

KAMULAŞTIRMASIZ EL ATMA KAVRAMININ YARGITAY HUKUK GENEL KURULU'NUN 15.12.2010 TARİHLİ KARARI DOĞRULTUSUNDA TANIMLANMASI

*Yrd. Doç. Dr. Sezer ÇABRİ**

ÖZET

Kamulaőtirmasız el atma, idarenin kamu hizmetinin görölmesi için ihtiyaç duyduğu özel mülkiyete konu taşınmazlara kanunda öngörölen usule uymayarak el atmasıdır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 15.12.2010 tarihli kararıyla, kamulaőtirmasız el atmanın, idare tarafından taşınmaza fiili el atılması yanında, mülkiyet hakkının vermiş olduğu yetkilerin hukuka aykırı olarak uzun süre kısıtlanması halinde de gerçekteşeceğini kabul etmiştir. Bu kararlar kamulaőtirmasız el atmanın unsurları değişmiştir. Mülkiyet hakkının vermiş olduğu yetkilerin uzun süre hukuka aykırı olarak kısıtlanması halinde de kamulaőtirmasız el atma gerçekteşir.

Anahtar Kelimeler: Mülkiyet hakkı, mülkiyet hakkının sınırlandırılması, kamulaőtirmasız el atma

Defining of Indirect Expropriation is made with the Decision on 15 December 2010 of the Assembly of Civil Chambers of the Supreme Court

ABSTRACT

In fulfilling public services the administration takes over the private properties without observing compliance procedure is an indirect expropriation. The decision was made by Assembly of Civil Chambers of the Supreme Court on 15 December 2010, it was decided that indirect expropriation also occurs when the administration unlawfully restricts the right of private property at length. Upon this decision, the elements of an

* Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi.

indirect expropriation are changed. An indirect expropriation occurs when the administration unlawfully restricts the right of private property at length.

Keywords: Right to ownership, limitations on ownership, confiscating without expropriating

I. Giriş

Mülkiyet hakkı, çok eski çağlarda benimsenen ve kişinin mutlak ege-menliğine dayanan bir hak olarak ortaya çıkmıştır¹. Ancak toplumsal geliş-meye bağlı olarak mülkiyet hakkı, ortaya çıktığı zamanki anlamından uzak-laşarak bireyin dilediği biçimde kullanabileceği bir hak ve sınırsız özgürlük olma niteliğini yitirmiş, bu hakka zamanla toplum yararına bazı sınırlamalar getirilmiştir². Mülkiyet hakkının sınırlanmasının amacı, bu hakkı bir imtiyaz olmaktan çıkarıp, ona sosyal fonksiyon kazandırmak ve onu giderek toplum yararına, kamunun faydalanabileceği bir hale getirmeye çalışmaktır. Türk Hukuku'nda özel mülkiyet benimsenmiş olmakla birlikte Anayasa'nın 35. maddesinde mülkiyet hakkının kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlanabi-leceği ve bu hakkın toplum yararına aykırı kullanılamayacağı düzenlenmiş-tir. Anayasa'nın bu hükmü doğrultusunda mülkiyet hakkına kamu yararı amacıyla İmar Kanunu, Kamulaştırma Kanunu, Kültür ve Tabiat Varlıklarını

¹ Mülkiyet hakkı, eski çağlardan günümüze dokunulmaz, kutsal, tabii bir hak ve ilişki biçimi olarak kabul edilmiş ve malikle eşya arasında, başka hiçbir güç ve unsur söz konusu olmamış, bu hakkın hiçbir sınırlamaya konu olamayacağı kabul edilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **ÖRÜCÜ**, Esin, Taşınmaz Mülkiyetine Bir Kamu Hukuku Yaklaşımı, Mülkiyet Hakkının Sınırlanması, İstanbul 1976, s. 8-9; *Güriz*, Roma'da mülkiyet hakkı-nın mutlak bir nitelik taşıdığını, kullanma, yararlanma ve tasarruf yönünden malikin yet-kilerinin hemen hemen sınırsız olduğunu belirtmektedir. Bkz. **GÜRİZ**, Adnan, Teorik Açıdan Mülkiyet Sorunu, Ankara 1969, s. 32-33. Ayrıca Roma'da özel mülkiyete müda-halelerin hukuki düzenleniş biçimleri hakkında bilgi için bkz. **KARADENİZ**, Özcan, Roma'da Kamulaştırma ve 'Kamu Yararı' Kavramı, Ankara 1975, s. 27 vd.

² **ÖRÜCÜ**, s. 9; Roma hukukunda da mülkiyet hakkına kamu ve özel hukuk alanında çeşitli sınırlamalar getirilmiştir. Roma'da mülkiyet hakkına getirilen sınırlamalardan olan kamulaştırma milattan önceki döneme kadar gitmektedir. Roma'da kamulaştırma günü-müzde olduğu gibi kamu yararı amacıyla ve bedel karşılığı gerçekleşmekteydi. Bkz. **KARADENİZ**, s. 27 vd. *Güriz*, Roma'da devletin kamulaştırma yoluyla mülkiyete ka-rışmasını kuraldan çok istisna olduğunu belirtmektedir. Bkz. **GÜRİZ**, s. 32. Roma huku-kunda mülkiyet hakkına getirilen sınırlamalarla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **KÜÇÜKBİÇAKCI**, Erdem, Roma Hukukunda Mülkiyet Hakkının Sınırları, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2010, s. 29 vd.; **ETGÜ**, Mehmet Akif, Kamu Hukukunda Mülkiyet Hakkı ve Avrupa İnsan Hak-ları Mahkemesi'nin Mülkiyet Hakkına Bakışı, İstanbul 2009, s. 53 vd.

Koruma Kanunu, Kıyı Kanunu gibi çeşitli kanunlarla sınırlamalar getirilmiştir³. Ancak uygulamada, idare yapmış olduğu bazı idari işlemlerle, Anayasa ve kanunlarla getirilen sınırlama ve bu sınırlamanın esaslarıyla bağlı olmaksızın mülkiyet hakkına kanunlarla öngörülenin üzerinde kısıtlama getirerek mülkiyet hakkının içeriğini boşalttığı, bu hakkın verdiği yetkileri kullanılmaz hale getirdiği görülmektedir. Özellikle imar ve kamulaştırma alanında yaşanan sorunlar, imar planlamasının uzun sürmesi ve imar planlarında umumi hizmetlere ayrılan yerlerin kamulaştırılmasının imar programına alınmama veya ödenek yokluğu gibi sebeplerle kamulaştırma işleminin uzaması veya bu sebeplerle taşınmaza getirilen kısıtlamaların uzun sürmesi, kamulaştırmamız el atmanın yeniden tanımlanmasını zorunlu kılmaktadır.

Kamulaştırmamız el atma, idarenin kamu hizmetinin görülmesi için ihtiyaç duyduğu taşınmazlara kanunda öngörülen usule uymayarak el atması şeklinde tanımlanmaktadır⁴. Ancak günümüzde bazı hallerde kamulaştırma işlemi olmaksızın hatta taşınmaza fiili el atma durumu da gerçekleşmemekle

-
- 3 **OĞUZMAN**, M. Kemal/**SELİÇİ**, Özer/**OKTAY-ÖZDEMİR**, Saibe, Eşya Hukuku, İstanbul 2009, s. 444-445; **TEKİNAY**, S. Sulhi, Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri, C. II/1, İstanbul 1988, s. 36.
- 4 **DÜREN**, Akın, Devletin Mülkiyete El Atmasından Doğan Tazmin Yükümlülüğü, Ankara 1977, s. 70; **BİLGİN**, Pertev, Kamulaştırma Hukuku, İstanbul 1999, s. 97-98; **GÜNDAĞ**, Metin, İdare Hukuku, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, Ankara 2011, s. 277; **GİRİTLİ**, İsmet/**BİLGİN**, Pertev/**AKGÜNER**, Tayfun/**BERK**, Kahraman, İdare Hukuku, Güncellenmiş ve Genişletilmiş Dördüncü Bası, İstanbul 2011, s. 925 vd.; **ARCAK**, Ali/**DOĞRUSÖZ**, Edip, Kamulaştırmamız El Koyma, El Atmanın Önlenmesi ve Tazminat Davaları, Ankara 1992, s. 19-20; **GÖZÜBÜYÜK**, A. Şeref/**TAN**, Turgut, İdare Hukuku, C. 1, Genel Esaslar, Güncelleştirilmiş 7. Bası, Ankara 2010, s. 1165; **ŞAHİNİZ**, Salih, Teori ve Uygulamada Kamulaştırmamız El Koyma, İdarenin Özel Mülkiyetteki Taşınmazlara Hukuka Aykırı El Koyması, Ankara 2006, s. 17; **KALABALIK**, Halil, İmar Hukuku (Planlama, Arsa, Yapı, Koruma), Ankara 2005, s. 336-337; **ÇABRİ**, Sezer, İmar Kanunu Uyarınca Kamulaştırma, İstanbul 2005, s. 132 vd.; **ÖZKAYA**, Eraslan, Elatmanın Önlenmesi Davaları, Ankara 2002, s. 827; **KAYA**, Tayfun, Kamulaştırmamız El Koyma, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2001, s. 22-23; **KÖROĞLU**, Ömer, Kamulaştırma, Ankara 1995, s. 131 vd.; **ARTUKMAÇ**, Sadık, Kamulaştırma Hukuku, Ankara 1977, s. 150; **AYHAN**, Fatma, "Kamulaştırma Kanunu'nun Gecici 6. Maddesi ve Türk Hukukunda "Dolayısıyla Kamulaştırma" Uygulaması Üzerine Bir Deneme", İÜHFİM, C. LXIX, Y. 2011, S. 1-2, s. 1130 vd.; **BÖKE**, Veli, Kamulaştırma Kanunu ve Kamulaştırma Bedelinin Tespiti Davaları, Ankara 2005, s. 26; **ERKAN**, Mustafa, International Energy Investment Law, Great Britain 2011, s. 63 vd.; **YAZICIOĞLU**, Ş. İrem, Kamulaştırmamız El Atma, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2008, s. 56; **ÇINAR**, Turan, Kamulaştırma ve Kamulaştırmamız El Atma Davaları, Ankara 2005, s. 901.

birlikte idarenin yapmış olduğu bazı işlemlerle mülkiyet hakkının vermiş olduğu yetkilerin kısıtlandığı ve bu kısıtlamanın çok uzun sürdüğü görülmektedir. Yargıtay da 15.12.2010 tarihli Hukuk Genel Kurulu kararına kadar kamulaştırmatsız el atmadan söz edebilmek için idarenin bir taşınmaza fiili olarak el atmasının gerekli olduğunu kabul etmekteydi⁵. Ancak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 15.12.2010 tarihli kararında, kamulaştırmatsız el atma şartlarının gerçekleşmesinde fiili el atma olgusunun gerçekleşmesinin şart olmadığını, mülkiyet hakkının aşırı kısıtlanması halinde de kamulaştırmatsız el atmanın söz konusu olabileceğini belirtmiştir. Bu kararla kamulaştırmatsız el atmanın varlığından söz etmede fiili el atma unsuru aranmadığından, kamulaştırmatsız el atma kavramının yeniden tanımlanması zorunluluğu ortaya çıkmıştır. Bu kararla uygulamada fiili olarak el atılmamakla birlikte uzun yıllar kısıtlama getirilen bir çok taşınmaz için kamulaştırmatsız el atmaya dayalı taşınmazın idareye devri karşılığında bedele dönüştürme davası açma hakkı doğmuştur. Bundan dolayı bu çalışmada Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 15.12.2010 tarihli kararı doğrultusunda kamulaştırmatsız el atma kavramı incelenecektir.

II. Kamulaştırmatsız El Atma

A. Tanım

Günümüzde idare, pek çok hukuk sisteminde olduğu gibi, idari fonksiyonunu yerine getirebilmesi ve kamu yararının gerektirdiği hizmetleri görebilmesi için özel kişilere nazaran üstün ve ayrıcalıklı bir takım yetkilerle donatılmıştır. Ancak idareye verilen ve özel hukuk kişileri karşısında tanın-

⁵ YHGK, T. 29.09.2004, E. 2004/5-450, K. 2004/454 kararında kamulaştırmatsız el atmadan söz edebilmek için fiili el atma olgusunun gerekli olduğu şu şekilde ifade edilmiştir: "Kamulaştırmatsız el atmadan söz edilebilmesi için öncelikle idarenin, o taşınmaza eylemli olarak el koyup malikin kullanımının yasaya aykırı olarak tamamen ortadan kaldırması ve bu durumun kalıcı olması gereklidir. Taşınmaz mal sahibinin elinde bulunduğu ve kullanma hakkına sahip olduğu sürece, mal sahibi idareden değer karşılığının verilmesini isteyemez.". Karar için bkz. www.kazanci.com.tr (14.12.2011). Aynı yönde kararlar için bkz. YHGK, T. 05.12.2007, E. 2007/5-933, K. 2007/951; YHGK, T. 07.11.2007, E. 2007/5-805, K. 2007/826; YHGK, T. 31.10.2007, E. 2007/5-718, K. 2007/805; Yargıtay 5. HD, T. 05.03.2007, E. 2006/41869, K. 2007/2586, kararlar için bkz. www.hukukturk.com (26.12.2011). YHGK, kamu ortaklık payı ile düzenleme alınmadaki taşınmazlardan paylı olarak oluşturulan kamu hizmetlerine ayrılarak kamulaştırılması gereken bir yerle ilgili, paydaşların tek başına taşınmazdan yararlanma olanağı kalmadığını belirterek, kamulaştırmatsız el atmanın varlığını kabul etmiştir. YHGK, T. 02.02.2005, E. 2004/5-555, K. 2005/17, www.hukukturk.com (26.12.2011).

miş ayrıcalıklı üstün iradenin sınırsız olması söz konusu değildir. İdarenin yapmış olduğu her türlü eylem ve işlemin kanuni bir dayanağının bulunması zorunludur. Yönetimin yasallığı⁶ olarak adlandırılan bu ilke gereği idare, kaynağını kanundan almayan bir yetkiyi kullanamaz. Bunun doğal sonucu olarak Anayasa'nın 125. maddesinde, idarenin her türlü eylem ve işlemlerinin yargı denetimine tâbi olduğu ilkesi getirilmiştir⁷. Buna göre idare, özel hukuk kişilerine ait taşınmaz mallara ve bunlar üzerindeki aynı haklara, kanunun kendisine tanıdığı hak ve verdiği yetkiyle ve ancak kanunda öngörülen şekilde sahip olabilir. Anayasa'nın 35. maddesinde yer alan “Mülkiyet hakkı kamu yararı amacıyla kanunla sınırlanabilir.” hükmüne paralel olarak, Anayasa'nın 46. maddesinde kamulaştırmanın temel esasları açıkça düzenlenmiştir. Anayasa'nın “Devlet ve kamu tüzel kişileri kamu yararının gerektirdiği hallerde, karşılıklarını peşin ödemek şartıyla özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların tamamını veya bir kısmını kanunla gösterilen esas ve usullere göre kamulaştırmaya ve bunlar üzerinde idari irtifaklar kurmaya yetkilidir.” şeklindeki hükmü gereği, idare, geçerli bir kamulaştırma işlemi olmaksızın hiçbir özel hukuk kişinin taşınmazına el koyamayacağı gibi, bunu mülkiyetine geçiremez veya mülkiyet hakkının vermiş olduğu yetkileri kanunun öngördüğü sınırı aşacak şekilde sınırlayamaz⁸. Sonuç

⁶ GÖZÜBÜYÜK/TAN, s. 37; BALTA, Tahsin Bekir, İdare Hukuku I, Genel Konular, Ankara 1970, s. 126 vd.; BİLGİN, Pertev, İdare Hukuku Dersleri, İdare Hukukuna Giriş, İstanbul 1996, s. 99; ŞENGÜL, Mehmet, 4650 Sayılı Kanun Değişikliği Çerçevesinde Tapuya Kayıtlı Olmayan Taşınmazların Kamulaştırılması, İstanbul 2004, s. 47-49; Danıştay bir kararında, idari işlemler yönünden en ağır sakatlığın yokluk olduğunu, yokluk halinde hukuksal değil fiili bir durumun söz konusu bulunduğunu, yoklukla sakat bir işlemin hukuk alanında hiç doğmadığını, yokluğun re'sen gözönüne alınacağını, her zaman ileri sürülebileceğini belirtmiştir. Karar için bkz. DİDDGK, E. 89/383, K. 90/103, T. 08.06.1990 (BİLGİN, s. 255).

⁷ Anayasa Mahkemesi, T. 01.10.1991, E. 1990/40, K. 1991/33 sayılı kararında, hukuk devletinin başlıca amacının, kamu gücü karşısında kişinin hak ve özgürlüklerini korumak olduğunu belirtmiştir: “Devletin değişik işlevlerinin ayrı organlar eliyle görülmesi anlamına gelen kuvvetler ayrılığı ilkesi bağlamında, idarenin hukuka bağlılığı ile zarar verici işlem ve eylemlerden sorumlu tutulması ve güvencesidir. Hukuk devletinde, idarenin tüm eylem ve işlemlerinin hukuka uygunluğu zorunludur. Bu nedenle hukuk devletinin vazgeçilmez koşullarından birisi idarenin yargısal denetimidir.”. Kararda, idari işlemlere karşı kişilerin hak ve özgürlüklerinin korunması ve idarenin hukuka uygun davranmasının sağlanmasında yargı denetiminin önemini vurgulamıştır. Karar için bkz. RG: 07.02.1992, Sayı: 21135, s. 19.

⁸ Kamulaştırma Kanunu m. 27'de “Acele Kamulaştırma” başlığı altında olağanüstü hallerde kamulaştırmanın yapılması düzenlenmiştir. Bu hükme göre, “3634 sayılı Milli Müdafaa Mükellefiyeti Kanununun uygulanmasında yurt savunması ihtiyacına veya aceleli-

olarak idare, anayasal güvenceye kavuşturulmuş mülkiyet hakkına ancak kanunun verdiği yetki ile sınırlama getirebilmekte ve taşınmaz mülkiyeti ve buna bağlı aynı hakları Kamulaştırma Kanunu'nun öngördüğü koşullara bağlı olarak elde edebilmektedir. Bunun dışında her türlü eylem ve işlem, idarenin hukuki sorumluluğuna yol açmaktadır⁹.

Kamulaştırmatsız el atma kavramı hukukumuzda 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun iptal edilen 38. maddesiyle girmiştir¹⁰. KK m. 38'de yer

ğine Bakanlar Kurulunca karar alınacak hallerde veya özel kanunlarla öngörülen olağanüstü durumlarda gerekli olan taşınmaz malların kamulaştırılmasında kıymet takdiri dışındaki işlemler sonradan tamamlanmak üzere ilgili idarenin istemi ile mahkemece yedi gün içinde o taşınmaz malın (Değişik ibare: 24/4/2001 - 4650/15 md.) 10 uncu madde esasları dairesinde ve 15 inci madde uyarınca seçilecek bilirkişilerce tespit edilecek değeri, idare tarafından mal sahibi adına (Değişik ibare: 24/4/2001 - 4650/15 md.) 10 uncu maddeye göre yapılacak davetiye ve ilanda belirtilen bankaya yatırılarak o taşınmaz mala el konulabilir. Bu Kanunun 3 üncü maddesinin 2 nci fıkrasında belirtilen hallerde yapılacak kamulaştırmalarda yatırılacak miktar, ödenecek ilk taksit bedelidir.". Ayrıca Türk Borçlar Kanunu m. 64/II'de düzenlenen zaruret halinde başkasının mallarına haksız olarak zarar veren kişinin, haksız fiilden sorumlu olmayıp, hakkaniyet sorumlusu olması, devletin zorunlu hallerde verdiği zararlarda da geçerli olur. Savaş halinde ordunun, yurt savunması için acele kamulaştırma yapamayacağı veya Milli Müdafaa Mükellefiyeti Kanunu uyarınca işlem tesis edemeyeceği haller, zaruret hali olarak, gerçek veya tüzel kişilerin mallarına zarar verme halinde de hukuka aykırılık söz konusu olmayacaktır.

⁹ **GÖZÜBÜYÜK/TAN**, s. 1165; **GÜNDAY**, s. 277; **GİRİTLİ/BİLGEN/AKGÜNER/BERK**, s. 925; **ŞAHİNİZ**, s. 16; **KALABALIK**, s. 336; **KÖROĞLU**, s. 132; **BİLGEN**, Kamulaştırma, s. 97.

¹⁰ Anayasa Mahkemesi'nin E. 2002/112, K. 2003/33, T. 10.04.2003 kararıyla Kamulaştırma Kanunu'nun 38. maddesi iptal edilmiştir. Mahkeme, "...Anayasa'nın 46. maddesinde öngörülen ve temel ögesinin "kamu yararı" olduğu kabul edilen kamulaştırma, bir taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkının, kamu yararı için ve karşılığı ödenmek koşuluyla idarece kaldırılmasıdır. Kamulaştırmanın bir başka tanımlaması ise kamu yararı amacıyla, bir taşınmazın takdir edilen bedeli peşin verilmek üzere malikinin rızasına bakılmaksızın elinden alınmasıdır. Anayasa'nın "kamulaştırmayı" düzenleyen 46. maddesinin birinci fıkrasında; "Devlet ve kamu tüzelkişileri, kamu yararının gerektirdiği hallerde, karşılıklarını peşin ödemek şartıyla, özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların tamamını veya bir kısmını, kanunla gösterilen esas ve usullere göre, kamulaştırmaya ve bunlar üzerinde idari irtifaklar kurmaya yetkilidir" denilmektedir. Mülkiyet hakkının içerik ve sınırlarını belirleme yetkisi yasalara bırakılmışsa da, bu konuda yasakoyucuya mutlak bir yetki de verilmiş değildir. Aksi görüşün kabulü mülkiyet hakkının Anayasa garantisi altına alınmış olmasına aykırıdır. Kamu tüzel kişilerinin herhangi bir şekilde kamulaştırma yapmadan bir taşınmaz üzerine kamu yararı amacıyla köprü, yol veya herhangi bir tesis yapmaları kamulaştırmatsız el atmadır. Anayasa'nın 46. maddesinde öngörülen kamulaştırma, Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınmış olan mülkiyet hakkına getirilmiş anayasal bir sınırlamadır. 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 yön-

alan, “Kamulaştırma yapılmış ancak işlemler tamamlanmamış veya kamulaştırması hiç yapılmamış iken kamu hizmetine ayrılarak veya kamu yararına yönelik bir ihtiyaca tahsis edilerek üzerinde tesis yapılan malın maliki, zilyet veya mirasçılarının bu taşınmaz mal ile ilgili her türlü dava hakkı yirmi yıl geçmekle düşer.” hükmü Anayasa Mahkemesi’nce iptal edilmekle, yürürlükteki mevzuatımızda kamulaştırmaz el atmaya ilişkin herhangi bir hüküm kalmamıştır¹¹. Ancak kamulaştırmaz el atmaya ilişkin kanunda herhangi bir düzenleme olmasa da idare, fiili olarak özel mülkiyete konu taşınmazlara el atmaya veya mülkiyet hakkının vermiş olduğu yetkileri aşırı sınırlamaya devam etmektedir. Bundan dolayı bu konuda herhangi bir düzenleme olmaması uygulamada idarenin Anayasa ve kanuna aykırı olarak özel mülkiyete konu taşınmazlara el atmasını engellememekte, bu konudaki mağduriyetler devam etmektedir.

Kamulaştırmaz el atma kavramı ilk olarak Yargıtay’ın T. 16.05.1956, E. 1, K. 6 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı’na konu olmuştur¹². Yargıtay’ın “... Usulü dairesinde istimlak muamelesine tevessül edilmeksizin gayrimenkulü yola kalbedilen şahsın, esas itibariyle, gayrimenkulünü yola kalbeden

temini 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 kamulaştırmaz 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.” şeklindeki hükmüyle iptal gerekçesini ortaya koymuştur. Karar için bkz. http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=1840&content= (12.11.2011).

¹¹ Kamulaştırma Kanunu’na 18.06.2010 tarihinde eklenen “Kamulaştırmaz el koyma sebebiyle tazmin” başlıklı geçici 6. maddeyle, kamulaştırma işlemleri tamamlanmamış veya kamulaştırması hiç yapılmamış olmasına rağmen 09.10.1956 tarihi ile 04.11.1983 tarihi arasında fiilen kamu hizmetine ayrılan veya kamu yararına ilişkin bir ihtiyaca özgülenerik üzerinde tesis yapılan taşınmazlara veya kaynaklara kısmen veya tamamen veya yahut irtifak hakkı kurmak yoluyla malikin rızası olmaksızın fiili olarak el atılması sebebiyle hak sahiplerinin tazminat talebinde bulunmalarına olanak tanınmıştır. 6111 sayılı Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ve Diğer Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un geçici 2. maddesinde, 04.11.1983 tarih ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu’nun geçici 6. maddesi hükmünün, 4/11/1983 tarihinden sonraki kamulaştırmaz el koyma işlemlerine de uygulanacağı düzenlenmiştir. Bu iki düzenleme ile hem Kamulaştırma Kanunu’nun yürürlüğe girdiği tarihten önceki hem de sonraki bütün kamulaştırmaz el atma işlemlerine karşı dava açmanın yolu açılmıştır.

¹² Kararın tam metni için bkz. **ŞAHİNİZ**, s. 21-23.

amme hükmi şahsiyeti aleyhine men'i müdahale davası açmaya hakkı olduğuna, ancak dilerse bu fiili duruma razı olarak, mülkiyet hakkının amme hükmi şahsiyetine devrine karşılık gayrimenkulün bedelinin tahsilini de dava edebileceğine ...” şeklindeki İçtihadı Birleştirme Kararı'yla, taşınmazına kamulaştırmasız el atılan kişinin idareye karşı müdahalenin önlenmesi veya taşınmazın mülkiyetinin idareye devredilmesi karşılığında bedelinin ödenmesini isteme hakkı olduğu hüküm altına alınmıştır. Yargıtay'ın 16.05.1956 gün, E. 1. K. 7 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'nda ise, “*Usulü dairesinde istimlak muamelesine tevessül edilmeksizin gayrimenkulü yola kalbedilen şahsın, gayrimenkulünün bedelinin tahsiline ilişkin olarak, gayrimenkulünü yola kalbeden hükmü şahsiyeti aleyhine açacağı bedel davasında müruru-zamanın mevzuubahis olamayacağına ve bu itibarla da, hadisede Borçlar Kanununun 66'ıncı maddesinin tatbik kabiliyeti bulunmadığına...*” karar verilmiş, kamulaştırmasız el atma halinde açılacak bedel davalarının zamanaşımına bağlı olmadığını vurgulamıştır¹³. Kamulaştırmasız el atma, idarenin haksız bir eylemi niteliğinde olduğundan, el atmaya rağmen mülkiyet hakkı malikte kalmaktadır. Bir önceki İçtihadı Birleştirme Kararıyla malikin, dilerse müdahalenin önlenmesi, dilerse taşınmazın mülkiyetinin idareye geçmesi karşılığı bedel ödenmesini isteme hakkı olduğu belirtilmiştir. Mülkiyet hakkının devam ettiği bir durumda malikin taşınmazın idareye devri karşılığı açacağı bedel davasının zamanaşımına bağlı olması mümkün değildir. Çünkü malikin mülkiyet hakkı devam etmekte olup, idare açısından sebepsiz zenginleşme teşkil edecek bir durum söz konusu değildir¹⁴. Bundan dolayı malik el atma devam ettiği sürece bu davayı açma hakkına sahiptir. Yargıtay'ın 11.02.1959 gün, E. 1958/17, K. 1959/15 sayılı kararında da özetle, kamulaştırmasız el atma halinde haksız el atmadan doğan tazminat davalarında adli yargının görevli olduğuna karar vermiştir¹⁵. Görüldüğü üzere Yargıtay'ın verdiği çeşitli kararlarda kamulaştırmasız el atmanın temelleri ortaya konulmuş ve taşınmazına el atılan kişinin el atma fiiline karşı sahip olduğu hakların neler olduğu hüküm altına alınmıştır.

¹³ Kararın tam metni için bkz. ŞAHİNİZ, s. 23-24.

¹⁴ DÜREN, s. 74; BİLGİN, Kamulaştırma, s. 98; GÜNDAY, s. 278.

¹⁵ Kararın tam metni için bkz. ŞAHİNİZ, s. 24-26.

Kamulaştırmasız el atmaya ilişkin öğretide çeşitli tanımlar yapılmıştır. ARCAK/DOĞRUSÖZ'e göre¹⁶, "İdare, Anayasa ve yasalara uygun bir işlem oluşturmaksızın, bir kimsenin gayrimenkul malına el koyar, onun üzerinde bir tesis veya bina yapar yahut da, o gayrimenkul malı bir hizmete tahsis ederek, mal sahibinin gayrimenkulü üzerinde dilediği gibi kullanma hakkına karşı herhangi bir girişimde bulunursa, idarenin bu işlemine, kamulaştırmasız el koyma denir. Diğer bir ifadeyle, gerek Kamulaştırma Kanunu'ndaki esaslar çerçevesinde, gerekse özel yasalardaki hükümlere uyulmak suretiyle, bir kamulaştırma işlemi yapılmamış veya kamulaştırma işlemine başlanılmakla birlikte kamulaştırma oluşmamış olmasına rağmen, idare özel mülkiyetteki gayrimenkule el koyarak bu sonuncuyu kısmen veya tamamen kamu malı durumuna dönüştürmüş veya üzerinde tesisler yaptırmış ise, kamulaştırmasız el koyma sözkonusu olur." BÖKE'ye göre kamulaştırmasız el atma¹⁷, "İdarenin 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 gerçekleştirmesidir". GÜNDAY'a göre ise¹⁸, "Kamulaştırmasız el atma, idarenin usulüne uygun olarak alınmış bir kamulaştırma kararı olmaksızın ve geçici işgal koşulları da bulunmadığı halde özel mülkiyette bulunan bir taşınmaza el atılmasıdır". BİLGİN ise kamulaştırmasız el atmaya¹⁹, "...özel kişilere ait bir taşınmaz malın, hukuka uygun usuller kullanılmaksızın, idareye geçmesini doğuran bir olaydır." şeklinde tanımlamıştır. DÜREN'e göre kamulaştırmasız el atma²⁰, "İdarenin kamulaştırma yoluna gitmeden ya da geçici işgal koşullarını yerine getirmeden özel mülkiyet konusu taşınmaza, kamu hizmetlerinin devamlı görülmesi sebebiyle el koymasıdır."²¹ Yargıtay ise bir kararıyla kamulaştırmasız el atmanın tanımını şu şekilde yapmıştır: "2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu kapsamında içinde veya özel kanunlardaki hükümlere uyu-

16 ARCAK/DOĞRUSÖZ, s. 19.

17 BÖKE, s. 18.

18 GÜNDAY, s. 277.

19 BİLGİN, Kamulaştırma, s. 97.

20 DÜREN, s. 70.

21 Öğretideki diğer tanım ve açıklamalar için bkz. KALABALIK, s. 336-337; GÖZÜBÜYÜK/TAN, s. 1165; YAZICIOĞLU, s. 56; KÖROĞLU, s. 131 vd.; ARTUKMAÇ, s. 150-151; ÇABRİ, s. 132; ÇINAR, Turan, Kamulaştırma ve Kamulaştırmaz El Atma Davaları, Ankara 2005, s. 901; ERKAN, s. 63 vd.

larak bir kamulaştırma işlemi yapılmamış veya kamulaştırma işlemine başlanılmakla beraber tamamlanmamış olmasına rağmen, idare el koyarak bir taşınmaz mal üzerinde tesis veya bina yapar yahut o taşınmaz malı kamu yararına yönelik bir hizmete tahsis ederek mal sahibinin dilediği gibi kullanma hakkına karşı herhangi bir girişimde bulunursa kamulaştırmatsız el koyma söz konusudur.²²

Yukarıda vermiş olduğumuz bütün tanımlarda kamulaştırmatsız el atmanın unsurlarından biri olarak fiili el atma olduğu belirtilmiştir. Ancak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun T. 09.06.2010, E. 2010/5-662, K. 2010/651 sayılı kararına göre kamulaştırmatsız el atmadan söz edebilmek için taşınmaza fiili el atılmasına gerek yoktur²³. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun "... uzun yıllar programa alınmayan imar planının fiilen hayata geçirilmemesi nedeniyle kamulaştırma ya da takas²⁴ 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 kamulaştırmatsız el koyma olgusunun varlığı için yeterli bulunduğu, her türlü izahtan varestedir." şeklindeki kararında, imar planında kamu hizmetlerine özgülünen ancak uzun yıllar imar programına alınmayarak idarece herhangi bir idari işlem tesis edilmemesi eylemini, mülkiyet hakkının özüne dokunan ve onu ortadan kaldıran bir niteliğe sahip ve bu durumun kamulaştırmatsız el atmanın varlığı için yeterli olduğunu vurgulanmıştır.

²² YHGK, E. 2005/5-288, K. 2005/352, T. 25.05.2005, www.kazanci.com.tr (07.12.2011).

²³ Karar için bkz. www.hukukturk.com (08.12.2011).

²⁴ Kararda geçen "takas" kelimesi "trampa, mal değişimi sözleşmesi" anlamında kullanılmıştır. Takas, birbirine karşı aynı cins alacağı sahip kişilerden birinin tek taraflı irade beyanı ile bu alacakların az olan tutarında sona erdirilmesidir (TBK m. 139). Trampa (mal değişim sözleşmesi), taraflardan birinin diğer tarafa bir veya birden çok şeyin zilyetlik ve mülkiyetini, diğer tarafın da karşı edim olarak başka bir veya birden çok şeyin zilyetlik ve mülkiyetini devretmeyi üstlendiği sözleşmedir (TBK m. 282). Trampa yolu ile kamulaştırma Kamulaştırma Kanunu m. 26'da düzenlenmiştir. Bu hükme göre idare, mal sahibinin kabul etmesi halinde kamulaştırma bedeli yerine, idarenin kamu hizmetine tahsis edilmemiş olan taşınmaz mallarından, bu bedeli kısmen veya tamamen karşılayacak miktarı kamulaştırma muhatabına verilebilir. Bu halde idare, kamulaştırma muhatabına kamulaştırma bedeli yerine başka bir taşınmazı önermekte, kamulaştırma muhatabının kabul etmesi halinde kamu hizmeti için ihtiyaç duyulan taşınmaz trampa yoluyla sağlanmaktadır.

Bu karar doğrultusunda kamulaştırmasız el atmayı, 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 atması veya taşınmazla fiili olarak el atılmamakla birlikte mülkiyet hakkının vermiş olduğu yetkileri kanunda öngörülenin üzerinde aşırı sınırlaması olarak tanımlayabiliriz. Tanımdan da anlaşılacağı üzere kamulaştırmasız el atma idarenin haksız bir eylemi niteliğindedir²⁵. Kamulaştırmasız el atmanın haksız fiil niteliğinde olmasını sağlayan sebep, idarenin kamulaştırma ile elde edeceği sonuca, kamulaştırma işleminin şekil şartlarına uymadan ulaşmak istemesidir. Kamulaştırma Kanunu, kamulaştırma işleminin hangi koşullar altında yapılacağını ve kamulaştırma yapılırken idarenin uyacağı şekli koşulları sıkı kurallara bağlamıştır. Kanunen öngörülen şekle uyulmadan özel mülkiyete konu bir taşınmaza el atılması veya mülkiyet hakkının vermiş olduğu yetkilerin aşırı derecede sınırlanması halinde karşımıza idarenin haksız bir eylemi niteliğindeki olan kamulaştırmasız el atma kavramı çıkmaktadır. Kamulaştırmasız el atmadan söz edebilmek için el koymanın kamu hizmetlerinin sürekliliği ilkesi uyarınca vazgeçilmez olması gerekir²⁶. Aksi hallerde idarenin alelade haksız fiili söz konusu olur ve bu halde sadece haksız el atmanın önlenmesi davası (TMK m. 683/II) ile haksız el atmadan dolayı uğranılan zararların tazmini istenebilir.

Kamulaştırmasız el atma üç şekilde karşımıza çıkabilir. Birinci halde idare, kamulaştırma işlemi olmaksızın özel mülkiyetteki taşınmazlara müdahale edebilir. İkinci halde idare, kamulaştırma işlemi tamamlanmadan ya da usulüne uygun yapılmadan mülkiyet hakkına müdahale etmiş olabilir. Bu durumda kanunda öngörülen şekilde tesis edilmemiş sakat veya eksik bir idari işlem söz konusu olur. Üçüncü halde ise idarenin, mülkiyet hakkının kanundan doğan kısıtlamaların sınırını aşarak taşınmaza uzun süre kısıtlama getirmesi (inşaat izni vermemesi) şeklinde gerçekleşebilir²⁷. Bu halde, ida-

25 DÜREN, s. 70; BİLGEN, Kamulaştırma, s. 97; GÜNDAY, s. 277; GÖZÜBÜYÜK/TAN, s. 1165; GİRİTLİ/BİLGEN/AKGÜNER/BERK, s. 925; ŞAHİNİZ, s. 16; KALABALIK, s. 336; KÖROĞLU, s. 132.

26 GİRİTLİ/BİLGEN/AKGÜNER/BERK, s. 925.

27 Burada bir hususu açıklığa kavuşturmak gerekiyor. Özellikle imar planları uyarınca umumi hizmetlere ayrılan yerlerde kamulaştırma gerçekleşinceye kadar mülkiyet hakkı devam etse de bu tür yerlere malikin inşaat yapması mümkün olmadığı gibi nihayetinde kamulaştırılacak yerleri de kimse satın almak istememektedir. Bundan dolayı kamulaş-

renin yapması gereken işlemleri yapmamasına bağlı olarak daha önce tesis edilen idari işlemlerle mülkiyet hakkına getirilen kısıtlamanın kanunda öngörülen hallerin üzerinde uzun süre devam ederek, mülkiyet hakkının vermiş olduğu yetkilerin kullanılmasına engel olunarak mülkiyet hakkının özüne dokunulması söz konusu olmaktadır.

B. Unsurlar

Yukarıda vermiş olduğumuz tanım uyarınca kamulaştırmamız el atmanın unsurları olarak şunları sayabiliriz: 1. İdare tarafından taşınmaza kamulaştırma yapılmaksızın fiilen el atılması veya mülkiyet hakkının verdiği yetkilerin aşırı derecede sınırlanması. 2. El atmanın kamulaştırma yetkisine sahip idare tarafından görev alanına giren konular için kamu yararı amacıyla yapılması ve idarenin kamulaştırma yükümlülüğünü yerine getirmemesi. 3. El atmanın veya getirilen kısıtlamanın hukuka aykırı olması.

1. İdare Tarafından Özel Mülkiyete Konu Bir Taşınmaza Kamulaştırma Yapılmaksızın Fiilen El Atılması veya Mülkiyet Hakkının Verdiği Yetkilerin Aşırı Derecede Sınırlanması

Kamulaştırmamız el atmadan söz edebilmek için taşınmaza kamulaştırma yapılmaksızın fiilen el atılması²⁸ veya mülkiyet hakkının verdiği yetkilerin aşırı derecede sınırlanması gerekir. Taşınmaza fiilen el konulması çeşitli

tırmanın zamanında gerçekleşmemesi halinde özellikle yerleşim yerlerindeki taşınmaz kullanma veya yararlanma olanağı kalmamaktadır. Çünkü yerleşim yeri içinde kalan (konut veya ticaret alanı) bir taşınmazın kullanılmasında asıl olan yapı yapmaktır. Malikin yapı hakkının olmadığı veya uzun süre sınırlandırıldığı hallerde mülkiyet hakkının vermiş olduğu diğer yetkileri kullanmanın bir anlamı kalmamaktadır.

²⁸ ŞAHİNİZ, s. 55; AYHAN, s. 1132-1133; ÇINAR, s. 902; BÖKE, s. 32-33. *Günday*, kamulaştırmamız el atmadan söz edebilmek için idarenin özel mülkiyette bulunan bir taşınmaz mala malik veya ziyet gibi tasarrufta bulunması ya da taşınmaza hiç olmazsa belli bir süre sahibinin tasarrufundan alıkoyması gerektiğini belirtmektedir. Bkz. GÜNDAY, s. 277. Yazıcıoğlu, kamulaştırmamız el atmadan söz edebilmek için taşınmaza fiilen el atılması yanında idarenin sahiplenme iradesinin de olması gerektiğini savunmaktadır. Bkz. YAZICIOĞLU, s. 57. Yazar bu görüşüne Yargıtay'ın "...kamulaştırmamız el atmadan bahsedilebilmek için, kamulaştırma yetkisine sahip olan idarenin sahiplenmek maksadı ile kamulaştırma yapmadan taşınmaza fiilen el atarak kamu hizmetine ayırması veya kamu yararına yönelik bir ihtiyaca tahsis edilerek üzerinde tesis yapması gerekir." şeklindeki kararına gerekçe olarak ileri sürmektedir (Yargıtay 5. HD, T. 17.10.2005, E. 2005/7381, K. 2005/10968, www.kazanci.com.tr, 14.12.2011). Bize göre, kamulaştırmamız el atmadan söz etmede idarenin ne niyetle hareket ettiği önemli değildir. Önemli olan taşınmaza fiilen ve sürekli olarak el atılmasıdır.

şekillerde olabilir. Bu durum kamulaştırma işlemi hiç yapılmadan taşınmaza el atma şeklinde gerçekleşebileceği gibi kamulaştırma işlemine başlanmakla birlikte tamamlanmadan da taşınmaza el atma şeklinde gerçekleşebilir. Ayrıca kamulaştırma işleminin yokluk ile sakat olduğu veya kamulaştırma işleminden vazgeçildiği hallerde de özel mülkiyete konu taşınmaza el konulması veya taşınmazın boşaltılmaması halinde yine kamulaştırmatsız el atma söz konusu olur²⁹.

a. Kamulaştırma İşleminin Hiç Yapılmamış Olması

Kamulaştırmanın ne şekilde yapılacağı 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nda ayrıntılı düzenlenmiş olup, kamulaştırma yoluyla özel mülkiyete konu bir taşınmazın edinilmesinde kanunun belirlediği usul ve esaslar, idare için bağlayıcı niteliktedir. İdarenin kanunda öngörülen usul ve esaslara uymadan özel mülkiyetteki bir taşınmaza el koyması halinde kamulaştırmatsız el atma söz konusu olur³⁰. Örneğin, idarenin kamulaştırma yapmaksızın bir taşınmazdan yol geçirmesi veya taşınmazın başka bir kamu hizmeti için kullanması. Uygulamada en çok rastlanan kamulaştırmatsız el atma hali kamulaştırma işlemi olmaksızın idarenin özel mülkiyete konu taşınmazlardan yol geçirmesi şeklinde gerçekleşmektedir.

b. Kamulaştırma İşleminin Tamamlanmamış Olması

Kamulaştırma işlemi kamu yararı kararı alınmasından taşınmazın edinilmesi aşamasına kadar birden çok idari işlemi bünyesinde barındırmaktadır. İdarenin kamu yararı kararı almasından kamulaştırmanın gerçekleştiği aşamaya kadar bazı idari işlemleri yapmakla birlikte kamulaştırma süreci tamamlanmadan taşınmaza el atılması halinde yine kamulaştırmatsız el atma söz konusu olur. Çünkü kamulaştırma yoluyla özel mülkiyete konu taşınmazın edinilmesi ya taşınmazın "*satın alma usulü*" olarak adlandırılan iradi yolla edinilmesi (KK m. 8, kamulaştırma muhatabının taşınmazı iradi olarak devretmesi) ya da mahkeme kararıyla (KK m. 10) gerçekleşebilir. İdare kamu hizmetine özgüleyeceği taşınmazı edinmek için öncelikli olarak KK m. 8'de düzenlenen satın alma usulünü işletecek (iradi yolla taşınmazın devrini sağlama), iradi yolla devri sağlayamaması halinde ise KK m. 10'a göre, top-

²⁹ ŞAHİNİZ, s. 45; YAZICIOĞLU, s. 59.

³⁰ ŞAHİNİZ, s. 46; YAZICIOĞLU, s. 59; KÖROĞLU, s. 132; ÇINAR, s. 902.

ladığı bilgi ve belgelerle taşınmazın bulunduğu yer asliye hukuk mahkemesine başvurarak taşınmaz malın kamulaştırma bedelinin tespitiyle, bu bedelin ödenmesi karşılığında, taşınmazın idare adına tescilini istemesi gerekir. Bu halde ancak mahkemece taşınmazın idare adına tesciline karar verilmesiyle taşınmaz edinilmiş olur (TMK m. 705/II). İşte Kamulaştırma Kanunu'nda öngörülen bu usul tamamlanmadan taşınmaza el atılması halinde de kamulaştırmatsız el atma gerçekleşmiş olur³¹.

c. Kamulaştırma İşleminin Yokluk İle Sakat Olması

İdare, yokluk yaptırımına tâbi bir idari işleme dayanarak özel mülkiyete konu bir taşınmaza el atmışsa yine kamulaştırmatsız el atma söz konusu olur³². Kamulaştırma işleminin idari işlem olarak sakat olması ile yok olması birbirinden farklıdır. İdari işlem sakat olsa bile iptal davası açılıp mahkemece iptal edilmediği veya idarece geri alınmadığı sürece geçerli olarak hüküm ve sonuç doğuracaktır³³. Bundan dolayı sakat bir idari işleme dayanarak taşınmaza el atılması kamulaştırmatsız el atma olarak nitelendirilemez. Ancak sakat olan idari işlem için iptal davası açılıp, kamulaştırma işleminin iptaline karar verilmesine rağmen idare taşınmaza el atmaya devam etmişse, yine kamulaştırmatsız el atma söz konusu olur. Yokluk yaptırımına tâbi idari işlemlerin özelliği hukuken hiç doğmamış sayılmalarıdır³⁴. Bu işlemlerin iptali için ayrıca iptal davası açmaya gerek yoktur. Yok hükmündeki idari işlemlerin hüküm ve sonuç doğurmayacağı ve yokluğun süreye bağlı olmasının her zaman ileri sürülebileceği gibi, mahkemece tespit edilmesi de

31 **ŞAHİNİZ**, s. 46; **YAZICIOĞLU**, s. 5 ; Yargıtay, kamulaştırma işlemi yapılmasına rağmen kamulaştırma işleminin kamulaştırma muhatabına tebliğ edilmediği hallerde de kamulaştırmatsız el atmanın söz konusu olacağına ve bu durumda malikin açmış olduğu davanın kamulaştırmatsız el atma nedeniyle tazminat davası niteliğinde olduğuna karar vermiştir. Yargıtay 5. HD, E. 2002/3281, K. 2002/10038, T. 02.05.2002; Yargıtay 5. HD, E. 2003/5902, K. 2003/9139, T. 03.07.2003; Yargıtay 5. HD, E. 2003/6786, K. 2004/206, T. 02.02.2004; HGK, E. 2006/5-327, K. 2006/316, T. 24.05.2006; Yargıtay 5. HD, E. 2007/1189, K. 2007/1910, T. 20.02.2007; www.kazanci.com.tr (15.2.2011).

32 **ŞAHİNİZ**, s. 46; **YAZICIOĞLU**, s. 62.

33 **GÜNDAY**, s. 168 vd.

34 **GÜNDAY**, s. 165. *Erkut*, idari işlemlerde yokluğu, bir idari işlemin kurucu unsurlarındaki hukuka aykırılığın derhal farkedilebilir nitelikte, idari işlemin kimliğini dahi kaybet-tirecek derecede ağır, açık ve bariz olması olarak tanımlamaktadır. Bkz. **ERKUT**, Celâl, "İdare Hukukunda Yokluk Teorisi", İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, L. Duran'a Armağan, Y. 9, 1988, S. 1-3, s. 72.

mümkündür³⁵. Bundan dolayı yok hükmünde olan bir idari işleme dayanılarak özel mülkiyete konu bir taşınmaza el atılması halinde de kamulaştırmatsız el atma söz konusu olur. Örneğin, idarenin kamu malına el atması halinde, kamulaştırma işleminin konusu mümkün olmadığından, idari işlem yok hükmündedir³⁶.

d. İdarenin Kamulaştırmadan Vazgeçmesi

İdare kamulaştırmanın her safhasında tek taraflı olarak kamulaştırmadan vazgeçebilir. Bu durum KK m. 21’de, “*İdare kamulaştırmanın her safhasında kamulaştırma kararı veren ve onaylayan yetkili merciin kararı ile kamulaştırmadan tek taraflı olarak kısmen veya tamamen vazgeçebilir. Şu kadar ki, dava sırasında vazgeçme halinde dava giderleri ile harç, harcanan emek ve işin önemi gözetilerek mahkemece maktuen takdir olunacak avukatlık ücreti idareye yükletilir.*” şeklinde düzenlenmiştir. Yine KK m. 22’de, kamulaştırma işleminden tarafların anlaşmasıyla vazgeçmenin mümkün olduğu düzenlenmiştir³⁷. Gerek idarenin tek taraflı gerekse tarafların anlaşması yoluyla kamulaştırma işleminden vazgeçilmesine rağmen idarenin taşınmaza boşaltmaması, fiili olarak el atmaya devam etmesi halinde de kamulaştırmatsız el atma söz konusu olur. Yargıtay, kamulaştırmadan vazgeçilmesine rağmen, vazgeçen idarenin taşınmaza el atmasının devam etmesi halinde, davalı idarenin eyleminin kamulaştırmatsız el atma olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir³⁸.

35 GÜNDAĞ, s. 166; BİLGİN, s. 255; *Erkut*, aksi görüştedir. Yazar, yokluk halinin tespitin ancak iptal davası açılması yoluyla sağlanması gerektiğini savunmaktadır. Bzk. ERKUT, s. 89.

36 YAZICIOĞLU, s. 62.

37 KK m. 22: “*Kamulaştırmanın ve bedelinin kesinleşmesinden sonra taşınmaz malların kamulaştırma amacına veya kamu yararına yönelik herhangi bir ihtiyaca tahsisi lüzumu kalmaması halinde, keyfiyet idarece mal sahibi veya mirasçularına 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümlerine göre duyurulur. Bu duyurma üzerine mal sahibi veya mirasçuları, aldığı kamulaştırma bedelini üç ay içinde ödeyerek taşınmaz malını geri alabilir. (I). Ancak, kamulaştırılan taşınmaz mala kamulaştırmayı yapan idare dışında başka bir idare, kamulaştırma yoluyla gerçekleştirebileceği bir kamu hizmeti amacıyla istekli olduğu takdirde, yukarıdaki fıkra hükmü uygulanmayarak bu Kanunun 30 uncu veya 1050 sayılı Muhasebe Umumiye Kanunu’nun 23 üncü maddesine göre işlem yapılır. (II)*”.

38 Yargıtay 5. HD, T. 15.06.1999, E. 1999/7706, K. 1999/10341, (AKAR, Zeki, Açıklamalı-İçtihatlı-Gerekçeli Kamulaştırma ve Kamulaştırmatsız El Atma Davaları, C. II, Ankara 2002, C. II, s. 969); ŞAHİNİZ, s. 55.

e. Mülkiyet Hakkının Vermiş Olduğu Yetkilerin Aşırı Sınırlanması

Kamulaştırmasız el atmanın söz konusu olduğu diğer bir hal ise, taşınmaza fiilî olarak el atılmamış olmasına rağmen mülkiyet hakkının vermiş olduğu yetkilerin aşırı derecede sınırlanmasıdır. Günümüzde kamulaştırmasız el atmanın en çok gerçekleştiği hallerden biri bu durum olup, özellikle imar planlaması sonrasında umumi hizmetlere ayrılıp da uzun süre kamulaştırmanın zamanında gerçekleşmemesine bağlı olarak mülkiyet hakkının vermiş olduğu yetkilerin aşırı sınırlanması olarak ortaya çıkmaktadır. Fiilî et atmanın olmamasına rağmen mülkiyet hakkının aşırı derecede kısıtlanma hâlinin kamulaştırmasız el atma sayılması, çalışmayı yapmamıza sebep olan Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 15.12.2010 tarih, E. 2010/5-662, K. 2010/651 sayılı kararıyla kabul edilmiştir. Yargıtay, önceki kararlarında kamulaştırmasız el atmadan söz edebilmek için mutlaka fiilî el atma koşulunun gerçekleşmesini aramaktaydı³⁹. Bu koşulun aranması ise mülkiyet hakkına getirilen çok uzun süreli kısıtlamaların kamulaştırmasız el atma sayılmasına engel olmakta ve bu durum ise uygulamada birçok kişinin mağdur olmasına sebep olmaktadır.

Anayasa'nın 35. maddesinde herkesin mülkiyet hakkına sahip olduğu belirtilmiş ve aynı maddenin devamında da mülkiyet hakkının kamu yararı amacıyla sınırlanabileceği ve bu hakkın toplum yararına aykırı kullanılamama-

³⁹ Yargıtay önceki kararlarında imar planlarında umumi hizmetlere ayrılarak kamulaştırılması gereken yerlere fiilî olarak el atılmaması halinde kamulaştırmasız et atmaya kabul etmemekteydi. Karara konu olayda kişinin taşınmazı 1978 yılında yapılan imar planıyla okul alanı olarak umumi hizmetlere ayrılmış, aradan 30 yıl gibi bir süre geçtikten sonra kişi inşaat izni için idareye başvurmuş, ancak idare söz konusu taşınmazın imar planında okul alanı olarak ayrıldığını gerekçe göstererek inşaat izni talebini reddetmiştir. Bunun üzerine kişi kamulaştırmasız el atma davası açmış, ancak mahkeme hem fiilî el atma olgusunun gerçekleşmediğini hem de idareyi idari işleme zorlayıcı nitelikte iptal kararı verilemeyeceğini gerekçe göstererek kamulaştırmasız el atmaya dayılı tazminat talebini reddetmiştir. YHGK, E. 2007/5-805, K. 2007/826, T. 07.11.2007 kararında; "... imar planında park ve yol alanında gösterilmiş olsa dahi bu amaca yönelik olarak taşınmazda fiilen düzenleme yapıp kamu hizmetine tahsis etmediği, bu nedenle kamulaştırmasız el atma olgusundan söz etme olanağı bulunmadığını...", belirtmiştir. www.kazanci.com.tr (07.12.2011); Yargıtay başka bir kararında umumi hizmetlere ayrılarak düzenleme alanındaki taşınmazlardan kamu ortaklık payı yoluyla oluşturulan kamu hizmetleri için gerekli yerlerin zamanında kamulaştırılmaması halinde kamulaştırmasız el atmaya kabul etmiştir. Buna gerekçe olarak taşınmaz üzerinde birden çok paydaşın olduğunu ve paydaşların taşınmazdan fiilî olarak yararlanmasının mümkün olmadığını haklı olarak belirtmiştir. YHGK, T. 02.02.2005, E. 2004/5-555, K. 2005/17, www.hukukturk.com (15.12.2011).

yacağı düzenlenmiştir⁴⁰. Mülkiyet hakkının tâbi olduğu kısıtlamalar bu konuda yapılan ayırım ile bir kısmı kamu hukuku kurallarına bir kısmı ise özel hukuk kurallarına dayanmaktadır⁴¹. Çalışmamızın konusunu oluşturan kısıtlamalar kamu hukukundan kaynaklanmaktadır ve bu kısıtlamalar kamu yararı amacıyla getirilmişlerdir⁴². Diğer bir ifadeyle, kamu hukuku alanına giren bazı kanunlar⁴³, taşınmaz mülkiyetinin kazanılmasına, devamına veya bu haktan doğan yetkilerin kullanılmasına ilişkin sınırlayıcı kurallar içermektedir⁴⁴. Her ne kadar mülkiyet hakkı, kanunda öngörülen hallerde sınırlanabilse de bu sınırlamanın hangi esaslar dahilinde gerçekleşebileceği ilgili kanunlarda düzenlenmiş ve bu sınırlamanın da sınırı belirlenmiştir. Ancak uygulamada gerek idarenin işini zamanında yapmaması, gerekse ödenek yokluğu bahane edilerek idari işlemlerin zamanında tesis edilmemesi, kişilerin mülkiyet hakkını aşırı derecede sınırlayarak hakkın özüne dokunmakta, taşınmaza fiili olarak el atılmasına bile mülkiyet hakkının içeriği boşalmış bir hale

-
- 40 Anayasa Mahkemesi 21.6.1990 gününde verdiği kararında mülkiyet hakkının, Türk toplumunun sosyal, ekonomik ve hukuksal yaşantısı içinde kamu ve özel hukuk karakterlerini kendinde toplayan özel nitelikte bir hak olduğunu, bu anlamda mülkiyet hakkı, bir şey üzerinde dilediği biçimde kullanma, ürünlerinden yararlanma, tasarruf etme yetkilerini içermekle birlikte, toplum yararına aykırı kullanılmayacağını ve yasaların koymuş olduğu sınırlamalara uyularak kullanılacağını ve bu yönüyle bireyin dilediği biçimde kullanabileceği sınırsız bir hak ve özgürlük olma niteliğini yitirmiş sosyal nitelikte bir hak olma yolunda geliştiğini ve kamu yararı amacıyla sınırlanabileceğini belirtmiştir. Karar için bkz. Anayasa Mahkemesi, T. 21.6.1990, E. 1990/7, K. 1990/11 karar için bkz. www.anayasa.gov.tr (26.11.2011).
- 41 Gerek kamu hukuku gerek özel hukuk kısıtlamaları tapuya tescil edilmelerine gerek olmadan etkili olmaktadır. Ancak, özel hukuk kısıtlamalarında bu kısıtlama ile menfaati korunan kişiler, malike karşı bu haklarını koruyan dava hakkına sahip iken, kamu hukuku kısıtlamaları bireylere dava hakkı vermemektedir. Bunda menfaati olanlar malikin kısıtlamalara uymasını sağlamak için idareye başvurarak kanunun uygulanmasını isteyebilirler. Bkz. **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 443-444; **TEKİNAY**, s. 37-38; **AKİPEK**, J. Güral/**AKINTÜRK**, Turgut, Eşya Hukuku, İstanbul 2009, s. 546.
- 42 **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 444; Erel, mülkiyetin kanuni sınırlamalarının mülkiyetin içeriğine dâhil olduğunu, mülkiyet hakkının içeriği ve kapsamının özel hukuk ve kamu hukuku hükümlerine dayanan sınırlamalarla tespit olunacağı için, bu hükümlerin mülkiyet hakkını sınırlayıcı değil, belirleyici olduğunu söylemektedir. **EREL**, Şafak N., Eşyaya Bağlı Borç, Ankara 1982, s. 42.
- 43 İmar Kanunu, Kamulaştırma Kanunu, Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanunu, Karayolları Trafik Kanunu, Turizmi Teşvik Kanunu, Sular Kanunu, Yeraltı Suları Kanunu, Maden Kanunu, Petrol Kanunu, Çevre Kanunu, Orman Kanunu, Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu, Kıyı Kanunu.
- 44 **TEKİNAY**, s. 36; **EREL**, s. 45.

gelmektedir. İşte mülkiyet hakkının kanunun öngörülenin üzerinde aşırı sınırlanması halinde de taşınmaza fiili olarak el atılmasa bile kamulaştırmasız el atma söz konusu olmaktadır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 18.04.1978 tarihli 1/5000 ölçekli ve 26.05.1992 tarihli 1/1000 ölçekli Maltepe İmar Planında ilkokul alanı iken 1/5000 ölçekli 16.04.2005 onay tarihli planda da Temel Eğitim alanına ayrılan ve kamulaştırılmayan taşınmaza ilişkin vermiş olduğu karar:⁴⁵ “...*imar planlarında okul alanı olarak tahsis edilmiş bulunan dava konusu arsa üzerinde davacının, ileriye yönelik inşaat yapma gibi kişisel tasarruflarda bulunma, rayiç değeri üzerinden satma, kiralama, yararlı değişiklikler yapma gibi, mülkiyet hakkının sahibine verdiği yetkileri kullanma hakkı kısıtlanmıştır. İdare, kamu yararı nedeniyle, kamusal amaçların gerçekleştirilmesi için birtakım işlemler yaparken, Anayasanın ikinci kısmında yer alan temel hak ve hürriyetlerle uyumlu, özellikle 35. maddesi ile güvence altına alınan mülkiyet hakkına saygılı olmalıdır. Buradan hareketle, imar planlarında uzunca bir süre okul alanı olarak tahsis edilmiş bulunan dava konusu taşınmazı kamulaştırmayarak veya takas yoluyla davacıya başka bir yerden taşınmaz vermeyerek pasif kalmak suretiyle tasarrufunu engelleyen davalı idarenin, Anayasada yer alan temel hak ve hürriyetlerle, bireyin mülkiyet hakkına saygılı olduğundan söz edilemez. Dahası, böyle bir durumda idarece, kamu yararı savında bulunulamaz. Eş söyleyişle, imar planlarında okul gibi umumî hizmetlere ayrılan alanların yıllarca uygulamaya dökülmemiş olması ve bunun da süregelen bir hal alması, ortada bir kamu yararının bulunmadığının kabulünü gerektirir. Öte yandan, davacının taşınmazından, mülkiyet hakkının kendisine verdiği yetkilerle donatılmış olarak, dilediği gibi tasarrufta bulunmasının idarece yıllarca engellenmiş olmasının, “Hukuk Devleti” ilkesinin en önemli unsurlarından biri olan “hukuk güvenliği”ni zedelediği, her türlü duraksamadan uzaktır. Mülkiyet hakkına kamusal yarar sebep gösterilerek getirilen sınırlama, malikin taşınmaz üzerindeki tasarruf hakkını belirsiz bir süre için kullanılmaz hale getirerek bir hukuk devletinde kişinin hak ve özgürlükleri ile kamu yararı arasında bulunması gereken dengenin bozulmasına yol açarak hukuk güvenliğini yok etmektedir. Tüm bu açıklamalar-*

⁴⁵ YHGK, T. 15.12.2010, E. 2010/5-662, K. 2010/651, www.hukukturk.com (15.12.2011); ÇABRİ, s. 111-112; CURA, Aykut/SÜTÇÜ, Nezih, “Kamu Alanlarında Kalan Yerin Uzun Süre Kamulaştırılmaması Nedeniyle Doğan Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, İBD, C. 85, S. 2011/2, s. 156, 181.

lar çerçevesinde; uzun yıllar programa alınmayan imar planının fiilen hayata geçirilmemesi nedeniyle kamulaştırma ya da takas cihetine gitmeyen davalı İdarenin, malikin taşınmaz üzerindeki tasarruf hakkını belirsiz bir süre için kullanılamaz hale getirdiği, dolayısıyla malikin taşınmazdan mülkiyet hakkının özüne uygun şekilde yararlanma olanağı kalmadığı, taşınmaz malikin mülkiyet hakkının hukuksal bir nedene dayanılmadan idarece engellendiği kuşkusuzdur. Yukarıda açıklandığı 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 olan 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 hukuken kullanmaya engel sınırlamalar getirilmesi arasında sonucu itibari ile bir fark bulunmamakta her ikisi de kişinin mülkiyet hakkının sınırlandırılması anlamında aynı sonucu doğurmaktadır. Ancak, bundan da öte; 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 kamulaştırmasız el koyma olgusunun varlığı için yeterli bulunduğu, her türlü izahtan varestedir. Bu itibarla, kamulaştırmasız el koyma olgusunun varlığının doğal sonucu, idarenin hukuka aykırı eylemiyle mülkiyet hakkı engellenen taşınmaz mal sahibi davacının, dava yoluyla kamulaştırmasız el koyma hükümleri doğrultusunda mülkiyetin bedele çevrilmesini, eş söyleyişle idareden değer karşılığının verilmesini isteyebileceği açıktır.”.

Hukuk Genel Kurulu'nun kararında da belirtildiği üzere, bir kişinin taşınmazına fiili 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 itibari ile bir fark bulunmamakta, her ikisi de kişinin mülkiyet hakkının sınırlandırılması anlamında aynı sonucu doğurmaktadır. Özellikle imar planları ile getirilen sınırlamaların uygulamada çok uzun sürmesi, kişilerin taşınmazına herhangi bir yapı inşa etmesine engel olduğu gibi taşınmazını da elden çıkarmasını güçleştirmekte ve hatta imkânsız hâle getirmektedir. Çünkü hiç kimse haklı olarak imar planında umumi hizmetlere ayrılmış bir yeri satın almak istememektedir. İşte idarenin gerekli idari işlemleri yapmaması sebe-

biyle ortaya çıkan bu fiili durum, mülkiyet hakkının vermiş olduğu kullanma, yararlanma ve tasarruf etme yetkisini ortadan kaldırmaktadır. Özellikle Hukuk Genel Kurulu Kararı'na konu olayda olduğu gibi taşınmazı 1978 yılında okul alanı olarak ayrılan bir kişinin taşınmazını başkasına satma olanağı olmadığı gibi yapı yapma hakkı da söz konusu değildir. Bu halde hak sahibinin sahip olduğu tek yol kamulaştırmaz el atmaya dayalı olarak taşınmaz mülkiyetinin idareye geçmesi karşılığında taşınmazın bedelini istemeye yönelik dava açmaktır.

f. Kamulaştırmaz El Atmanın veya Mülkiyet Hakkına Getirilen Kısıtlamanın Sürekli Nitelikte Olması

Kamulaştırmaz el atmanın söz konusu olabilmesi için kamulaştırma yetkisi olan idarenin taşınmaza fiilen el koyarak veya mülkiyet hakkına kısıtlama getirerek, malikin taşınmazı üzerindeki kullanma, yararlanma ve tasarruf etme yetkisini ortadan kaldırması ve bu durumun kalıcı nitelikte olması gerekir⁴⁶. Taşınmaza geçici bir süre için el konulması veya mülkiyet hakkının vermiş olduğu yetkilerin geçici bir süre için kısıtlanması hallerinde kamulaştırmaz el atmaya dayalı bedele dönüştürme davası açılmaz. Örneğin, yol yapımı sırasında özel mülkiyete konu bir taşınmazdan toprak alınması veya taşınmaza moloz dökülmesi halinde, kamulaştırmaz el atma söz konusu olmaz⁴⁷. Bu halde malik, fiilin niteliğine göre idari yargıda tam yargı veya Türk Borçlar Kanunu 49 vd. (BK m. 41 vd.) hükümlerince tazminat davası açabilir⁴⁸.

⁴⁶ ŞAHİNİZ, s. 62; AYHAN, s. 1133-1134; YAZICIOĞLU, s. 71; ÇINAR, s. 902; Böke, kamulaştırmaz el atmadan söz edebilmek için idarenin el attığı taşınmaza kalıcı tesis yapması gerektiğini belirtmektedir. BÖKE, s. 37. Kamulaştırmaz el atmadan söz etmek için kalıcı bir tesis yapılması şart değildir. Örneğin, bir taşınmazın askeri güvenlik bölgesi içine alınarak etrafının çevrilmesi ve malikin taşınmazından yararlanmasının engellenmesi halinde tesis olmamasına rağmen kamulaştırmaz el atma söz konusu olabilmektedir. YHGK, 05.12.2007 gün E. 2007/5-933, K. 2007/951 sayılı kararında kamulaştırmaz el atmadan sözedebilmek için idarenin, özel mülkiyete konu bir taşınmaza sahip olmak amacıyla ve devamlı olarak el atılması gerektiğini, aksi halde kamulaştırmaz el atmadan söz edilemeyeceğini belirtmiştir. Karar için bkz. www.kazanci.com.tr (14.12.2011).

⁴⁷ AYHAN, s. 1134; ŞAHİNİZ, s. 62.

⁴⁸ ŞAHİNİZ, s. 62; AYHAN, s. 1134; Yargıtay, idarenin bir taşınmazdan toprak alması ve toprak yığmasına ilişkin bir olayda, bu hallerde el atmanın sürekli nitelik taşımadığını ve bu halde kamulaştırmaz el atmaya dayalı bedel istenemeyeceğini, idarenin eyleminin alelade haksız eylem olarak nitelendirilerek toprak alınan ve toprak yığılan sözkonusu

2. El Atmanın Kamulaştırma Yetkisine Sahip İdare Tarafından Görev Alanına Giren Konular İçin Kamu Yararı Amacıyla Yapılması veya İdarenin Kamulaştırma Yükümlülüğünü Yerine Getirmemesi

Kamulaştırmasız el atmanın söz konusu olabilmesi için el atma fiilinin el atan idarenin görevi dahilinde bulunan bir amaçla kamu yararına⁴⁹ yapılmış olması veya idarenin görev alanına giren bir konuda kamulaştırma yapmayarak kamu hukuku uyarınca getirilen kısıtlamanın çok uzun sürmesine sebep olması gerekir.

İdare el attığı taşınmaz üzerinde kamulaştırma yetkisine sahip değilse⁵⁰ veya kamulaştırmasız el atma kamu yararı amacıyla yapılmıyorsa kamulaştırmasız el atmadan söz edilemez⁵¹. Ayrıca kamulaştırmasız el atma da ge-

yerlerin eski haline getirilmesi için gerekli giderlerin saptanması ve bu zararın tazmin edilmesi gerektiğine karar verilmesi gerektiğine karar vermiştir. Yargıtay 3. HD, T. 26.02.1991, E. 90/15812, K. 91/1863, www.kazanci.com.tr (14.12.2011).

- 49 Bütün idari işlemlerin geçerliliği için aranan şartlardan olan kamu yararı, idarenin faaliyetlerinin amacını oluşturmaktadır. İdarenin kamu yararı dışında bir amaçla hareket etmesi idari işlemi geçerliliğini etkilemektedir. İdari işlemin amaç unsuru için bkz. **GÖZÜBÜYÜK**, A. Şeref/**TAN**, Turgut, İdare Hukuku, C. II, İdari Yargılama Hukuku, Güncelleştirilmiş 3. Bası, Ankara 2010, s. 573 vd.; **YILDIRIM**, Turan, İdari Yargı, İstanbul 2010, s. 289-290; **BİLGİN**, s. 239 vd. Kamulaştırmasız el atma halinde de idare Kamulaştırma Kanunu'nda öngörülen usule uymamış olsa da fiili el atmanın amacı mutlaka kamu yararı olmalıdır. Kamu yararının olmadığı hallerde el atma fiili kamulaştırmasız el atma olarak nitelendirilemez.
- 50 Şekil, idari işlemlerin yapılmasında uyulması gereken usul kurallarını içerir. İdari işlemler belirli şekil kurallarını uyararak ortaya çıkar. İdari işlemlerin şekle bağlı olması işlemin kamu yararına uygunluğunu sağlayacak önemli bir araç olup, işlemin varlığı, kapsamı ve anlamının herkes tarafından açık bir şekilde bilinmesini sağlar. Bilgi için bkz. **YILDIRIM**, s. 208; **GÖZÜBÜYÜK/TAN**, s. 516 vd.
- 51 YHGK, T. 01.03.2006, E. 2006/5-54, K. 2006/31, www.hukukturk.com.tr (08.12.2011). Yazıcıoğlu, kamu yararına tahsis amacı olsun ya da olmasın malikin mülkiyet hakkından doğan yetkilerinin kullanılmasında imkânını ortadan kaldıracı sonuçlar doğurucu şekilde idarece gerçekleştirilen taşınmaza yönelik müdahaleleri, fiili müdahale için yeterli sayılmalı, kamulaştırmasız el atma kapsamında değerlendirilmeli ve taşınmaz malikine kamulaştırmasız el atma halinde açılacak davaları açmak suretiyle hakkını koruma imkânı tanınması gerektiğini savunmaktadır. Biz yazarın bu görüşüne katılmamaktayız. Kamulaştırmasız el atmanın en 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 kamulaştırmasız el atma yerine, idarenin haksız fiil niteliğindeki bir eylemi söz konusu olur ve bu halde mülkiyetin idareye geçmesi karşılığı bedele dönüştürme davası açılmaz. Bu halde TMK m. 683 uyarınca el atmanın önlenmesi ve idarenin haksız fiiline dayalı uğranılan zararların tazmini istenebilir.

çerli bir idari işlem söz konusu olmasa bile fiili el atmanın temel sebebi kamu yararı olmalıdır. Kamulaştırma işleminin temel amacı, diğer bütün idari işlemlerde olduğu gibi kamu yararının elde edilmesidir⁵². Kamu yararı, idareye kamu gücünü kullanma ve tek taraflı idari işlemle özel hukuk kişilerinin mülkiyet veya diğer ayni haklarını sona erdirerek kamulaştırma konusu ayni hakkın (mülkiyet veya irtifak hakkı) idareye devrine olanak sağlamaktadır. Nitekim bugün 1982 Anayasası'nın 46. ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 1. maddelerinde, “sadece kamu yararının gerektirdiği hallerde” idareye kamulaştırma olanağı tanınmıştır. Bunun yanında Kamulaştırma Kanunu'nun 3. maddesinde, “İdareler, kanunlarla yapmak yükümlülüğünde buldukları kamu hizmetlerinin veya teşebbüslerinin yürütülmesi için gerekli olan taşınmaz malları” kamulaştırabilecekleri için kamu yararını kavramını, idarelerin yapmakla yükümlü oldukları kamu hizmetleri ve teşebbüslerinin kurulması ve düzenli yürütülmesi suretiyle elde edilecek yarar olarak da ifade edebiliriz⁵³. Kamulaştırmaz el atmanın yetkili olmayan idare veya kamu yararı amacıyla yapılmaması halinde, hak sahibinin taşınmazın mülkiyetinin idareye geçmesi karşılığında taşınmazın bedelinin ödenmesini isteme hakkı bulunmamaktadır. Ancak hak sahibi, idarenin haksız fiili niteliğinde bir eylemine dayanarak her zaman el atmanın önlenmesi (TMK m. 683/II) ile uğradığı zararın tazmin edilmesini isteyebilir⁵⁴.

Kamulaştırmaz el atmanın söz konusu olabileceği bir diğer hal ise, idarenin kamulaştırma yükümlülüğünü yerine getirmeyerek kamu hukuku uyarınca taşınmaz mülkiyetine getirilen kısıtlamaların çok uzun sürmesine neden olmasıdır. Örneğin, İmar Kanunu m. 18 uyarınca umumi hizmetlere ayrılıp da kamulaştırılması gereken bir yerin çeşitli gerekçelerle uzun süre kamulaştırılmaması bu niteliktedir. İmar Kanunu'nun 10. maddesinde, imar programına alınan umumi hizmetler için ayrılmış yerlerin beş yıllık imar programı süresi içinde kamulaştırılacağı düzenlenmiş olmasına rağmen uygulamada imar programları zamanında hazırlanmadığı gibi hazırlansa bile beş yıllık süre içinde kamulaştırmalar gerçekleşmemektedir. İmar planı ile umumi hizmetlere ayrılan yerlere ilişkin yapılaşma yasağı getiren İmar Ka-

52 KÖROĞLU, s. 50; ŞENGÜL, s. 51 vd.

53 ŞENGÜL, s. 52; BİLGEN, s. 71; BİLGEN, Kamulaştırma, s. 71.

54 ŞAHİNİZ, s. 69.

nunu m. 13/I hükmü⁵⁵, imar programları ve buna bağlı olarak kamulaştırmaların zamanında yapılmadığını ve bu durumun uzun sürmesinin mülkiyet hakkını ihlâl ettiği gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir⁵⁶. Anayasa Mahkemesi, İmar Kanunu'nun 13/1. fıkrası uyarınca imar planlarında umumi hizmetlere ayrılan yerlerin mevcut kullanma şekillerinin ne kadar devam edeceği konusundaki belirsizliğin, kişilerin mülkiyet hakları üzerinde süresi belli olmayan bir sınırlamaya neden olduğunu, imar planlarının uygulamaya geçirilmesindeki kamusal yarar karşısında mülkiyet hakkının sınırlanması mümkün olmakla birlikte, 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 taşıdığını belirtmiştir⁵⁷. Anayasa Mahkemesi'nin ilgili hükmü iptal etmesine rağmen yerine yeni bir yasal düzenleme yapılmadığı gibi uygulamadaki aksaklıklar giderilmemiştir.

55 İmar Kanunu m. 13/I: “Resmi yapılara, tesislere ve okul, cami, yol, meydan, otopark, yeşil saha, çocuk bahçesi, pazaryeri, hal, mezbaha ve benzeri umumi 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”.

56 Anayasa Mahkemesi, T. 29.12.1999, E. 1999/33, K. 1999/51, http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=1508&content=06.12.2011. Anayasa Mahkemesi, “3194 sayılı yasanın 13. maddesinin iptal edilen I. ve III. fıkraları nedeniyle doğan hukuksal boşluk, kamu düzenine ve kamu yararını olumsuz yönde etkileyeceğinden gerekli düzenlemenin yapılması için yasama organına süre tanımak amacıyla iptal kararının Resmi Gazete’de yayımından başlayarak altı ay sonra yürürlüğe girmesi gerekli görülmüştür” şeklindeki kararıyla iptal kararıyla doğan boşluk yerine yeni bir düzenleme yapılması için iptal kararının Resmi Gazete’de yayımından başlayarak altı ay sonra yürürlüğe girmesine karar vermiş, ancak aradan geçen bunca zamana kadar herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Anayasa Mahkemesi’nin mülkiyet hakkının ihlâl edilmesine karşın vermiş olduğu karar, yeni düzenlemenin yapılmaması ve Yargıtay’ın umumi hizmetlere ayrılan yerlerle ilgili 15.12.2010 tarihine kadar fiili el atma şartını araması nedeniyle, uygulamada mülkiyet hakkının ihlâlinin devamına neden olmuştur.

57 Anayasa Mahkemesi iptal kararında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin 23.9.1981 günlü Sporrang ve Lonroth kararını gerekçe göstermiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Sporrang ve Lonroth kararında, Stockholm şehri için yeniden imar düzeninin gerçekleştirilmesi amacıyla 23 yıllık kamulaştırma izni ve 10 yıllık inşaat yapma yasağını içeren bir düzenleme için şehir idaresi ve planlamasında devletlerin düzenlemelerde bulunma takdirine sahip olduklarını belirtmiş ancak, kamu yararı ile temel hak arasında uygun bir dengenin temin edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Kamulaştırma ve inşaat yasağının uzun bir süre için öngörülmesi, mülkiyet hakkını aşırı ölçüde kısıtladığından bu durum, kamu yararı ile bireysel yarar arasındaki adil dengeyi bozduğunun tespiti yapılmıştır. Karar için bkz. YILDIZ, Mustafa, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargısı, İstanbul, 1998, s. 228-229.

Görüldüğü üzere idarenin kamulaştırma yükümlülüğünü yerine getirmemesi ve mülkiyet hakkının vermiş olduğu yetkileri aşırı ve uzun süre sınırlandırması halinde de kamulaştırmaz el atma gerçekleşmektedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 15.12.2010 tarihinde vermiş olduğu kararıyla kamulaştırmaz el atmada fiili el atma şartını aramamış, idarenin kamulaştırma yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde de taşınmazla kamulaştırmaz el atılmış sayılabileceğini kabul etmiştir.

3. El Atmanın veya Getirilen Kısıtlamanın Hukuka Aykırı Olması

Kamulaştırmaz el atmadan sözedebilmek için el atmanın veya getirilen kısıtlamanın hukuka aykırı olması gerekir. Anayasa'nın 35. maddesinde herkesin mülkiyet hakkına sahip olduğu belirtilmiş ve aynı maddenin devamında da mülkiyet hakkının kamu yararı amacıyla sınırlandırabileceği ve bu hakkın toplum yararına aykırı kullanılmayacağı düzenlenmiştir. Anayasa'nın bu hükmü yanında bazı özel kanunlarla mülkiyet hakkına çeşitli kısıtlamalar getirilmiştir. Bu kısıtlamalar özel mülkiyete konu taşınmazın idare tarafından edinilmesi (Kamulaştırma Kanunu, İmar Kanunu) şeklinde olabileceği gibi taşınmazın belli bir tarzda kullanılması şeklinde de olabilmesi mümkündür. Örneğin, İmar Kanunu'nun 18. maddesi idareye, arazi ve arsa düzenlemesine konu alanda kalan taşınmazların yüzde kırkına kadar olan kısmı düzenleme ortaklık payı olarak karşılıksız alma yetkisi tanımıştır⁵⁸. Yine imar mevzuatı ve imar mevzuatı uyarınca hazırlanan imar planları, kat adeti, yapı yaklaşma mesafesi konularında emredici kurallar getirip, taşınmazda yürütülecek inşaa faaliyetlerini veya taşınmazın hangi amaçla kullanılabilabileceğini (konut, ticaret, tarım, sanayi, turizm gibi) belirleyebilir. Ayrıca kültür ve tabiat varlıkları veya doğal çevre koruma bölgesi sınırları veya su havzaları içinde kalan taşınmazlar için de benzer kısıtlamalar getirilebilmek-

58 Düzenleme ortaklık payı uygulamasının Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesiyle iptal davası açılmış, Anayasa Mahkemesi ise bu konuya ilişkin kararında, mülkiyet hakkının, Türk toplumunun sosyal, ekonomik ve hukuksal yaşantısı içinde kamu ve özel hukuk karakterlerini kendinde toplayan özel nitelikte bir hak olduğunu, bu anlamda mülkiyet hakkı, bir şey üzerinde dilediği biçimde kullanma, ürünlerinden yararlanma, tasarruf etme yetkilerini içermekle birlikte, toplum yararına aykırı kullanılmayacağını ve yasaların koymuş olduğu sınırlamalara uyularak kullanılacağını ve bu yönüyle bireyin dilediği biçimde kullanabileceği sınırsız bir hak ve özgürlük olma niteliğini yitirmiş sosyal nitelikte bir hak olma yolunda geliştiğini ve kamu yararı amacıyla sınırlandırabileceğini belirtmiştir ve düzenleme ortaklık payı alınmasını mülkiyet hakkının özüne dokunmadığına karar vermiştir. Karar için bkz. Anayasa Mahkemesi, T. 21.6.1990, E. 1990/7, K. 1990/11 karar için bkz. www.anayasa.gov.tr (12.12.2011).

tedir. Bu örneklerde olduğu gibi taşınmazın idare tarafından edinilmesi veya belli bir tarzda kullanılması konusunda getirilen kısıtlamalar hukuka uygun olup, bu hallerde kamulaştırmatsız el atma söz konusu olmaz. Taşınmazın edinilmesinde veya mülkiyet hakkına kısıtlama getirilmesinde Anayasa ve yasalarda öngörülen usule uygun hareket edilmesi hukuka uygun işlemlerdir. Ancak taşınmazın edinilmesinde kanunda öngörülen usule uyulmaması veya getirilen kısıtlamanın kanunda öngörülen amacı ya da sınırı aşması halinde kamulaştırmatsız el atma sözkonusu olur. Bu durumda malik, kamulaştırmatsız el atmaya dayalı olarak taşınmazın idareye geçmesi karşılığında bedele dönüştürme davası açabilir.

III. Sonuç

İdarenin hukuka aykırı bir eylemi niteliğinde olan kamulaştırmatsız el atma kavramının unsurları, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 15.12.2010 tarihli kararıyla değişmiş, bu kararla fiilî el atma gerçekleşmiş olmasa da mülkiyet hakkına uzun süre kısıtlama getirilmesi kamulaştırmatsız el atma olarak kabul edilmiştir.

İdarenin taşınmaza getirmiş olduğu uzun süreli kısıtlamaların kamulaştırmatsız el atma niteliğinde olabilmesi için mülkiyet hakkının vermiş olduğu kullanma, yararlanma ve tasarruf etme yetkilerinin önemli ölçüde ve sürekli olarak kısıtlanması gerekmektedir. Uygulamada imar planında umumi hizmetlere ayrılan (yeşil alan, okul alanı, park, otopark gibi) ve uzun süre kamulaştırılmayan bir taşınmazda malikin, ileriye yönelik inşaat yapma gibi tasarruflarda bulunma hakkı olmadığı gibi, taşınmazı rayiç değerinden satma, kiralama gibi benzeri işlemleri yapma hakkı da bulunmamakta veya kısıtlanmaktadır. Taşınmaz mülkiyetinin vermiş olduğu yetkilerin kamu yararı amacıyla sınırlandırılmasına olanak getirilse bile, kamusal hizmetlerinin gerçekleştirilmesi için yapılacak işlemlerde, Anayasa'nın 35. maddesi ile güvence altına alınan mülkiyet hakkının özüne dokunulmaması gerekir. Bir yerin imar planında umumi hizmetlere ayrılması veya başka bir amaçla kısıtlama getirilmesi, kamu yararını gerekçe göstererek mülkiyet hakkının uzun süre kısıtlanmasında hukuka uygunluk sebebi olarak gösterilemez. Özellikle uygulamada ödenek yokluğu bahane edilerek veya idarenin gerekli işlemleri tesis etmemesine bağlı olarak kamulaştırmanın zamanında gerçekleşmemesi, mülkiyet hakkını belirsiz bir süre için kullanılmaz hale getirerek kişinin hak ve özgürlükleri ile kamu yararı arasında bulunması gereken dengenin bozulmasına yol açmakta ve Anayasa ile güvence altına alınan mülkiyet hakkı-

nın vermiş olduğu yetkilerin kısıtlanmasına veya ortadan kaldırılmasına sebep olmaktadır. Bundan dolayı idarenin bir taşınmaza kamulaştırma işlemi olmaksızın fiilî olarak el attığı hallerle fiili olarak el atmamakla birlikte mülkiyet hakkının vermiş olduğu kullanma, yararlanma ve tasarruf etme yetkilerinin uzun süre kullanılmasına engel olduğu haller, sonuçları itibariyle aynı nitelikte olup, her iki halde de kamulaştırmatsız el atma gerçekleşmektedir. İşte Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 15.12.2010 tarihli bu kararıyla mülkiyet hakkı ihlâl edilen kişilere, taşınmaza fiili el atılmasa bile, kamulaştırmatsız el atmadan dolayı bedele dönüştürme davası açma hakkı tanınmıştır.

KAYNAKÇA

- AKİPEK**, J. Güral/**AKINTÜRK**, Turgut, Eşya Hukuku, İstanbul 2009.
- ARCAK**, Ali/**DOĞRUSÖZ**, Edip, Kamulaştırmasız El Koyma, El Atmanın Önlenmesi ve Tazminat Davaları, Ankara 1992.
- ARTUKMAÇ**, Sadık, Kamulaştırma Hukuku, Ankara 1977.
- AYHAN**, Fatma, “Kamulaştırma Kanunu’nun Gecici 6. Maddesi ve Türk Hukukunda “Dolayısıyla Kamulaştırma” Uygulaması Üzerine Bir Deneme”, *İÜHFİM*, C. LXIX, Y. 2011, S. 1-2, s. 1125-1148.
- BALTA**, Tahsin Bekir, İdare Hukuku I, Genel Konular, Ankara 1970.
- BİLGEN**, Pertev, İdare Hukuku Dersleri, İdare Hukukuna Giriş, İstanbul 1996.
- BİLGEN**, Pertev, Kamulaştırma Hukuku, İstanbul 1999 (Kamulaştırma).
- BÖKE**, Veli, Kamulaştırmasız El Atma Davaları, Ankara 2006.
- CURA**, Aykut/**SÜTÇÜ**, Nezh, “Kamu Alanlarında Kalan Yerin Uzun Süre Kamulaştırılmaması Nedeniyle Doğan Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, *İBD*, C. 85, S. 2011/2, s. 145-183.
- ÇABRİ**, Sezer, İmar Kanunu Uyarınca Kamulaştırma, İstanbul 2005.
- ÇINAR**, Turan, Kamulaştırma ve Kamulaştırmasız El Atma Davaları, Ankara 2005.
- DÜREN**, Akın, Devletin Mülkiyete El Atmasından Doğan Tazmin Yükümlülüğü, Ankara 1977.
- EREL**, Şafak N., Eşyaya Bağlı Borç, Ankara 1982.
- ERKAN**, Mustafa, International Energy Investment Law, Great Britain 2011.
- ERKUT**, Celâl, “İdare Hukukunda Yokluk Teorisi”, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, Y. 9, 1988, S. 1-3, s. 69-91.
- ETGÜ**, Mehmet Akif, Kamu Hukukunda Mülkiyet Hakkı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Mülkiyet Hakkına Bakışı, İstanbul 2009.
- GİRİTLİ**, İsmet/**BİLGEN**, Pertev/**AKGÜNER**, Tayfun/**BERK**, Kahraman, İdare Hukuku, Güncellenmiş ve Genişletilmiş Dördüncü Bası, İstanbul 2011.
- GÖZÜBÜYÜK**, A. Şeref/**TAN**, Turgut, İdare Hukuku, C. 1, Genel Esaslar, Güncelleştirilmiş 7. Bası, Ankara 2010, (I).

GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref/**TAN**, Turgut, İdare Hukuku, C. II, İdari Yargılama Hukuku, Güncelleştirilmiş 3. Bası, Ankara 2010, (II).

GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, 10. Baskı, Ankara 2011.

GÜRİZ, Adnan, Teorik Açıdan Mülkiyet Sorunu, Ankara 1969.

KALABALIK, Halil, İmar Hukuku (Planlama, Arsa, Yapı, Koruma), Ankara 2005.

KARADENİZ, Özcan, Roma'da Kamulaştırma ve 'Kamu Yararı' Kavramı, Ankara 1975.

KAYA, Tayfun, Kamulaştırmaz El Koyma, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2001.

KÖROĞLU, Ömer, Kamulaştırma, Ankara 1995.

KÜÇÜKBİÇAKCI, Erdem, Roma Hukukunda Mülkiyet Hakkının Sınırları, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2010.

OĞUZMAN, M. Kemal/**SELİÇİ**, Özer/**OKTAY-ÖZDEMİR**, Saibe, Eşya Hukuku, İstanbul 2009.

ÖRÜCÜ, Esin, Taşınmaz Mülkiyetine Bir Kamu Hukuku Yaklaşımı, Mülkiyet Hakkının Sınırlanması, İstanbul 1976.

ÖZKAYA, Eraslan, Elatmanın Önlenmesi Davaları, Ankara 2002.

ŞAHİNİZ, Salih, Teori ve Uygulamada Kamulaştırmaz El Koyma, İdarenin Özel Mülkiyetteki Taşınmazlara Hukuka Aykırı El Koyması, Ankara 2006.

ŞENGÜL, Mehmet, 4650 Sayılı Kanun Değişikliği Çerçevesinde Tapuya Kayıtlı Olmayan Taşınmazların Kamulaştırılması, İstanbul 2004.

TEKİNAY, S. Sulhi, Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri, C. II/1, İstanbul 1988.

YAZICIOĞLU, Ş. İrem, Kamulaştırmaz El Atma, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2008.

YILDIZ, Mustafa, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargısı, İstanbul, 1998.

YILDIRIM, Turan, İdari Yargı, İstanbul 2010.