukuku I, s.88-89.

<sup>942</sup> Konu ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.81-85; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s.102-113; Akipek/Akintürk, s.178-183; Sirmen, s.67-71; Ayan, Eşya Hukuku I, s.88-95; Aybay/Hatemi, s.50.

<sup>943</sup> Konu ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.86-87; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s.113-119; Akipek/Akintürk, s.185-188; Sirmen, s.71-72; Ayan, Eşya Hukuku I, s.100-102; Aybay/Hatemi, s.52-53.

<sup>944</sup> Konu ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.87-89; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s.119-125; Akipek/Akintürk, s.189-190; Sirmen, s.73-74; Ayan, Eşya Hukuku I, s.96-98; Aybay/Hatemi, s.54.

<sup>945</sup> TMK m. 992/1’deki düzenleme ile taşınırlarda zilyetliğe bağlanan hak karinesi işlevi, taşınmazlarda tapu sicilindeki kayda bağlanmış olmaktadır Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s.204; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.112-113; Sirmen, s.94.

adına kayıt bulunan kişiye hasredilmiş izlenimi uyandıran zilyetliği koruyucu dava açma imkânının uygulama alanını, sicilde hak sahibi olarak gözükmeyen ancak taşınmazın zilyedi olan kişileri de kapsayacak şekilde ele almaktadır. Tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlarda da zilyetlik, taşınmaz üzerinde mülkiyet ya da sicile kaydedilebilen diğer bir ayni veya şahsi hakkın sahibi olunduğuna dair hak karinesi işlevini görmemekte, sadece zilyetliğin korunması amacıyla kuvvet kullanma ve zilyetliği koruyucu davaları açma yetkisi vermektedir<sup>946</sup>.

Kamulaştırmasız elatmanın fiili elatma modelinde, elatmaya konu olan taşınmaz üzerindeki zilyetliğine müdahale edilmekte ve zilyedin, taşınmaz üzerindeki fiili hâkimiyetine son verilmektedir. Hukuki elatma halinde ise doğrudan doğruya zilyetliğe yönelik herhangi bir gasp veya saldırı fiili bulunmamaktadır. Bu sebeple de hukuki elatma olgusunu, zilyetlik ile ilgili hükümler açısından değerlendirmeyeceğiz. Fiili elatma olgusunun zilyetliği koruyucu hükümler açısından değerlendirilmesinde de, zilyedin, tapuda adına tescil kaydı bulunan kimse olup olmadığı ayrımını kullanacağız.

### **1.3.1. Fiili Elatmanın, Tapuda Adına Tescil Kaydı Bulunan Kişi Açısından Zilyetliği Koruyucu Hükümler Uyarınca Değerlendirilmesi**

TMK m. 992 hükmü gereğince, tapuya kayıtlı taşınmazlarda, zilyetlikten doğan kuvvet kullanma ve dava açma haklarından, kural olarak, tapu sicilinde adına tescil kaydı bulunan kişi yararlanmaktadır<sup>947</sup>. Bu çerçevede mülkiyet, sınırlı ayni hak veya şerh edilebilir kişisel haklarla ilgili tapu sicilinde adına tescil kaydı bulunan kişi

<sup>946</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.113; Sirmen, s.95. *Yargıtay*, çoğu kararda, tapuya kayıtlı bulunmayan taşınmazların devri ile ilgili uyumsuzlukları “*taşınır eşya*” hükümlerine tabi tutmakta ve zilyetliğin devri suretiyle devredilebileceklerini kabul etmektedir. Bkz. *Yargıtay* 20. HD, 2019/2573 E., 2019/4356 K., 24.6.2019; *Yargıtay* 1. HD., 2016/10755 E., 2019/3916 K., 19.6.2019T. karar; *Yargıtay* HGK, 2013/7-1463 E., 2015/779 K., 21.1.2015 T. karar ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), 29.9.2019). *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, *Yargıtay*’ın bu kanaatinin pratik icap ve ihtiyaçlara cevap verdiğini, bu çerçevede TMK m. 989-991 hükümlerinin tapusuz taşınmazlar için de uygulanabileceğini, ancak taşınır davasına özgü olduğunu belirttiği TMK m. 988 uyarınca emin sıfatıyla zilyetten iktisabın korunmasına dair kuralın, tapusuz taşınmazlar için uygulanmasını eleştirmektedir. *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, s.204-205. *Akipek/Akıntürk*, zilyetliğin ayni hakka karine olma özelliğinin, taşınırlar ile tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlar için söz konusu olduğu ifade etmektedir. *Akipek/Akıntürk*, s.165, 179.

<sup>947</sup> “*Adına tescil kaydı bulunan kimse*” ifadesindeki tescil, tescil edilebilen bütün ayni haklar ile tapu siciline şerh edilebilecek şahsi hakları da kapsamaktadır. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.112, dn.270.

zilyetliğin korunmasına yönelik imkânlardan faydalanabileceklerdir.

*Yargıtay ve doktrinin çoğunluğu*<sup>948</sup>, TMK m. 992 uyarınca, tapuya kayıtlı taşınmaz üzerindeki zilyetlik tamamen gasbedilmiş olsa da tapuda adına kayıt bulunan kişinin zilyetliğinin devam ettiğini, zilyetlik devam ettiği müddet zarfında da istihkak davası açılmayacağı, elatmanın önlenmesi davasının açılabilceğini kabul etmektedir. Fiili elatma halinde idare, kamu yararı amacıyla veya kamu yararı amacı gözetmeksizin, kamu gücü kullanarak taşınmazın tamamı veya bir kısmı üzerinde, zilyedin fiili hâkimiyetini sona erdirmekte ve kendi fiili hâkimiyetini kurmaktadır. Bu çerçevede tapuda adına tescil kaydı bulunan kişi açısından fiili elatma, fiili hâkimiyetini sona erdirse de, onun zilyetliğini sona erdiren, ortadan kaldıran bir olgu olarak değerlendirilmez. Fiili elatma halinde, taşınmaz zilyetliğine yönelik müdahaleyi, saldırı olarak adlandırmak mümkündür.

İdarenin, zilyedin, zilyetlik gereği sahip olduğu hak ve yetkilerini gereği gibi kullanmasına engel olması şeklindeki müdahalesi, kamu yararı amacı taşısa da taşımaya da, zilyedin rızasının olmadığı, Anayasa ve ilgili Kanun hükümlerine aykırılık teşkil eden bir eylemdir. Bu sebeple de elatma eylemi aracılığıyla zilyetliğe yapılan müdahalenin, haklı bir sebebe dayandığı iddiası ileri sürülemeyecektir.

Tapuya kayıtlı taşınmazlarda tapu sicilinde adına hak sahipliğine dair kayıt bulunan malik, sınırlı ayni hak sahipleri veya şerh edilmiş şahsi hak sahipleri, elatma eylemi sırasında olay mahallinde bulunmaları halinde, TMK m. 981 hükmü uyarınca, idarenin elatma eylemine karşı koyma ve elatan idareyi temsil eden ilgilileri derhal taşınmazdan kovma hakkına sahiptir<sup>949</sup>. Ancak idare, söz konusu elatma eylemleri sırasında kamu gücü kullanabilmektedir. Bu halde TBK m. 63/2'deki meşru müdafaa ile hakkını kendi gücüyle koruma hakkının özel bir görünümünü arz eden TMK m. 981'deki karşı koyma ve taşınmazdan çıkarma hakkı kullanımı, kuvvet kullanma yetkisi bulunan idarenin statüsü sebebiyle güçleşecektir. Bu sebeple elatma eylemi sırasında taşınmaz mahallinde hazır bulunan zilyedin, elatma eylemine karşı TMK m. 981'deki haklarını kullanmaması, sessiz kalması, kural olarak, elatma eylemine rıza

<sup>948</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.276; Esener/Güven, s.170; Ayan, Eşya Hukuku II, s.108; Eren, Mülkiyet Hukuku, s.32. Azınlık görüş için bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s.480-482; Sirmen, s.237-238.

<sup>949</sup> Bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.81-83; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s.104-107; Akipek/Akıntürk, s.181-183; Sirmen, s.68; Aybay/Hatemi, s.50; Ayan, Eşya Hukuku I, s.88-93.

gösterildiği şeklinde değerlendirilmemelidir. Ayrıca TMK m. 981'deki hakların kullanımı için elatma eyleminin gerçekleştiği anda taşınmazın bulunduğu mahalde bulunma gerekliliği, bu hakkın kullanımını zorlaştırmaktadır.

Tapu sicilinde adına kayıt bulunan kişi, TMK m. 981'deki kuvvet kullanma hakkını kullanmaz veya kullanamaz ise, zilyetliğe saldırı olduğu iddiası ile idare aleyhine TMK m. 983'te anılan saldırının sona erdirilmesi veya önlenmesi davasını açabilir. Dava, taşınmaza yönelik fiili elatma eylemi niteliğindeki müdahalenin sona erdirilmesine, bu eylem aracılığıyla taşınmaz üzerinde yapılan yapının yıkılması ya da tahsislerin kaldırılması suretiyle elatmanın sonuçlarının kaldırılmasına, sona ermiş bir elatma eyleminin tekrarının önlenmesine veya henüz gerçekleşmemiş olmakla birlikte gerçekleşme ihtimali kuvvetli olan elatma eyleminin önlenmesine yönelik talep şeklinde karşımıza çıkabilecektir<sup>950</sup>. Davanın amacı, zilyetliğe yönelik saldırıyı sona erdirmek ve tekrarını önlemektir. Bu davada, davacının, idarenin müdahalesi öncesinde taşınmaza zilyet olduğunu ve idarenin eyleminin taşınmaz üzerindeki zilyetliğine saldırı niteliğinde olduğunu ispat etmesi yeterlidir. Davada, zilyedin herhangi bir hakka sahip olup olmadığı araştırılmaksızın, idarenin eyleminin zilyetlik yetkilerinin kullanımına etkisine yoğunlaşılacaktır. Saldırının sona erdirilmesi ve önlenmesi davasında saldırıda bulunan idarenin kusurlu olup olmadığı değerlendirilmez<sup>951</sup>. İdare, hataen (veya kusuru olmaksızın) söz konusu taşınmaza elatmış olsa da bu dava ile karşı karşıya kalabilecektir. Zilyet, saldırının sona erdirilmesi istemiyle birlikte veya bağımsız olarak saldırı sebebiyle uğradığı zararın tazminini de talep edebilecektir<sup>952</sup>. Tazminat talebinin söz konusu olduğu hallerde, haksız fiil hükümleri uyarınca, davalı idare hakkında kusura ilişkin değerlendirme yapılacaktır<sup>953</sup>.

<sup>950</sup> Zilyetliğe yönelik saldırının sona erdirilmesi davasında gündeme gelebilecek talepler ile ilgili olarak bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.119; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.87-88; Akipek/Akıntürk, s.189; Sirmen, s.73; Aybay/Hatemi, s.54; Ayan, Eşya Hukuku I, s.96.

<sup>951</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.119; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.89; Akipek/Akıntürk, s.189; Sirmen, s.73; Ayan, Eşya Hukuku I, s.96-97.

<sup>952</sup> Sirmen, tazminat talebinin haksız fiil unsurlarının ispatını gerektirmesi sebebiyle tazminat talebinin ayrı bir dava ile ileri sürülmesinin daha uygun olacağını belirtmektedir. Sirmen, s.74. Ayan, tazminat davasının saldırının önlenmesi davası ile birlikte veya ayrı açılabilirliğini, ancak her iki halde de davanın kendi esasları çerçevesinde yürütüleceği belirtilmektedir. Ayan, Eşya Hukuku I, s.98.

<sup>953</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.119; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.89; Sirmen, s.74; Ayan, Eşya Hukuku I, s.98.

İlgili, TMK m. 984 uyarınca, elatma eylemini ve faili olan idarenin kimliğini öğrenmesinden başlayarak iki ay içerisinde ve herhâlde fiilden itibaren bir yıl içerisinde saldırının sona erdirilmesi veya önlenmesi davasını açmalıdır. Aksi halde dava açma hakkı düşmektedir. Ancak tazminat davası BK m. 60 uyarınca, elatma eylemi ve tazminat sorumlusunun öğrenilmesinden itibaren iki yıllık, herhalükârda elatma eyleminin gerçekleşmesinin üzerinden on yıllık zamanaşımına süresine tabi olacaktır. Zilyetliğin korunmasına ilişkin davalar, adli yargı kolu kapsamında bulunmakta olup, HMK m. 4/I-c hükmü gereğince, sadece zilyetliğin korunmasına yönelik olan davalar olmaları hasebiyle sulh hukuk mahkemesinin görev alanına girmektedir.

### **1.3.2. Fiili Elatmanın, Tapuda Adına Tescil Kaydı Bulunmayan Kişi Açısından Zilyetliği Koruyucu Hükümler Uyarınca Değerlendirilmesi**

TMK m. 992/2'e göre, tapuda adına tescil kaydı bulunmasa da, "*taşınmaz üzerinde fiilî hâkimiyeti bulunan kimse*", gasp veya saldırı halinde zilyetliği koruyucu davaları açma hakkına sahiptir. Bu çerçevede tapuya kayıtlı taşınmazlarda, malik, sınırlı ayni hak sahipleri veya şerh edilmiş şahsi hak sahibi olmayan, tapuda adına tescil kaydı bulunmayan diğer zilyetler (şerh edilmemiş kira sözleşmesindeki kiracı, ortak, yarıcı gibi) ile tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlarda zilyet de zilyetliğe dayalı dava açabilecektir. TMK m. 992 hükmü, tapuda adına kayıt bulunmasa da taşınmaza fiilen hâkim olan kişiye sadece saldırı sebebiyle değil, gasp sebebiyle de dava açma hakkı tanımaktadır. Bu çerçevede bu tür zilyetler açısından fiili elatma, saldırı değil de gasp olarak değerlendirilebilir.

Tapuya kayıtlı taşınmazlarda taşınmaza fiilen hâkim olan kişi ile tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlarda zilyet, fiili elatma halinde, zilyetliğin gasbedildiği iddiası ile TMK m. 981 uyarınca elatma eyleminde bulunan idareye karşı kuvvet kullanarak onu taşınmazdan çıkarma hakkına sahiptir. Ancak bir önceki başlıkta belirttiğimiz, idarenin kamu gücü kullanma yetkisine sahip olması ile ilgili çekincelerimiz, burada söz konusu olacaktır. Zilyet, TMK m. 982 gereğince, zilyetliğini gasbeden idare aleyhine taşınmazın kendisine geri verilmesi suretiyle taşınmaz üzerinde zilyetliğinin tekrar tesisini talep edebilecektir. Zilyetliğin iadesi davasının amacı, zilyetliği kısıtlayıcı ve ortadan kaldırıcı bütün etkilerden ari olarak, taşınmaz üzerindeki

zilyetliğin tekrar tesis edilmek suretiyle taşınmazın önceki zilyede geri verilmesini sağlamaktır. İade davasında, taşınmazı gasbeden idarenin kusurunun varlığına dair bir değerlendirme yapılmamaktadır<sup>954</sup>. Dava kapsamında zilyetliğin gasbedilmesi sebebiyle doğan zararın tazmini de TMK m. 982/3 gereğince talep edilebilmektedir. Tazminata ilişkin talep, haksız fiil hükümleri uyarınca değerlendirilmekte olup, kusura dair değerlendirme, tazminat talebi sebebiyle gündeme gelebilecektir<sup>955</sup>.

## 2. BORÇLAR KANUNU HÜKÜMLERİ UYARINCA KAMULAŞTIRMASIZ ELATMANIN HÜKÜM VE SONUÇLARI

Türk Borçlar Kanunu, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun Beşinci Kitabı olup, onun tamamlayıcısı hükmündedir (TBK m. 646). TMK'nin 5. maddesi bu hususa açıklık kazandırmakta ve “*Bu Kanun ve Borçlar Kanunu'nun genel nitelikli hükümleri, uygun düştüğü ölçüde*<sup>956</sup> *tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanır.*” hükmünü taşımaktadır. Bu çerçevede TBK'nin genel nitelikli hükümleri, mahiyeti uygun düştüğü ölçüde medeni hukuk ilişkilerine doğrudan uygulanabildiği<sup>957</sup> gibi kıyasen uygulamaya da konu olabilecektir.

<sup>954</sup> Bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp, s.116; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.86; Sirmen, s.72; Ayan, Eşya Hukuku I, s.100.

<sup>955</sup> Bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.87, dn.156; Akipek/Akıntürk, s.185; Sirmen, s.72; Ayan, Eşya Hukuku I, s.101; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp, s.115, dn.10c., 116-117.

<sup>956</sup> TMK m. 5'teki “*uygun düştüğü ölçüde*” ifadesinin kıyasen uygulama anlamına geldiği kabul edilmektedir. Konu ile ilgili olarak bkz. M. Kemal Oğuzman/Nami Barlas, **Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2015, s.60-62; Kocayusufpaşaoğlu, s.2-3; Gürzumar, s.138-153. *Oğuzman/Öz*'ün anlatımından ise bu ifadenin doğrudan doğruya ve kıyasen uygulamayı kapsadığı anlamına erişilmektedir. Oğuzman/Öz, Cilt 1, s.1-3. Kıyas yolunun kullanılabilmesi için ya mevcut durum ile ilgili hukuk boşluğunun bulunması gerektiği ya da kanunun açıkça yollama yaparak başka bir hükmün kıyas yoluyla uygulanacağına ilişkin hüküm içermesi gerektiği belirtilmektedir. Aytekin Ataay, **Medeni Hukukun Genel Teorisi, Temel Bilgiler, Genel Kavramlar**, İstanbul, Der Yayınları, 1995, s.207-208; Oğuzman/ Barlas, s.60; Oğuzman/Öz, Cilt 1, s.2, Gürzumar, s.153.

<sup>957</sup> Bkz. Osman Berat Gürzumar, “Türk Medeni Kanunu'nun 5'inci Maddesi ve Özel Hukuk Uygulamasındaki Yeri”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan**, Y. 2006, s.137-138; Oğuzman/ Öz, Cilt 1, s.2. *Kocayusufpaşaoğlu* ise, “*Medeni Kanun'da boşluk bulunan noktalarda, Borçlar Kanunu'nda yer alan genel hüküm doğrudan doğruya ve mekanik bir şekilde değil, söz konusu Medeni Hukuk ilişkisinin niteliğine uygun düştüğü ölçüde ve kıyas yolu ile uygulanacaktır.*” ifadesi ile aksi yöndeki kanaatini belirtmektedir. Necip Kocayusufpaşaoğlu, **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2014, s.3.

Kamulaştırmasız elatma, doğrudan özel hukuk hükümlerine tabi olan mülkiyet hakkına yönelik hukuka aykırı bir müdahale niteliğindedir. Bu müdahalenin taraflar arasında özel hukuka tabi bir borç ilişkisine sebebiyet verip vermediğinin değerlendirilmesi yerinde olacaktır. Daha önce ele aldığımız üzere<sup>958</sup>, fiili elatmada idare ile hak sahibi arasında özel hukuka tabi bir borç ilişkisinin varlığı kabul edilirken, hukuki elatmada kamu hukukuna tabi bir ilişkisinin varlığı kabul edilmektedir. Ancak hukuki elatmanın da fiili elatma ile aynı hukuki nitelendirme üzerinden ele alınabileceği yönündeki kanaatimiz uyarınca, bu başlık altında, hem fiili elatma hem de hukuki elatmanın olası hüküm ve sonuçlarını, TBK'nin genel hükümleri kapsamındaki haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme açısından değerlendireceğiz<sup>959</sup>. İlgili hükümlerin doğrudan mı veya kıyasen mi, nasıl, ne şekilde ve hangi şartlar altında uygulanabileceğini ortaya koymaya çalışacağız. Kamulaştırmasız elatmanın varlığında, Türk Borçlar Kanunu'ndaki haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme kurumları üzerinden hak sahibinin ileri sürebileceği taleplerin, birbiri ile yarıştığı kabul edilebilir.

Bu çalışma ile kamulaştırmasız elatma şeklindeki idarenin hukuka aykırı fiili karşısında malikin, Türk Medeni Kanun'daki mülkiyeti koruyucu mekanizmalar yerine veya bu mekanizmalar yanında tamamlayıcı veya seçimlik hak niteliğinde Türk Borçlar Kanunu'nda hangi koruma mekanizmalarına hangi şartlarda başvurabileceği görülebilecektir. Bu suretle, hak sahibinin kendisi açısından en iyi hukuki koruma ve telafiyi sağlayacak mekanizmayı serbestçe seçmesine hizmet edilecektir. Diğer yandan ise Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerindeki kavram ve kurumların, mülkiyet hakkında mündemiç olan bireysel ve toplumsal menfaatin uyum içerisinde korunmasına hizmet edip etmediği, kamulaştırmasız elatmanın varlığında telafi edici ve/veya önleyici fonksiyon icra etme kabiliyetlerinin olup olmadığı değerlendirilmektedir.

<sup>958</sup> Bkz. I. Bölüm, C., 3.

<sup>959</sup> Kamulaştırmasız elatma olgusunu, Türk Borçlar Kanunu kapsamında sözleşmeden doğan sorumluluk kapsamında ele almadık. Gerek fiili elatma gerekse de hukuki elatma olgularında, idarenin hak sahibinin rızasını aramaksızın yaptığı hukuka aykırı bir müdahale söz konusu olduğu için bu hallerde bir sözleşme ilişkisinden bahsetmek de mümkün olmayacaktır.



## 2.1. Haksız Fiil Hükümleri Uyarınca Kamulaştırmasız Elatmanın Hüküm ve Sonuçları

Haksız fiil, TBK'nin 49-76 maddeleri arasında düzenlenmektedir. TBK m. 49/1, şu hükmü taşımaktadır:

*“Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür.”*

Söz konusu madde, haksız fiil kavramını, bütün boyutları ile tanımlama özelliği göstermemektedir. Ancak bu hükümden hareketle haksız fiil kavramı, hukuka aykırı bir fiil ile kusurlu olarak bir başkasına zarar vermek olarak tarif edilebilir. Bu çerçevede haksız fiilden bahsedebilmek için hukuka aykırı bir fiil, bu fiil ile illiyet bağı içerisinde meydana gelmiş zarar ve bu fiili işleyen kusurlu kişi unsurları kümülatif şekilde birarada olmalıdır<sup>960</sup>.

Haksız fiil ile ilgili genel nitelikteki bilgiler ışığında kamulaştırmasız elatma olgusunu fiili elatma ve hukuki elatma modelleri üzerinden değerlendireceğiz. Bu çerçevede haksız fiilin unsurlarından hareket edilerek kamulaştırmasız elatma neticesinin doğumuna sebebiyet veren idarenin eyleminin hukuka aykırılık niteliği üzerinde durulacağı gibi idarenin eylemi sebebiyle ne tür zararın doğduğu, idarenin bu eyleminden dolayı kusurlu olarak kabul edilip edilemeyeceği, bir kusursuz sorumluluk halinden bahsedilip edilemeyeceği hususları değerlendirilecektir. Bu değerlendirmelerimizin ardından, Türk Hukuku'ndaki yerleşik uygulama baz alınarak haksız fiil hükümleri açısından kamulaştırmasız elatma olgusuna ilişkin kanaatlerimizi paylaşacağız.

### 2.1.1. Hukuka Aykırı Fiil Unsuru Açısından

Hukuka aykırı fiil, hukuki bir değeri koruyan genel davranış kurallarını ihlal eden kişi eylemi olarak ifade edilebilir<sup>961</sup>. Kişi eylemi yapma şeklinde olabileceği gibi

<sup>960</sup> Bkz. Oğuzman/Öz, Cilt 2, s.12; Halûk Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mesuliyet)**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010, s.11; Başak Baysal, **Haksız Fiil Hukuku (BK m.49-76)**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s.49.

<sup>961</sup> Bkz. Oğuzman/Öz, Cilt 2, s.12-21; Tandoğan, s.12-26; Baysal, s.85-104; Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, Beta Yayınları, 2006, s.468-472; Safa Reisoğlu, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, Beta Yayınları, 2013, s.164-165.

yapmama (olumsuz, menfi davranış) şeklinde de karşımıza çıkabilmektedir<sup>962</sup>. Hukuka aykırılık, bütün bir hukuk düzenine aykırılık şeklinde anlaşılmalıdır. Temel hak ve özgürlükler arasında zikredilen ve Anayasa'nın 35. maddesi ile de anayasal güvence altına alınan mülkiyet hakkına yönelik müdahale, ancak 35. maddede zikredilen kamu yararı sebebine dayanarak, kanunla ve Anayasa'nın 13. maddesindeki diğer şartlara riayet etmek suretiyle hukuka uygun sınırlandırma mahiyetinde olacaktır. Bu sınırlandırmaların bir kısmı mülkiyet hakkından yoksun kalma neticesi doğururken diğer bir kısmı mülkiyet hakkını kontrol etmeyi amaçlamaktadır. Bu kriterlere aykırı bir müdahale ise hukuka aykırı olarak nitelendirilecektir.

Fiili elatma halinde, malikin, mülkiyet hakkının kullanılmasının gereği olan taşınmaz üzerindeki zilyetliğine, Anayasa ve kanunlarda öngörülen hukuka uygun sınırlandırma usul ve esaslarına riayet edilmeksizin ve malikin rızası olmaksızın saldırıda bulunulmakta, malikin mülkiyet hakkının kullanımı hukuka aykırı şekilde imkânsızlaşma veya aşırı derecede güçleşmektedir. İdarenin kural olarak, yapma eylemi şeklinde gerçekleşen fiili elatma niteliğindeki müdahalesi, hukuk düzeni tarafından korunan mülkiyet hakkını ve/veya zilyetliği ihlal etmesi sebebiyle hukuka aykırı fiil unsurunu taşımaktadır.

Hukuki elatma halinde ise ilgili kanundaki yetkiye dayanan mülkiyet hakkının kullanımını kontrol eden işlemin gereğinin yapılmaması suretiyle mülkiyet hakkının kullanımı hukuka aykırı şekilde imkânsızlaşma veya aşırı derecede güçleşmektedir. İdare, kural olarak, yapmakla yükümlü olduğu işlem ya da eylemi (kamulaştırma veya diğer bir hukuki yolla kamu mülkiyetine kazandırma) yapmamak suretiyle eylemsiz kalarak müdahalede bulunmaktadır. Bu halde idare, eylemsizliği ile Anayasa ve kanunlarda kendisine verilen mülkiyet hakkını sınırlandırma yetkisinin dışına çıkarak

<sup>962</sup> Oğuzman/Öz, yapmama eyleminin sorumluluğa yol açabilecek bir fiil olarak değerlendirilebilmesi için failin, zarara uğrayan kişiye kaçınılan davranışta bulunma gerekliliğini belirtmektedir. Bkz. Oğuzman/Öz, Cilt 2, s.13, 20-21. *Reisoğlu* da hukuk düzeninin başkasını zarardan korumak için belli tedbirlerin alınmasını, fiillerin yapılmasını öngördüğü hallerde kaçınma eylemini hukuka aykırı fiil olarak değerlendirmektedir. *Reisoğlu*, Borçlar Hukuku, s.165. *Eren* ise yapmama eyleminin, bir şey yapma yükümlülüğünün mevcut olup olmamasından bağımsız olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmekte ve belirli bir hareketin, aktif bir eylem yapılsaydı, sonucun gerçekleşmesini önleyebilecek olması halinde yapmamanın zararlı sonuç için fiil değerini taşıyacağını ifade etmektedir. *Eren*, Borçlar Hukuku, s.470-472. *Tandoğan* da mahkeme içtihatları ve doktrin üzerinden olumsuz hareket mefhumunu izah etmektedir. Bkz. *Tandoğan*, s.13-17.

hukuk düzeni tarafından korunan mülkiyet hakkını ihlal etmektedir. Hukuki elatma eylemi, bu bakış açısından hukuka aykırı fiil özelliğini taşımaktadır.

TBK m. 63 ile TMK m. 24/2'deki hukuka uygunluk sebeplerinin (kanunun verdiği yetkiye dayanma, zarar görenin rızasının varlığı, üstün nitelikteki özel veya kamusal yarar, haklı savunma, hakkını kendi gücüyle koruma ve zorunluluk hali), fiili veya hukuki elatmadaki hukuka aykırılığı kaldırabilecek bir tesire sahip olup olmadığını değerlendirmemizde fayda olacaktır. Kamulaştırmасız elatma eylemi, Anayasa ve kanunların idareye verdiği yetkinin dışına çıkıldığı, zarar gören taşınmaz malikinin rızasının bulunmadığı ancak kamu yararının söz konusu olabileceği vaka örneklerindendir. Bu çerçevede fiili elatmanın, üstün nitelikteki kamusal yararın varlığı sebebiyle hukuka uygun kabul edilebileceği fikri, Fransız Hukuku'nda dolayısıyla/dolaylı kamulaştırma kavramı ile savunulmuştur<sup>963</sup>. Bu kavram uyarınca, idarenin, özel hukuka tabi taşınmazı, kamulaştırmасızın kamu hizmetine tahsis etmesi halinde, taşınmaz üzerinde idarenin fiili hâkimiyetini kaldırılarak malikin fiili hâkimiyetinin iade edilmesinin kamu zararına sebebiyet vereceği savunularak, malikin ancak mülkiyet hakkının kaybı karşılığında taşınmazın bedelini (kamulaştırma usulleri tatbik edilmeksizin) isteyebileceği kabul edilmektedir. Bu yaklaşımda taşınmaz üzerindeki bireysel menfaat ile taşınmazın kamu hizmetine tahsisi sebebiyle kamunun mevcut veya olası menfaati tartılmakta ve kamu yararına, mülkiyet hakkı karşısında üstünlük tanınmaktadır. Kamulaştırma ile gerçekleştirilmesi amaçlanan kamusal amacın, hukukun öngördüğü usul ve esasa aykırı şekilde kamulaştırmасız elatma yoluyla da olsa gerçekleştirilmiş olmasının, eylemin hukuka aykırılığını kaldıracağı kabul edilmiştir. Ancak Türk Hukuku uygulamasında, Yargıtay'ın 1956/1 Esas, 1956/6 Karar ve 16.05.1956 T. ile Yargıtay'ın 1958/17 E., 1959/15 K., 11.2.1959 T. içtihadı birleştirme kararlarında da ifadesini bulduğu üzere, fiili elatmanın, üstün nitelikteki kamusal yarar sebebiyle hukuka uygun bir eylem olarak telakki edilmesi fikri kabul görmemiştir<sup>964</sup>.

<sup>963</sup> Bkz. I. Bölüm, B., 1. Konu ile ilgili olarak bkz. Onar, s.1558-1562; Oğuzman, s.814-817; Düren, s.71; Gözler, İdare Hukuku II, s.1018-1019; Günday, İdare Hukuku, s.278; Kaplan, Kamulaştırmасız El Koyma, s.130-134; Oğurlu, Fiili Yol, s.67; Ayhan, Dolayısıyla Kamulaştırma, s.1126-1130.

<sup>964</sup> Konu ile ilgili olarak bkz. I. Bölüm, C., 3., 3.1. başlığı altındaki anlatımlarımıza. Türk Doktrini'nde, fiili elatmanın varlığında, eylemin sonuçlarını Fransız Hukuku'ndaki dolayısıyla/dolaylı kamulaştırma kavramı üzerinden veya bu kavrama yansıyan yaklaşım üzerinden ele alan görüş sahipleri bulunmaktadır. Bkz. Gözler, İdare Hukuku II, s.1015-1024;

TMK 722-724. maddelerinde düzenlenen haksız yapı kurumu ile 725. maddede düzenlenen taşkın yapı kurumu, yapı yapanın, yapının kendine devrine ilişkin menfaatini, kaynakların ekonomik kullanımını sağlayarak kamu yararını üstün tutmak maksadıyla koruyabilmektedir. Ancak her iki kurumda da yapı yapanın, bu yönde bir talepte bulunarak müdahalesini meşru kılabilmesi için kamu yararının varlığı yeterli değil, yapı yapanın iyiniyetli olması da gerekmektedir.

İdarenin mülkiyet hakkını kontrol etme amacını güden imar planı gibi işlemleri ile kamu hizmetine tahsis edilen taşınmazlar kullanılamamakta, semerelerinden faydanılamamakta, tasarruf işlemlerine konu olamamaktadır. Bu netice, ancak idarenin mülkiyet hakkından yoksun bırakma neticesi doğuracak kamulaştırma, düzenleme ortaklık payı gibi işlemleri ile gerçekleştirilebilecek bir netice olmasına rağmen imar planının gereğinin yapılmaması sebebiyle doğmaktadır. İdareler de yoksun bırakma tipi işlemleri yapmamasının sebebi olarak ödenek yetersizliğini ileri sürebilmektedir. Ödenek yetersizliği, kamu personelinin nicelik veya nitelik açısından yetersizliği, düzenleme alanında hazineye ait taşınmazın bulunmaması veya yeterli taşınmazın bulunmaması gibi sebepler, idarenin eylemindeki hukuka aykırı kaldırabilecek sebepler olarak telakki edilemez.

Maliki mülkiyet hakkından yoksun bırakacak şekilde kamu gücü ile donatılmış idarenin, Anayasa ve kanunlar ile kendisine verilen yetkinin dışına çıkarak mülkiyet hakkına müdahale etmesi, o kadar açık ve kesin hukuka aykırılık içermektedir ki, kamu yararı veya yetememe, yapamama gibi idarenin içerisinde bulunduğu olumsuz koşullar, bu eylemi hukuka uygun kılmak için yeterli olmamalıdır. Aksi bir düşünce, idarenin hukuka bağlılığı anlamına gelen ve bunu garanti eden hukuk devleti temel ilkesinin ihlali anlamına gelebilecektir.

### 2.1.2. İlliyet Bağı İçerisindeki Zarar Unsuru Açısından

Hukuka aykırı nitelikteki eylem, uygun illiyet bağı içerisinde zarar doğumuna sebebiyet vermiş olmalıdır<sup>965</sup>. Zarar, kişinin malvarlığında veya şahısvarlığında istem dışı gerçekleşen azalma olarak ifade edilir. Malvarlığındaki istem dışı azalma maddi

Onar, s.1561-1562; Yazıcıoğlu, Kamulaştırmasız El Atma, s.117-118; Ayhan, Dolayısıyla Kamulaştırma, s.1148.

<sup>965</sup> Bkz. Oğuzman/Öz, Cilt 2, s.39-44; Tandoğan, s.64-68; Eren, Borçlar Hukuku, s.472-487; Reisoğlu, Borçlar Hukuku, s.170.

zarar olarak ifade edilirken şahısvarlığının hasara uğraması ise manevi zarar olarak ifade edilmektedir. Maddi zarar kendi içerisinde fiili zarar ve yoksun kalınan kâr şeklinde ele alınmaktadır<sup>966 967</sup>. Bu yaklaşım ile hukuka aykırı fiil gerçekleşmemiş olsaydı malvarlığının içerisinde bulunacağı değer ile hukuka aykırı fiil sonucu malvarlığının içerisinde bulunduğu değer karşılaştırılmaktadır. Kişinin şahısvarlığında, diğer bir deyişle kişilik haklarında meydana gelen zarar da manevi zarar olarak anılmaktadır.

Fiili elatma halinde taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkı sahipliği devam etmesine rağmen malikin veya zilyedin taşınmazın tamamı veya bir kısmı üzerindeki zilyetliğine saldırılarak fiili hâkimiyeti sona erdirilmektedir. Bu suretle malik, mülkiyet hakkının kendisine bahsettiği yetkileri, zilyet de zilyetliğinin sağladığı yetkileri gereği gibi kullanamamaktadır. Malikin/zilyedin malvarlığı kapsamında ele alınabilecek yetkilerini kullanamaması, sahip olduğu menfaatlerinin rızası dışında ihlal edilmesi neticesi, malvarlığında rıza dışı azalma olarak telakki edilebilir.

Zarar çeşitlerini dikkate aldığımızda, fiili elatma halinde malik veya zilyedin çoğunlukla mahrum kalınan kâr olgusu ile karşı karşıya kalacağını belirtmeliyiz<sup>968</sup>.

<sup>966</sup> Normatif zarar adı altında Alman Hukuku'nda tartışılan zarar kalemi, Türk Hukuku'nda uygulama imkânı bulamamıştır. Alman Hukuku'nda taraftar bulan normatif zarar teorisi, nesnenin maddi değerinden bağımsız olarak kullanım değerini, tatil süresinden ya da boş vakitten yararlanma gibi değerleri malvarlığına dâhil değerler olarak kabul etmekte ve bu değerlere ilişkin kayıpları (boş vakitten yararlanamama, tatil yapamama gibi) maddi zarar kapsamında ele almaktadır. Bkz. Halûk Burcuoğlu, “Haksız Eylem Sorumluluğu Çerçevesinde Bir Nesnenin Kullanım Olanağından Yoksun Kalınmasının Malvarlıksal Zarar Sayılması”, **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y.1984, C.2, S.2, 163-170; Oğuzman/Öz, Cilt 2, s.42-43, dn.101-102; Oğuzman/Öz, Cilt 1, s.389-390; Serozan, İfa-İfa Engelleri-Haksız Zenginleşme, s.206; Eren, Borçlar Hukuku, s.475.

<sup>967</sup> TMK m. 993-995 hükümleri çerçevesinde kötüniyetli haksız zilyedin ecrimisil sorumluluğu, Alman Hukuku'nda geliştirilen normatif zarar teorisinin Türk Hukuku'ndaki uygulama örneği olarak ifade edilebilir. *Burcuoğlu*, kullanım olanağının malvarlıksal bir değer ve bu olanaktan yoksun kalmanın malvarlıksal bir zarar olarak kabulünün hukuk sistemimize yabancı olmadığını, TMK m. 995'e (Eski TMK m. 908) göre, kötüniyetli zilyedin hak sahibine eşyayı ve eşyadan elde ettiği semereleri iade etmek, hak sahibinin eşyayı elinde bulundurmaması sebebiyle uğradığı zararı, mala verdiği zararı gidermek ve nihayet elde etmeyi ihmal ettiği semereler için ayrıca tazminat ödemekle yükümlü tuttuğunu belirtmektedir. *Burcuoğlu*, s.170-171.

<sup>968</sup> Yargıtay HGK 2013/1084 E., 2014/525 K., 16.4.2014 T. kararda, “*Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık, eski hale getirilme bedelinin tahsiline karar verilmesine rağmen, yapılan kanaldan dolayı taşınmazın ikiye ayrılması nedeniyle hükmedilen tazminatın, taşınmazın kanal açılması nedeniyle değer kaybına uğrayacağı gerekçesi ile mi, yoksa kanalın eski hale getirilmesine kadar olan dönem için meydana gelen ürün kaybı ve maliyet artışlarına ilişkin gerçek zarar mı olduğu noktasında toplanmaktadır. Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, özellikle mahkemece hükme esas alınan ziraatçı bilirkişi raporunda tespit edilen zararın, kanalın açılması nedeniyle maliyet artışı ve ürün kaybı toplamından ibaret olduğu, taşınmazlarda meydana gelen değer azalışı ile ilgili herhangi bir hesaplama yapılmadığı, kanal eski hale getirildiğinden, kanalın*

Taşınmazın yola kalbedilmesi, okul, park veya kamusal menfaate hizmet eden diğer herhangi bir amaca fiilen tahsis edilmesi sebebiyle taşınmazdan yararlanamaması, maddi veya hukuki işlemlere konu yapamaması, devredememesi, taşınmazdan elde edilebilecek kazançtan mahrum kalma neticesini doğurabilecektir. Fiili elatma sebebiyle malik ya da zilyet, taşınmazı kullanamadığından barınmak ya da elatma sebebiyle ek bir masraf yapmak durumunda kalmış ise malvarlığının pasifinde fiili bir artıştan da bahsedebiliriz. Malvarlığının aktifinde azalma şeklindeki bir zarar olgusu ise fiili elatma sırasında taşınmaz malikinin/zilyedinin, taşınmazın bütünleyici parçası veya eklentisi niteliğinde olsun veya olmasın herhangi bir malvarlığı değerinin tahrip edilmesi (taşınmaz üzerindeki kulübenin yıkılması, taşınmazın kullanım amacı doğrultusunda verimliliğini yitirmesi, tarladaki ekinlerin veya meyvelerin telef olması gibi taşınmaz cevherinin zarar görmesi) şeklinde karşımıza çıkabilmektedir<sup>969</sup>.

Hukuki elatma halinde ise malik, mülkiyet hakkının kendisine bahsettiği yetkilerin bir kısmını veya tamamını kullanamayarak mülkiyetinden yoksun kalma neticesi ile karşı karşıya kalmaktadır. Malik, kural olarak taşınmazın zilyetliğini elinde bulundurmakla birlikte ondan yararlanamama, maddi veya hukuki işlemlere konu yapamama, devredememe sebebiyle olası kazançtan mahrum kalabilmektedir. Diğer yandan taşınmazın bütünleyici parçası veya eklentisi niteliğinde olsun veya olmasın malikin malvarlığına dâhil değer, elatma ile illiyet bağı içerisinde tahrip olması söz konusu olabilecektir. Sit alanındaki bir taşınmaza, bakım ve onarımı için gerekli izinlerin verilmemesi evin damının düşmesi, ahırın yıkılması gibi taşınmazın cevherinin zarar görmesine sebebiyet verebileceği gibi taşınmaz için ilave masraflar yapmak da fiili zararın doğumuna sebebiyet verebilecektir. Benzer şekilde kiracı konumundaki zilyedin taşınmazı kullanmasına engel olunmamakla birlikte kiracı sıfatı ile taşınmazda yapmak istediği onarım/değişim girişimlerine sit alanı gerekçesiyle engel olunması sebebiyle yıpranan merdivenin çökmesinden kaynaklı fiili zarar gündeme gelebilecektir. Hukuki elatma sebebiyle malik ya da zilyedin, taşınmazı

---

*eski hale getirilmesine kadar olan dönem için meydana gelen ürün kaybı ve maliyet artışları ile kanalın doldurulma maliyeti tazminat hesabında dikkate alındığı, dava konusu taşınmazların değer azalışı ile ilgili herhangi bir tazminata hükmedilmemiş olduğundan Yerel Mahkemenin direnme kararı yerindedir.”* şeklinde karar verilmiştir ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 26.8.2020).

<sup>969</sup> Yargıtay 5. HD 2013/3044 E., 2013/7780 K., 18.4.2013 T. kararda, “*Arazi niteliğindeki taşınmazın yol olarak elatılan kısmına yönelik elatmanın önlenmesine ve el atılan kısımda bulunan kuyu ve ağaç bedellerinin tahsiline karar verilmesinde bir isabetsizlik görülmemiştir.*” şeklinde karara varılmıştır ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 27.8.2020).

kullanamaması sebebiyle harcama yaptığı durumlarda da fiili zarar söz konusu olabilecektir.

Zarar kalemleri arasında, haksız zilyedin eşyayı kullanması sebebine dayanılarak salt kullanım menfaatinin tazminine hizmet eden ecrimisil de yer alabilmektedir<sup>970</sup>. Fiili elatma halinde, Yargıtay<sup>971</sup>, hak sahibinin, taşınmaz üzerindeki fiili hâkimiyetini kaybetmesi sebebiyle taşınmazı salt kullanamamasını değil, idarenin bedel davasında dava tarihinden önceki süreçte, elatmanın önlenmesi davasında ise elatma sürecince kullanıma elverişli bir alanı kullanmasını bir zarar kalemi olarak kabul etmektedir. Hukuki elatmanın varlığında ise Danıştay<sup>972</sup>, taşınmaz üzerindeki fiili hâkimiyetin ortadan kaldırılmaması, taşınmazın kullanımının engellenmemesi sebebiyle ecrimisil talebine konu olabilecek bir zararın bulunmadığını kabul etmektedir.

Gerek fiili gerekse de hukuki elatma halinde idarenin hukuka aykırı eylem ile karşı karşıya kalan, taşınmazını, kendisi ile eşit imkânlarla sahip özel hukuk kişinin eylemi sebebiyle değil, kamu hukukuna tâbi tüzel kişinin eylemi sebebiyle fiilen veya hukuken kullanamayan malikin/zilyedin, manevi zarara uğradığının kabulü yerinde olacaktır. Anayasa Mahkemesi de *Şevket Karataş*<sup>973</sup> kararında, kamulaştırmасız elatma vakalarında manevi zararın tazmini gibi çeşitli yaptırım modellerinin kullanılması gerektiğini vurgulamıştır.

### 2.1.3. Kusur Unsuru Açısından

Maddi ve/veya manevi zararın doğumuna sebebiyet veren hukuka aykırı fiili işleyen kişinin kusurlu olması gerekmektedir<sup>974</sup>. Kamulaştırmасız elatma eyleminde

<sup>970</sup> Ecrimisil sorumluluğu, nesnenin salt maddi değerinden ayrı olarak kullanım menfaatini de malvarlığına dâhil eden normatif teorinin, Türk Hukuku'na kısmi bir yansıması olarak kabul edilebilir. Bkz. II. Bölüm, C., 1., 1.4.

<sup>971</sup> Konu ile ilgili olarak bkz. II. Bölüm, C., 1., 1.4.

<sup>972</sup> Konu ile ilgili olarak bkz. II. Bölüm, C., 2., 2.2.

<sup>973</sup> AYM *Şevket Karataş* kararında, "... Dolayısıyla temel bir hak olarak güvence altına alınan mülkiyet hakkının ihlaline sebebiyet veren kamulaştırmасız el atma uygulaması ülkemizde yapısal bir sorun teşkil etmektedir. Buna karşılık derece mahkemelerince yalnızca kamulaştırma bedelinden ibaret olan maddi tazminata hükmedilmesi ve manevi tazminat gibi başka yaptırımların uygulanmaması idarelerin olağan kamulaştırma usulüne başvurmak yerine kamulaştırmасız el atma uygulamasını tercih etmesine yol açmaktadır." ifadesine yer verilmiştir. Bkz. AYM *Şevket Karataş*, 2015/12554 B. No., 25.10.2018 T. karar, prg.68-70.

<sup>974</sup> Bkz. Oğuzman/Öz, Cilt 2, s.54-65; Tandoğan, s.45-54; Baysal, s.55 vd.; Eren, Borçlar Hukuku, s.529-544; Reisoğlu, Borçlar Hukuku, s.171-174.

bulunan idare, kamu hukukuna tâbi tüzel kişi niteliğindedir. Bir tüzel kişi nezdinde haksız fiil sorumluluğunun doğabilmesi için, kural olarak, tüzel kişinin organı nezdinde haksız fiilin unsurlarının gerçekleşmesi gerekmektedir. İdarenin organı tarafından yapma ya da yapmama şeklinde gerçekleştirilen fiilin hukuka aykırı olması, bu fiil ile uygun illiyet bağı içerisinde zararın doğması ve organın kusurlu olması, diğer bir deyişle kendisinden beklenen özeni göstermemiş olması gerekmektedir.

Tüzel kişinin organı, tüzel kişinin iradesinin oluşmasını ve açıklanmasını sağlayan, tüzel kişinin örgütü içerisinde yer alan kişi ya da kişi toplulukları olarak ifade edilebilir<sup>975</sup>. TMK m. 49 gereğince kanun ve kuruluş belgelerine göre gerekli organlara sahip olan tüzel kişi fiil ehliyetine sahip olur. Kanun ve kuruluş belgelerine göre kurulan organların, TMK m. 50/2'deki “*diğer bütün fiilleri*” kapsamında işledikleri haksız fiillerden tüzel kişi borç altına girebilecek, sorumlu olabilecektir<sup>976</sup>. Kanun ve kuruluş belgelerinde zikredilen organlar dışında (şekli organ), tüzel kişinin amacının gerçekleşmesi için sürekli olacak şekilde tüzel kişinin iradesinin oluşumunu veya bu iradenin uygulanmasını sağlayan kişi ya da kişi topluluklarının da fiili organ sıfatı ile organ kabul edilmesi fikri, doktrin ve yargı kararlarında kabul görmektedir<sup>977</sup>. Bu çerçevede fiili elatmayı gerçekleştiren veya hukuki elatma neticesini doğuran işlem/eylemde bulunan kişi, şekli organ olmasa da fiili organ teorisi uyarınca idarenin haksız fiil sorumluluğuna sebebiyet verebilecektir. İlgili Belediye Meclisi ve Belediye Encümeni, ilgili Bakanlık ya da diğer bir kamu hukukuna tabi tüzel kişinin organ sıfatını haiz biriminin, gerekli özeni göstermediği için kamu hizmetine tahsis edilen taşınmazın kamu mülkiyetine kazandırılması için gerekli işlemleri yapmayarak eylemsiz kalması veya kamu mülkiyetine kazandırılmaksızın taşınmaza fiilen elatması sebebiyle hak sahibinin uğradığı zarar karşısında idarenin haksız fiil sorumluluğu doğabilecektir

<sup>975</sup> Mustafa Dural/Tufan Öğüz, **Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2013, s.250; Oğuzman/Öz, Cilt 2, s.62.

<sup>976</sup> Bkz. Dural/Öğüz, s.258-260.

<sup>977</sup> Bkz. Dural/Öğüz, s.252-253; Oğuzman/Öz, Cilt 2, s.62-63. Dural/Öğüz, s.253'e göre, “*Kanaatimce de fiili organ kavramının kabul edilmesiyle tüzel kişilerde organ kavramının ve böylece tüzel kişilerin sorumluluk alanının genişletilmesi, günümüz tüzel kişilerin organizasyonlarının ulaştıkları büyüklük, tüzel kişilerin örgütlenmesinde bu suretle merkezle olan hiyerarşik bağın zayıflaması ve sosyal ilişkilerde yaşanan çok yönlülük itibarıyla olumlu karşılanmalıdır.*”.



İdarenin organının kusurlu olup olmadığının belirlenmesinde, ölçü olarak ele alınacak özen yükümlülüğünün geniş bir perspektifte ele alınması gerektiği kanaatindeyiz. Sahip oldukları kamu gücü gereği, alanında uzman bir kişiden beklenen özenden çok daha geniş bir özen yükümlülüğünün bulunduğu kabul edilmelidir. Hatta söz konusu özen yükümlülüğünün, sebep sorumluluğuna yaklaşacak şekilde, herhangi bir kurtuluş beyyinesi getirme imkânı tanınmayan objektif özen ölçüsünde bir yükümlülük olarak kabul edilmesi de düşünülmelidir. İdarenin, hukuka uygun hareket etme gerekliliklerini açık ve bariz bir şekilde ihlal ettiği kamulaştırmaksız elatma vakasında kusur aranmaksızın sorumlu olması gerekmektedir.

Objektif özen kriteri, bir şey veya şahıs hakkında kendisine kanuni özen vazifesi yükletilen kimsenin, kusuru olmaksızın bu vazifeyi yerine getirmese dahi doğan zarardan sorumlu olması esasına dayanmaktadır<sup>978</sup>. Kusura dayanmayan sorumluluk müessesesinin, hak ve özgürlüklere yönelik sınırlandırıcı etkisi ve kişilere yüklediği sorumluluğun ağırlığı sebebiyle kanunla düzenlenmesi gerektiği kabul edilmektedir<sup>979</sup>. Anayasa'nın 1. maddesindeki hukuk devleti ilkesi ile Anayasa'nın 125/7. maddesindeki “*İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.*” ifadesi birlikte okunduğunda, idarenin, kusur unsurunun varlığından bağımsız olarak sorumlu olabileceğinin kanuni düzeyde de kabul edildiği söylenebilir. Sorumluluğun esası da hukuk devleti ilkesinden doğan hukuka uygun hareket etme hususunda gösterilmesi beklenen objektif özen yükümlülüğüdür. İdarenin özen yükümlülüğünün kapsamı, İdare Hukuku'nda idarenin sorumluluğu mevzuunda kullanılan “*hizmet kusuru*” teorisine ilişkin kriterlerin<sup>980</sup> kıyasen uygulanması suretiyle belirlenebilir. Hizmet kusuru, kamu hizmetinin kuruluşunda, işleyişinde veya organizasyonundaki bozukluk olarak ifade edilebilen ve organ ya da çalışanın kusurundan bağımsız olarak doğrudan doğruya idareye izafe edilebilecek kusur halidir. Hizmet kusuru, Borçlar Hukuku'ndaki kusur kavramından farklı, özerk bir

<sup>978</sup> Tandoğan, s.94.

<sup>979</sup> Oğuzman/Öz, Cilt 2, s.251.

<sup>980</sup> Hizmet kusuru ile ilgili açıklamalar için bkz. Şaşı, s.197-217, Gözler, Cilt 2, s.1084-1087; Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s.162-165; 801-803. *Gözler*, hizmet kusuru kavramına ilişkin geleneksel yaklaşımı eleştirmekte, kusurun bir teşkilata izafe edilemeyeceğini ancak bir insan fiili için kusurdan bahsedilebileceğini, hizmet kusurunun kamu görevlisinin görevlerinin ifasından ayrılmayan kusurları şeklinde ifade edilebileceğini, idarenin sorumluluğunun istihdam edenin sorumluluğu kapsamında, istihdam ettiği kişilerin kusurundan sorumlu tutulma şeklinde olduğunu belirtmektedir. Bkz. Gözler, Cilt 2, s.1083-1087, 1155-1158. *Şaşı, Gözler*'in istihdam edenin sorumluluğu kavramı üzerinden yaklaşımını eleştirmektedir. Şaşı, s.199-200.

kavram olup, kişiselleştirilemeyen veya kişiselleştirilmesi gerekmeyen kişilik dışı bir kusurdur.

Fiili elatma halinde karşı karşıya kalınabilecek bir ihtimali daha değerlendireceğiz. Fiili elatma, kamu hukukuna tâbi tüzel kişinin kamu hukukuna tabi olan memur ve diğer kamu görevlileri tarafından gerçekleştirilebileceği gibi özel hukuka tabi olan işçi pozisyonundaki çalışanları tarafından da gerçekleştirilebilmektedir. Fiili elatmada, çalışanın, kamu hukukuna veya özel hukuka tabi çalışıp çalışmadığı, çalışanın eyleminin görev kusuru veya kişisel kusur kapsamında yer alıp almadığı değerlendirilmemelidir. Organ sıfatı bulunmayan ancak idare ile bağımlılık ilişkisi içerisindeki çalışanın, üçüncü kişinin mülkiyet hakkına yönelik fiili elatma niteliğindeki eylemi, idarenin, TBK m. 66'daki adam çalıştıran sıfatıyla sorumluluğunu doğurabilecektir<sup>981</sup>. Bu sorumluluk modelinde, çalışan kusurlu olmasa da, eylemi ile uygun illiyet bağı içerisinde fiili elatma eyleminin gerçekleşmesi idareyi sorumlu kılacaktır. Fiili elatma, idare tarafından açılan ihale sonucu işi yapmayı üstlenmiş özel hukuka tabi gerçek veya tüzel kişinin eyleminden kaynaklı da olabilir. Bu halde, müteahhit ile idare arasında, çalışan-idare arasındaki bağımlılık ilişkisine kıyasla daha zayıf bir ilişki mevcuttur. Özellikle ihale ile yükleniciye kamu hizmetine tahsis edilecek yapının yapılması işinin yüklendiği hallerde gerçekleşen fiili elatma vakalarında, yükleniciyi, idarenin kamu hizmetini sunma şeklindeki borcunun ifasına yardımcı olan TBK m. 116'da düzenlenen ifa yardımcısının fiillerinden sorumluluk kapsamında ele almak mümkün olacaktır<sup>982</sup>.

#### **2.1.4. Fiili Elatma ile Hukuki Elatmanın Haksız Fiil Açısından Değerlendirilmesi**

İdarenin kamulaştırmasız elatma eyleminden dolayı haksız fiil sorumluluğunun doğduğunun kabulü halinde, sorumluluk ister kusur esasına dayandırılınsın ister bu esasa dayandırılmasın, elatma ile uygun illiyet bağı içerisindeki zararın (fiili zarar ve yoksun kalınan kâr şeklindeki maddi zarar ile manevi zarar) karşılanması gerekecektir. Haksız fiil sorumluluğu kapsamında ileri sürülebilecek tazminat talebi, TBK m. 72 hükmü

<sup>981</sup> Adam çalıştıranın sorumluluğu hakkında bkz. Oğuzman/Öz, Cilt 2, s.140-156. Tüzel kişilerin adam çalıştıran sıfatı ile sorumluluğu için bkz. Dural/Öğüz, s.260.

<sup>982</sup> İfa yardımcısının fiilinden sorumluluk esasları için bkz. Oğuzman/Öz, Cilt 1, s.413-424. Tüzel kişilerin yardımcı kişinin fiilinden sorumluluğu için bkz. Dural/Öğüz, s.260.

uyarınca zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten itibaren iki yılın ve her halde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrayacaktır. Ancak hukuka aykırı eylem sebebiyle mülkiyet hakkı üzerindeki sınırlandırma devam ettiği sürece talebin zamanaşımına uğramadığı kabul edilecektir<sup>983</sup>.

Yargı makamları tarafından geliştirilen ve fiili elatma halinde açılacak bedel davası ile elatma sebebiyle uğranılan diğer zararların tazmini yargı kararları uyarınca adli yargı nezdinde haksız fiil sorumluluğuna dayandırılmaktadır<sup>984</sup>. Bu çerçevede fiili zarar (malvarlığının aktifinde azalma veya pasifinde artma şeklinde), yoksun kalınan kâr ve ecrimisil talepleri gündeme gelebilmektedir. Ancak elatma gerçekleşmemiş olsaydı yapılacak yapıların varlığı halinde elde edilebilecek kazanç miktarının, ecrimisil talebi şeklinde dile getirilmesi yargı makamları tarafından kabul görmemektedir<sup>985</sup>. Bedel davasına konu fiili elatma, haksız fiil olarak nitelendirilmektedir. Bedel davasında, zarar adı altında taşınmaz bedeli, Kamulaştırma Kanunu'nun kamulaştırma bedelini düzenleyen 11. ve 12. maddeleri uyarınca dava tarihine göre hesaplanmakta, dava tarihinden önceki elatma olgusu da ecrimisile konu olmaktadır<sup>986</sup>.

Hukuki elatma olgusu, yukarıda izah ettiğimiz üzere, haksız fiil unsurlarını bünyesinde taşıyabilecek hukuka aykırı bir uygulamadır. Ancak Türk Hukuku'ndaki yerleşik uygulamada hukuki elatma, idari işlem ya da eylemden doğan zarar olarak kabul edilmektedir. Bu çerçevede de elatma ile uygun illiyet bağı içerisindeki zararın karşılanması talebi ki, bu talebe taşınmaz değerinin karşılanması talebi de dâhil, idari yargı makamları tarafından değerlendirilmektedir<sup>987</sup>. Bu değerlendirmede idari yargı makamları, muhtemel zarar kapsamındaki yoksun kalınan kâr şeklindeki zarar kalemlerini, zarar miktarının tespitinde dikkate almamaktadır. Taşınmazın gereği gibi

<sup>983</sup> Bkz. Giritlioğlu, s.112. Konu ile ilgili olarak Danıştay 6. D. 2014/8728 E., 2016/484 K., 10.2.2016 T. kararda, kısıtlılık hali devam ettiği sürece dava açma süresinin geçmeyeceği ifade edilmektedir ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 7.8.2020). Bu yaklaşımı hukuki elatma üzerinden ele alan yazarlar için bkz. Özdemir, s.169-170; Kasarcı, s.74.

<sup>984</sup> Bkz. II. Bölüm, C., 1., 1.2., 1.3. ve 1.4.

<sup>985</sup> Bkz. II. Bölüm, C., 1., 1.4.

<sup>986</sup> Fiili elatma halinde açılacak bedel davası ile hukuki elatma halinde taşınmaz değerinin tahsiline ilişkin tam yargı davasında gündeme gelen talepler ve bu taleplere ilişkin değerlendirme ayrı bir başlık altında yapılacaktır. Bkz. II. Bölüm, D., 2., 2.3.

<sup>987</sup> Bkz. II. Bölüm, C., 2., 2.2., 2.2.2.

kullanılamamasından kaynaklı ecrimisil taebi de söz konusu olmamaktadır. Taşınmaz bedelinin tahsiline ilişkin tam yargı davasında hesaplama, fiili elatmaya dayalı bedel davasında olduğu üzere, Kamulaştırma Kanunu hükümleri uyarınca kamulaştırma bedeli ölçütleri kullanılmak suretiyle yapılmaktadır. Hukuki elatmanın adli yargı nezdinde çözümlenebilecek haksız fiil olduğunun kabulü halinde, fiili zarar yanında yoksun kalınan kâr ile TMK m. 993-995 hükümlerinin kıyasen tatbiki uyarınca elde edilen, elde edilmesi ihmal edilen ürünlerin tazmini ve ve ecrimisil de talep edilebilecektir<sup>988</sup>.

Haksız fiil sorumluluğu, zararın tazminine ilişkin yaptırım modeli ile zarar görenin uğradığı maddi-manevi zararın telafi edilmesini amaçladığı gibi gerçekleşen zarar verici sonucun tekrarını önlemeyi amaçlamaktadır. Belirtmeliyiz ki, haksız fiil sorumluluğu üzerinden ileri sürülebilecek talepler, kural olarak, taşınmazın sınırlandırmadan ari olarak kullanılması neticesi doğurmayacaktır. Sadece taşınmaz üzerindeki hukuka aykırı sınırlandırma sebebiyle doğan zararın nakden tazminine hizmet edecektir. Ancak haksız fiil sorumluluğu çerçevesinde *aynen tazmin* modeli, eşyanın hukuka aykırı müdahale öncesindeki haline getirilmesini amaçlayan, zarara uğrayan malvarlığı değerinin aynısının verilmesi, eşyaya verilen zararın onarılması ya da eşyanın temizlenmesi şeklinde gerçekleşebilecek bir tazmin tarzıdır. Fiili veya hukuki elatmada aynen tazmin, elatmaya sebebiyet veren taşınmaz üzerindeki sınırlandırıcı eylemin sona erdirilmesi ya da işlemin etkilerinin ortadan kaldırılması şeklinde kullanılabilirse, haksız fiile bağlı tazminat davası, taşınmazlardaki elatmanın önlenmesi davasının fonksiyonunu görecektir. *Tekinay/Burcuoğlu/Akman/Altop*, konu ile ilgili olarak, “... *mülkiyete konu olan şeyin gaspı aynı zamanda haksız bir fiil teşkil edeceğinden, eski hale getirmeyi hedef tutan bir iade davasının haksız fiil hükümleri çerçevesinde ve aynen tazmin istemi ile açılmasına da engel yoktur.*” demektedir. *Eren*<sup>989</sup> de bu kanaati destekleyecek şekilde, haksız fiilden doğan ve malın zilyetliğinin geri verilmesine ilişkin kişisel nitelikteki talep ile istihkak talebinin yarıştığını belirtmektedir. Bu takdirde malikin, haksız fiil sorumluluğu kapsamında aynen tazmin talebi ile elatmanın önlenmesi talebi arasında seçimlik hakka sahip olduğu kabul edilebilir.

<sup>988</sup> Bkz. II. Bölüm, D., 1., 1.1., 1.1.2.

<sup>989</sup> Eren, Mülkiyet Hukuku, s.36-37.

## 2.2. Sebepsiz Zenginleşme Hükümleri Uyarınca Kamulaştırmaz Elatmanın Hüküm ve Sonuçları

Sebepsiz zenginleşme müessesesi, TBK m. 77-82’de düzenlenmektedir. Sebepsiz zenginleşme, TBK m. 77/1’de şu şekilde ifade edilmektedir:

*“Haklı bir sebep olmaksızın, bir başkasının malvarlığından veya emeğinden zenginleşen, bu zenginleşmeyi geri vermekle yükümlüdür.”.*

Bu çerçevede sebepsiz zenginleşme, hukuken geçerli bir sebebe dayanmaksızın bir başkasının malvarlığından veya emeğinden istifade ederek kendi malvarlığını artırma olarak tarif edilebilir. Sebepsiz zenginleşme olgusundan bahsedebilmek için geçerli bir sebep olmaksızın bir kişinin başka bir kişinin fakirleşmesi sayesinde zenginleşmesi gerekmektedir<sup>990</sup>.

Zenginleşme, bir kimsenin her türlü şey, hizmet, hak, maddi veya fikri haklar, fırsat ve avantaj şeklinde ekonomik değer ifade eden herhangi bir menfaati elde etmesi şeklinde geniş bir perspektif üzerinden değerlendirilmektedir<sup>991</sup>. Bu çerçevede salt manevi tatmin sağlayan durumlar, zenginleşme kavramı kapsamında ele alınmayacaktır. Zenginleşme, malvarlığının aktifinin artması veya pasifinin azalması şeklinde fiili zenginleşme (lucrum emergens) ya da fakirleşmeden kurtulma (damnum cessans) şeklinde gerçekleşebilmektedir. Söz konusu zenginleşmenin geçerli bir sebebinin bulunmaması gerekmektedir<sup>992</sup>. Türk ve İsviçre doktrin ve uygulamasında hâkim görüş uyarınca, sebepsiz zenginleşme müessesesinden bahsedebilmek için

<sup>990</sup> Bkz. Oğuzman/Öz, Cilt 2, s.321; Öz, s.22; Reisoğlu, Sebepsiz İktisap, s.50-126; Reisoğlu, Borçlar Hukuku, s.273. Serozan ise sebepsiz zenginleşmeden bahsedebilmek için zenginleşme ve haksızlık şeklinde iki temel unsurun varlığını yeterli görmektedir. Serozan, İfa-İfa Engelleri-Haksız Zenginleşme, s.301-321.

<sup>991</sup> Oğuzman/Öz, Cilt 2, s.322-327; Öz, s.22-30.; Reisoğlu, Sebepsiz İktisap, s.50-83; Reisoğlu, Borçlar Hukuku, s.274; Serozan, İfa-İfa Engelleri-Haksız Zenginleşme, s.310-312; Eren, Borçlar Hukuku, s.819-826.

<sup>992</sup> Geçerli sebebin bulunmaması hususu, zenginleşmenin usulüne göre değişiklik arz edebilmektedir. Borcun ifası düşüncesiyle veya karşı taraftan ifa beklentisiyle hareket edilerek yapılan ifa sonucu gerçekleştirilen bir kazandırma bulunmasına rağmen geçerli olmayan ya da henüz gerçekleşmemiş veya sona ermiş borç sebebi söz konusu olabilmektedir. Bu halde gerçekleşen zenginleşme olgusu, ifa sonucu zenginleşme olarak ifade edilmektedir. Karşı tarafa kazandırmada bulunduğu bilinen ve özel bir amaç izlenerek yapılan bir kazandırma söz konusu olmaksızın başkası aleyhine gerçekleşen zenginleşmeler, ifa dışı zenginleşmeler şeklinde ifade edilmektedir. Bu halde taraflar arasında zenginleşmeye sebep olarak sunulabilecek herhangi bir hukuki olay ya da ilişki mevcut değildir. Bkz. Oğuzman/Öz, Cilt 2, s.327-330; Öz, s.31-36.; Reisoğlu, Sebepsiz İktisap, s.110-126; Reisoğlu, Borçlar Hukuku, s.276-281; Serozan, İfa-İfa Engelleri-Haksız Zenginleşme, s.307-310; Eren, Borçlar Hukuku, s.835-842.

zenginleşmenin bir başkasının malvarlığında azalma (fakirleşme) karşılığında olması gerekmektedir<sup>993</sup>. Bu çerçevede diğer bir şart da malvarlığındaki fakirleşme ile diğer tarafın zenginleşmesi arasında nedensellik (illiyet) bağının olması hususudur<sup>994</sup>. Aranan nedensellik bağı, haksız fiil müessesesinde aranan uygun illiyet bağı ilişkisi değil, herhangi bir şekilde fakirleşme ile zenginleşme arasında sebep-sonuç ilişkisinin bulunmasıdır. Bu çerçevede hayatın olağan akışı içerisinde gerçekleşebilecek fakirleşme-zenginleşme olgusundan daha geniş bir perspektifte beklenmeyen ve istisnai nitelikteki fakirleşme-zenginleşme olgularını da kapsamaktadır. Sebepsiz zenginleşme kurumu, bir malvarlığından geçerli bir sebebe dayanmaksızın elde edilen ekonomik kazanımları giderme, düzeltme anlamında denkleştirici adalet ilkesinin tezahürünü sağlama, başkasının malvarlığındaki bu kazanımların iadesinin talebi suretiyle de eski hale iadeyi sağlama işlevlerini yerine getirmektedir<sup>995</sup>.

Kamulaştırmasız elatma olgusu, taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkının idareye geçmesi sonucunu doğurarak hak sahipliğinin değişmesine sebebiyet veren bir olgu değildir. Gerek fiili elatma gerekse de hukuki elatma halinde taşınmazın maliki değişmemektedir. Ancak fiili elatmada taşınmazın idare tarafından kullanılmasının ya da hukuki elatmada taşınmazın malik tarafından kullanılmasına engel olunmasının, sebepsiz zenginleşme kapsamında zenginleşme veya fakirleşme unsurları içerisinde ele alınıp alınmayacağının ve bu çerçevede olası sonuçlarının değerlendirilmesi yerinde olacaktır<sup>996</sup>.

### 2.2.1. Fiili Elatmanın Sebepsiz Zenginleşme Açısından Değerlendirilmesi

İdare, fiili elatma halinde, malik/zilyedin taşınmaz üzerindeki fiili hâkimiyetini sona erdirmekte, kendi fiili hâkimiyetini kurmaktadır<sup>997</sup>. Bu halde mülkiyet hakkı

<sup>993</sup> Bkz. Oğuzman/Öz, Cilt 2, s.330-334; Öz, s.36-45; Reisoğlu, Sebepsiz İktisap, s.105-109; Reisoğlu, Borçlar Hukuku, s.274-276. Fakirleşme unsuruna yönelik eleştiri için bkz. Serozan, İfa-İfa Engelleri-Haksız Zenginleşme, s.299, 301-307, Özen, s.4-5, dn.6; Eren, Borçlar Hukuku, s.826-832.

<sup>994</sup> Bkz. Oğuzman/Öz, Cilt 2, s.334-339; Öz, s.46-59.; Reisoğlu, Sebepsiz İktisap, s.83-104; Reisoğlu, Borçlar Hukuku, s.276; Eren, Borçlar Hukuku, s.833-835.

<sup>995</sup> Sebepsiz zenginleşme kurumunun işlevleri için bkz. Oğuzman/Öz, Cilt 2, s.314-317; Öz, s.10-15; Serozan, İfa-İfa Engelleri-Haksız Zenginleşme, s.309-310.

<sup>996</sup> Fiili elatma halinde açılacak bedel davası ile hukuki elatma halinde açılacak taşınmazın bedelinin ödenmesine ilişkin tam yargı davasının, sebepsiz zenginleşme hükümleri açısından değerlendirilmesi ayrı bir başlık altında yapılmaktadır. Bkz. II. Bölüm, D., 2., 2.3.

<sup>997</sup> Türk hukuku uygulamasında, idarenin taşınmaz üzerinde kendi fiili hâkimiyetini kurması, TMK m. 992'e konu olan tapulu taşınmazlar açısından zilyetliğin gasbı değil, zilyetliğe saldırı olarak

temelinde, bir malvarlığının aleyhine diğer bir malvarlığında gerçekleşmiş zenginleşme olgusundan bahsetmemiz mümkün olmayacaktır. Ancak yukarıda da izah ettiğimiz üzere zenginleşme kavramı, malvarlığındaki aynı hak sahipliğinin değişmesi suretiyle gerçekleşen malvarlığının aktifindeki artıştan çok daha geniş kapsamlıdır. Herhangi bir aynı veya nisbi hakka dayanmaksızın taşınır veya taşınmaz üzerinde salt zilyetliğin elde edilmesi zenginleşme olarak kabul edilebilmektedir<sup>998</sup>. *Oğuzman/Öz ve Öz*<sup>999</sup>, salt zilyetliğin kazanılması şeklindeki zenginleşme olgusuna sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanabilmesi için zilyetliğin devrinin geçerli olmasına rağmen devrin sebebi olan borç ilişkisinin geçersiz olması gerektiğini, zilyetliğin aslen kazanımı halinde sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanamayacağını belirtmektedir. *Feyzioğlu*<sup>1000</sup> da, şeyin zilyedliğini haksız olarak işgal ve gasbeden, ondan faydalanan kötüniyetli zilyedin, şeyin mülkiyetini iktisap edemediğini, hak sahibinin de şeyin mülkiyetini yitirmediğini, bu çerçevede de sebepsiz iktisap manasında kötüniyetli zilyedin malvarlığında bir artma, malikin patrimonumunda şeyin zilyedliğini kaybetmiş olmasına rağmen bir eksilme olmadığı kanaatindedir. *Serozan ve Eren*<sup>1001</sup> ise aksi yönde, sahip olduğu mutlak hakkına yetkisiz ve izinsiz olarak müdahale edilen kişinin, zenginleşmenin tasfiyesini/iadesini isteyebileceğini belirtmektedir. Ancak mülkiyet hakkından doğan ya da en azından zilyetliğin korunmasına dayalı iade talebi ileri sürme imkânı bulundukça, sebepsiz zenginleşmeye dayalı bir talepte bulunmaya gerek kalmayacağı ve hatta olanak bulunmadığı de ifade edilmektedirler<sup>1002</sup>.

Fiili elatma halinde idarenin taşınmaz üzerindeki fiili hâkimiyeti devren kazanılmış bir olgu olmayıp aslen elde edilmiş, dahası fiili hâkimiyetin gasbı suretiyle

değerlendirilmektedir. Bu çerçevede zilyetliğin elde edilmesi ifadesi yerine fiili hâkimiyetin elde edilmesi ifadesine yer verilecektir. Detaylı bilgi için bkz. II. Bölüm, D., 1., 1.1., 1.1.1.

<sup>998</sup> Bkz. *Oğuzman/Öz*, Cilt 2, s.323-324, 343-344; *Öz*, s.24, 25; *Reisoğlu*, Sebepsiz İktisap, s.55-56, 58, 77-80; *Serozan*, İfa-İfa Engelleri-Haksız Zenginleşme, s.307, 311.

<sup>999</sup> *Oğuzman/Öz*, Cilt 2, s.343-344; *Öz*, s.66-67.

<sup>1000</sup> *Feyzioğlu*, s.111-112.

<sup>1001</sup> *Serozan*, İfa-İfa Engelleri-Haksız Zenginleşme, s.307; *Eren*, Borçlar Hukuku, s.830-832. Aynı görüşte olan yazar için bkz. *Özen*, s.4-5, dn.6.

<sup>1002</sup> Bkz. *Oğuzman/Öz*, Cilt 2, s.323-324, 343-344; *Öz*, s.62-67; *Reisoğlu*, Sebepsiz İktisap, s.77-80; *Serozan*, İfa-İfa Engelleri-Haksız Zenginleşme, s.312-313; *Feyzioğlu*, s.109-114; *Esener/Güven*, s.51. Ancak *Reisoğlu*, zilyetliği koruyucu davalar dışında zilyetliğin sebepsiz iktisabı davasına ihtiyaç duyulabileceğini karşılaştırma yaparak izah etmektedir. *Reisoğlu*, Sebepsiz İktisap, s.79. *Serozan*, “*Aynı ve akdi iade istemleriyle seçenekli yarışmaya giremeyen haksız zenginleşme istemi, pekâlâ, bu istemlere ilişkin tasfiye düzenlemelerine kıyas yoluyla ve ariyet olarak hüküm aktarabilir ve aynı zamanda tersine, bu düzenlemelerden ariyet olarak, kıyasen hüküm devralabilir.*” demektedir. *Serozan*, İfa-İfa Engelleri-Haksız Zenginleşme, s.315.

gerçekleşen bir kazanımdır. Sonuç itibariyle ekonomik değer ifade eden fiili hâkimiyetin kaybedilmesi neticesinde malik/zilyedin malvarlığının aktifinde azalma meydana gelirken, idarenin malvarlığının aktifinde artış söz konusu olmaktadır. İdarenin zenginleşmesi ile bağlantılı olarak, sebep-sonuç ilişkisi içerisinde taşınmaz maliki/zilyedi de fiili hâkimiyeti kaybetmekte ve malvarlığı değerleri arasındaki bu değişim herhangi bir hukuki sebebe dayanmamaktadır. Bu çerçevede fiili elatmanın sebepsiz zenginleşme olarak değerlendirilmesi mümkündür.

Sebepsiz zenginleşme nitelendirmesi, malvarlığı aktarımının yaşandığı zenginleşen taraftan fakirleşen taraf yönüne doğru bir iade sürecini gerektirir. Fakirleşen ile zenginleşen arasından kanundan doğan ve nisbi nitelikte iade konulu bir alacak hakkı doğmaktadır<sup>1003</sup>. İade talebi sadece zenginleşene veya onun külli haleflerine karşı ileri sürülebilmektedir. Fiili elatmanın sebepsiz zenginleşme olduğunun kabulü halinde, geçerli bir sebep olmaksızın bir başkasının malvarlığından faydalanarak malvarlığını artıran idare, elde ettiğini iade etme yükümlülüğü altına girecektir. İade süreci, iadenin hesaben/nakden değil, mümkün olduğunca aynen gerçekleşmesini gerektirir. Bu hal, istihkak davasının, taşınmazlarda ise elatmanın önlenmesi davasının fonksiyonunu görmektedir<sup>1004</sup>. Fakirleşen hak sahibi, dilerse elatmanın önlenmesi dilerse zenginleşilenin iadesi talebi üzerinden eski hale iadeyi gerçekleştirebilecektir.

Zenginleşilen değer iadesi ile ilgili olarak “*Geri Vermenin Kapsamı*” üst başlığı altında TBK m. 79’da zenginleşenin yükümlülüğü düzenlenmektedir. Sebepsiz zenginleşmede iadenin kapsamı, zenginleşenin iyiniyetli ya da kötünietli olmasına göre değişiklik arz etmektedir. Fiili elatma halinde, sebepsiz zenginleşme nitelendirmesi üzerinden iade talebi gündeme geldiğinde, iade kapsamının içeriği, idarenin iyiniyetli olup olmadığına göre belirlenecektir. Sebepsiz zenginleşmede

<sup>1003</sup> Bkz. Oğuzman/Öz, Cilt 2, s.317-319; Öz, s.15-20; Reisoğlu, Sebepsiz İktisap, s.27-32; Serozan, İfa-İfa Engelleri-Haksız Zenginleşme, s.302-303; Feyzioğlu, s.110-111; Eren, Borçlar Hukuku, s.805-809.

<sup>1004</sup> Bkz. Oğuzman/Öz, Cilt 2, s.316. *Yazar*, sebepsiz zenginleşmeden doğan iade borcunun eski hale iade özelliğinin, aynı hakka dayanan istihkak talebine benzer bir işleve sahip olmasına yol açtığını, ancak bu benzerliğin yüzeysel olduğunu, sebepsiz zenginleşmeden doğan talebin nisbi özellik taşıırken istihkak talebinin aynı hakkın ileri sürülmesi mahiyetinde olduğunu belirtmektedir. *Serozan* da, iade etme borçlusunun, öncelikle, aynen iade etmesinin olanaklarının araştırılacağını, aynen iade yükümünün, istemin, aynı karakterinden değil, işlev ve amacından kaynaklandığını belirtmektedir. *Serozan*, İfa-İfa Engelleri-Haksız Zenginleşme, s.364.



iyiniyet, sebepsiz zenginleşenin iade ile yükümlü olduğunu bilmemesi veya bilmesinin kendisinden beklenmemesidir<sup>1005</sup>. Zenginleşenin ayrıca fakirleşenin kim olduğunu, zenginleşmeyi kime iade etmesi gerektiğini, iade yükümlülüğünün sebebinin bilmesi veya bilmesinin gerekmesi aranmayacaktır. TMK m. 3/1 uyarınca, iyiniyetli olma hali bir karine niteliğinde olduğundan fakirleşen, iade borçlusu zenginleşenin iyiniyetli olmadığını ispat etmelidir. Ancak TMK m. 3/2, durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimsenin iyiniyet iddiasında bulunamayacağını belirtmektedir. Kamu gücünü kullanma yetkisi olan idarenin, fiili elatmanın ortaya çıkmasında kendisinden beklenen özeni göstermediğinin kabulü gerekmektedir. İdarenin, taşınmazın fiili hâkimiyetini herhangi bir geçerli sebebe dayanmaksızın ele geçirdiği ve fiili hâkimiyeti iade etmesi gerektiğini bildiği veya bilmesinin gerektiği, dolayısıyla kötüniyetli olduğu kabul edilebilecektir.

Vardığımız kanaat uyarınca iyiniyetli olarak kabul edilemeyecek idare, “*zenginleşmenin tamamını*” geri vermekle yükümlüdür. Ancak idare, taşınmazın korunması veya işletilmesi için zorunlu olan birtakım giderler veya taşınmazın kıymetini veya verimliliğini artırmaya yönelik yararlı birtakım harcamalar yapmış ise iade zamanında mevcut olan değer artışı ölçüsünde bu giderleri fakirleşenden talep edebilecektir (TBK m. 80). Fiili elatmanın varlığında açılacak elatmanın önlenmesi davasında haksız zilyedin sorumluluğu hükümleri üzerinden talepte bulunabileceğinin kabulü halinde, sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak menfaatlerin iadesi süreci pek işlevsel olmayacağını da kabul etmek gerekir. Ancak elatmanın önlenmesi davasında, elde edilen menfaatlerin iadesi, elatma sebebiyle uğranılan zararın tazmini gibi yan taleplerin ileri sürülmesinde TMK m. 993-995’e dayanılamayacağının kabulü halinde, sebepsiz zenginleşme kurumu önemli bir işlev üstlenebilir<sup>1006</sup>.

TBK m. 82 uyarınca, sebepsiz zenginleşmeden doğan talep hakkı, hak sahibinin geri isteme hakkı olduğunu öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve herhâlde zenginleşmenin gerçekleştiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Ancak fakirleşen hak sahibi açısından zamanaşımı süresinin, mülkiyet hakkına

<sup>1005</sup> Oğuzman/Öz, Cilt 2, s.386-388; Öz, s.145-149; Reisoğlu, Borçlar Hukuku, s.286; Serozan, İfa-İfa Engelleri-Haksız Zenginleşme, s.369.

<sup>1006</sup> Haksız zilyetlik hükümlerinin uygulandığı hallerde, sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanma alanı bulamayacağı hakkında bkz. Öz, s.63-66; Özen, s.4; Feyzioğlu, s.111-113.

dayalı elatmanın önlenmesi talebinden açıkça vazgeçmedikçe işlemeyeceğinin kabulü yerinde olacaktır.

### **2.2.2. Hukuki Elatmanın Sebepsiz Zenginleşme Açısından Değerlendirilmesi**

Hukuki elatma halinde, idare, taşınmazı hukukun öngördüğü usul ve esaslara riayet ederek kamunun mülkiyetine geçirme yetkisini kötüye kullanarak, görevinin gereğini yapmayarak, eylemsiz kalmak suretiyle mülkiyet hakkını kullanılamaz kılmaktadır. Bu halde taşınmaz üzerinde malikin mülkiyet hakkı ve zilyetliği devam etmektedir. Ancak malik, idari tahsisin gereği olan kamu mülkiyetine kazandırma sürecinin işletilmemesi sebebiyle mülkiyet hakkından doğan elde bulundurma, kullanma, yararlanma, tasarruf etme gibi yetkilerini kullanamamaktadır. Kullanamama hali, bireysel menfaat ile kamu yararı arasında sağlanması gereken adil dengenin bozulması sebebiyle mülkiyet hakkından yoksun kalma neticesi doğurmaktadır.

Malik açısından, mülkiyet hakkının kullanılmaz hale gelmesi şeklinde gerçekleşen elatma durumunun, fakirleşme olgusu olarak kabulü mümkündür. Ancak bu şartlar altında idare açısından bir zenginleşmenin varlığından bahsetmenin mümkün olup olmadığı üzerinde durmak gerekmektedir. Zenginleşme olgusu, salt bir manevi tatmin dışında kalan her türlü ekonomik menfaati kapsayacak şekilde geniş bir çerçevede anlamlandırılırsa, idarenin, taşınmazı kamu mülkiyetine geçirecek usul ve esaslara riayet etmeyerek malike ödemesi gereken gerçek karşılığı ödememek suretiyle zenginleştiği kabul edilebilecektir. Bu çerçevede hukuki elatmanın varlığında sebepsiz zenginleşme kurumunun kıyasen uygulanması gündeme gelebilir.

### **2.3. Bedel Davası ile Taşınmaz Bedelinin Ödenmesine İlişkin Tam Yargı Davasının Değerlendirilmesi**

Fiili elatma eylemi karşısında malik, TMK m. 683/2'deki mülkiyet hakkına dayanan elatmanın önlenmesi davası ile yarışır nitelikte bedel davası açabilmektedir. Bu dava, YİBGK 1956/1 Esas, 1956/6 Karar, 16.05.1956 tarihli kararı uyarınca mahkeme kararlarınca geliştirilen bir dava türüdür. Bu dava ile malik, fiili duruma rıza göstererek, mülkiyet hakkının idareye devrine karşılık taşınmazın bedelinin (mülkiyet hakkının devrine razı olduğu tarih olan dava tarihindeki bedel) tahsilini talep

etmektedir<sup>1007</sup>. Hukuki elatma halinde de, yargı makamları tarafından geliştirilen ve taşınmaz bedelinin tahsilinin talep edilebildiği tam yargı davası açılabilir. Bu dava ile malik, taşınmazın bedeli karşılığında taşınmazı idareye devretmekle yükümlü tutulmaktadır<sup>1008</sup>.

Fiili elatma halinde, taşınmazın idareye devrine rıza gösterme karşılığında bedel davası açma imkânı, zaman içerisinde Yargıtay tarafından, “*kamulaştırmatsız elatma sebebiyle tazminat davası*” olarak isimlendirilmiş ve haksız fiil sorumluluğu üzerinden izah edilmiştir<sup>1009</sup>. Bedel davasında taşınmazın belirlenen değerin, haksız fiil sorumluluğu kapsamında zararın nakden tazminine ilişkin olduğu kabul edilmektedir. Nakden tazmin tarzı, malikin taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkının devrine rıza göstermesi karşılığında malvarlığının aktifinde meydana gelen azalmanın karşılığı olarak kurgulanmıştır. Bu kanaatin arka planında, taşınır eşya için dile getirilen ve malikin, eşyanın mülkiyetini hırsıza geçirmeye veya üçüncü kişiye karşı açma hakkını elde ettiği taşınır davasını hırsıza devretmeye hazır olduğunu bildirerek eşyanın değerinin tazmin edilebileceğine dair görüş bulunabilir<sup>1010</sup>. Danıştay da, hukuki elatma

<sup>1007</sup> Konu ile ilgili olarak bkz. II. Bölüm, C., 1., 1.2.

<sup>1008</sup> Konu ile ilgili olarak bkz. II. Bölüm, C., 2., 2.2., 2.2.2.

<sup>1009</sup> Konu ile ilgili olarak bkz. II. Bölüm, C., 1., 1.2. Yargıtay 5. HD. 2004390 E., 2004/2222 K., 4.3.2004 T. kararında, bedel davası, “*Kamulaştırmatsız el atma davalarında Kamulaştırma Kanunu’nun yalnız değer biçmeye ilişkin hükümleri kıyasen uygulanmış ve bu durumlarda belirlenen miktar kamulaştırma bedeli olmayıp, el koyma nedeniyle tazminat niteliğindedir.*” şeklinde nitelendirmektedir ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 18.11.2019). Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü 1985/27 E., 1985/33 K., 9.12.1985 T. kararında, davacıya ait tarladan, DSİ Genel Müdürlüğü’nce kamulaştırma yapılmadan kanal açılması olayında, davalı idarenin haksız fiil niteliğinde bir eylemi ve bunun sonucunda olduğu iddia edilen bir zararın mevcut olduğu ve anılan zarardan idarenin, Borçlar Kanunu’nun haksız fiile ilişkin 41. maddesine göre sorumlu olup olmadığı sorunu ortaya çıktığını belirtmektedir. Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü 1993/3 E., 1993/3 K., 22.2.1993 T. kararında da, belediye tarafından kamulaştırma işlemi yapılmaksızın doğrudan taşınmaza el konulması kamulaştırmatsız elatma eylemi olarak değerlendirilmekte ve mülkiyet hakkına yasa dışı müdahaleden doğan bir tazminat istemi bulunduğu belirtilmektedir. Danıştay 10. Daire 1982/205 E., 1982/126 K., 24.2.1982 T. kararına konu olan Türkiye Elektrik Kurumu tarafından, kamulaştırma kararı alınmadan, bahçe üzerinden geçen enerji nakil hattı istikametindeki kavak ağaçlarının kesilmesi olayında, Mahkeme; davanın, İdarenin haksız fiil teşkil eden eylemi sonucu fertlere verilen zararın tazmini istemine ilişkin olduğunu kabul etmektedir. Danıştay 6. Daire 1990/344 E., 1990/295 K., 8.9.1990 T. kararında, Ağrı-Van caddesinin genişletilmesi nedeniyle 490 m2 arsanın davalı idarece yola katıldığı ve üzerinde bulunan ağaçların kestirilmesi olayını değerlendirmekte ve Mahkeme, idarenin taşınmaza müdahalesinin kamulaştırma kararına veya bir başka idari işleme dayanmadığının anlaşıldığı, bu durum karşısında davalı idarenin haksız fiil niteliğindeki eyleminden doğan zararın tazmini isteminin adli yargı kolunda çözümlenmesi gerektiğini belirtmektedir. Kararlar için bkz. [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 29.10.2019.

<sup>1010</sup> Oğuzman/Öz, malikin, eşyanın mülkiyetini hırsıza geçirmeye veya üçüncü kişiye karşı açma hakkını kazandığı taşınır davasını hırsıza devretmeye hazır olduğunu bildirerek eşyanın değerinin tazmin edebileceğini, malikin istihkak davası ile uğraşmaya zorlanamayacağını belirtmektedir. Oğuzman/Öz, Cilt 2, s.112-113. *Büyüksağış* da, eşyanın çalındığı ve istihkak davası ile talep

halinde açılabilir taşınmaz bedelinin ödenmesine ilişkin tam yargı davasını, Yargıtay'ın fiili elatma halinde açılabilir bedel davasını, zararın tazmin edildiği dava olarak nitelendirmesi gibi kendine özgü tazminat davası olarak nitelendirmektedir<sup>1011</sup>. Her iki davada da taşınmaz bedeli, Kamulaştırma Kanunu'nun kamulaştırma bedeline ilişkin 11-12. maddeleri uyarınca hesaplanmaktadır. Dolayısıyla farklı yargı kolları nezdinde farklı usul ve esaslara tabi tutulsalar da<sup>1012</sup>, Kamulaştırma Kanunu uyarınca aynı hesaplama usulünün kullanılarak taşınmaz değerinin tespit edilip tahsilinin öngörüldüğü iki dava türü ile karşı karşıya bulunmaktayız.

Öğretide, fiili elatma halinde açılabilir bedel davasına hukuki dayanak teşkil edebilecek nitelikte farklı kanaatler bulunmaktadır. *Oğuzman*<sup>1013</sup>, henüz kamulaştırmaz elatma ile ilgili Yargıtay İBKG'nin 16.05.1956 tarihli, 1956/1 Esas, 1956/6 ve 1956/7 Karar nolu kararları yürürlüğe girmeden önceki zaman diliminde, bu konudaki içtihadı birleştirme kararının gerekliliğine vurgu yaptığı makalesinde, idarenin fiili tahsis anında mülkiyet hakkının el değiştirdiğini ve taşınmazın iadesinin

---

edilmesinin mümkün olduğu hallerde mağdurun malvarlığında eksilmeden söz edilemeyeceğini, bu halde istihkak davası yerine tazminat davası açılabilmesinin ancak malikin eşyanın mülkiyetini hırsız bırakması ya da üçüncü kişiye karşı haiz olduğu menkul davasını hırsız temlik etmesiyle mümkün olduğunu ifade etmektedir. Erdem Büyüksağış, **Yeni Sosyo-Ekonomik Boyutuyla Maddi Zarar Kavramı**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007, s.75.

<sup>1011</sup> Bkz. II. Bölüm, C., 2., 2.2., 2.2.2. Danıştay 6. D. 2014/9614 E., 2015/5592 K., 7.10.2015 T. kararında, taşınmaz bedelinin tazminat olarak ödenmesi istemiyle açılan bu davalar ile ilgili olarak “gerçek/klasik anlamda, idari işlem ve eylemlerden dolayı muhtel olan hakların karşılanması amacıyla açılan tam yargı davalarından özellikle zararın tespiti ve ödenecek miktarın belirlenmesi yönlerinden ayrılmaktadır.” denmektedir. Kararın devamında bu davalar, “kısıtlanan mülkiyet ile bedelin yer değiştirmesini öngören bir davadır.” şeklinde nitelendirilmektedir. ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 7.8.2020).

<sup>1012</sup> Taşınmazın değerinin ödenmesine ilişkin tam yargı davası, temelde, İdari Yargılama Usul Kanunu'nun 12-13. maddelerinde zikredilen idari başvuru ve dava açma sürelerine tabi olması ile adli yargıdaki bedel davasından dava açma süresi açısından farklılık göstermektedir.

<sup>1013</sup> Oğuzman, s.814-815. Yazar, konu ile ilgili görüşlerini şu şekilde izah etmektedir: “İdarenin ferdin mülkünü istimlak etmeksizin amme menfaatine fiilen tahsis etmesi mesela yola kalbedilmesi bir gasp teşkil eder. İdare gasbettiği bu gayrimenkulü iade ile mükellef tutulmak iktiza ederse de bu imkân mevcut değildir. Tıpkı bir şahsın menkul bir malını gasbettikten sonra onu yok eden şahsın durumunda olduğu gibi. Mesela A, B'nin menkul malını yakmış olsa bu halde A bu malı B'ye iade imkânına sahip değildir. O ancak B'nin mülkiyetine son vermiş olmak sebebiyle tazminata mahkum edilecektir. İşte tıpkı bu durumda olduğu gibi, idare de ferdin gayrimenkulünü amme emlakine kalbedince artık iade imkânı ortadan kalkmıştır. Zira bunun iadesi ancak tahsis kararının iptaline bağlıdır ki, adli mahkeme bu hususta yetkili değildir. Şu halde idare, bir şahsın mülkiyet hakkına son veren fakat kendisinden iade talep edilmesine imkân olmayan gasb'ın durumunda olduğu veçhiyle ancak bir tazminata mahkum edilecektir. Bu bir haksız fiil tazminatıdır.”. Yazar, s.817'de, haksız fiil tazminatının, kamulaştırma bedelinden farklı olduğunu ve muhtemelen ondan yüksek bulunacağını belirtmekte ve malikin tazminat talebini isterse taşınmaza fiilen el konulduğu isterse de dava sırasındaki değeri üzerinden talep edebileceğini ve haksız fiile ilişkin zamanaşımı süresinin bu olgularda da uygulanması gerektiğini eklemektedir.

mümkün olmadığını, malikin, mülkiyet hakkına son verilmesi sebebiyle idare aleyhine haksız fiil hükümleri uyarınca tazminat davası açabileceğini belirtmiştir. *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*<sup>1014</sup> ise istihkak davasının tipik bir örneği olarak değerlendirdiği fiili elatma davalarında, taşınmazın tam değerinin ödenmesine ilişkin Yargıtay kararı örneğinden hareket ederek, elinden çıkan şeyin aynen iadesini istemekte artık menfaati kalmayan malikin, malın iadesini hedef tutan istihkak davası yerine parasal iade istemini kapsayan bir sebepsiz zenginleşme davası açabileceğini ileri sürmektedir. *Feyzioğlu*<sup>1015</sup>, şartların varlığında sebepsiz zenginleşmeye dayalı taleplerin, istihkak davası açma yetkisini kaybetmiş hak sahibi tarafından kullanılabileceğini belirtmektedir. Ancak *Yazar*<sup>1016</sup>, kötüniyetli haksız zilyedin sorumluluğu kapsamında, haksız olarak elde bulundurulmuş şeyin aynen iadesi veya nakden tazmininin mümkün olduğu, nakden tazminin ise haksız fiil tazminatı niteliğinde olduğu kanaatindedir. Öz de<sup>1017</sup>, “Elden çıkan malın kaim değeri sebepsiz zenginleşme talebine konu olabilmelidir.” ifadesi ile eşyanın değerinin tazmini talebini sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayandırmaktadır. *Serozan* da<sup>1018</sup>, zilyetliği yitirilen eşyanın üçüncü kişiye satılması ihtimalinde, malikin, istihkak davasını gözden çıkarıp üçüncü kişiye istihkak istemi yerine yetkisiz tasarrufa icazet vererek, eşyasını yetkisiz devreden kişiye karşı sebepsiz zenginleşme istemini yöneltebileceğini belirtmektedir. *Eren* ise<sup>1019</sup> haksız fiil veya sebepsiz zenginleşmeden doğan iade taleplerinin istihkak davasına dayalı iade talebi ile yarışabileceğini kabul etmektedir.

Bedel davası, Yargıtay içtihadı birleştirme kararında, malikin, fiili duruma rıza göstermesi sonucu talep edebileceği bir dava olarak zikredilmiştir. Ancak söz konusu davanın, malikin sonradan verdiği rıza ile kurulduğu farz edilen bir satım sözleşmesindeki satış bedelinin tahsili amacına yönelik bir alacak davası olduğunun kabulü mümkün değildir<sup>1020</sup>. Bu ilişkide tarafların serbest iradesinin uyuştüğunu iddia

<sup>1014</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.482, dn.18a.

<sup>1015</sup> Feyzioğlu, s.113-114.

<sup>1016</sup> Bkz. Feyzioğlu, s.334.

<sup>1017</sup> Bkz. Öz, s.65.

<sup>1018</sup> Bkz. Serozan, İfa-İfa Engelleri-Haksız Zenginleşme, s.313, 346-347.

<sup>1019</sup> Eren, Mülkiyet Hukuku, s.36-37.

<sup>1020</sup> Taşınmaz bedelinin talebi üzerine malik ile idare arasında bir sözleşme ilişkisinin kurulduğunun kabul edilemeyeceğine dair bkz. Karaca, Kamulaştırmasız El Atma, s.37-38; Çakır, Kamulaştırmasız El Atma, s.38.

etmek de oldukça zordur. Öyle ki, alacak davası olduğunun kabulü halinde davanın, TBK m. 146'deki on yıllık zamanaşımına tabi olması gerekirdi.

Bedel davasının, malikin, idarenin hukuka aykırı müdahalesi sonucu maruz kaldığı zararın tazminine hizmet edecek haksız fiil tazminatı niteliğinde bir dava da olmadığı kanaatindeyiz. Malik, idarenin hukuka aykırı fiili sonucu, bu fiil ile illiyet bağı içerisinde zarara uğramış olabilir. Ancak bu zarar, kural olarak, taşınmazın değerine eşdeğer değildir. Fiili elatma halinde malik, mülkiyet hakkını hukuken muhafaza etmekte, malik olma sıfatını yitirmemektedir. Dolayısıyla taşınmaz, malikin malvarlığında bir değer olarak varlığını koruduğu için taşınmazın bedeline eşdeğer bir zarardan söz etmek mümkün olmayacaktır. Malikin, taşınırlarda olduğu gibi, taşınmazın idareye devrine rıza göstermesi karşılığında taşınmazın değerinin tazminini talep edebileceği kanaati, maddi zararın istem dışı malvarlığında meydana gelen azalma şeklindeki tanımı ile de uyum arz etmemektedir. Velez ki, bedel davasının, bu kanaate dayanılarak haksız fiilden doğan tazminat davası niteliğinde olduğu kabul edilse, bedel davasının zamanaşımına tabi olmaması hususu yine dayanaksız kalacaktır. Diğer açıdan bedel davasının taşınmazın dava tarihindeki değeri üzerinden idareye devri sonucunu doğurma ve herhangi bir süreye bağlı olmaksızın aynı hakka dayanan talep şeklinde ileri sürülebilme özelliği, haksız fiile dayalı tazminat talebinin sahip olduğu bir özellik değildir.

Bedel davasının, sebepsiz zenginleşme sorumluluğundaki zenginleşme miktarının tamamının nakden iadesi mahiyetinde olduğu ileri sürülebilir. Şöyle ki, taşınmaz maliki, devre rıza göstermesi karşılığında, malvarlığında fakirleşme yaşarken, idarenin malvarlığında taşınmaz üzerinde mülkiyet hakkını elde etmek suretiyle bir artış gerçekleşmektedir. Her ne kadar malikin rızası olsa da idarenin malvarlığındaki artışın kanuni veya akdi nitelikte hukuken geçerli bir sebebe dayandığı iddia edilemeyecektir. Bu suretle fiili elatma halinde taşınmaz malikin, fiili hâkimiyetine son verilerek idare tarafından fiilen kullanılan taşınmazın aynen iadesi yerine açabileceği bedel davasının sebepsiz zenginleşmeye dayalı bir talep olduğu kabul edilebilir. Ancak sebepsiz zenginleşme temelli bir dava, şahsi hakka dayanması sebebiyle TBK m. 82/1 uyarınca, hak sahibinin geri isteme hakkının olduğunu öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve herhâlde zenginleşmenin gerçekleştiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrayacaktır.

Yukarıda ifade ettiğimiz üzere<sup>1021</sup>, hak sahibinin sebepsiz zenginleşmeye dayanan talepleri için, elatmanın önlenmesi talebinden açıkça vazgeçilmedikçe zamanaşımı süresinin işlemeyeceği kabul edilse bile, bir zamanaşımı süresi öngörüldüğünden, bedel davasının sebepsiz zenginleşmeye dayalı bir talep olduğunun kabulü pek mümkün görünmemektedir.

Bedel davası, Türk Medeni Kanunu'nun 993-995. maddeleri arasında düzenlenen haksız zilyetlikte iade hükümlerinin özel bir yansıması olarak da kabul edilebilir. Kötüniyetli haksız zilyetlikte hak sahibinin, haksız zilyede karşı ileri sürebileceği eşyanın iadesi talebinin gerçekleştirilmesinin mümkün olmadığı hallerde eşyanın değerinin tazmini sorumluluğunun, fiili elatmadaki bedel davasının dayanağı olduğunun kabulü mümkündür. Uygulamada, elatmanın önlenmesi davası ile taşınmazın eski hale getirilmesinin talep edildiği hallerde, eski hale getirme masrafı ile elatılan taşınmaz bedelinin karşılaştırılması ve eski hale getirme masrafının çok yüksek olması durumunda elatmanın önlenmesi talebinin reddedilmesi ve bedel davasının kabul edilmesi<sup>1022</sup>, kötüniyetli haksız zilyedin sorumluluğuna ilişkin hükümlerin kıyasen uygulaması izlenimi uyandırmaktadır. Ancak yargı kararlarında, TMK m. 993-993'in kıyasen uygulandığına dair bir ifadeye rastlanmadığını da belirtmeliyiz.

Bedel davasının hukuki dayanağı açısından, taşınmaz mülkiyetine özgü haksız yapı müessesesinin de değerlendirilmesi yerinde olacaktır. Haksız yapıda, taşınmaz malikinin, taşınmazı üzerindeki yapının kaldırılması talebinin aşırı zarara yol açması sebebiyle reddedilmesi veya böyle bir talebi hiç ileri sürmemesi halinde TMK m. 724 uyarınca taşınmaz mülkiyetinin yapıyı yapan kişiye devredilmesini isteme hakkı bulunmaktadır. Taşınmaz maliki, iyiniyetli olması ve yapının değerinin arazinin değerinden yüksek olması şartlarının varlığında uygun bedel karşılığında taşınmazın mülkiyetinin yapıyı yapan idareye devrini talep edebilmektedir. Bu talep, hukuki sonucu itibarıyla fiili elatma halinde açılacak bedel davasına benzetilmektedir. Her iki talep halinde de hak sahibinin açacağı bedel davasında mahkeme tarafından belirlenen bedel karşılığında taşınmazın mülkiyetinin idare adına tescil ya da terkinin söz konusu olmaktadır. Yapı yapmak suretiyle gerçekleşen fiili elatmada açılacak

<sup>1021</sup> Bkz. II Bölüm, D., 2., 2.2., 2.2.1.

<sup>1022</sup> Bkz. II. Bölüm, C. 1., 1.1., 1.1.2.

bedel davasının dayanağının, haksız yapı olarak kabulü, müessesesinin tanım, nitelik ve amacı ile de uyumludur. Ancak yargı kararlarında yine böyle bir atfa rastlamadığımızı belirtmeliyiz.

Yargı makamları tarafından geliştirilen bedel davası (fiili elatma halindeki) ile taşınmaz bedelinin ödenmesine ilişkin tam yargı davasında (hukuki elatma halindeki), taşınmaz değerinin, Kamulaştırma Kanunu 11-12. maddelerince hesaplanmasının, kamulaştırma sürecinin zorunlu koşulu olan taşınmazın gerçek karşılığının malike ödenmesini sağlayan kamulaştırma bedeli ve tescili davasının, kamulaştırmaz elatma olgusuna yansması, kıyasen uygulanması olduğu kanaatindeyiz. Kamulaştırma sürecine özgü bedel tespiti ve tescili davası, adli yargı makamlarının aşikâr olduğu, Kamulaştırma Kanunu m. 10 uyarınca kamulaştırma yapan idare tarafından açılan kendine has bir dava türüdür. YİBGK 1988/4 E., 1989/3 K., 20.10.1989 T. içtihadı birleştirme kararında Mahkeme<sup>1023</sup>, kamulaştırmanın haksız fiil olmaması sebebiyle kamulaştırma bedelinin haksız fiil tazminatı niteliğinde olmadığını, kamulaştırmada tarafların serbest iradelerinin uyuşması ile kurulan akdi bir ilişkiden bahsedilemeyeceği için kamulaştırma bedeli için sözleşme bedeli nitelendirmesinin de mümkün olmadığını belirtmektedir. Mahkeme, kamulaştırma bedeli için “... *hukuka uygun idari bir işlem sonunda malı alınana verilen bir karşılık olarak nitelemek yerinde olur.*” demekte ve kamulaştırma bedelinin taşınmaz maliki açısından bir karşılık teşkil ettiğini belirtmektedir. Bu yaklaşım, malike, mülkiyet hakkının el değiştirmesi karşılığında taşınmazın yerini tutacak, ikame değer (sürrogat) mahiyetindeki taşınmaz değerini, herhangi bir süreye bağlı olmaksızın talep edebilme olanağı vermektedir. Fiili elatma ve hatta hukuki elatma, idarenin kamulaştırma yapması gerekirken bu usulü takip etmeksizin gerçekleştirdiği hukuka aykırı müdahalelerdir. Bu davalar aracılığıyla, işletilmeyen kamulaştırma usulü sebebiyle ödenmemiş taşınmaz değerinin hak sahibine ödenmesi temin edilerek telafi edici bir süreç işletilmek istenmektedir. Ancak belirtmeliyiz ki, bu davalar sonucunda taşınmaz kamulaştırılmış olmamaktadır<sup>1024</sup>.

Kamulaştırma bedelinin tespiti ve tescil davasındaki hesaplama usulünün

<sup>1023</sup> Yargıtay İBGK 1988/4 E., 1989/3 K., 20.10.1989 T. ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 4.8.2020).

<sup>1024</sup> Bedel davasının kamulaştırma süreci olarak değerlendirilemeyeceğine dair bkz. Ulusoy, Kamulaştırmaz El Atma, s.9; Karaca, Kamulaştırmaz El Atma, s.38.



kıyasen uygulandığı bedel davası ile taşınmaz bedelinin ödenmesine ilişkin tam yargı davasının, kamulaştırma bedelinin tespiti ve tescil davasında uzmanlaşmış adli yargı makamları tarafından çözümlenmesi, taşınmaz bedelinin hesaplanmasına ilişkin mevcut yargısal uygulama ile de tutarlı olacaktır<sup>1025</sup>. Bu suretle fiili elatma ve hukuki elatma sebebiyle benzer hukuki sonuçlar ile karşı karşıya kalan hak sahipleri aynı koşullara tabi tutulduğu için daha adil kararların ortaya çıkması ve usul ekonomisi sağlanabilecektir.

Taşınmazın gerçek karşılığının malike ödenmesi gerekliliğine ilişkin talebin kamulaştırmaz elatma olgusuna yansımaları olarak değerlendirdiğimiz bedel davalarında Yargıtay ve Danıştay, hükmedilen taşınmaz değerine, dava tarihinden karar tarihine kadar yasal faiz, kararın kesinleşmesinden fiili ödeme tarihine kadarki süreç için ise Anayasa'nın 46. maddesi uyarınca kamu alacaklılarına uygulanacak en yüksek faiz oranını işletmektedir. Kamulaştırmaz elatma, idarenin bir hukuka aykırı fiilidir. İdare, kamulaştırma usulünde taşınmazın gerçek karşılığını ödemek suretiyle (veya düzenleme ortaklık payında olduğu gibi sunulan hizmet karşılığında taşınmazdaki değer artışına eşdeğer ölçüde) taşınmaza müdahale edebilecekken, bu yetkisini kötüye kullanarak elattığı için, elatma tarihi itibarıyla Anayasa'nın 46. maddesinde zikredilen temerrüt halinin gerçekleştiğinin kabulü gerekmektedir. Bu çerçevede de bedel davası ile taşınmaz bedelinin tahsiline yönelik tam yargı davasında, temerrüt tarihi olan elatma tarihinden itibaren kamu alacakları için uygulanan en yüksek faiz oranının işletilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Hak sahibinin, dava açılmadan önceki süreçteki zararının ecrimisil, dava açıldıktan sonraki zararının ise bedel miktarına dava tarihinden itibaren işletilen faiz ile tazmin edilmesi pek mümkün değildir. Ecrimisil talebinin hesaplanmasında, dava tarihinden önceki beş yılın dikkate alınması, elatmanın başlangıç tarihinin dikkate alınmaması hak kayıplarına sebebiyet verebilecektir. Bedel davası sonucunda özel mülkiyete konu olan taşınmaza elattığı sabit olan idarenin, taşınmazın bedelini ödeme yükümlülüğü yanında kötüniyeti haksız zilyet olması hasebiyle TMK m. 993-995'teki esaslar uyarınca sorumluluğu olduğunun kabulü yerinde olacaktır<sup>1026</sup>.

<sup>1025</sup> Farklı yargı kollarının aynı hesaplama esaslarını kullanarak değerlendirme yapmasını çelişki olarak nitelendiren yaklaşım için bkz. Kulaklı, Kamulaştırmaz El Atma, s.195, Kulaklı, İmar Kısıtlılığı, s.65-67. Konu ile ilgili olarak bkz. II. Bölüm, E.

<sup>1026</sup> Bkz. Şahin, s.143.

## **E. KAMULAŞTIRMASIZ ELATMANIN HÜKÜM VE SONUÇLARINA DAİR BİR MODEL ÖNERİSİ**

### **1. FİİLİ ELATMA İLE HUKUKİ ELATMA HAKKINDA UYGULAMADA KABUL EDİLEN HÜKÜM VE SONUÇLARIN KARŞILAŞTIRILMASI**

İdarenin, taşınmaz mülkiyetine elatma şeklindeki müdahalesi, Türk Hukuku’nda fiili elatma ve hukuki elatma şeklinde isimlendirilmekte ve her bir elatma modeli, farklı yargı kolları tarafından farklı hukuki rejimlere tabi tutulmaktadır. Elatma modellerinin hüküm ve sonuçlarına dair yargı kararları uyarınca şekillenen uygulamayı karşılaştırarak mevcut durumun fotoğrafını bir bütün olarak sunacağız.

Fiili elatma halinde uyuşmazlık, adli yargı makamları tarafından özel hukuk hükümleri üzerinden değerlendirilmektedir. Bu çerçevede fiili elatmanın varlığında malik veya diğer hak sahipleri, seçimlik dava modelleri olan elatmanın önlenmesi davasını veya bedel davasından birini ya da bu iki davayı terditli şekilde açabilmektedir. Her bir taleple birlikte şartların varlığı halinde tazminat ve/veya ecrimisil davası da açılabilmektedir. Hukuki elatma halinde ise uyuşmazlık, idari yargı makamları tarafından değerlendirilmektedir. İdari yargı kapsamında başvurulabilecek hukuki yollar, iptal davası ile tam yargı davası olacaktır. İptal davasında, İYUK m. 2/1-a uyarınca idari işlemlerin yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olup olmadığı değerlendirilerek hukuka aykırılığın tespiti halinde işlemin iptaline karar verilmektedir. Tam yargı davası kapsamında ise hak sahibi, taşınmaz mülkiyetinden ferağ şartına bağlı olarak taşınmaz bedelinin tarafına ödenmesini ve/veya elatmadan kaynaklı zararlarının tazminini talep edebilmektedir. Bu çerçevede fiili elatma ile karşı karşıya kalan hak sahibinin, hukuki elatmaya muhatap olan hak sahibine kıyasla daha farklı sayıda hukuki talepte bulunma imkânına sahip olduğunu belirtmeliyiz.

Fiili elatmanın varlığında, elatmanın önlenmesi davası ile idarenin fiili müdahalesinin sona erdirilmesi, sonuçlarının ortadan kaldırılması amaçlanmaktadır<sup>1027</sup>. Davası sonucunda idare aleyhine verilen kararın icrası süreci İİK

<sup>1027</sup> Bilgi için bkz. II. Bölüm, C., 1., 1.1.

hükümleri uyarınca yapılacak olsa da, sorunlar yaşanabilmektedir. Elatmanın önlenmesi davası ile taşınmazın eski hale getirilmesinin talep edildiği hallerde, eski hale getirme masrafı ile elatılan taşınmaz bedelinin karşılaştırılması ve eski hale getirme masrafının çok yüksek olması durumunda elatmanın önlenmesi talebinin reddi ve bedel davasının kabulü şeklindeki yaklaşım, elatmanın önlenmesi davasının tercih olasılığını düşürmektedir. Hukuki elatmada gündeme gelebilecek iptal davasında ise taşınmaz üzerinde kısıtlılığa sebebiyet verdiği kabul edilebilecek idari işlemlerin (imar planı, imar planı değişikliği isteminin reddi, kamulaştırma/parselasyon isteminin reddi gibi idari işlemlerin) iptal edilebilir olup olmadığı değerlendirilmektedir<sup>1028</sup>. İdari yargı makamları, Anayasa'nın 125/4. fıkrasındaki “...Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı verilemez.”<sup>1029</sup> hükmü karşısında, idarenin kamulaştırma, parselasyon veya imar planı değişikliği taleplerinin reddi işlemlerine ilişkin iptal davalarında uzun yıllar tereddüt yaşamış, idari işlem veya eylem niteliğinde yargı kararı verilemeyeceği, idarenin idari işlem ya da eylemde bulunmaya zorlanamayacağı gerekçelerine dayanarak hukuki elatmanın varlığını kabul etmemiştir<sup>1030</sup>. AİHM nezdindeki kararların tesiri ile idari yargıda yaşanan içtihat değişikliği ile iptal davası aracılığıyla, davaya konu olan idari işlemin (imar planı, imar planı değişikliği isteminin reddi, kamulaştırma/parselasyon isteminin reddi gibi idari işlemlerin) mülkiyet hakkının özünü zedeleme gibi bir netice doğurup doğurmadığı değerlendirilmiştir. Bu çerçevede idari işlemin, mülkiyet hakkının kullanılma imkânını ortadan kaldırdığı hallerde, hukuka aykırılığın varlığı kabul edilerek işlemin iptali yönünde kararlar verilmiştir. Ancak dava konusu olan idari işlem sebebiyle mülkiyet hakkının kullanılmadığı, zarar gördüğü kabul edilse de, bu netice sebebiyle işlemin hukuka aykırı olduğunun kabul edilemeyeceğini, ancak tazminat talebinin ileri sürülebileceğini belirten pek çok idari yargı kararı da bulunmaktadır. Bu kararlara yansıyan yaklaşım sonucu, hukuki elatma halinde, mülkiyet hakkı ihlal edilen hak sahibinin elindeki tek hukuki başvuru yolu, tam yargı

<sup>1028</sup> Bilgi için bkz. II. Bölüm, C., 2., 2.2., 2.2.1.

<sup>1029</sup> Benzer bir düzenleme İYUK m. 2/2'de bulunmaktadır. Şöyle ki, “İdari yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır. İdari mahkemeler; yerindelik denetimi yapamazlar, yürütme görevinin kanunlarda ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya idarenin takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı veremezler.”.

<sup>1030</sup> Detaylı bilgi için bkz. I. Bölüm, B., 5.

davası olmaktadır. Diğer yandan idarenin olumsuz işleminin iptali talebinin kabulü karşısında idarenin olumlu işlem tesis etme yükümlülüğünün icrasında, elatmanın önlenmesi davası sonucunda verilen kararın icrasında olduğu gibi, güçlükler ile de karşılaşmaktadır.

Adli yargıdaki bedel davası ile idari yargıdaki taşınmaz bedelinin tahsilini konu alan tam yargı davasında taşınmazın bedeli, farklı yargı kolları tarafından aynı esaslara göre hesaplanmaktadır. Bedel davasında mahkeme, bedelin ödenmesi karşılığında tapu iptalinin idare adına tescil ya da terkinin yönünde karar verebilmektedir. Ancak tam yargı davasında, taşınmazın değerine eşdeğer bir tazminatın ödenmesi suretiyle taşınmazın idare adına tescil veya terkinin yönünde karar verilemeyeceği kabul edilmektedir<sup>1031</sup>. Taşınmazın tapu kaydının idare adına tescil veya terkinin yönünde karar verilememesi, süreci sekteye uğratabilecektir. Bu çerçevede taşınmaz bedelinin ödenmesini konu alan tam yargı davalarında, geçici tescil şerhi imkânının ve kararın kesinleşmesine bağlı olarak idareye tescil talebinde bulunma yetkisinin verilmesi düşünülebilir. Diğer yandan idari yargıdaki iptal ve tam yargı davası dışında hukuki yolların çeşitlendirilmesi meselesinin ciddi manada gözden geçirilmesi gerekmektedir<sup>1032</sup>.

Adli yargıda hak sahiplerinin fiili zarar, yoksun kalınan kâr, ecrimisil talepleri kabul edilebilmektedir<sup>1033</sup>. Bu suretle hak sahibinin ihlal olmasaydı malvarlığının içerisinde bulunabileceği durum, belli ölçüde de olsa, sağlanmaya çalışılmaktadır. İdari yargıda ise zarar kavramının muhtemel zararı (yoksun kalınan kâr) kapsamaması, taşınmazın elatma sebebiyle kullanılamamasından kaynaklı dava tarihinden önce uğranılan zararın tazminine (ecrimisil gibi) imkân vermemektedir. Bu yaklaşım, hak sahibinin uğradığı zararın tamamıyla tazminine engel olabilecektir. Tam yargı davasında ıslah halinde faizin, bedel davasındaki gibi dava tarihinden itibaren değil

<sup>1031</sup> Bkz. Gürsel, s.618-619, 622-623; Kulaklı, Kamulaştırmasız El Atma, s.192-195; Çınar, s.45; Akgüner/Berk, s.949; Hayta, s.418-419. Konu ile ilgili olarak bkz. II. Bölüm, C., 2., 2.2., 2.2.2.

<sup>1032</sup> Bu konuda bkz. Kulaklı, Kamulaştırmasız El Atma, s.197. İdare Hukuku kapsamında yıllardır yapılan çalışmalarda idari yargıdaki talep ve dava imkânlarının çeşitlenmesi meselesi göze çarpmaktadır. Bu konudaki bir çalışma için bkz. **İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 30. Yılında İdari Yargı Sempozyumu**, 9 Mart 2012, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2013, s.17-102.

<sup>1033</sup> Bkz. II. Bölüm, C., 1., 1.3.-1.4.

de, ıslah tarihinden itibaren ışletilmesi de benzer bir sonuca sebebiyet verebilecektir<sup>1034</sup>.

Fiili elatma halinde mülkiyet hakkı veya sınırlı ayni hak sahibi, hak sahibi olduğunu ispat etmesi halinde zilyet, ilgili davaları açabilirken, hukuki elatma halinde menfaati ihlal edilen tarafından iptal davası, kişisel hakları doğrudan zarar gören tarafından da tam yargı davası açılabilir. Taşınmaz zilyedine, adli yargıda tanınan, hak sahipliğini ispat etmeye bağlanan dava açma hakkının, idari yargı nezdinde tanınıp tanınmayacağı hususunda tereddütler yaşanabilecektir.

Kamulaştırmasız elatmanın, mülkiyet hakkına dayanan iddialar içermesine rağmen, idari yargı kapsamında, oldukça kısa dava açma sürelerine tabi olması hak ihlallerine sebebiyet verebilecektir. Bu çerçevede hukuki elatma ile ilgili olarak yargı makamları, elatma devam ettiği sürece, dava açma sürelerinin işlemeyeceği yönünde içtihat geliştirmiştir. Ancak nihayetinde, zamanötesi olan mülkiyet hakkı kısa dava açma sürelerine tabi tutulmaktadır.

Mevcut durumda, malik ve diğer hak sahipleri, bu hukuka aykırı elatma vakalarına karşı ilgili idare aleyhine dava açmak, yargılama giderlerini karşılamak, hakkı olduğunu ve bu hakkının idarenin şu tarihli işlem ya da eylemleri ile hukuka aykırı şekilde ihlal edildiğini ispat etmek durumunda kalmakta, uzun yıllar süren muhakeme süreçleri ile hak sahiplerinin adil yargılanma hakkı ihlal edilebilmektedir. Yargılama giderleri kapsamında harç ve tebligat gideri dışında bilirkişi, keşif giderlerinin de davacı tarafından karşılanması gerekliliği etkin hukuki korumanın teminini güçleştirebilmektedir. Kamulaştırma usulünde süreçteki yargılama gideri yükü idareye ait iken idarenin hukuka aykırı eylemi mahiyetindeki kamulaştırmasız elatmada yargılama gideri yükünün hak sahiplerinin üzerinde bırakılması silahların eşitliği ilkesine aykırıdır. Diğer yandan yargılamadaki ispat yükünün davacı hak sahibi üzerinde olması, hak ihlaline sebebiyet verebilir. Aleyhine dava açılacak idarenin tespiti her zaman kolay olmamaktadır. Özellikle de vaktiyle hukuka aykırı eylem/işlemde bulunan idarenin varlığına süreç içerisinde son verilmesi veya o alanda faaliyet gösteren idarelerin sayısının artması hallerinde kim aleyhine dava açılacağı ayrı bir inceleme konusu yapılmak zorundadır. Özellikle bir idarenin farklı tarihlerdeki

<sup>1034</sup> Bkz. II. Bölüm, C., 2., 2.2., 2.2.2.

farklı içerikteki işlem/eylemleri ya da farklı idarelerin farklı içerikteki işlem/eylemleri ile haksız müdahalenin gerçekleştiği hallerde, idare nezdindeki belge ve bilgilere ulaşmada güçlükler ile karşılaşmakta, bu hal de ispat konusunda hak sahibini zor durumda bırakmaktadır. Dava açmak durumunda kalan hak sahibinin karşı karşıya kalabileceğini belirttiğimiz ispat ile ilgili handikapların, idari yargılamaya hâkim olan re'sen araştırma ilkesi aracılığıyla bir nebze aşılması mümkün olabilmektedir.

Adli yargı nezdinde görülen davalarda, ihtiyati tedbir prosedürü (HMK m. 389-399), mevcut durumda meydana gelebilecek bir değişme nedeniyle hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşacağından ya da tamamen imkânsız hâle geleceğinden veya gecikme sebebiyle bir sakıncanın yahut ciddi bir zararın doğacağından endişe edilmesi hâllerinde olası hak kayıplarını önlemeye hizmet etmektedir. İdari yargıda ise yürütmenin durdurulması süreci (İYUK m. 27), hukuka uygunluk karinesi gereğince, aksine mahkeme kararı verilinceye kadar hukuka uygun kabul edilerek uygulanmaya devam edilebilecek dava konusu idari işlem den kaynaklı olası zararları önlemeyi amaçlamaktadır. İdari yargıdaki yürütmenin durdurulması sürecinin, adli yargıdaki ihtiyati tedbir prosedürü ile aynı işlevi üstlenebileceği, bu suretle dava sonuçlanıncaya kadar yaşanabilecek olası hak ihlallerinin önlenebileceği ileri sürülebilir. Ancak yürütmenin durdurulması kararının verilebilmesi için idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi gerekliliği, bu imkânın arzu edilen işlevi üstlenmesini engelleyebilecektir.

Yargı kararları uyarınca fiili elatma ile hukuki elatmanın hüküm ve sonuçlarına dair yaptığımız bu karşılaştırmada, re'sen araştırma ilkesinin hâkim olduğu idari yargının bazı avantajları olsa da, herhangi bir süre sınırı olmaksızın mülkiyet hakkına dayanan, zararın tamamen tazminini amaçlayan çeşitli içeriklerde hukuki başvuru yollarına sahip olması sebebiyle adli yargının da avantajları vardır. Ayrıca idari yargı makamlarına ilişkin olarak tam yargı davalarında düşük değerde tazminata hükmetme eğiliminde oldukları, kamu yararı karşısında bireysel yararı ihmal edebilecek bir yaklaşımın benimsendiği, zarar görenin idare karşısında bir sıfır geride başladığı şeklindeki toplumsal kaygıları da ihmal etmemek gerekmektedir.

Fiili elatma ile hukuki elatmanın birlikte gerçekleştiği veya fiili elatma mı yoksa hukuki elatma olarak mı değerlendirilmesi gerektiği hususunda tereddütlerin olduğu

hallerde, bu iki olgu arasındaki ayrımın silikleştiği birkaç örneği aktarmakta da fayda bulunmaktadır. Fiilen elatıldığı için adli yargı tarafından değerlendirilen bazı uyuşmazlıklarda, idare, taşınmaz üzerindeki fiili hâkimiyetine son vererek elatmayı sona erdirmiş olmasına rağmen taşınmazın imar planında umumi veya kamu hizmetine tahsis devâm edebilmektedir. Yargıtay, böyle bir durumda elatmanın sona erdiğinin kabul edilemeyeceği yönünde kararlar vermektedir<sup>1035</sup>. Bu yaklaşım, eylemli bir müdahale sebebiyle taşınmazın kullanılamaması ile imar planındaki tahsis amacı sebebiyle taşınmazın kullanılamamasını aynı çerçevede ele almakta ve aynı sonuca bağlamaktadır. Diğer yandan bir taşınmazdan düzenleme ortaklık payı oranını (İmar Kanunu'nun 7181 sayılı Kanun ile değişik 18/2. maddesi uyarınca %45) aşan oranda kesinti yapılarak, malike, verilmesi gerekenden daha az taşınmaz payı verilmesi ile ilgili olarak yargı makamları tarafından farklı kararlar verilmektedir. Uyuşmazlık Mahkemesi tarafından, bu hal, tek yanlı ve kamu gücü kullanılarak tesis edilen idari işlem den kaynaklı bir uyuşmazlık olarak değerlendirilirken, Yargıtay'ın son yıllarda verdiği kararlarda, kamulaştırma yapılmaksızın DOP oranının aşılması suretiyle malike, tapuda daha az miktarda payın tescil ya da terkin edilmesi fiili elatma olarak kabul edilmektedir<sup>1036</sup>. Yargıtay, düzenleme ortaklık payı şeklindeki idari işlem sebebiyle mülkiyet hakkının kaybını, idarenin taşınmaza fiilen elatması olarak değerlendirilmiştir. Taşınmaza kısmen fiilen elatılıp da taşınmazın geri kalanının fiilen elatılan bölümü ile proje açısından bütünlük arz edecek şekilde bir birliktelik içerisinde olduğu hallerde de bütün bir taşınmaza fiilen elatıldığı kabul edilebilmektedir<sup>1037</sup>. Bu örneklerde idarenin fiilen elatması olmamasına rağmen kamulaştırma veya DOP gibi idari işlemlerin icrası sebebiyle taşınmazın kullanılamaz kılınması, fiili elatma olarak kabul edilmiştir. Bir idari işlem ile kullanılamaz hale gelen taşınmazın

<sup>1035</sup> Konu ile ilgili detaylı açıklama için bkz. I. Bölüm, C., 2., 2.3., 2.3.1.

<sup>1036</sup> Konu ile ilgili detaylı açıklama için bkz. I. Bölüm, C., 2., 2.3., 2.3.1.

<sup>1037</sup> Konu ile ilgili detaylı açıklama için bkz. I. Bölüm, C., 2., 2.3., 2.3.1. Benzer bir yaklaşım kamulaştırma müessesesi içerisinde bulunmaktadır. Kamulaştırma Kanunu'nun 12. maddesinin 5. ve 6. fıkraları, kısmen kamulaştırılan taşınmazın geri kalanının yararlanmaya elverişli olmaması halinde taşınmazın geri kalanının da kamulaştırılması gerektiğini öngörmektedir. Kamulaştırma Kanunu'nun 12/5. ve 6. fıkralarına konu olan kısmi kamulaştırmalarda kamulaştırılmayan kısımdan veya baraj inşası sebebiyle yapılan kamulaştırmalarda komşu taşınmazdan yararlanmanın mümkün olmamasından kaynaklı uyuşmazlık, adli yargı nezdinde ve kamulaştırma usulüne paralel şekilde, hatta kimi zaman kamulaştırma bedelinin tespiti ve tescil davası içerisinde ele alınmaktadır. Taşınmaza fiilen bir müdahalede bulunulmamasına rağmen, kamulaştırma işlemi sebebiyle taşınmaz kullanılamaz hale gelmektedir. Bu haliyle hukuki elatmaya benzer bir durum ile ortaya çıkmaktadır.

kamulaştırılması gerekirken kamulaştırılmaması ile karşı karşıya kalmaktayız ki, bu hal, hukuki elatma olgusuna benzemektedir.

Şunu da belirtmeliyiz ki, İdare Hukuku'ndaki mülkiyet hakkı yaklaşımı, özel hukuktaki mülkiyet hakkı yaklaşımından farklılık arz etmektedir<sup>1038</sup>. “*Devletin hüküm ve tasarrufu altında*” ifadesi<sup>1039</sup> ile kamu hukukuna tâbi tüzel kişilerin İdare Hukuku'na tabi olan kamu mülkiyeti anlatılmaktadır. “*Devletin hüküm ve tasarrufu altında olma*” üzerine kurulu kamu mülkiyeti ile Medeni Hukuk hükümlerine tabi özel mülkiyet düzeni farklılık arz etmektedir. Elbette ki, gerek kamu hukukuna tabi olan mülkiyet hakkı, gerekse de özel hukuka tabi mülkiyet hakkı, Anayasa'nın 35. maddesinin koruması altındadır<sup>1040</sup>. Ancak idari yargı makamlarınca İdare Hukuku uyarınca değerlendirilen kamu mülkiyet yaklaşımı ile adli yargı makamlarınca Medeni Hukuk uyarınca ele alınan mülkiyet hakkına yaklaşım farklılığı, hakka konu olan eşya ile ilgili hukuki rejimin farklılığı sonucunu doğurmaktadır<sup>1041</sup>.

## 2. MEVCUT UYGULAMAYA İLİŞKİN ÖNERİLER

Kamulaştırmасız elatmanın hüküm ve sonuçları ile ilgili olarak çeşitli eleştiri ve öneriler, metin içerisinde konuların ele alındığı başlıklar altında aktarılıp değerlendirilmiştir. Bu başlık altında ise mevcut uygulamanın bütününe ilişkin önerileri aktaracağız.

*Yalçınduran*<sup>1042</sup>, “*Kamulaştırmасız el koyma durumunda kamulaştırmaya ilişkin hükümler geçerlidir.*” şeklindeki bir ifadenin kanuna eklenmesi gerektiğini, ancak kanunkoyucunun bu konuda düzenlemeye gitmeme ihtimali karşısında, hakkın kötüye kullanılması ve kanuna karşı hile ilkelerinden yararlanarak kamulaştırmaya ilişkin hükümlerin kamulaştırmасız elatma hakkında da uygulanabileceğini, Türk Ceza

<sup>1038</sup> Bkz. Gözler, İdare Hukuku II, s.861-867.

<sup>1039</sup> Anayasa'nın 43 ve 168. maddelerinde, Türk Medeni Kanunu'nun 715. maddesinde ve diğer pek çok Kanun'da, bir değer in idarenin mülkiyeti altında bulunması hali, “*devletin hüküm ve tasarrufu altında*” bulunma şeklinde ifade edilmiştir.

<sup>1040</sup> Anayasa Mahkemesi 1994/43 E., 1994/42-2 K., 9.12.1994 T. kararında, “*Anayasa'nın 35. maddesindeki mülkiyet hakkıyla ilgili korumanın, kamu mülkiyeti için de özel mülkiyetle eşit biçimde değerlendirip düzenlenmesi kaçınılmazdır.*” demek suretiyle kamu mülkiyeti ile özel hukuka tabi mülkiyet in Anayasa'nın koruması altında olduğunu vurgulamaktadır (RG T.24.1.1995, S.22181).

<sup>1041</sup> Kamu mülkiyetine konu olan kamu mallarının hukuki rejimi ile ilgili olarak bkz. Gözler, İdare Hukuku II, s.890-922; Kalabalık, İdare Hukuku II, s.384-394; Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s.703-712.

<sup>1042</sup> Bkz. Yalçınduran, Kamulaştırmасız El Koyma, s.256-257.



Kanunu'nun 261. maddesi kapsamında kişinin malları üzerinde usulsüz tasarruf eyleminin gerçekleştiğinin kabulü ile kamu görevlisi hakkında cezai soruşturma başlatılabileceğini ya da zilyetliğe ilişkin kanuni düzenlemeler açısından hüküm ve sonuçların değerlendirilebileceğini belirtmektedir. *Özdemir*<sup>1043</sup>, kamulaştırmасız elatma hakkında genel bir kanuni düzenlemenin yapılması, bu kapsamda kavramın tanımlanarak çerçevesinin belirlenmesi gerektiğini, kamulaştırmасız elatmaya neden olan idarenin eylem ya da işlemlerinden sorumlu kamu personelinin kişisel sorumluluğunun öngörölmesi ve idarenin kusur sorumluluğunun daha ağır yaptırımlara tabi tutulması gerektiğini savunmaktadır. *Kulaklı*<sup>1044</sup> ise Anayasa Mahkemesi'nin İmar Kanunu'nun 13. maddesinin 1. ve 3. fıkralarını iptal etme gerekçelerini de dikkate alarak gerekli tüm kanuni düzenlemeler yapılarak, idarenin mülkiyet hakkı ihlallerinin önüne geçilebileceğini, sorumlu davranmasının sağlanabileceğini belirtmektedir. *Başpınar*<sup>1045</sup>, kamu hizmeti alanında kalan taşınmazların, hazine arazilerinin yoğun olduğu, yerleşim yeri dışındaki alanlarda uydu kentler oluşturularak buradaki taşınmazlar ile trampa edilmesine imkân sağlayan kanuni düzenlemelerin öngörülebileceği kanaatindedir. *Erol*<sup>1046</sup> ise kamulaştırmасız elatmaya karşı mülkiyet hakkının korunabilmesi için öncelikle idareler arası koordinasyonun tesis edilmesi ve buna göre imar programlarının hazırlanarak süresi içerisinde uygulamaya geçirilmesinin gerektiğini, imar planı yoluyla yaşanan kamulaştırmасız elatmaya karşı açılacak açılacak dava türleri ve yargı kolu ile ilgili kanuni düzenlemeye ihtiyaç olduğunu belirtmektedir.

### 3. MODEL ÖNERİMİZ

Gerek fiili elatma gerekse de hukuki elatma örneğinde idare, hukukun öngördüğü usul ve esasları kullanmaksızın, kanunun verdiği mülkiyetten yoksun bırakabilme yetkisini kötüye kullanarak, hukuka aykırı hareket etmek suretiyle mülkiyetten doğan yetkilerin kullanımını imkânsızlaştırarak veya aşırı ölçüde güçleştirerek maliki mülkiyetinden yoksun bırakmaktadır<sup>1047</sup>. Farklı araçlar

<sup>1043</sup> Özdemir, s.206-207.

<sup>1044</sup> Bkz. Kulaklı, İmar Kısıtlılığı, s.65-68.

<sup>1045</sup> Başpınar, s.306.

<sup>1046</sup> Bkz. Erol, s.225-227.

<sup>1047</sup> Aynı kanaatin paylaşıldığı yargı kararlarına örnek olarak bkz. Yargıtay HGK 2010/5-662 E., 2010/651 K., 15.12.2010 T. karar; Danıştay 6. D 2010/750 E., 2014/718 K., 5.2.2014 T. karar ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 2.7.2019); Danıştay 6. D 2016/12699 E., 2017/2603 K., 13.4.2017 T. karar ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 12.11.2019)

kullanılmış (fiili elatmada doğrudan müdahale, hukuki elatmada dolaylı müdahale suretiyle) olsa da, mülkiyet hakkı üzerinde aynı hukuka aykırı neticeyi doğuran her iki müdahale modelinin, birbirinden tamamen bağımsız olgular gibi farklı hukuki düzenlemelere ve farklı yargı kollarına tabi tutulması adil yargılanma hakkını ihlal edebilecektir. Uygulamada bu iki olgunun birlikte gerçekleştiğine ilişkin pek çok örnek de bulunmaktadır. Bu hallerde hak sahibi, aynı taşınmaz için adli ve idari yargı olmak üzere iki farklı yargı kolunda ve farklı hükümlere tabi tutulan muhakeme süreçleri ile karşı karşıya kalmaktadır. Bu çerçevede her iki olgunun da, idarenin kullandığı araçların farklı olması sebebiyle mahiyetlerinde birtakım farklılıklar taşısalar da, aynı veya benzer hüküm ve sonuçlara bağlanması gerekmektedir<sup>1048</sup>.

Hukuki elatmayı da kapsayıcı şekilde kamulaştırmazsız elatmanın hüküm ve sonuçlarına dair öyle bir model geliştirmeliyiz ki, bu model, hakkı ihlal edilen kişi açısından tam ve etkin bir hukuki koruma sağlamalıdır. Hukuki korumaya ek olarak da bu tür uyuşmazlıkların doğumunu engelleme amacıyla, idareyi, bu tarz hukuka aykırı eylem ya da işlemlerde bulunmaktan caydırıcı içerikte de olmalıdır. İdareleri, özel hukuk hükümlerine tabi taşınmazları kamu mülkiyetine kazandırma yükümlülüklerinin icrasından kaçınarak fiili elatma veya hukuki elatma şeklindeki hukuka aykırı eylemlere tenezzül etmelerini engelleyecek bir model kurgulamamız gerekmektedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İhlallerinin Önlenmesine İlişkin Eylem Planı'nda<sup>1049</sup> mülkiyet hakkı ihlallerinin önlenmesi başlığı altında “*İdarelerin kamulaştırmazsız el atma yoluna başvurmalarının önlenmesi için gerekli*

<sup>1048</sup> Kulaklı da, kamulaştırmazsız elatma davalarında idarenin taşınmaza fiili müdahalesinin mülkiyet hakkının ihlali açısından bir ölçüt olmadığını, bu halde mülkiyet hakkından doğan yetkilerin kısmen ya da tamamen engellenip engellenmediğinin esas alınması gerektiğini, fiili müdahalenin olup olmadığı ayrımı gözetmeksizin her iki modelinin adli yargıda görülmesi gerektiğini ifade etmektedir. Kulaklı, Kamulaştırmazsız El Atma, s.196-197. Gürsel de, her iki halin de mülkiyet hakkı ihlali olarak değerlendirilmesi ve adli yargı nezdinde görülmesi gerektiği kanaatini paylaşmaktadır. Gürsel, s.619-620. Yalçınduran da, sebepleri aynı olan fiili ve hukuki elatma olgularının farklı yargı mercileri tarafından değerlendirilmesi halinde ortaya çıkabilecek problemlere yer vermek suretiyle her iki olgunun da tek bir yargı teşkilatı tarafından incelenmesi gerektiğini ve bu yargı kolunun da adli yargı olması gerektiğini belirtmektedir. Yalçınduran, Kamulaştırmazsız El Koyma, s.233-239.

<sup>1049</sup> Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İhlallerinin Önlenmesine İlişkin Eylem Planı, s.32 (RG T.1.3.2014, S.28928). Anayasa Mahkemesi Şevket Karataş kararında, bu plana atfı yapmış ve kamulaştırmazsız el atma uygulamasına son verilmesi bakımından öngörülen tedbirlerin ve düzenlemelerin gerçekleştirilmesinin önemini vurgulamıştır. AYM Şevket Karataş, 2015/12554 B. No., 25.10.2018 T. karar, prg.68-70. (Hata! Köprü başvurusu geçerli değil., 8.7.2020).

*düzenlemelerin yapılması”* hususunda Çevre ve Şehircilik Bakanlığı<sup>1050</sup>, İçişleri Bakanlığı ile Maliye Bakanlığı’nın sorumluluğu vurgulanmıştır.

Fiili elatmanın, idarenin haksız fiili olduğu yönündeki yerleşik kanaat yanında hukuki elatmanın de idarenin haksız fiili olarak kabul edilebileceği yönündeki kanaatimiz uyarınca<sup>1051</sup>, idarenin tamamen hukuki dayanaktan yoksun bu tür eylemlerinin, adli yargı kolu tarafından özel hukuk hükümleri açısından ele alınması halinde hak sahibinin sahip olabileceği hukuki imkânlarla ilişkin uygulamada pratik geçerliliği de olabilecek model önerimizi şu şekilde izah edebiliriz:

Kamulaştırma usulünde kamulaştırma bedeli ile ilgili muhakeme adli yargı nezdinde yürütülürken, kamulaştırma işleminin iptaline ilişkin süreç idari yargı tarafından yürütülmektedir. Kamulaştırma hem özel hukuk hükümlerinin hem de kamu hukuku hükümlerinin belli bir ahenk içerisinde birlikte uygulandığı bir süreçtir. Sürecin bu şekilde işletilmesinde, kamulaştırmanın konusunun özel hukuk hükümlerine tabi mülkiyet hakkı olmasının etkili olduğu kanaatindeyiz. Bu çerçevede gerek fiili elatma gerekse de hukuki elatma halinde taşınmaz bedelinin ödenmesine ilişkin dava, taşınmazın değerinin belirlenmesine ilişkin mevcuttaki uygulama (Kamulaştırma Kanunu’nun kamulaştırma bedelinin belirlenmesine ilişkin 11. ve 12. maddeleri uyarınca) ile de tutarlı bir şekilde, kamulaştırma bedeli ve tescili davasında uzmanlaşmış adli yargı makamları tarafından bedel davası adıyla görülebilir. Bu suretle taşınmaz bedelinin ödenmesi karşılığında taşınmazın idare adına tescil veya terkinin yönünde karar verilmesi ile ilgili olası tereddütler de giderilmiş olacaktır. Diğer yandan bedel davasında hükmedilen taşınmazın değerine, idarenin temerrüt tarihi olan elatma tarihinden itibaren Anayasa’nın 46. maddesi uyarınca kamu alacakları için uygulanan en yüksek faiz oranının işletilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Bedel davasına ek olarak veya ayrı olarak elatma sebebiyle uğranılan zararın tazmini maksadıyla ileri sürülebilecek zarar taleplerinin, TMK m. 993-995’teki haksız zilyedin sorumluluğu hükümlerinin kıyasen tatbiki suretiyle değerlendirilmesi düşünülebilir. Fiili elatma halinde, zilyetliğin gasbı suretiyle olmasa da, taşınmaz

<sup>1050</sup> Çevre ve Şehircilik Bakanlığı ismi, 29 Ekim 2021 tarihli ve 31643 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 85 sayılı Cumhurbaşkanlığı Karanamesi ile Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı olarak değiştirilmiştir.

<sup>1051</sup> Bkz. I. Bölüm, C., 3., 3.3.

üzerindeki fiili hâkimiyeti sona erdirecek içerikte zilyetliğe müdahale mevcuttur<sup>1052</sup>. Hukuki elatma halinde zilyetliğe müdahale olmadığı gerekçesiyle TMK m. 993-995 hükümlerinin uygulanmasına dair itiraz ileri sürülebilir. Müdahale usulleri farklı olsa da, taşınmazın kullanılmasına ve ondan yararlanılmasına engel olunması şeklinde yarattıkları sonucun aynı olması, her iki halde de, haksız zilyedin sorumluluğuna ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanmasına gerekçe olarak sunulabilir<sup>1053</sup>. Bu suretle idarenin fiili veya hukuki elatarak sebebiyet verdiği zararların (fiili zarar, yoksun kalınan kâr ve haksız kullanım bedeli) tamamının tazmini, idarenin kusurlu olup olmamasından bağımsız şekilde gerçekleştirilerek daha adil ve etkin bir hukuki koruma sağlanabilecektir. Haksız zilyetlikte iade hükümleri kapsamında idarenin, kötüniyetli haksız zilyet olarak kabul edilmesi gerekecektir. Fiili ve hukuki elatma, idarenin, kendisinden beklenen özeni göstermemesi, hatta sahip olduğu yetkiyi kötüye kullanması mahiyetinde olduğundan TMK m.3/2'deki kural gereğince iyiniyet iddiası dinlenmemelidir. Bu yaklaşım modeli ile bedel davası (gerek fiili elatma gerekse de hukuki elatma halinde), kötüniyetli haksız zilyedin şeyi aynen iadesinin mümkün olmadığı/istenmediği hallerde değerinin tazmin edilmesi şeklindeki sorumluluğunun görünümü olarak kabul edilebilecektir.

Bedel davası, hak sahibinin, taşınmazın idareye devredilmesi karşılığında taşınmazdan mahrum kalması şeklindeki zararının tazminine hizmet edecektir. Ancak mülkiyet hakkının kullanımını imkânsızlaştıran uygulamanın sona erdirilmesi sonucunu doğurmayacaktır. Taşınmaz maliki, kamulaştırmasız elatma şeklindeki idarenin hukuka aykırı eylemi karşısında tek bir hukuki vasıtaya mahkûm edilmemelidir. Hak sahibine, elatmayı ortadan kaldıracak hukuki imkânları da vermek gerekmektedir. Bu çerçevede, her iki elatma olgusunun varlığında, elatmanın önlenmesi davasının açılması mümkün olmalıdır. Nihayetinde her iki halde de, idare, taşınmaza, tamamen hukuki dayanaktan yoksun şekilde doğrudan veya dolaylı ama açıkça elatmaktadır. Mahkeme, fiili elatma halinde idarenin eyleminin, hukuki elatma halinde ise eylemsizliğinin mülkiyet hakkından mahrum kalma sonucu doğurup doğurmadığını tespit edebilmeli ve bu çerçevede mahrumiyet sonucunun kaldırılması için eda kararı niteliğinde karar verebilmelidir.

<sup>1052</sup> Bkz. II. Bölüm, D., 1., 1.1., 1.1.1.

<sup>1053</sup> Bkz. II. Bölüm, D., 1., 1.1., 1.1.2.

Hukuki elatma açısından elatmanın önlenmesi davası, fiili elatma uygulamasında olduğu gibi<sup>1054</sup>, pek kullanışlı olmayabilir. Bu sebeple hukuki elatmaya özgü olarak, hak sahibinin, idari yargıya konu olabilecek talepleri ileri sürme imkânına sahip olduğunun da kabulü gerekmektedir. Hukuki elatma, genel itibariyle, idarenin mülkiyet hakkını kısıtlama sonucunu doğuran imar planı gibi idari işlemlerinin doğrudan sonucu olmamakta, bu idari işlemler sebebiyle doğan idarenin yükümlülüklerinin gereğinin yapılmamasından kaynaklanmaktadır. Bu çerçevede imar planının gereğinin yapılmaması sebebiyle, imar planının bizatihi kendisinin mülksüzleştirme aracı haline geldiği iddiası<sup>1055</sup> ile geri alınması, değiştirilmesi talepleri ile arazi ve arsa düzenlemesi, kamulaştırma yapılmasına ilişkin talepler ileri sürülebileceği gibi bu taleplere verilen cevaplara karşı veya herhangi bir idari başvuruda bulunulmaksızın doğrudan iptal davası da açılabilirdir. Bu tür talepler ile ilgili iptal kararının, özellikle de olumlu işlem tesisini gerektiren kararların uygulanması ile ilgili sürecin (İYUK m. 28) sağlıklı işletilmesi de gerekmektedir.

Belirtmeliyiz ki, kamulaştırmasız elatmanın adli yargı tarafından özel hukuka ilişkin enstrümanlar açısından ele alınması, hak sahibi için tam ve etkin koruma sağlamak, ihlal sebebiyle yaşanan mağduriyeti telafi edebilmek için tek başına yeterli olmayacaktır. Yargılama aşamasında da belirli düzenlemelerin yapılması gerekmektedir. Kamulaştırmasız elatma ile ilgili uyuşmazlıkların, kamu düzenine ilişkin uyuşmazlıklar kapsamında ele alınması ve bu uyuşmazlıkları konu alan davalarda re'sen araştırma ilkesinin uygulanması, yargılama aşamasında hak sahibinin karşı karşıya kalabileceği güçlükleri bir nebze de olsa gidermeye hizmet edebilir. Yargılama giderleri açısından davanın belirsiz alacak davası (HMK m. 107)<sup>1056</sup> veya kısmi dava (HMK m. 109) şeklinde açılması veya tebligat masrafı dışındaki yargılama giderlerinin davanın sonucuna bırakılması gibi çözümler düşünülebilir.

Olası kamulaştırmasız elatma vakalarının hüküm ve sonuçlarının kanun düzeyinde, adil ve etkin hukuki koruma sunacak şekilde tasarlanması teklif edilebilir. Ancak kanuni düzenlemenin, bu olguyu, meşru bir sınırlandırma aracı olduğu izlenimi

<sup>1054</sup> Bkz. II. Bölüm, C., 1., 1.1., 1.1.2.

<sup>1055</sup> Danıştay 6. D. 2017/7320 E., 2018/6374 K., 2.7.2018 T. kararında, imar planlarının amacı ve özü itibariyle mülksüzleştirme aracı olarak kullanılamayacağını, böyle bir sonuç doğurduğu takdirde iptaline karar verilmesi gerektiğini belirtmektedir ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 10.9.2020).

<sup>1056</sup> Konu ile ilgili değerlendirme için bkz. Hulki Cihan, "Kamulaştırmasız Elatma Uygulamasına İlişkin Görüşler", *İstanbul Barosu Dergisi*, Ocak-Şubat 2013 C.87, S.2013/1, s.247-248.

uyandırmayacak içerikte olması gerekmektedir. İdarenin, kanuna aykırı olarak kendi fiili hâkimiyetini kurmasını veya taşınmaz üzerinde zilyetliğe müdahale etmese de taşınmazı kullanılamaz hale getirmesini engelleyecek bütüncül bir yaklaşımın kanuni düzenlemelere yansıtılması elzemdir.

Fiili ve hukuki elatma şeklinde idarenin hukuka aykırı uygulamaları, sistematik bir sorundur. Kamulaştırmasız elatmanın hukuki nitelik, unsurları, hüküm ve sonuçlarına dair yaptığımız değerlendirmeler ile amacımız, bu veya buna benzer uygulamaların ülkemizde yaşanmamasıdır. Yaşanan mağduriyetleri en adil ve en etkin şekilde telafi edebileceğini düşündüğümüz model önerileri sunmaya çalıştık. Ancak bu hukuka aykırı uygulamaların hüküm ve sonuçlarına dair önerdiğimiz çözüm yolları, ne yazık ki, tek başına bu sorunu kökünden çözecek bir nitelik arz etmeyecektir. Bu tür mülkiyet hakkı ihlallerinin yaşanmasını önlemek uğruna topyekûn çok daha büyük çaba sarf edilmesi gerekmektedir. Sorunun bu kadar yaygın olmasında, idarenin mülkiyet hakkına dair yaklaşımının etkili olduğu kanaatindeyiz. Mülkiyet hakkı, ekonomik bir değer ile kişi arasındaki ilişkiyi düzenleyen, muhafaza eden temel bir insan hakkıdır. Anayasa'nın 35. maddesi ile koruma altına alınmıştır. Mülkiyet hakkı, Anayasa'nın 35. maddesinde zikredilen kamu yararı sebebine dayanarak kanun ile Anayasa'nın 13. maddedeki usul ve esaslar uyarınca sınırlandırılabilir. Kamu yararı kavramı, özel mülkiyete konu taşınmazlara, kamu hizmetine tahsis veya diğer bir şekilde kamu menfaatini temin etmek suretiyle serbest, sınırsız ve ölçüsüz şekilde müdahale etme yetkisi vermemektedir<sup>1057</sup>. Kamu makamlarının, özellikle imar planı sebebiyle yaşanan hak ihlallerinde şu algıya sahip olduğunu belirtebiliriz: Kamu makamları, kamu yararı iddiası ile mülkiyet hakkı üzerinde diledikleri gibi kısıtlayıcı düzenlemeler yapabilir<sup>1058</sup>. Bu algının uyuşmazlığın diğer tarafı olan hak sahipleri nezdinde de yerleşmiş olduğunu belirtebiliriz. Uyuşmazlığın her iki tarafında bu kanaatin oluşması ve yerleşmesinde, kamu makamlarının uygulaması ile yargı

<sup>1057</sup> Bkz. Giriş Bölümü, A., 1.

<sup>1058</sup> Akyol, "Türk kamu hukuku dallarında yöneten tarafa, yönetime ve idareye karşı ferdi koruyacak teoriler son derece güdük kalmıştır. Ferdi idareye karşı koruyacak kazanılmış hakların korunması, idarenin de dürüstlük kuralı ile bağlı olması, idarenin işlemlerini ferdi zararına geri alamaması, idarenin *venire contra factum proprium* davranmaması kural ve ilkeleri gelişmemiştir. Bunun sonucu olarak idare keyfilik sınırındadır. Bugün Türk Hukukundaki dar boğazlardan biri budur." ifadesi ile İdare Hukuku'nda idarenin yetkilerini kullanımında hak sahiplerini koruyabilecek ilkelerin yerleşmediğine, idarenin keyfi ile sınırlı olduğuna vurgu yapmaktadır. Şener Akyol, **Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2006, 74-74.

makamlarının vakalara yaklaşım tarzı etkili olmuştur. Söz konusu sınırlandırmaların, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun ve ölçülü olması, bireysel mülkiyet hakkı ile kamu yararı arasında adil dengenin sağlanması gerekmektedir. Bu gereklilik, mülkiyet hakkının, her hal ve şartta kamu yararı uğruna feda edilebileceği anlamına gelmemektedir. Bireysel mülkiyet ile kamu yararı arasında işbirliği sağlayacak, her iki menfaat kalemini birlikte muhafaza edecek hukuki imkânların çeşitlenmesi gerekmektedir.

Kurgulayacağımız modelin, hukuki korumaya ek olarak, bu tür uyuşmazlıkların doğumunu önleyici içerikte olması gerekmektedir. Bu çerçevede taşınmaz mülkiyetinden yoksun kalma sonucu doğuran kamulaştırma dışındaki diğer sınırlandırma araçlarının (DOP, imar haklarının aktarımı gibi), kamulaştırma baz alınarak, Anayasal ilkeler uyarınca, kurumsal düzeyde ele alınması, bu müdahale araçlarının ilke ve koşullarının kamulaştırma gibi net ve detaylı bir şekilde kanuni düzenlemeye konu olması, işleyişte en ufak bir aksaklığa mahal vermeyecek şekilde mekanizmanın işletilmesi gerekmektedir. Diğer yandan sınırlandırma araçlarının öngörülebilir, elverişli ve orantılı modeller üzerinden gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Sınırlandırma araçlarının tatbikinde yaşanabilecek olası hak ihlallerinin etkin, hızlı ve adil bir içerikte çözümlenebilmesi için alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, bağımsız yapılar tarafından yürütülmelidir. İdarelere yüklenen yükümlülüklerin nasıl ve ne şekilde, hangi usul üzere gerçekleştirilmesi gerektiği ile ilgili her türlü şüpheden uzak ve kapsayıcı bir mekanizmaya ihtiyaç bulunmaktadır. Bu usul ve esasa aykırılık halinde ise hukuk devletini ihlal eden idareler ve gerekiyorsa kamu görevlileri hakkında kanun düzeyinde ağır yaptırımların öngörülmesi olmazsa olmaz hususlardır.

Hukuki elatma şeklinde mülkiyet hakkı ihlali sonucu doğuran müdahalelerin doğumuna engel olabilmek amacıyla, mülkiyet hakkını kontrol etmek suretiyle sınırlandırma yetkisi veren kanuni düzenlemelerin, idarelere, bu sınırlandırma araçlarının gereklerini yapma yükümlülüğü yüklemesi (İK m. 10, 13, KK ek m. 1 gibi) gerekmektedir. Ancak bu yükümlülüklerin, kanunda açıkça öngörülen ve mülkiyet hakkının sınırlandırılması neticesinin ilk doğduğu andan itibaren işleyecek<sup>1059</sup> belirli

<sup>1059</sup> Mevcut kanuni düzenleme ve uygulamada, sürelerin hesaplanmasında, uygulama imar planının yürürlüğe girme tarihi esas alınmaktadır. Amaca uygun yorum metodu kullanılarak, plan

bir süre içerisinde yerine getirilmemesi halinde ağır yaptırımların öngörülmesi ile veya mülkiyet hakkı üzerindeki kısıtlılığın kendiliğinden sona ermesi sonucu ile desteklenmesi düşünülebilir<sup>1060</sup>.

Mülkiyet hakkı üzerindeki baskıyı makul ölçülerde tutabilmek için nazım imar planı ile uygulama imar planlarının eş zamanlı olarak yürürlüğe girmesinin esas olması<sup>1061</sup>, bu esasa aykırılık halinde ilgili idarelere aktif görevler verilmesi, aykırılık halinin varlığında süreci hızlandıracak ancak amaçtan da sapmayacak şekilde üst kademe idari makamlara<sup>1062</sup> ya da vesayet yetkisi kapsamında diğer bir idari makama planı hazırlama yetkisi verilmesi<sup>1063</sup> suretiyle alternatif çözümlerin geliştirilmesi, yine aykırılık haline özgü yaptırımların öngörülmesi, bu yaptırımların objektif, adil ve hızlı bir şekilde tatbik edilmesi gibi hususlara dikkate etmek gerekmektedir.

Şehir planlamasıyla birlikte turizm, tarım, sanayi, orman ve koruma alanlarına dair planlamaların önemi çok büyüktür. Sağlıklı planlamanın, gelişmişliğin ölçüsü

---

kapsamındaki taşınmaz ile ilgili somut kısıtlama, hangi imar planı ile gerçekleşmekte ise, malik açısından taşınmaz ile ilgili plandaki tahsis amacına uygun kullanma ve yapılaşma yükümlülüğünün doğması şeklindeki taşınmaz mülkiyeti üzerindeki sınırlandırma neticesi hangi imar planı ile doğmakta ise o imar planının yürürlüğe girmesinden itibaren sürenin işlemeye başladığının kabulü yerinde olacaktır. Sürelerin hesaplanmasında, uygulama imar planının esas alınması yönündeki yaklaşıma yönelik eleştiri için bkz. Haydar Burak Gemalmaz, “Anayasa Mahkemesi Tazminat Davası Açma Hakkını 5 Yıl Öteleyen Kanun Hükmünü İptal Etti”, s.3 (<http://blog.lexpera.com.tr/hukuki-el-atma-kamulastirmama-halinde-tazminat-davasi-tam-yargi-yolu-tekrar-acildi/>, 30.5.2018).

<sup>1060</sup> Gürsel, imar planlarının umumi hizmet alanları ile ilgili imar uygulama süresinin İmar Kanunu’nda yapılacak değişiklik ile yedi yıla çıkarılması ve süre sonunda uygulamanın yapılmaması halinde yeni hazırlanacak planda taşınmazların umumi hizmet alanından çıkarılması önerisini sunmaktadır. Gürsel, s.620.

<sup>1061</sup> Bu teklifimize örnek olarak, Korunan Alanlarda Yapılacak Planlara Dair Yönetmelik’in m.7/5’te düzenlenen, 1/5000 ölçekli koruma amaçlı nazım imar planı ve 1/1000 ölçekli koruma amaçlı uygulama imar planlarının eş zamanlı olarak hazırlanmasının esas olması kuralı verilebilir. Yine bu çerçevede Mekânsal Planlar Yapım Yönetmeliği m. 21/2’de, onay yetkisinin aynı idarede bulunduğu nazım ve uygulama imar planlarının gerekli görülmesi halinde eş zamanlı olarak hazırlanabileceğine dair yetkinin, yükümlülük şeklinde kurgulanması düşünülebilir. Kasarcı, İmar Kanunu m. 10’da imar programlarının hazırlanması için gereken üç aylık sürenin kaldırılarak, imar programı hazırlanmaksızın imar planlarının yürürlüğe giremediği bir sistem kurgulanması gerektiğini belirtmektedir. Kasarcı, s.99.

<sup>1062</sup> Büyükşehir Belediye Kanunu m.7/2’de, “...nazım imar plânının yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde uygulama imar plânlarını ve parselasyon plânlarını yapmayan ilçe belediyelerinin uygulama imar plânlarını ve parselasyon plânlarını yapmak veya yaptırmak” şeklindeki büyükşehir belediyesine yüklenen görev ile Çevre ve Şehircilik Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında KHK m.2/ç’teki “... her tür ve ölçekte çevre düzeni, nazım ve uygulama imar planlarını, parselasyon planlarını ve değişikliklerini resen yapmak, yaptırmak, onaylamak” şeklindeki düzenlemeler örnek olarak gösterilebilir.

<sup>1063</sup> 5393 sayılı Belediye Kanunu m.57 ve 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu m.40’a göre İçişleri Bakanlığı’nın hizmetin aksamaması haline özgü yetkileri devreye girebilir. Kalabalık, İmar Hukuku, s.231.



olması, hukuki öngörülebilirliğin teminatı olmasıyla yakından ilgilidir. Planlama aşamalarının şeffaf ve bu aşamalarda bilgi paylaşımının sağlıklı olması, planlamaların hayata geçirilmesinde kullanılacak araçların ise belirli ve öngörülebilir olması önem arz etmektedir. Planlama süreçlerinin, konunun uzmanlarından oluşan, ancak yerel ihtiyaçları dikkate aldığı gibi merkezi eşgüdümü de sağlayacak bağımsız kurullar (İdare Hukuku nezdinde bağımsız denetleyici ve düzenleyici kurumlar şeklinde yapılanmış) tarafından yapılması ve denetlenmesi gerekliliğine vurgu yapılabilir. Bu suretle ihtiyaçlara cevap verebilen ve etkin şekilde uygulanabilen planlamalar aracılığıyla, planların hayata geçirilmemesi şeklindeki hukuki elatma gibi sonuçlar ile karşı karşıya kalmayabiliriz.



## SONUÇ

Çalışmamız, Türk Hukuku'nda kamulaştırmасız elatma şeklinde isimlendirilen olguyu ve bu olgunun hüküm ve sonuçlarını konu almaktadır. Mülkiyet hakkına, anayasal güvencelere aykırı şekilde, Anayasa ve kanunlarda öngörülen sınırlandırma koşullarına riayet edilmeksizin veya bu koşullar gereği gibi işletilmeksizin müdahale edilmesi hukuka aykırıdır. Kamulaştırmасız elatma da idare (kamu hukukuna tâbi tüzel kişiler) tarafından gerçekleştirilen bu tür bir hukuka aykırı müdahaledir. Bu hukuka aykırı müdahale, malikin, taşınmazı kullanmasını imkânsız kılacak veya aşırı düzeyde kısıtlayacak içerikteki elatma şeklinde gerçekleşmektedir. Kamulaştırmасız elatma, kamu hukukuna tâbi tüzel kişinin, usul ve esasa dair kurallara riayet etmeksizin, taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkından yoksun kalınması sonucunu doğuracak şekilde müdahale etmesidir.

Çalışma konumuz, mahiyeti gereği disiplinlerarası bir çalışma alanı teşkil etmektedir. Çalışmamızın temelinde mülkiyet hakkı bulunmaktadır. Mülkiyet, mülkiyet hakkı, temel hak ve özgürlük olarak mülkiyet hakkı kavramları ile ilgili değerlendirmede bulunmak, Anayasa Hukuku, Genel Kamu Hukuku, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi ile İnsan Hakları Hukuku arka planını gerektirmektedir. Bu çerçevede özellikle Anayasa Hukuku ile uluslararası insan hakları belgelerinin temel ilkelerinden faydalanılmıştır. Kamulaştırmасız elatma, kamu hukukuna tâbi tüzel kişiler tarafından gerçekleştirilen bir eylemdir. Bu sebeple de kamu hukukuna tâbi tüzel kişilerin, diğer bir ifade ile idarenin yetki ve görevlerinin kapsam ve içeriklerinin belirlenmesi ile yetkilerini kullanma, görevlerini yerine getirme usulleri ile ilgili olarak İdare Hukuku'nun kuralları temel alınmıştır. Diğer yandan kamulaştırmасız elatma olgusu, kamu hukukuna tâbi tüzel kişilerin İdare Hukuku uyarınca sahip oldukları yetkinin dışına çıkarak özel hukuka tabi olan mülkiyet hakkına yönelik hukuka aykırı müdahalesidir. Bu sebeple kamulaştırmасız elatma olgusu ve bu olgunun hüküm ve sonuçları, özel hukuk kapsamında Medeni Hukuk ve Borçlar Hukuku ilke ve kurumlarını da ilgilendirmektedir.

Tez içerisinde yaptığımız değerlendirmelerde, Yargıtay’ın, 1956/1 Esas, 1956/6 Karar ile 1956/1 Esas, 1956/7 Karar nolu 16.5.1956 tarihli içtihadı birleştirme kararlarından günümüze uzanan süreçte Yargıtay, Danıştay, Uyuşmazlık Mahkemesi’nin kararları, Anayasa Mahkemesi’nin iptal ve bireysel başvuru kararları ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin kararlarından yararlanılmıştır. Gerekli görülen yerlerde kararların ilgili kısımları doğrudan alıntılanmıştır. Kararlar ile ilgili varsa doktrin görüşlerine de atıf yapılmıştır. Konu ile ilgili pek çok kanuni düzenleme (süreç içerisindeki değişiklikler de aktarılmak suretiyle) ile genel düzenleyici işlemlere de yer verilmiştir. Konunun mevzuata yansımaları, tarihsel süreçteki değişiklikler ve konu ile ilgili doktrindeki değerlendirmeler gözetilerek aktarılmıştır. Disiplinlerarası bir çalışma olması hasebiyle farklı hukuk disiplinlerinden konu ile ilgili literatür taraması yapılmış, kimi zaman doğrudan alıntılama kimi zaman da dolaylı alıntılama yöntemi ile kanaatler aktarılmıştır. Gerek mevzuat gerekse de literatür taraması, olgunun ulusal bir sorun olması sebebiyle, Türk Hukuku ile sınırlandırılmıştır. Bu süreçte de lege lata şeklinde “*olan hukuk*” ortaya konulduğu gibi de lege ferenda şekliyle “*olması gereken hukuka*” dair değerlendirmelerde de bulunulmuştur. Yorum biliminin (hermeneutik) çeşitli formları açısından ele alınan olgu, özel hukuk bakış açısıyla yeniden ve tüm boyutları ile kapsayıcı şekilde ilginize sunulmuştur.

Tezimizin genel çerçevesi ile ilgili izahatımızın ardından kamulaştırmасız elatma kavramını derinlemesine işlediğimiz Birinci Bölüm ile bu olgunun hüküm ve sonuçlarını ele aldığımız İkinci Bölüm kapsamında tartıştığımız meseleler ve bu meselelerle ilgili vardığımız sonuçlara dair özet anlatımımızı ilginize sunmaktayız.

“*Kamulaştırmасız Elatma*” başlığını taşıyan Birinci Bölüm’de, her şeyden önce, ele alacağımız olgunun, hangi ifade üzerinden kavramsallaştırılacağı meselesini tartışmaya açtık. Bu çerçevede tez konumuz olan olguya ilişkin zihinlerde doğru bir tasarımın canlanması istenmiştir. “*Kamulaştırmасız*” ifadesi ile idarelerin, özel hukuka tabi taşınmaz mülkiyetini kamu mülkiyetine kazandırmanın, taşınmaz üzerindeki özel hukuka tabi mülkiyet hakkını sona erdirmenin temel yolu olan kamulaştırma usul ve esaslarına riayet etmeksizin müdahale ettiği ifade edilmektedir. Bu müdahalenin sonucunda mülkiyet hakkı hukuken sona ermese de, mülkiyet hakkından doğan yetki ve hakların kullanımının imkânsızlaşması veya aşırı ölçüde güçleşmesi olgusu, “*elatma*” kavramı ile karşılanmaktadır. Bu bağlamda, Ceza Muhakemesi Kanunu m.

116-134'te düzenlenen ve bir Ceza Muhakemesi Hukuku müessesesi olan “*elkoyma*” ifadesi tercih edilmemiştir. Kavramın bileşik bir kelime şeklinde kullanılması, idarenin bu müdahalesine, kural olarak, özel hukuk hükümlerine tabi taşınmazların maruz kalması ve özel hukuk hükümleri kapsamında Türk Medeni Kanunu’nun 683/2. maddesinin, bu müdahaleler için “*her türlü haksız elatma*” ifadesine yer verilmesi ile ilgilidir. Bu suretle de kavramın kapsamına giren olguların, Medeni Hukuk bakış açısıyla ele alınacağına işaret edilmektedir.

Birinci Bölüm’ün devamında, kavramın, günümüze gelinen süreçte hangi evrelerden geçtiğini, nasıl bir dönüşüm gösterdiğini bütüncül bir bakış görebilmek maksadıyla tarihsel gelişim meselesini ele aldık. Süreç içerisinde kavram, pek çok yargı kararına ve pek çok kanuni düzenlemeye konu olmuştur. Ancak görülmektedir ki, kavram, bireysel somut uyuşmazlıklar üzerinden yargı makamlarına taşınan hak ihlali iddiaları ile ilgili verilen kararlar üzerinden gelişim ve dönüşüm geçirmiştir. Gelişimin yargı kararları üzerinden şekillenmesi, kuvvetle muhtemeldir ki, yargı makamlarının, bireysel uyuşmazlıklarda somut olay adaleti sağlamak maksadıyla, uyuşmazlığı hak ve adalete uygun çözmeye odaklanmaları ile ilgilidir. Kamulaştırmасız elatmanın başlı başına hukuka aykırı bir müdahale olması, elbette, bir hukuki müessese olarak kanuni düzenlemelere konu olmasına engel teşkil etmektedir<sup>1064</sup>. Ancak istisnai mahiyette, tabiri caizse, tasfiye kanunu mahiyetindeki kanuni düzenlemelere konu yapılarak, geçmişte yaşanan hak ihlallerinin, bir nebze de olsa, giderilmesine de çalışılmıştır. Kavram ile ilgili mevzuattaki gelişim, yargı kararları ile yaşanan değişim, dönüşüm ve gelişimi kimi zaman takip etme, kimi zaman engelleme, kimi zaman da bu tür uyuşmazlıkların doğumunu önleme gayesini taşımaktadır.

Birinci Bölüm’de, kamulaştırmасız elatma kavramının olgusal içeriğini tartıştık. Kamulaştırmасız elatma ifadesinin, olgusal düzlemde, hangi olay ve olguları kapsamına alacağı sorusunu, tercih ettiğim kavramsal kullanım çerçevesinde şekillendirdik. Kavramı, “*Devlet veya kamu tüzel kişileri tarafından, özel hukuka tabi taşınmaz mülkiyetine, Anayasa veya ilgili kanunlarda öngörülen taşınmaz mülkiyeti hakkından yoksun bırakma neticesi doğuran sınırlandırma araçları hiç veya gereği*

<sup>1064</sup> Bu kanaatimizin aksi yönünde bir kanuni düzenleme örneği için bkz. 5393 sayılı Belediye Kanunu’nun 73. maddesinin 8. fıkrası.

*gibi kullanılmaksızın, yoksun bırakma neticesi doğuracak şekilde müdahale edilmesidir.”* şeklinde tanımladık. “*Kamulaştırmaz*” ifadesinin yaptığı çağrışım üzerine, kamulaştırma ve taşınmaz mülkiyetinden mahrum bırakma neticesi doğuran diğer müdahale araçları kullanılmaksızın, netice itibariyle mülkiyet hakkını kullanılmaz kılan idarenin bütün müdahalelerini, “*elatma*” ifadesinin kapsamında ele alan bütüncül bir tanım ortaya koyduk. Bu suretle kamulaştırmaz elatma kavramını, fiili elatma ile hukuki elatmayı kapsayıcı bir içerikte ele aldık.

Kamulaştırmaz elatmanın unsurlarını, kavrama ilişkin geniş kapsamlı tanımlamamızla uyum içerisinde ortaya koyduk. Kamulaştırmaz elatma olgusundan bahsedebilmek için elatmanın konusunun ne olduğu, el atmanın kimin nezdindeki hangi menfaate/hakka ilişkin olduğu sorusuna, kural olarak, özel hukuk hükümlerine taşınmaz, şeklinde cevap verdik. Ancak incelediğimiz yargı kararları ışığında, kamulaştırmaz elatmanın konusunun, malikin kimliğine bakılmaksızın (özel hukuk hükümlerine veya kamu hukuk hükümlerine tabi olup olmadığına bakılmaksızın), özel hukuk hükümlerine tabi olan bütün taşınmazlar olabileceği kanaatini de savunduk<sup>1065</sup>. Elatmanın kim tarafından yapılması gerektiğine ilişkin sorumuzu da kamu hukuku hükümlerine tabi olan ve idare olarak isimlendirilen kurum ve kuruluşlar olarak cevaplandırdık. Bu çerçevede kamu hizmetinin kurulum ve yürütümünde yaşanan değişim sebebiyle, belli ölçüde kamu gücü imkânlarını kullanan ve lehine kamulaştırma yapılabilen özel hukuk hükümlerine tabi kişilerin, yürüttüğü kamu hizmeti sırasında, kamu gücünü ‘de facto’ şekilde kullanarak taşınmaza hukuka aykırı müdahalesinin, lehine kamulaştırma yapması gereken idareye izafe edilebileceği kanaatini paylaşarak, elatma eyleminin fail çevresini genişlettik. Elatmanın mahiyet ve yoğunluğunun ne/nasıl olması gerektiği meselesini ise eylemli şekilde doğrudan müdahalede bulunarak taşınmazdan mahrum kalma neticesi doğuran işlem/eylemler fiili elatma olarak, aynı neticenin eylemsiz kalmak şeklinde dolaylı müdahale etmek suretiyle gerçekleştirilmesini hukuki elatma olarak isimlendirdik.

<sup>1065</sup> İncelediğimiz yargı kararlarında, uyumsuzluğa konu olan idareye ait taşınmazın, kamu hukukuna mı yoksa özel hukuka mı tabi olduğu hususunun değerlendirilmediği görülmektedir. Bu çerçevede, kamu hukukuna tabi olan taşınmazlara yönelik müdahalelerle ilgili değerlendirmenin, İdare Hukukçuları tarafından daha sağlıklı şekilde yapılacağına olan inancımız sebebiyle, sadece özel hukuk hükümlerine tabi olan taşınmazlar ile sınırlı şekilde bir değerlendirme yapılmıştır.

Kamulaştırmasız elatmanın hukuki niteliği, çalışmamızın belkemiğini oluşturmaktadır. Türk Hukuku'ndaki doktrini ve yargı makamları tarafından, fiili elatma, idarenin aktif şekilde taşınmazın zilyetliğine yönelen eyleminin varlığı sebebiyle açık ve bariz hukuka aykırılık içerdiği gerekçesi ile idarenin haksız fiili olarak değerlendirilirken, pasif bir şekilde eylemsiz kalarak dolaylı bir müdahale ile taşınmazın kullanılamaz, tasarruf edilemez kılındığı hukuki elatmanın idari eylem/idari işlem kimliğini koruduğunun kabulü, kanaatimizce, çelişki arz etmektedir. Bu çerçevede her iki elatma olgusunun da, açıkça ve tamamen hukuki temelden yoksun olması (mesnetsizlik) sebebiyle idarenin haksız fiili/fiili yol şeklinde nitelendirilerek, özel hukuk hükümleri uyarınca adli yargı makamlarınca çözümlenmesinin daha tutarlı bir yaklaşım olacağı kanaatindeyiz.

Birinci Bölüm'de kavramı bütün boyutları ile ele almayı amaçladığımız için Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile bu mahkeme kapsamındaki uyumsuzlukları bireysel başvuru yolu vasıtasıyla iç hukukta değerlendiren Anayasa Mahkemesi'nin kamulaştırmasız elatma olgusuna ilişkin kavramsallaştırma, tanımlama, nitelendirme ve değerlendirmelerini tartıştık. AİHM, konu kapsamında ele alınabilecek müdahalelerde, müdahalenin hak üzerindeki etkisini tespit ederek, öncelikle, uyumsuzluğun hangi kural (birinci, ikinci, üçüncü kural) kapsamında ele alınacağını belirlemekte, ardından kanunilik, meşru amaç ve adil denge kriterleri üzerinden müdahaleyi hukukilik denetimine tabi tutarak hak ihlali olup olmadığına karar vermektedir. AİHM'nin incelediğimiz çoğu kararında, mülkiyet hakkının ekonomik değer taşıyan temel hak olma özelliğinin bir neticesi olarak, müdahale sebebiyle bireysel mülkiyet hakkı üzerindeki yük ile kamu menfaati arasında adil dengenin kurulamadığı gerekçesiyle mülkiyet hakkının ihlali yönünde karar verdiği değerlendirilmiştir. Anayasa Mahkemesi ise kamulaştırmasız elatma kavramını kullanmakta ve bu kavramı “*fiilen veya hukuken bedelsiz olarak el koyma işlemi*” şeklinde, geniş bir perspektif üzerinden, fiili elatma ile hukuki elatmayı kapsayacak şekilde ele aldığı gözlemlenmektedir. Ancak yaptığı değerlendirmelerde, uyumsuzluğun nasıl ve ne şekilde isimlendirildiğine yoğunlaşmamakta, konumu ve görevi gereği, derece mahkemelerinin kamulaştırmasız elatma/fiili elatma/hukuki elatma nitelendirmelerine, keyfilik olmadığı sürece bağlı kalmaktadır. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru sonucunda verdiği kararlardan hareketle, fiili elatma veya hukuki elatmanın unsurlarına ilişkin yaklaşımına ulaşmak mümkün

değildir. Anayasa Mahkemesi, AİHM gibi uyuşmazlığın hangi kural kapsamında ele alınacağına ilişkin tespitten sonra, hak ihlali iddialarını “*kanunilik*”, “*meşru amaç*”, “*orantılılık*” şeklindeki üç temel ilke üzerinden değerlendirmektedir. Anayasa Mahkemesi, kamulaştırmasız elatma olgusunu hukuka aykırı bir durum, hak ihlali olarak değerlendirmekte; genel itibariyle, fiili elatmaya konu olabilecek uyuşmazlıkları, kanunilik ilkesine aykırılık sebebiyle, hukuki elatmaya konu olabilecek uyuşmazlıkları ise ölçülülük ilkesi üzerinden ele almaktadır.

İkinci Bölümde, kamulaştırmasız elatma olgusunun hüküm ve sonuçları, bütün yönleri ile ele alınmış, tartışılmış ve değerlendirilmiştir. Bu çerçevede öncelikle özel kanuni düzenlemeler mahiyetindeki 221 sayılı Amme Hükmi Şahısları veya Müesseseleri Tarafından Fiilen Amme Hizmetlerine Tahsis Edilmiş Gayrimenkuller Hakkında Kanun ile 6754 sayılı Kanun ile değişik Kamulaştırma Kanunu’nun geçici 6. maddesinin hüküm ve sonuçları tartışılmıştır. Geçmişte belli bir tarih aralığında gerçekleşen vakalar sebebiyle yaşanan mülkiyet hakkı ihlallerine ilişkin hüküm ve sonuçların, Türk yargı makamları tarafından benimsenen yaklaşımdan belli ölçüde ayrılmak suretiyle, Kanunkoyucu tarafından geçmişe etkili şekilde, istisnai mahiyette düzenlendiğini görmekteyiz.

Özel kanuni düzenlemelere konu olan uyuşmazlıklar dışında kalan diğer kamulaştırmasız elatma olgularının, yargı makamları tarafından geliştirilen modellemeler üzerinden çözümlendiğini İkinci Bölüm’de tespit ettik ve bu çerçevede şekillenen hüküm ve sonuçları fiili elatma ve hukuki elatma için ayrı ayrı ortaya koyduk. Fiili elatma, mülkiyet hakkına yönelik haksız bir elatma olarak görülmekte ve adli yargı nezdinde elatmanın önlenmesi davasının, bu davanın açılmasının mümkün olmadığı, bu dava sonucu verilen kararın icrasının çok maliyetli olduğu ve bu davanın tercih edilmediği hallerde bedel davasının açılabilmesi kabul edilmektedir. Haksız fiil sorumluluğuna dayalı tazminat davası ve ecrimisil davalarının da bu ana taleplere ek olarak açılabilmesi kabul edilmektedir. Bu yaklaşım tarzı, genel itibariyle Türk Doktrini tarafından da kabul görmektedir. Hukuki elatma hali ise idari işlem ya da eylem olarak telakki edilerek idari yargının görev alanında, iptal davası ve çoğunlukla da tam yargı davasının konusu olarak değerlendirilmektedir. Bu yaklaşım tarzı da genel itibariyle Türk Doktrini tarafından kabul görmekte, ancak azınlıkta kalan görüş sahipleri tarafından eleştiriler dile getirilmektedir.

İkinci Bölüm’de, kamulaştırmасız elatma ile ilgili olarak Türk Hukuku’nda yerleşik olduğunu belirtebileceğimiz uygulamanın dışına çıkarak, fiili elatma ile hukuki elatmanın, her ikisinin de idarenin haksız fiili olarak kabulü halinde hüküm ve sonuçlarının ne olabileceğini, özel hukuk bakış açısıyla Türk Medeni Kanunu ile Türk Borçlar Kanunu’nda düzenlenen hangi hukuki kavram ve kurumlar üzerinden ele alınabileceğini tartıştık. Bu çerçevede Türk Medeni Kanunu kapsamında, istihkak davası, elatmanın önlenmesi, haksız zilyetliğin iadesi hükümleri, haksız yapı, taşkın yapı, olağanüstü zamanaşımı yoluyla mülkiyet kazanımı ve zilyetliğin korunmasına hizmet edici mahiyetteki kuvvet kullanma yetkisi ile zilyetliğin iadesi veya zilyetliğe yönelik saldırının sona erdirilmesi hukuki enstrümanlar üzerinden olguları değerlendirdik. Ardından Türk Borçlar Kanunu kapsamında, haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme kurumları açısından, fiili ve hukuki elatma ayrımlarını inceledik. Sonuç olarak, gerek fiili elatma gerekse de hukuki elatma şeklindeki kamulaştırmасız elatmanın varlığında, Türk Medeni Kanunu ile Türk Borçlar Kanunu kapsamındaki hukuki müesseselerin, kimi zaman doğrudan uygulama kimi zaman kıyasen uygulama suretiyle tatbikinin mümkün olduğu, kimi zaman da mahiyetine uygun olmaması sebebiyle uygulanamayacağı kanaatine vardık. Buradaki maksadımız, mülkiyet hakkı ihlal edilen hak sahibi açısından, özel hukuk hükümleri uyarınca hukuki koruma ve telafiyi sağlayacak mekanizmaların geniş bir yelpazede karşımıza çıkabileceği gerçeğini göstermektir. Ancak bu gerçek, kamulaştırmасız elatmanın önlenmesi ve gerçekleşmesi halinde doğan mağduriyetin telafi edilmesi için yeterli değildir. Bu sebeple olguya üst perdeden bakmak, sorunu henüz doğmadan önleyecek, istisnai olarak doğduğunda da telafi imkânını içeren bir model önerisi sunduk. Model önerimizi kısaca şu şekilde izah edebiliriz:

- Başta idare olmak üzere tüm toplumun, mülkiyet hakkının ekonomik bir değer ile kişi arasındaki ilişkiyi düzenleyen, muhafaza eden Anayasal güvence altında temel bir insan hakkı olduğu, bu hakkın ancak Anayasa’nın 35. maddesinde zikredilen kamu yararı sebebine dayanarak kanun ile Anayasa’nın 13. maddedeki usul ve esaslar uyarınca sınırlandırılabilceği, kamu yararı kavramının, özel mülkiyete konu taşınmazlara, serbest, sınırsız ve ölçüsüz şekilde müdahale etme yetkisi vermediği gerçeğini içselleştirmesi gerekmektedir. Bireysel mülkiyet ile kamu yararı arasında işbirliği sağlayacak, her iki menfaat kalemini birlikte muhafaza edecek bir bakış açısına sahip olunmalıdır.



- Taşınmaz mülkiyetinden mahrum kalma sonucunu doğuran kamulaştırma dışındaki diğer sınırlandırma araçlarının (DOP, imar haklarının aktarımı gibi), kamulaştırma baz alınarak, Anayasal ilkeler uyarınca, ilke ve koşullarının net ve detaylı bir şekilde kanuni düzenlemeye konu olması, öngörülebilir, elverişli ve orantılı modeller geliştirilmesi, işleyişte en ufak bir aksaklığa mahal vermeyecek şekilde mekanizmanın işletilmesi gerekmektedir.

- Sınırlandırma araçlarının tatbikinde yaşanabilecek olası hak ihlallerinin etkin, hızlı ve adil bir içerikte çözümlenebilmesi için alternatif uyumsuzluk çözüm yolları, bağımsız yapılar tarafından yürütülmelidir. İdarelere yüklenen yükümlülüklerin nasıl ve ne şekilde, hangi usul üzere gerçekleştirilmesi gerektiği ile ilgili her türlü şüpheden uzak ve kapsayıcı bir mekanizmaya ihtiyaç bulunmaktadır. Bu usul ve esaslara aykırılık halinde ise idareler ve gerekiyorsa kamu görevlileri hakkında kanun düzeyinde ağır yaptırımların öngörülmesi elzemdir.

- Gerek fiili elatma gerekse de hukuki elatma halinde taşınmaz bedelinin ödenmesine ilişkin dava, taşınmazın değerinin belirlenmesine ilişkin mevcuttaki uygulama (Kamulaştırma Kanunu'nun kamulaştırma bedelinin belirlenmesine ilişkin 11. ve 12. maddeleri uyarınca) ile de tutarlı bir şekilde, kamulaştırma bedeli ve tescili davasında uzmanlaşmış adli yargı makamları tarafından bedel davası adıyla görülmelidir. Bedel davasında hükmedilen taşınmaz değerine, idarenin temerrüt tarihi olan elatma tarihinden itibaren Anayasa'nın 46. maddesi uyarınca kamu alacakları için uygulanan en yüksek faiz oranının işletilmelidir.

- Bedel davasına ek olarak veya ayrı olarak elatma sebebiyle uğranılan fiili zarar, yoksun kalınan kâr ve haksız kullanım bedeli gibi olası zarar kalemlerinin, TMK m. 993-995'teki kötüniyetli haksız zilyedin sorumluluğu hükümlerinin kıyasen tatbiki suretiyle değerlendirilmesi, adil ve hakkaniyete uygun bir çözüm sunabilir.

- Kamulaştırmatsız elatma karşısında hak sahibi, salt bedel davası şeklindeki bir hukuki başvuru yoluna mahkûm edilmemeli, hak sahibine, elatmayı ortadan kaldıracak hukuki imkânlar da verilmelidir. Bu çerçevede, her iki elatma olgusunun varlığında, elatmanın önlenmesi davasının açılması mümkün olmalı, fiili elatma halinde idarenin eyleminin, hukuki elatma halinde ise eylemsizliğinin mülkiyet hakkından mahrum

kalma sonucu doğurup doğurmadığı tespit edilerek, mahrumiyet sonucunun kaldırılması için eda kararı niteliğinde karar verilebilmelidir.

- Hukuki elatma halinde, mahiyeti gereği, hak sahibine, idari yargıya konu olabilecek talepleri ileri sürme imkânı verilmelidir. İmar planının gereğinin yapılmaması sebebiyle, imar planının bizatihi kendisinin mülksüzleştirme aracı haline geldiği iddiası ile geri alınması, değiştirilmesi, arazi ve arsa düzenlemesi veya kamulaştırma yapılmasına ilişkin talepler ileri sürülebileceği gibi bu taleplere verilen cevaplara karşı iptal davası açılabilirdir. Bu çerçevede olumlu işlem tesisini gerektiren iptal kararlarının uygulanması ile ilgili süreç (İYUK m. 28), sağlıklı işletilmelidir.

- Kamulaştırmасız elatma ile ilgili uyuşmazlıklar, kamu düzenine ilişkin uyuşmazlıklar kapsamında ele alınmalı, bu uyuşmazlıkları konu alan davalarda re'sen araştırma ilkesi uygulanmalıdır. Yargılama giderleri açısından davanın belirsiz alacak davası (HMK m. 107)<sup>1066</sup> veya kısmi dava (HMK m. 109) şeklinde açılması veya tebligat masrafı dışındaki yargılama giderlerinin davanın sonucuna bırakılması gibi çözümler düşünülebilir.

-Olası kamulaştırmасız elatma vakalarının hüküm ve sonuçlarının, bu olguyu, meşru bir sınırlandırma aracı olduğu izlenimi uyandırmayacak içerikte, kanun düzeyinde, adil ve etkin hukuki koruma sunacak şekilde tasarlanması teklif edilebilir.

Tez çalışmamız, Giriş Bölümü'nde belirlediğimiz hedefe bizi ulaştırabilecek niteliktedir. Fiili ve hukuki elatma modellerini de kapsayacak şekilde kavramın tanımlanması, hukuki nitelendirme ve unsurları bütüncül bir bakış açısıyla ele alınmıştır. Bu bakış açısı ile uyumlu bir şekilde olgunun, özel hukuk nezdinde hangi hukuki kavram ve müesseseler üzerinden ele alınabileceği ve bu müesseseler üzerinden olası hüküm ve sonuçları da ilginize sunulmuştur. Sunduğumuz model önerisi ile de idarenin, maliki, taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkından mahrum bırakacak şekildeki bu ağır hukuka aykırılık içeren eyleminin önlenbilmesine, gerçekleşmesi halinde ise etkin ve tam bir koruma sağlanabilmesine katkı

<sup>1066</sup> Konu ile ilgili değerlendirme için bkz. Hulki Cihan, "Kamulaştırmасız Elatma Uygulamasına İlişkin Görüşler", *İstanbul Barosu Dergisi*, Ocak-Şubat 2013 C.87, S.2013/1, s.247-248.

sunulmuştur. Her ne kadar tezimizin sorunsal çerçevesi, Kamulaştırma Kanunu ile İmar Kanunu ile sınırlı şekilde ortaya konulmuş olsa da, bütüncül bir bakış açısıyla olguya yaklaşılması sebebiyle, tespit ve analizlerimiz, mahiyetine uygun düştüğü ölçüde, Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu, Askeri Güvenlik Kanunu, Umumi Hıfzıssıhha Kanunu, Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu gibi diğer kanunların tatbiki sırasında ortaya çıkabilecek kamulaştırmasız elatma vakaları için de uygulanabilir olma özelliğini taşımaktadır.

Sistematik ve kaotik bir sorun teşkil eden kamulaştırmasız elatma olgusunda, kargaşayı giderecek şekilde, “*efradını câmi ağyarını mâni*” nitelikte tanımlama yapılması büyük önem arz etmektedir. Kamulaştırmasız elatma, fiili ve hukuki elatmayı kapsayacak şekilde soyut ve sade bir anlatımla tanımlanmıştır. Kavramın tarif edilmesi sürecinde, fiili elatma ve hukuki elatma şeklindeki yerleşik ayrım muhafaza edilmiş, her bir müdahalenin ne anlama geldiği de tanımlanmıştır. Bu çalışma, bu haliyle, karşımıza çıkacak olası uyuşmazlıklar için bir turnusol kâğıdı hükmündedir. Diğer yandan kamulaştırmasız elatma, her iki elatma modelini kapsayacak şekilde özel hukuk bakış açısıyla, Türk Medeni Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu’nda akla gelebilecek olası bütün kurumlar ölçü alınarak mümkün olan her türlü ayrıntı düşünülerek değerlendirilmiştir. Bu açıdan da çalışma, konuya ilişkin bütüncül bir özel hukuk bakış açısı sunması açısından önemlidir. Çalışmada, Türk Hukuku’ndaki durumu bütün boyutları ile gözler önüne sermek amaçlandığı için yabancı ülke uygulama örnekleri, yargı kararı ve literatür taraması yapılmamıştır. Temelde mülkiyet hakkına çarpık toplumsal bakış açımızın bir yansıması olarak yerleşik bir soruna dönüşen kamulaştırmasız elatmanın bütün boyutları görebilmeliyiz. Ancak bu takdirde, bu yapısal sorun için kalıcı çözüm mekanizmaları geliştirilebileceği bilincindeyiz.

## KAYNAKÇA

AKAR, Zeki, **En Son Değişikliklerle Gerekçeli-Açıklamalı-İçtihatlı Kamulaştırma ve Kamulaştırmaz El Atma Davaları**, Cilt I, Ankara, Turhan Kitabevi, 2007.

AKAR, Zeki, **En Son Değişikliklerle Gerekçeli-Açıklamalı-İçtihatlı Kamulaştırma ve Kamulaştırmaz El Atma Davaları**, Cilt II, Ankara, Turhan Kitabevi, 2007.

AKGÜNER, Tayfun/ BERK, Kahraman, **İdare Hukuku**, İstanbul, Der Yayınları, 2017.

AKİPEK, Jale G./AKINTÜRK, Turgut, **Eşya Hukuku**, İstanbul, Beta Yayınları, 2009.

AKKAYA, Oktay, **Açıklamalı-İçtihatlı Kamulaştırma ve Kamulaştırmaz El Atma**, Ankara, Lazer Yayınları, 1998.

AKSOYLU, Özge, “Türk Hukukunda İdari Yargının Görev Alanına Yasal Müdahaleler ve Anayasa”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S.2012/1, 2014, s.67-103.

AKTAŞ, Gülsüm, “Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlarında İdari Yargının Görev Alanı Ölçütleri (Belirlenebilir mi?)”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Y. 2015, S.5, s.1-35.

AKTAŞ, Batuhan/SEYHAN, Serkan, “Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları Işığında İdari Yargının Görev Alanının Belirlenmesine İlişkin Bir İnceleme”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Y. 2019, S.144, s.105-172.

AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA, Cemil, **Türk İdare Hukuku**, İstanbul, Seçkin Yayıncılık, 2017.

AKYOL, Şener, **Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2006.

ALASLAN, Fatma, “Medeni Hukuk’da Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı”, **Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.1, S.2, Ekim 2016, s.413-434.

ARCAK, Ali/DOĞRUSÖZ, Edip, **Kamulaştırmasız El Koyma, El Atmanın Önlenmesi ve Tazminat Davaları**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 1992.

ATAAY, Aytekin, **Kendi Malzemesile Başkasının Gayrimenkulünde Haksız İnşaat, Doktrin-İçtihatlar-Mevzuat**, İstanbul, Baha Matbaası, 1959 (Ataay, Haksız İnşaat).

ATAAY, Aytekin, **Medeni Hukukun Genel Teorisi, Temel Bilgiler, Genel Kavramlar**, İstanbul, Der Yayınları, 1995 (Ataay, Medeni Hukukun Genel Teorisi)

ATAY, Ender Ethem, “İdare Hukukuna İlişkin Temel Prensipler ve Bu Hukuk Dalının Belli Başlı Özellikleri”, **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y.2007, C.11, S.1, s.503-528.

AVCI, Mustafa, “Türk Hukukunda Kamulaştırmasız El Atma Sorunu Üzerine Bir İnceleme”, in International Conference on Eurasian Economies 2014, **Law&JusticeReview**, V.5, I.1, June 2014, s.147-165 (<https://www.avekon.org/papers/1144.pdf>, 13.5.2018).

AYAN, Mehmet, **Eşya Hukuku I - Zilyetlik ve Tapu Sicili**, Konya, Mimoza Yayınları, 2015 (Ayan, Eşya Hukuku I).

AYAN, Mehmet, **Eşya Hukuku II - Mülkiyet**, Konya, Mimoza Yayınları, 2012 (Ayan, Eşya Hukuku II)

AYANOĞLU, Taner, **Uyusmazlık Mahkemesi Kararlarına Göre İdari Eylemin Tanımlanması**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2004.

AYBAY, Aydın /HATEMİ, Hüseyin, **Eşya Hukuku**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2014.

AYHAN, Fatma, “Kamulaştırma Kanunu’nun Geçici 6.Maddesi ve Türk Hukukunda ‘Dolayısıyla Kamulaştırma’ Uygulaması Üzerine Bir Deneme”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C.69, S.1-2, Y.2011, s.1125-1148 (Ayhan, Dolayısıyla Kamulaştırma).

AYHAN, Fatma, “Karar İncelemesi- İmar Planlarında Umumi Hizmete Ayrılan Taşınmazların Uzun Süre Kamulaştırılmaması Sorunu”, **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, C.15, S. 2, Y.2012, s.133-150 (Ayhan, Karar İncelemesi).

BAŞGİL, Ali Fuad, **Hukukun Ana Mesele ve Müesseseleri, Siyasi ve Sivil Hukuk Üzerinde Etüdler**, İstanbul, Hak Kitabevi, 1946.

BAŞPINAR, Veysel, **Mülkiyet Hakkı İhlal Eden Müdahaleler**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2009.

BAYRAKTAR, Mehmet, “Kamulaştırmasız El Atma Davaları İlgili Düzenlemeler Ve Uygulaması”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Ocak-Şubat 2012, C.86, S.2012/1, s.73-110.

BAYSAL, Başak, **Haksız Fiil Hukuku (BK m.49-76)**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019.

BİLGİN, Pertev, **Kamulaştırma Hukuku**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1999.

BÖKE, Veli, **Kamulaştırma Kanunu ve Kamulaştırma Bedelinin Tespiti Davaları**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2004.

BULUT, Nihat, “Mülkiyet Konusundaki Temel Yaklaşımlar ve Türk Anayasasında Mülkiyet Hakkı”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.X, S.3-4, 2006, s.15-26.

BURCUOĞLU, Halûk, “Haksız Eylem Sorumluluğu Çerçevesinde Bir Nesnenin Kullanım Olanağından Yoksun Kalınmasının Malvarlıksal Zarar Sayılması”, **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y.1984, C.2, S.2, 163-173.

BÜLBÜL, Erdoğan, “Sağlık Koruma Bantları ve Kamulaştırmasız Elatma”- Bir Yargıtay Kararının Eleştirisi, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.5, S.2, Temmuz 2008, s.37-50.

BÜYÜKSAĞIŞ, Erdem, **Yeni Sosyo-Ekonomik Boyutuyla Maddi Zarar Kavramı**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007.

CARSS-FRİSK, Monica, **Mülkiyet Hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 1 No’lu Protokolünün 1. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz**, İnsan Hakları El Kitabı No.4, ([http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak\\_bilgi\\_bankasi/el\\_kitaplari/mulkiyet\\_hakki.pdf](http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/el_kitaplari/mulkiyet_hakki.pdf), 3.10.2019).

CİHAN, Hulki, “Kamulaştırmasız Elatma Uygulamasına İlişkin Görüşler”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Ocak-Şubat 2013 C.87, S.2013/1, s.246-249.

CURA, Aykut/SÜTÇÜ, Nezih, “Kamu Alanında Kalan Yerin Uzun Süre Kamulaştırılmaması Nedeniyle Doğan Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Y.2011, C.85, S.2, s.145-183.

ÇABRİ, Sezer, **İmar Kanunu Uyarınca Kamulaştırma**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2005 (Çabri, Kamulaştırma).

ÇABRİ, Sezer, Kamulaştırmaz El Atma Kavramının Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 15.12.2010 Tarihli Kararı Doğrultusunda Tanımlanması, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.XV, S.1-2 2011, s.77-104 (Çabri, Kamulaştırmaz El Atma).

ÇABUK, Mehmet/ÇAKMAK, Nuran Doğan/ŞENGÖZ, Dilara, **Danıştay Kararları Işığında Kamulaştırmaz El Atma**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2020.

ÇAĞLAYAN, Ramazan, **İdarî Yargılama Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2021.

ÇAKIR, Yavuz, **Kamulaştırmaz El Atmanın Mülkiyet Hakkı Bakımından Anayasal İncelenmesi**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019 (Çakır, Kamulaştırmaz El Atma).

ÇAKIR, Hüseyin Melih, “Anayasa Mahkemesi Kararları Çerçevesinde HMK m.3’ün İdari Yargının Görev Alanı Açısından Değerlendirilmesi”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C.85, Y.2011, S.6, s.179-202 (Çakır, İdari Yargı).

ÇAKRAK, Recep/İLDEŞ, Samet, Kamu Hukuku ve Özel Hukuk Açısından Dürüstlük Kuralı ve Uygulama Alanı, **Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.2, S.2, Aralık 2014, s.47-76.

ÇALIŞ, Hande Sena, “Genel Olarak Nesafet Kavramı ve Bu Kavramın İdare Hukukundaki Bazı Görünüş Şekilleri”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.25, S.2, 2017, s.185-216.

ÇELİK, Abdullah, “İmar Planlarında Kamu Hizmetine Ayrılan Taşınmazların Makul Sürede Kamulaştırılmamasının Mülkiyet Hakkına Etkileri ve Buna İlişkin Bir Anayasa Mahkemesi Kararının İncelenmesi”, **Terazi Hukuku Dergisi**, C.9, S.100, Aralık 2014, s.158-169 (Çelik, Anayasa Mahkemesi).

ÇELİK, M. Sıtkı, “Mülkiyet Hakkı ve Kamulaştırma- Türk İdari Yargı Uygulamasının Mülkiyet Hakkı ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında İrdelenmesi”, in **Yüksek Yargı Kurumlarının Avrupa Standartları Bakımından Rollerinin Güçlendirilmesi Ortak Projesi kapsamında düzenlenen “Kamulaştırma” Konulu**

**Konferans (6 Aralık 2011)**, s.1-27 (<https://docplayer.biz.tr/2198230-Mulkiyet-hakki-ve-kamulastirma.html>, 20.5.2019) (Çelik, Mülkiyet Hakkı).

ÇETİNTAŞ, Önder, **Kamulaştırmasız El Atma**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2020.

ÇINAR, Turan, **Kamulaştırmasız El Atma Davaları**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2018.

DİNÇ, Güney, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Malvarlığı Hakları**, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2007.

DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan, **Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2013.

DUTERTRE, Gilles, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler**, Almanya, Avrupa Konseyi Yayınları, 2003 (<https://www.anayasa.gov.tr/media/3600/aihmkararlarindanornekler.pdf>, 3.10.2019).

DÜREN, Akın, **Devletin Mülkiyete El Atmasından Doğan Tazmin Yükümlülüğü**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1977.

ERDOĞDU, A. Teyfur, “Kavram ve Kavramsallaştırmada Üç İddia: Eşanlamlılığın İmkânsızlığı, Çevrilemezlik ve Kavramsal Dakiklik”, in **Kavram Geliştirme: Sosyal Bilimlerde Yeni İmkanlar** (Editör: Kübra Bilgin Tiryaki/Lütfi Sunar), İstanbul, Nobel Yayınları, 2016.

EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, Beta Yayınları, 2006 (Eren, Borçlar Hukuku).

EREN, Fikret, **Mülkiyet Hukuku**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2016 (Eren, Mülkiyet Hukuku)

EROL, Ömer Faruk, “Yargı Kararlarında İmar Planı Yoluyla Kamulaştırmasız El Atma”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi**, Y.2013, C.9, S.105-106, s.193-228.

ERTAŞ, Şeref, “Mülkiyet Hakkının Yeni Boyutu ve Bu Hakka Getirilen Daraltımların Anayasa ve İnsan Haklarına Uygunluğu”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.11, S.145-146, Eylül Ekim 2016, s.59-93 (Ertaş, Mülkiyet Hakkı).

ERTAŞ, Şeref, **Eşya Hukuku**, İzmir, Barış Yayınları, 2014 (Ertaş, Eşya Hukuku).



ESENER, Turhan/GÜVEN, Kudret, **Eşya Hukuku**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012.

ETGÜ, Mehmet Akif, **Kamu Hukukunda Mülkiyet Hakkı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Mülkiyet Hakkına Bakışı**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2009.

FEYZİOĞLU, Feyzi N./DOĞANAY, Ümit/AYBAY, Aydın, **Eşya Hukuku Dersleri**, İstanbul, Özel Galatasaray Yüksek İktisat ve Ticaret Okulu Yayınları, 1968.

FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin, **Zilyedlikte İadenin Mevzuu ve Şümulü (Hususiyle Ecrimisil Meselesi)**, İstanbul, Baha Matbaası, 1961.

GEMALMAZ, Haydar Burak, “Anayasa Mahkemesi Tazminat Davası Açma Hakkını 5 Yıl Öteleyen Kanun Hükmünü İptal Etti”, (<http://blog.lexpera.com.tr/hukuki-el-atma-kamulastirmama-halinde-tazminat-davasi-tam-yargi-yolu-tekrar-acildi/>, 30.5.2018) (Gemalmaz, Anayasa Mahkemesi)

GEMALMAZ, Haydar Burak, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Mülkiyet Hakkının Sınırlanmasında ‘Adil Denge’ İlkesi, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. LXIX, Y.2011, S.1-2, s.649-673 (Gemalmaz, Adil Denge).

GEMALMAZ, Haydar Burak, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Mülkiyet Hakkı**, İstanbul, Beta Yayınları, 2017 (Gemalmaz, Mülkiyet Hakkı).

GİRİTLİOĞLU, Necla, **Müdahalenin Men'i (Elatmanın Önlenmesi) Davası**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1984.

GÖK, Hasan, **Koruma Alanlarındaki İmar Uygulamaları**, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2017.

GÖLCÜKLÜ, Mehmet Ali, **Kamulaştırma Kanunu Şerhi, Fiili ve Hukuki El Atma Davaları**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018.

GÖZLER, Kemal, **İdare Hukuku**, Cilt I, Bursa, Ekin Yayınları, 2019 (Gözler, İdare Hukuku I)

GÖZLER, Kemal, **İdare Hukuku**, Cilt II, Bursa, Ekin Yayınları, 2019 (Gözler, İdare Hukuku II).

GÖZLER, Kemal, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2013 (Gözler, Anayasa Hukuku).

GÖZLER, Kemal/KAPLAN, Gürsel, **İdare Hukuku Dersleri**, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2013 (Gözler/Kaplan, İdare Hukuku).

GÖZLER, Kemal/KAPLAN, Gürsel, “İdari Eylemlerden Kaynaklanan Zararlara İlişkin Davalar Adli Yargının Görev Alanına Sokulabilir mi? (HMK m.3 ve TBK m.55/2 Hakkında Eleştiriler)”, **Terazi Aylık Hukuk Dergisi**, Y.6, Kasım 2011, S.63, s.36-41 (Gözler/Kaplan, Adli Yargı)

GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, **Yönetmelik Yargı**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2020.

GÜLAN, Aydın, **Türk İmar Hukuku’nda Hamur Kuralı Uygulaması, 3194 sayılı İmar Kanunu’nun 18. Maddesi Uygulamasına İlişkin Teorik Bir Yaklaşım**, İstanbul, 2000.

GÜNDAY, Metin, **İdare Hukuku**, Ankara, İmaj Yayınevi, 2015 (Günday, İdare Hukuku).

GÜNDAY, Metin, “İdari Yargının Görev Alanının Anayasal Dayanakları”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, S.14, Y.1997, s.347-356 (Günday, İdari Yargı).

GÜRAN, Sait, “Yargı Denetiminin Kapsamı”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer’e Armağan Sayısı, C.52, S.1-4, 1987, s.35-45.

GÜRİZ, Adnan, **Teorik Açından Mülkiyet Sorunu**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1969.

GÜRSEL, Meltem Kutlu, **Kamulaştırma Hukuku**, İstanbul, Seçkin Yayıncılık, 2019.

GÜRZUMAR, Osman Berat, “Türk Medeni Kanunu’nun 5’inci Maddesi ve Özel Hukuk Uygulamasındaki Yeri”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Erden Kuntalp’e Armağan, Y.2006, s.105-161.

GÜZEL, Oğuzhan, “Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında İdarî Yargının Görev Alanına Yönelik Müdahalelerin Değerlendirilmesi”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XVII, Y.2013, S.1-2, s.1483-1524.

HAEFELİN, Ulrich/MÜLLER, Georg/UHLMANN, Felix, “Die öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen”, **Schulthess Juristische Medien AG**, 2006, s.455-468 (swisslex, 9.5.2019).

HAYTA, Mehmet Ali, **Kamulaştırma ve Kamulaştırmaz El Koyma Davaları**, Ankara, Adalet Yayınları, 2014.

**İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 30. Yılında İdari Yargı Sempozyumu**, 9 Mart 2012, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2013.

İLGEZDİ, Ali Rıza, **Hukuki El Atma (Kamulaştırmaz Elatmada Yeni Dönem)**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019.

KABOĞLU, İbrahim Ö., **Özgürlükler Hukuku 1: İnsan Hakları Genel Kuramına Giriş**, İstanbul, İmge Kitabevi, 2013.

KALABALIK, Halil, **İmar Hukuku Dersleri**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019 (Kalabalık, İmar Hukuku)

KALABALIK, Halil, **İdare Hukuku Dersleri**, Cilt I, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019 (İdare Hukuku I).

KALABALIK, Halil, **İdare Hukuku Dersleri**, Cilt II, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2021 (İdare Hukuku II).

KALABALIK, Halil, **İdari Yargılama Usulü Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2021 (Kalabalık, İdari Yargılama).

KAMIŞLI, Gani, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Anayasa Mahkemesinde Mülkiyet Uyuşmazlıklarının Çözümü**, Karahan Kitabevi, 2016.

KAPLAN, Gürsel, "İdare Hukukunun Arkaik ve Anakronik Kurumu: Fiili Yol", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Haziran-Aralık 2007, Cilt XI, Sayı 1-2, s.887-918 (Kaplan, Fiili Yol).

KAPLAN, Gürsel, **İdari Yargılama Hukuku**, Bursa, Ekin Yayınları, 2018 (Kaplan, İdari Yargılama).

KAPLAN, Gürsel, "Kamu Kurumları ve Tüzel Kişileri Arasında Taşınmaz Mal Devri ve Yargısal Denetimi", **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Ayferi Göze'ye Armağan, S.2004/1-2, s.167-188 (Kaplan, Mal Devri).

KAPLAN, Gürsel, "Yeni Yasal Düzenlemelere Göre Kamulaştırmaz El Koyma Sebebiyle Doğan Tazmin Hakkının Tabi Olduğu Usul ve Esaslar", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Mart-Nisan 2012, S.99, s.125-150 (Kaplan, Kamulaştırmaz El Koyma).

KAPLAN, Onur, “Danıştay Kararları Işığında Acele Kamulaştırmalarda “Aceleliğine Karar Verilen Haller” Bakımından Bir Değerlendirme”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C.24, S.1, Haziran 2018, s.176-196. (Kaplan, Acele Kamulaştırma).

KARACA, Egemen, “Kamulaştırmasız El Koymanın Unsurları ve Kamulaştırmasız El Koymaya Karşı Yargısal Başvuru Yolları”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Temmuz-Ağustos 2018, Y.31, S.137, s.273-309 (Karaca, Yargısal Başvuru Yolları).

KARACA, İrem, **Kamulaştırmasız El Atma**, Ankara, Adalet Yayınları, 2019 (Karaca, Kamulaştırmasız El Atma).

KARADEMİR, Dilek, “Kamulaştırmasız El Atma”, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.XI, S.2-12, Mart-Nisan 2016, s.930-960.

KARAHANOGULLARI, Onur, **İdari Yargı- İdarenin Hukuka Zorlanması- (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2019.

KARAMAN, Ebru, **Türk İdari Yargısının Görev Alanının Anayasal Dayanağı (Fransız İdari Yargısı ile Karşılaştırmalı)**, İstanbul, On İki Levha yayıncılık, 2013.

KASARCI, Hakkı, **3194 Sayılı Kanunu’un 10. Maddesi Kapsamında İdarenin Mülkiyet Hakkına Hukuki Müdahalesi**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020.

KAŞIKÇI, Osman, **İslam ve Osmanlı Hukukunda Mecelle**, İstanbul, Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları, 1997.

KELEŞ, Ruşen/MENGİ, Ayşegül, **İmar Hukukuna Giriş**, İstanbul, İmge Kitabevi, 2003.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2014.

KÖKTÜRK, Erdal/ KÖKTÜRK, Erol, “Arsa Düzenlemelerinin Hukuksal Dayanağı”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 70, 2007, s.260-283.

KÖROĞLU, Ömer, **İmar Hukukunda Planlama Süreci ve Arazi ve Arsa Düzenlemeleri (Parselasyon)**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016.

KULAKLI, Emrah, “İdari Yargının Görevli Olduğu Kamulaştırmasız El Atma Davalarında Taşınmazın Tescili Sorunu”, **İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk**

**Fakültesi Dergisi**, Y.2, S.1, Bahar 2015, s.185-198 (Kulaklı, Kamulaştırmasız El Atma).

KULAKLI, Emrah, **İmar Kısıtlılığı ile Arazi ve Arsa Düzenlemesinden Doğan Taşınmaz Mülkiyeti Kısıtlamaları**, İstanbul, 2014 (Yayımlanmamış Doktora Tezi) (Kulaklı, İmar Kısıtlılığı).

KURT, Tuğba Çağlar, **Kamulaştırma ve Kamulaştırmasız El Atmanın Matematiği**, Ankara, Adalet Yayınları, 2016.

MEMİŞ, Emin, **Genel İdare Hukuku Notları**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2014.

MORALI, Ahu Ayanoglu, “Anayasa Mahkemesi’nin İptal Kararı Işığında Kamulaştırmasız Elatma Uygulamasının Özel Hukuk Yönünden Değerlendirilmesi”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y.2, S.1, Ocak 2003, 2003/1, s.223-241.

OĞURLU, Yücel, “İdare Hukukunda ‘Fiili Yol’ ve Yargısal Denetimi”, **Kamu Hukuku Arşivi Dergisi**, Yıl:6, Mart 2003, s.59-71 (Oğurlu, Fiili Yol)

OĞUZMAN, M. Kemal, “Bir Gayrimenkulün İstimlak Edilmeden Amme Emlakine Kalp Edilmesi (Tevhidi İçtihadı Gerektiren Bir Durum)”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C.XIX, Y.1953, S.3-4, s.809-820.

OĞUZMAN, M. Kemal/ ÖZ, M. Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt 1, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2015.

OĞUZMAN, M. Kemal/ ÖZ, M. Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt 2, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2016.

OĞUZMAN, M. Kemal/BARLAS, Nami, **Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2015.

OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, **Eşya Hukuku**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2015.

ONAR, Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Temel Esasları**, Cilt III, İstanbul, Hak Kitabevi, 1966.

ÖRÜCÜ, Esin, “Taşınmaz Mülkiyeti Sınırlamalarına İlişkin Bazı Öneriler”, **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Y.1976, C.10, S.13, s.47-78 (Örücü, Bazı Öneriler)

ÖRÜCÜ, Esin, **Taşınmaz Mülkiyetine Bir Kamu Hukuku Yaklaşımı Mülkiyet Hakkının Sınırlanması**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1976 (Örücü, Mülkiyet Hakkının Sınırlanması).

ÖZ, M. Turgut, **Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme, Borçlar Kanunu 61-66. Maddelerine İlişkin İctihatlar**, İstanbul, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., 1990.

ÖZAY, İl Han, **Gün Işığında Yönetim**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2004.

ÖZBUDUN, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020.

ÖZDEMİR, Yücel, **Türk Hukukunda Kamulaştırmasız El Atma**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2018.

ÖZEL, Sadullah, “Kamulaştırmada Gerçek Karşılık Hakkı ve Pazar Değeri”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S.109, 2013, s.93-128. (Özel, Pazar Değeri)

ÖZEL, Sadullah, **Mülkiyet, Kamulaştırma ve Gerçek Karşılık Hakkı**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013 (Özel, Gerçek Karşılık)

ÖZEN, Burak, **Haksız Zilyetlikte İade**, İstanbul, Beta Yayınları, 2003.

ÖZKAYA, Eraslan, **Açıklamalı-İctihatlı Elatmanın Önlenmesi Davaları 3**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2005.

ÖZKOL, Adil, **Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları Açısından İdari Yargının Görev Alanı**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1970.

ÖZLÜK, Betül, “Mülkiyet ve Zilyetlik Üzerine Düşünceler”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.27, S.1, 2019, s.139-166.

REİSOĞLU, Safa, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, Beta Yayınları, 2013 (Reisoğlu, Borçlar Hukuku)

REİSOĞLU, Seza, **Sebepsiz İktisap Davasının Genel Şartları**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1961 (Reisoğlu, Sebepsiz İktisap).

SANCAKDAR, Oğuz, “AİHM’in Gayrimenkul Mülkiyeti ve İmar Hukuku Uyuşmazlıklarına Yaklaşımından Kesitler ve Karar Örnekleri”, **İzmir Barosu Dergisi**, Eylül 2019, s.511-558.

SARI, H. Gürbüz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Ek Protokole Göre Malvarlığı Haklarının Korunması**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010.

SERENGİL, Şölen Külahçı, “Olağanüstü Kazandırıcı Zamanaşımı Yoluyla Taşınmaz Mülkiyetinin Kazanılması”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C.LXVIII, S.1-2, 2010, s.219-244.

SEROZAN, Rona, “Mülkiyet Hakkının Özü, İşlevi ve Sınırları”, **Prof. Dr. Ümit Yaşar Doğanay’ın Anısına Armağan I**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Yayınları, 1982, s.14-29 (Serozan, Mülkiyet Hakkı)

SEROZAN, Rona, **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İfa-İfa Engelleri-Haksız Zenginleşme**, 3. Cilt, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2009 (Serozan, İfa-İfa Engelleri-Haksız Zenginleşme).

SİRMEN, Lale, **Eşya Hukuku**, Ankara, Yetkin Hukuk Yayınları, 2017.

ŞAHİN, Ali Hamza, “Dünden Bugüne Hukuka Uygun El Atma ve Mülkiyet Hakkı İhlallerinin Giderimi”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Y.9, S.35, Temmuz 2018, s.405-428.

ŞAHİNİZ, C. Salih, **Teori ve Uygulamada Kamulaştırmaz El Koyma, İdarenin Özel Mülkiyetteki Taşınmazlara Hukuka Aykırı El Koyması**, İstanbul, Seçkin Yayıncılık, 2006.

ŞAŞI, Murat, **Mülkiyet Hakkı İhlallerinde İdarenin Hukuki Sorumluluğu-Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay ve Danıştay Kararları Işığında**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2019.

ŞİMŞEK, Suat, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Mülkiyet Hakkıyla İlgili Davaları İnceleme Yöntemi: Üç Kural Analizi”, **Sayıştay Dergisi**, S.88, Ocak-Mart 2013, s.30-45 (Şimşek, Üç Kural Analizi).

ŞİMŞEK, Suat, “Mülkiyet Hakkının Kapsamı, Sınırlandırılma Nedenleri ve Şartları Açısından 1982 Anayasası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi: Karşılaştırmalı Bir Analiz-II”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Y.2011, S.92, s.312-349 (Şimşek, Analiz II).

TAN, Turgut, **İdare Hukuku**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2014.

TANDOĞAN, Halûk, **Türk Mes’uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mesuliyet)**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010.

TARHANLI, İştar B., “Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları Işığında Kamulaştırmasız El Atma”, **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, Yıl:11, S.1-3, 1990, s.41-47.

TEKİNAY, Selahattin Sulhi/ AKMAN, Sermet/ BURCUOğLU, Haluk/ ALTOP, Atilla, **Tekinay Eşya Hukuku Cilt I Zilyedlik- Tapu Sicili- Mülkiyet**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1989.

TEMEL, Cemil, **Açıklamalı-İçtihatlı (Dilekçe ve Karar Örneklı) Kamulaştırma ve Kamulaştırmasız El Atmadan Doğan Davalar**, Ankara, Bilge Yayınevi, 2017.

TEZCAN, Murat, “Kamulaştırmasız El Atma Yoluyla Mülkiyet Hakkının Yok Edilmesi”, **Güncel Hukuk Dergisi**, Temmuz 2013, s.52-55 ([http://www.ankarahukukburos.org/images/guncelhukuk\\_temmuz.pdf](http://www.ankarahukukburos.org/images/guncelhukuk_temmuz.pdf), 20.5.2018) (Tezcan, Mülkiyet Hakkı).

TUğRUL, Saim, **Kamu Hukuku Açısından Mülkiyet Hakkı ve Sınırlandırılması**, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 2004.

TUTAL, Erhan, “Kamulaştırmasız El Atma Davalarında Yargılama Sürecindeki Son Gelişmeler”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, S.7, Haziran 2016, s.1107-1132.

ULUSOY, Ali D., **Yeni Türk İdare Hukuku**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2019 (Ulusoy, İdare Hukuku).

ULUSOY, Yasin, **Yargıtay Kararları Işığında Kamulaştırmasız El Atma**, Ankara, Nobel Yayıncılık, 2004 (Ulusoy, Kamulaştırmasız El Atma).

UYGUN, Oktay, **Devlet Teorisi**, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2014.

ÜNLÜ, Ufuk, “Kamulaştırmasız El Koyma Sebebiyle Tazmine Yönelik Yasal Düzenlemenin Getirdikleri”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Y.7, S.68, Nisan 2012, s.60-63.

WİELAND, C., (Çev.: İsmail Hakkı), **Kanunu Medeni’de Ayni Haklar**, İstanbul, Sühulet Matbaası, 1934.

YAğCIOğLU, Burcu, **Kazandırıcı Zamanaşımı**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2014.

YALÇINDURAN, Türker, “6745 Sayılı Kanun ile Hukuki El Koymalara Dair Yapılan Değişiklikler ile Hukuki ve Fiili El Koymalara Uygulanacak Hükümler”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dergisi**, C.66, S.2, Y.2017, s.491-515 (Yalçınduran, Hukuki ve Fiili El Koyma)



YALÇINDURAN, Türker, **Kamulaştırmasız El Koyma**, Yetkin Yayınları, İstanbul, 2015 (Yalçınduran, Kamulaştırmasız El Koyma).

YAVUZASLAN, Ceren, **Ecrimisil**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2021.

YAYLA, Yıldızhan, **İdare Hukuku**, İstanbul, Beta Yayınları, 2010.

YAZICIOĞLU, Sami Saygın, “Kamulaştırma Hukuku’nda Acele Kamulaştırma Uygulaması”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2014/3, s.387-393 (Yazıcıoğlu, Acele Kamulaştırma)

YAZICIOĞLU, Şahver İrem, **Kamulaştırmasız El Atma**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 2008 (Yazıcıoğlu, Kamulaştırmasız El Atma).

YELÇO, Mehmet Fatih, “Hukuksuzluğun Yükselişi-Kamulaştırmasız Kamulaştırma-6487 Sayılı Torba Kanun Madde 21 İle 2942 Sayılı Kamulaştırma Kanunu Geçici 6.Maddesinde Yapılan Değişikliğin Değerlendirilmesi”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C.87, S.4, 2013, s.563-576.

YILDIRIM, Bekir, **Açıklamalı-İçtihatlı Kamulaştırma, Kamulaştırmasız El Atma ve İmar Mevzuatından Doğan Bedel Davaları**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018 (Yıldırım, Kamulaştırma).

YILDIRIM, Turan, “İmar Planı Yoluyla Kamulaştırmasız El Atma (Karar İncelemesi-Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 15.12.2010 Tarihli, 2010/651 K. Sayılı Kararı)”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi**, 2011, C.7, S.81-82, s.183-199, s.183-199 (Yıldırım, Kamulaştırmasız El Atma).

YILDIRIM, Turan/ YASİN, Melikşah/ KAMAN, Nur/ ÖZDEMİR, H. Eyüp/ ÜSTÜN, Gül/ TEKİNSOY, Özge Okay, **İdare Hukuku**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2018.

YILDIZ, Hayrettin, “Fransız Hukukunda Fiili Yolun Yeni Hukuki Rejimi ve Fiili Yolun Türkiye Uygulaması”, **Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.8, S.2, 2018, s. 303-336.

YILMAZ, Dilşat, “İdare Hukuku ve Özel Hukuk Arasında Yarışma mı Uzlaşma mı?”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.4, S.2, Y.2013, s.163-180.

YILMAZ, Mustafa, “Anayasa Mahkemesi’nin İmar Kanunu’nun 42. Maddesinin 5. Fıkrasını İptal Eden Kararı Üzerinde Bir Değerlendirme”, **Atatürk Üniversitesi**

**Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.V, S.1-4, 2001, s.245-257 (Yılmaz, Anayasa Mahkemesi)

YILMAZ, Serdar, “İdari Yargının Görev Alanının Daraltılmasına Yönelik Yeni Bir Girişim Olarak ‘İnsan Zararları Mahkemelerinin Kuruluş ve Görevlerine Dair Kanun Teklifi’ Üzerine Bir Değerlendirme”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2015, S.3, s.113-181 (Yılmaz, İdari Yargı).

YİĞİT, Birgül, “İmar Hukukundan Kaynaklanan Mülkiyet Hakkı Sınırlandırmaları Özelinde, Türk Hukuk Sistemi İçinde Mülkiyet Hakkının Sınırlandırılmasına İlişkin Esaslar”, **Ulusal Hakemli Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Haziran 2016, S.7, s.1207-1258 (Yiğit, İmar Hukuku)

YİĞİT, Birgül, “Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları Işığında Adli Yargı Boyutu ile Kamulaştırmasız El Atma Kavramı”, Ankara, 2013, s.1-26 (<http://docplayer.biz.tr/390139-Uyusmazlik-mahkemesi-kararlari-isiginda-adli-yargi-boyutu-ile-kamulastirmasiz-el-atma-kavrami-birgul-yigit-uyusmazlik-mahkemesi-raportoru.html>, 16.5.2018) (Yiğit, Kamulaştırmasız El Atma).

YOĞURTÇU, Mehmet, “Kamu Yararı Çerçevesinde Acele Kamulaştırma”, **Anadolu Bil Meslek Yüksekokulu Dergisi**, S.42, 2016, 35-55.

YÜCEL, Özge, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Göre Kamulaştırmasız El Atma”, **Tuncer Karamustafaoğlu’na Armağan**, Ankara, Adalet Yayınları, 2010, s.849-908.

## İNTERNET KAYNAKLARI

<https://hudoc.echr.coe.int/>

[www.anayasa.gov.tr](http://www.anayasa.gov.tr)

[www.avekon.org](http://www.avekon.org)

<https://barokart.com.tr>

[www.docplayer.biz.tr](http://www.docplayer.biz.tr)

[www.dergipak.org.tr](http://www.dergipak.org.tr)

[www.inhak.adalet.gov.tr](http://www.inhak.adalet.gov.tr)

[www.jurix.com.tr](http://www.jurix.com.tr)

[www.kararara.com](http://www.kararara.com)

[www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr)

[www.legalbank.net](http://www.legalbank.net)

[www.legesdergi.com](http://www.legesdergi.com)

[www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr)

[www.mevzuat.gov.tr](http://www.mevzuat.gov.tr)

[www.nisanyansozluk.com](http://www.nisanyansozluk.com)

[www.swisslex.ch](http://www.swisslex.ch)

[www.sozluk.gov.tr](http://www.sozluk.gov.tr)

[www.tdk.gov.tr](http://www.tdk.gov.tr)

[www.tbmm.gov.tr](http://www.tbmm.gov.tr)

[www.turcakademy.com.tr](http://www.turcakademy.com.tr)





[REDACTED]

[REDACTED]

## TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite : T.C. GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ  
Enstitü : SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
Hazırlayanın Adı Soyadı : Münevver Kübra BAKIRCI  
Tez Başlığı : Kamulaştırmasız Elatma  
Savunma Tarihi : 10/12/ 2021  
Danışman : Prof. Dr. Mehmet ERDEM

### JÜRİ ÜYELERİ:

#### Unvan, Ad-Soyadı

#### İmza

1. Prof. Dr. Mehmet ERDEM .....
2. Prof. Dr. Aslı MAKARACI .....
3. Prof. Dr. Sezer ÇABRİ .....
4. Prof. Dr. İpek SAĞLAM .....
5. Dr. Öğr. Üyesi Özge AKSOYLU ÜRGER .....

Prof. Dr. M. Yaman ÖZTEK

**Enstitü Müdürü**