

T.C.
İSTANBUL AYDIN ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ



MAHKEME KARARLARI IŞIĞINDA KAMULAŞTIRMASIZ EL
ATMA

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Yunus Emre UŞEN

Özel Hukuk Ana Bilim Dalı
Özel Hukuk Bilim Dalı

EKİM, 2022

T.C.
İSTANBUL AYDIN ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ



MAHKEME KARARLARI IŞIĞINDA KAMULAŞTIRMASIZ EL
ATMA

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Yunus Emre UŞEN
(Y1812.222008)

Özel Hukuk Ana Bilim Dalı
Özel Hukuk Bilim Dalı

Tez Danışmanı: Dr. Öğr Üyesi Evrim KERMAN

EKİM, 2022

ONAY FORMU

ONUR SÖZÜ

Yüksek Lisans tezi olarak sunduğum “Mahkeme Kararları Işığında Kamulaştırmasız El Atma” adlı çalışmanın, tezin proje safhasından sonuçlanmasına kadarki bütün süreçlerde bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yardıma başvurulmaksızın yazıldığını ve yararlandığım eserlerin Kaynakça’da gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve onurumla beyan ederim. (07/11/2022)

Yunus Emre UŞEN

ÖNSÖZ

Takdirlerine sunmuş bulunduğum bu çalışma ‘‘ Mahkeme Kararları Işığında Kamulaştırmaz El Atma’’ olarak isimlendirilmiştir. Bunun nedeni ise günümüze kadar bu hususta gerek Anayasa gerekse yasal anlamda yeterli bir düzenlemenin yapılmamış olmasıdır. Kamulaştırmaz El Atma ilkin 1956 yılındaki içtihadı birleştirme kararında olmak üzere günümüze kadar yargı kararları ile uygulamaya dönüşmüştür.

Adli yargı ve idari yargı arasında Kamulaştırmaz El Atma davalarında göreve ilişkin bir çok farklı kararlar bulunmakta olup bu kararlar hukuk camiasını çelişkili durumlar içerisinde bırakmıştır. Kamulaştırmaz El Atma Özel hukuk ve kamu hukuku yönünden arada kalmakta olup iki bilim dalını da ilgilendirmektedir. İki bilim dalını yönünden mevcutta bulunan çelişkili içtihatlar Kamulaştırmaz El Atma Kavramının çok az sayıda çalışmaya konu olmasına sebep olmuştur. Bu çalışmanın önemi tam bu noktada yatmaktadır. Bu çalışma ile söz konusu az sayıdaki çalışmalara bir katkı sağlamak amaçlanmaktadır.

Tez çalışmam sürecinde ilgi ve desteğini esirgemeyen tez danışmanım Dr. Öğr.Üyesi Evrim KERMAN’ a değerli katkı ve emekleri için içten teşekkürlerimi ve saygılarımı sunarım.

Bu yorucu süreçte maddi ve manevi yönden desteğini ve sabırlarını esirgemeyen aileme ve arkadaşlarıma candan teşekkürlerimi sunuyorum.

EKİM, 2022

Yunus Emre UŞEN

MAHKEME KARARLARI IŞIĞINDA KAMULAŞTIRMASIZ EL ATMA

ÖZET

Kamulaőtirmasız el atma, kamu yararını gerçekleştirmek için yapılsa da, kişilerin mülkiyet hakkını ihlal edebilmektedir. Kamulaőtirmasız el atma, idare hukukunda fiili yol veya haksız fiil kavramıyla ifade edilmekte olup, kamulaőtirmaya ilişkin Anayasal ve yasal usullerin bir tarafa bırakıldığı bir yöntemdir. Açıkça hukuka aykırı bu idari eylem ve işleme yönelik kanuni düzenlemeler yapılmıştır. Ancak bu kanuni düzenlemeler, genelde idareye avantaj sađlamıŐ ve yargı kararları sonrasında değişikliğe uđramıŐtır.

Bu çalıŐmada kamulaőtirmasız el atma türleri, bu kavramın hukuki niteliği ve sonuçları ele alınmıştır. Ayrıca kamulaőtirmasız el atmanın niteliği ve uygulanacak hükümlere ilişkin doktrindeki görüşler incelenmiŐtır. Ayrıca çalıŐmada, kamulaőtirmasız el atma üzerine hak sahiplerinin açılabilieceği dava türleri de irdelenmiŐtır. Fiili el atma durumunda adli yargı mercilerinde açılabiliecek el atmanın önlenmesi davası, bedel davası ve tazminat davaları ile hukuki el atma halinde açılabiliecek iptal ve tam yargı davaları ile bunlara ilişkin Anayasa Mahkemesi ve AİHM'in bireysel başvuru sonucu verdiği kararlar geniş şekilde incelenmiŐtır.

Anahtar Kelimeler: Kamulaőtirma, Kamulaőtirmasız El Atma, İdare, Mülkiyet Hakkı, Elatmanın Önlenmesi

CONFISCATION WITHOUT EXPROPRIATION IN THE LIGHT OF COURT DECISIONS

ABSTRACT

Although confiscation without expropriation is executed in the public interest, it may infringe the individuals' right of property. Confiscation without expropriation is stated in the administrative law as de facto method or tortious act concepts and it is a method where Constitutional and legal procedures regarding to the expropriation are put aside. Legal arrangements have been put into practice towards this administrative action and procedure which is clearly unlawful. However, these legal arrangements generally provided advantage to the administration and have been changed after the judicial decisions.

In this paper categories of confiscation without expropriation, legal nature and sequels of this concept have been discussed. Additionally, opinions in doctrine regarding to the nature of confiscation without expropriation and the provision that would be applied have been reviewed. Furthermore types of lawsuits that might be filed by the title owners have been scrutinized in the paper. Prevention of confiscation lawsuit, price lawsuit and claim for damages that might filed in case of de facto confiscation and full remedy actions and the decisions taken by Constitutional Court and ECtHR regarding to these as a result of individual application.

Keywords: Expropriation, Confiscation without Expropriation, Administration, Right of Property, Prevention of Confiscation

İÇİNDEKİLER

Sayfa

ONUR SÖZÜ	i
ÖNSÖZ.....	iii
ÖZET.....	v
ABSTRACT	vii
İÇİNDEKİLER	ix
KISALTMALAR LİSTESİ.....	xiii
I. GİRİŞ	1
II. MÜLKİYET HAKKI, KAMULAŞTIRMASIZ EL ATMA VE HUKUKİ NİTELİĞİ	5
A. Kamulaştırmасız El Atmanın Tanımı	5
1. Fіli El Atmadan Doğan Kamulaştırmасız El Atma Kavramı ve Tanımı	6
2. Hukuki El Atmadan Kaynaklanan Kamulaştırmасız El Atma Kavramı ve Tanımı	7
B. Kamulaştırmасız El Atmanın Hukuki Niteliği	9
C. Mülkiyet Hakkının Tanımı ve Kapsamı	10
D. Mülkiyet Hakkının Sınırlanması.....	11
III. KAMULAŞTIRMASIZ EL ATMANIN TARİHİ GELİŞİMİ	13
A. Roma Hukuku Dönemi	13
B. Fransız Hukuku'nda Gelişimi.....	13
C. Türk Hukuku'nda Gelişimi.....	15
IV. FİİLİ EL ATMA KAVRAMI VE UNSURLARI.....	21
A. Tanım.....	21

B. Fiili El Atmanın Unsurları	23
1. Özel Hukuk Kişisinin Mülkiyetinde Bir Taşınmazın Bulunması	24
2. Kamulaştırmaya Yetkili İdarece ve İdarenin Görev Alanındaki Konularda Olması	26
3. El Atma Kamu Yararına Yönelik Bulunmalı.....	28
4. Kamulaştırmanın Usûlüne Uygun Olarak Yapılmaması	29
a. Hiç Yapılmamış Olma Hali	29
b. Tamamlanmamış Olma Hali.....	30
c. Yoklukla Sakat Olma Hali.....	34
d. Kamulaştırmadan Vazgeçilmesi Hali	35
C. Taşınmaza İdarenin Fiili Olarak El Atması	35
1. Taşınmaza İdarece Fiili Olarak ve Sürekli El Atılması Ya da İrtifak Hakkının Tesisi.....	36
D. Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Bulunmaması.....	38
1. El Atmanın 221 Sayılı Kanun Kapsamında Bulunmaması	39
2. Taşınmaza Düzenleme Ortaklık Payı Kesilmesi Suretiyle El Atılması.....	40
3. El Atmanın Özel Parselasyona Dayanmaması.....	41
4. Taşınmazın Tümünün ya da Bir Kısımının Bedelsiz Terki	42
V. FİİLİ EL ATMANIN SONUÇLARI VE HUKUKİ BAŞVURU YOLLARI	45
A. Genel Olarak	45
B. Yargılama.....	51
C. El Atmanın Önlenmesi Davası	52
1. Genel Olarak	52
2. Süre	53
3. Husumetin Belirlenmesi, Davacı ve Davalı.....	54
4. Görevli ve Yetkili Mahkeme.....	57
D. Bedel Davası	57

1. Genel Olarak	57
2. Süre	63
3. Görevli ve Yetkili Mahkeme	63
E. Tazminat Davası	64
1. Genel Olarak	64
2. Süre	68
3. Husumetin Belirlenmesi, Davacı ve Davalı.....	69
4. Görevli ve Yetkili Mahkeme	69
F. Ecr-i Misil Davası.....	70
1. Genel Olarak	70
2. Süre	73
3. Yetkili ve Görevli Mahkeme	74
G. Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yolu	74
H. AİHM'e Başvuru Yolu	79
VI. HUKUKİ EL ATMA	83
A. Genel Koşullar	83
B. Taşınmazın Özel Mülkiyete İlişkin Bulunması	84
C. Kalıcı Olma Koşulu	85
D. Fiili Olarak El Atılmamış Olunması.....	85
E. İmar Planına Alınmış Bulunması Ya da İşlemin Yapılmamış Olması.....	86
F. Kısıtlılık Koşulu	86
G. Taşınmazın Kamusal Alanda Yer Alması	86
1. Parselasyonun Yapılmamış Bulunması.....	87
2. Kamulaştırılmamış Olması	87
VII.YARGI KARARLARI KAPSAMINDA HUKUKİ EL ATMA ALEYHİNE GİDİLEBİLECEK BAŞVURU YOLLARI.....	89

A. İptal Davası	90
B. Tam Yargı Davası	92
C. Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru ve AIHM'e Başvuru	94
VIII. SONUÇ	99
IX. KAYNAKLAR.....	105
ÖZGEÇMİŞ.....	109

KISALTMALAR LİSTESİ

A.Ü.S.B.F.	:Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
AİHM	:Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	:Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AYM	:Anayasa Mahkemesi
Bkz.	:Bakınız
BM	:Birleşmiş Milletler
C.	:Cilt
DİDDK	:Danıştay İdari Dava Daireleri Kararı
DOP	:Düzenleme Ortaklık Payı
E.	:Esas
EPDK	:Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu
H.D.	:Hukuk Dairesi
HMK	:Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İBK	:İçtihadı Birleştirme Kararı
İHEB	:İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi
K.	:Karar
K.T.	:Karar Tarihi
KK.	:Kamulaştırma Kanunu
Ltd.	:Limited
s.	:Sayfa
S.	:Sayı
S.B.F.	:Siyasal Bilgiler Fakültesi
TBB	:Türkiye Barolar Birliği

TBK	:Türk Borçlar Kanunu
TCK	:Türk Ceza Kanunu
TMK	:Türk Medeni Kanunu
U.M.	:Uyuşmazlık Mahkemesi
ÜFE	:Üretici Fiyat Endeksi
Y.	:Yıl
YHGK	:Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YİBK	:Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı

I. GİRİŞ

Temel bir hak ve özgürlük olan mülkiyet hakkı, Türk hukuk sisteminde Anayasamızda güvence altına alınmıştır. Bu hak, mutlak ve sınırlanamaz olmayıp, Anayasa'da mülkiyet hakkının, kamu yararı nedeniyle kısıtlanabileceği düzenlenmiştir.

Kamulaştırma, mülkiyet hakkının kamu yararı amacıyla sınırlanabileceği hallerden birisi olup, önemine istinaden hem Anayasa'da hem de kanunla düzenlenmiştir. Kamu kurumlarının, hukuki dayanağa sahip kamulaştırma gibi bir işlem yanında, bütçelerinin sınırlı olması ve bazı başka nedenlerle kamulaştırma işlemi gerçekleştirilmeden gereksinim duydukları özel mülkiyette bulunan taşınmazlara hukuka aykırı şekilde fiilen el attıkları ya da fiilen el atmasalar da malikin mülkiyet hakkından kaynaklanan yetkilerini hukuki olarak sınırladıkları görülmektedir. İdarenin, kamu hizmetlerini yürütebilmek ve kamu yararını sağlamak amacıyla, kamulaştırma işlemi yapmaksızın ya da yasadaki usullere uymaksızın, özel mülkiyette bulunan taşınmazlara farklı gerekçelerle el atması, kamulaştırmaksız el atma sorununu meydana getirmiştir.

Kamulaştırmaksız el atma, yasada yer almamasına, kamu kurumlarının haksız bir eylemi olarak görülmesine ve kişilerin mülkiyet hakları kısıtlanmasına karşın idarenin sıkça başvurduğu bir yol olduğundan tartışmalı bir konudur. Kamulaştırmaksız el atma sorununun çözümü için pek çok kanuni düzenleme yapılmış olsa da, hâlâ çözüme kavuşturulamamış güncel bir hukuki sorun olarak kalmaya devam etmektedir. Bu tezde de kamulaştırmaksız el atma kavramının tanımı, niteliği, gelişimi, ortaya çıkma nedenleri yargı kararlarında bağlamında ele alınmıştır.

Kamulaştırmaksız el atma; kamu kurum ve kuruluşlarının idarenin özel mülkiyetteki taşınmazlara fiili olarak el atması ya da fiili olarak el atmasa bile hukuken geçerli imar planları vasıtasıyla mülkiyet hakkını sınırlaması şeklinde ortaya çıkabilmektedir. İmar planları gibi hukuki araçlarla yapılan el atmalar hukuki el atma olarak tanımlanmaktadır. Tezimizin esas konusu, kamulaştırmaksız

el atmanın en çok tipik türü olan fiili el atmalardır. Bu kapsamda tezde geçen “kamulaştırmasız el atma” kavramı ile aslında “fiili el atma” kavramına atıf yapılmaktadır.

Tezin devam eden bölümünde kamulaştırmasız el atma terimi tanımlanmış ve bu kavramın hukuki niteliği irdelenmiştir. Ayrıca konunun daha iyi anlaşılabilmesi için mülkiyet hakkının tanımı ve sınırlarına yer verilmiştir. Ayrıca, kamulaştırmasız el atma konusu açısından önemli bir yere sahip olan 16.05.1956 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları (YİBK) ile kamulaştırmasız el atma hallerinde taşınmaz sahibinin başvurabileceği hukuki yollar ve bu kararlarla getirilen sistemden bahsedilmiştir. Öte yandan, bu el atma sorununun niteliği bu sorunun meydana çıkmasından bugüne kadar geçen sürede kanun koyucu tarafından kabul edilen yasal düzenlemeler ile bu düzenlemelerin Anayasa Mahkemesi’nce iptal edilen maddeleri ele alınmıştır. Kamulaştırma Kanunu'nun (KK) 6487 sayılı Kanun ile değişik geçici 6. maddesinde düzenlenen “bedel tespiti davası” da bu bölümde incelenmiştir.

Takip eden üçüncü bölümde, kamulaştırmasız el atmanın tarihsel gelişiminden söz edilmiş olup, Roma ve Fransız hukuklarında kamulaştırmasız el atmanın görünümünden bahsedilmiştir. Türk hukukunda ise Mecelle’den başlayarak, 1924, 1961 ve 1982 Anayasalarında yer alan kamulaştırmaya ilişkin hükümler ile 221 Sayılı, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu, bu Kanunda yapılan değişiklikler, Yargıtay’ın 16.05.1956 tarihli ve 15.12.2010 tarihli kararları ile AİHM Sarıca ve Dilaver /Türkiye kararı ele alınmıştır.

Dördüncü bölümde ise kamulaştırmasız el atmanın unsurlarından söz edilmiş olup, bunlar; özel hukuk kişinin mülkiyetinde bir taşınmazın bulunması, idarenin kamulaştırmaya yetkili idare olması ve bu idari merciin görev alanındaki konularda olması, el atmanın kamu yararını gerçekleştirmeye yönelik olması, kamulaştırmanın usûlüne uygun olarak yapılmaması ve taşınmaza idarenin fiili olarak ve sürekli şekilde el atması olarak belirtilmiştir. İdarenin fiilen el atmasının kamulaştırmasız el atma şeklinde kabul edilebilmesi için, hukuka uygunluk nedenleri olan 221 sayılı Kanunun uygulanması, düzenleme ortaklık payı kesilmesi, el atmanın özel parselasyona dayanması veya terke dayanması gibi nedenlerin bulunmaması gerektiğinden bahsedilmiştir.

Beşinci bölümde, kamulaştırmamız el atma nedeniyle açılacak el atmanın önlenmesi davası, bedelin tahsili davası, tazminat davası ve ecrimisil davasından bahsedilmiş, sonrasında bu davalarda yargılama harç ve giderleri, vekalet ücreti ve faiz konuları ele alınmış, daha sonra ise kamulaştırmamız el atmaya bakan yönüyle kısaca Anayasa Mahkemesi'ne ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)'ne bireysel başvuru konularına değinilmiştir. Altıncı ve yedinci bölümlerde ise idarenin hukuki el atma kavramından ve hukuki el atma hallerinden söz edilmiş ve hukuki el atmaya karşı gidilebilecek kanun yollarından söz edilmiştir.

II. MÜLKİYET HAKKI, KAMULAŞTIRMASIZ EL ATMA VE HUKUKİ NİTELİĞİ

A. Kamulaştırmamızız El Atmanın Tanımı

Kamu idareleri, Anayasa, kanun ve başkaca yasal düzenlemeler kapsamında yürüttüğü kamu hizmetlerini ya da teşebbüslerini yerine getirebilmek amacıyla özel mülkiyette bulunan taşınır ve taşınmaz mallara, kaynaklara¹ ya da irtifak haklarına² gereksinim duyabilir. Gereksinim duyduğu taşınmaz, kaynak veya irtifak haklarını elde edebilmesi için idareye, bazı mal edinme yetkileri tanınmıştır. İdareye mal edinme yetkisi sağlayan ve özel hukuktakinden farklı olarak taşınmaz sahibinin tarafın rızasının alınmasına ihtiyaç duymayan bu usuller; satın alma, kamulaştırma, istimval ve devletleştirmedir. Bu usuller, idarenin gerek kamu malı gerekse özel mal edinmesi amacıyla başvurulabilen usullerdir.

Anayasa'da kamulaştırmanın düzenlendiği m.46 uyarınca kamu kurum ve kuruluşları, hukuken geçerli bir kamulaştırma işlemi yapmaksızın özel mülkiyetteki taşınmaza el koyamaz, mülkiyet hakkının malike verdiği olduğu yetkileri yasanın getirdiği sınırı aşacak biçimde sınırlayamaz, taşınmazı mülkiyetine geçiremez³. Bu yüzden yasada yer alan esaslara aykırı bir el atma, işgal veya kamulaştırma usulüne bir aykırılık halinde fiili el atma durumu söz konusudur⁴.

¹ Türk Medeni Kanunu'nun "Kaynak hakkı" başlığını taşıyan 837/1 maddesinde

² Türk Medeni Kanunu'nun 779/1 maddesinde, taşınmaz

³ Sezer Çabri, "Kamulaştırmamızız El Atma Kavramının Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 15.12.2010 Tarihli Kararı Doğrultusunda Tanımlanması". **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 15(1-2), ss.77-104, 2011, s. 81.

⁴ Ömer Faruk Erol, "Yargı Kararlarında İmar Planı Yoluyla Kamulaştırmamızız El Atma", **BÜHF Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi**, C. IX, S. 105-106, ss.193-228,2013, s.194.

Kamulaştırmaz el atma kavramı, doktrinde “kamulaştırmaz el koyma”⁵, “dolaylı/dolayısıyla kamulaştırma”, “fiili kamulaştırma” ve “de facto kamulaştırma” kavramlarıyla da tanımlanmaktadır.

Kamulaştırmaz el atma yasal düzenlemelerle getirilen söz konusu mal edinme yöntemlerinin tersine, yasalarda yer almayan hukuka aykırı bir kurumdur. Verilen isimden de anlaşıldığı üzere, kamulaştırmaz el atma, idarenin kamulaştırma işlemleri yapmadığı bir uygulama anlamına gelmektedir. Ancak bu eylem ile yapılan mülkiyet hakkının sınırlandırılması yine kamu yararındadır.

Bu el atmanın türleri, fiili ve hukuki el atma olup⁶, her iki durumda da özel hukuk kişilerinin mülkiyet hakkına sınırlama getirilmektedir. Bu yönüyle bu iki el atma türü arasında ciddi benzerlikler bulunmakla birlikte önemli farklılıklar da bulunmaktadır.

1. Fiili El Atmadan Doğan Kamulaştırmaz El Atma Kavramı ve Tanımı

Özel mülkiyette bulunan bir taşınmaza kamulaştırma yapılmadan, yasada yer alan esaslara aykırı bir el atma, işgal veya kamulaştırma usulüne bir aykırılık halinde fiili el atmadan söz edilir⁷.

Kamulaştırmaz el atma kavramının, 16.05.1956 tarihli YİBK’nda yer aldığı görülmektedir⁸. Bu kararda özel mülkiyette bulunan bir taşınmazın kamulaştırma yapılmaksızın yola haline getirilmesi halinde, malikin taşınmazını yol haline getiren idareye el atmanın önlenmesi davası açabilir veya isterse kamu tüzel kişisine devrine karşılık taşınmazın değerini bedelini isteyebilir. Bu bedelin de dava tarihindeki bedel olduğu ifade edilmiştir.

Fiili el atmaya ilişkin doktrinindeki görüşler ve mahkeme kararları aşağıda daha ayrıntılı açıklanmıştır. Fiili el atmadan kaynaklanan kamulaştırmaz el atma, idarenin veya farklı devlet organlarının kamu hizmetlerini icra edebilmek amacıyla gereksinim duydukları ve özel mülkiyette bulunan taşınmazları kamulaştırma, satın alma gibi hukuka uygun usullerle sağlamak yerine bu

⁵ Yasin Ulusoy, **Yargıtay Kararları Işığında Kamulaştırmaz El Atma**, Nobel Yayınları, Ankara 2006, s.6.

⁶ Erol, s. 197.

⁷ Erol, s. 194.

⁸ YİBK E.1956/1, K.1956/6, Karar için bkz. <https://www.sinerjias.com.tr/>, (Erişim tarihi: 14.4.2022).

taşınmazlara taşınmaz sahibinin rızasına bakmaksızın, bedel ödemeksizin, sahiplenmek için hukuka aykırı şekilde fiilen el atması şeklinde belirtilebilir.

Fiili el atmada, idare, özel mülkiyette bulunan taşınmaza el atmasından sonra taşınmaz üstünde yol, bina, tesis gibi şeyler yapabileceği gibi taşınmazı kamu yararına sağlamaya yönelik bir hizmete de tahsis edebilir. İdare el attığı taşınmazın özel mülkiyette olduğu bilerek veya bu durumu bilmeden taşınmaza el atabilir. Fakat, idarenin, fiili el atmayı kasıtsız yapmış olsa bile bu el atma halinin hukuka aykırılığı devam edecektir⁹.

2. Hukuki El Atmadan Kaynaklanan Kamulaştırmasız El Atma Kavramı ve Tanımı

Hukuki el atma (hukuka uygun el atma), özel mülkiyette bulunan taşınmazın yasa da yer alan süre içerisinde kamulaştırılması için imar planlarında kamu hizmetlerine ya da resmi kurumlara tahsisi edilmesidir. Bu tahsis işlemi, imar planı üstünde gerçekleştirilmektedir. Hukuki el atma halinde idare, özel mülkiyette bulunan taşınmaza fiilin el atmamakta ve taşınmaz zilyetliği malikte kaldığından malik taşınmazını kullanmaya devam etmektedir. Fakat malik, mülkiyet hakkından kaynaklanan yetkilerinin bir bölümünü kullanamamaktadır. Malikin mülkiyet hakkından kaynaklı yetkileri genelde belirsiz süreli şekilde kısıtlanmakta, malik ne kadar süreceği bilinmeyen bir belirsizlikle karşılaşmaktadır. Taşınmazda yapı yapması olanaklı olmamakta, resmi kayıtlarda taşınmazın kamulaştırılacağı görüldüğünden taşınmaz rayiç değerinden satılamaz ve kiralanamaz¹⁰. Hatta bu durumda malikin taşınmazını satması fiili olarak imkânsız duruma gelmektedir. Bu şekilde mülkiyet hakkının içeriği boşaltılmakta, bu hakkın sahibine verdiği bazı yetkiler ise tümüyle kullanılamaz duruma gelmektedir¹¹. Bu halde taşınmaz sahibi sadece kamulaştırma bedelini aldıktan sonra fayda temin edilebilmektedir.

Özel mülkiyette bulunan taşınmazların imar planlarında kamu hizmetlerine ayrılması ve bunun neticesinde taşınmaz sahibinin mülkiyet hakkının sınırlandırılması

⁹ YHGK da T. 21.12.2005, E. 2005/5-702, K. 2005/746, <https://www.sinerjias.com.tr/>, (Erişim tarihi: 25.4.2022).

¹⁰ YHGK'nin T.05.12.2007, E. 2007/5-933, K. 2007/951, <https://www.sinerjias.com.tr/>, (Erişim tarihi: 25.4.2022).

¹¹ Çabri, s. 79.

kamu yararının temini için yapılmakla birlikte taşınmaz sahiplerinden makul ve belli bir müddet bu sınırlamaya katlanması umulabilir. Fakat imar planlarında kamu hizmetlerine tahsisi edilen ve özel mülkiyette bulunan taşınmazlar, imar planının yürürlüğe girmesinden uzun süreler geçmesine karşın kamulaştırılmamışsa, kamu yararı ile mülkiyet hakkı arasında dikkate edilmesi gerekli adil denge, taşınmaz sahibi aleyhine bozulmuş ve sahibi ölçsüz bir yüke katlanmak zorunda bırakılmıştır. Taşınmaz sahibinin taşınmaz üstündeki mülkiyet hakkı şekli olarak sürmüş olsa da mülkiyet hakkının özüne dokunmuş olur¹².

Öte yandan, 3194 sayılı İmar Kanunu'nun¹³ 10. maddesinde, imar planlarının yürürlüğünden başlayarak en geç 3 ay içerisinde 5 yıllık imar planının yapılacağı, bu imar planındaki alanlarda kamu hizmet tesislerine ayrılmış bulunan taşınmazları bu program süresi içinde kamulaştıracakları hüküm altına alınmıştır. Ancak bu hükme rağmen Yargıtay 2010 yılına kadar verdiği kararlarında¹⁴, imar planlarında kamu hizmetlerine ayrılmış olsa da, idarenin fiilen el atmadığı gerekçesiyle bu durumu kamulaştırmamasız el atma şeklinde kabul etmemekteydi. Yargıtay, 15.12.2010 tarihli kararıyla bu içtihadından dönerek, idarenin fiilen el atması şartını aramaktan vazgeçmiş ve idarenin imar planında kamu hizmetine ayrılmış taşınmazı uzun müddet kamulaştırmamış olmasını mülkiyet hakkının özüne dokunan bir müdahale olarak görmüş ve idarenin kamulaştırmamasız el attığını kabul etmiştir. Dolayısıyla Yargıtay'ın 15.12.2010 tarihli kararıyla bu kavrama, hukuki el atmalar da dahil edilmiştir¹⁵. Yargıtay'ın bu içtihat değişikliğinde Anayasa Mahkemesi'nin¹⁶ ile AİHM'in Sporong ve Lonroth - İsveç kararının¹⁷ önemli etkisi olduğu belirtilmiş olup, çünkü hem Anayasa Mahkemesi, hem de AİHM kararlarında belirsiz süreli imar engelleri, mülkiyet hakkını ölçsüz biçimde kısıtlayan müdahaleler şeklinde kabul edilmiştir.

¹² Erol, s. 223.

¹³ RG Tarih: 09.05.1985, Sayı: 18749.

¹⁴ YHGK'nin T. 05.12.2007, E. 2007/5-933, K. 2007/951 <https://www.sinerjias.com.tr/>, (Erişim tarihi: 25.4.2022).

¹⁵ Erol, s. 208.

¹⁶ AYM T. 29.12.1999, E. 1999/33, K. 1999/51 sayılı kararı, <https://www.sinerjias.com.tr/>, Erişim tarihi: 25.4.2022.

¹⁷ 23.09.1981 tarihli ve 7151/75 sayılı

Kamulaştırmaz el atma, sonra KK'nun Geçici 6.maddesinde 24.05.2013 tarihli ve 6487 sayılı Kanun'un 21. maddesiyle yapılan değişiklikle ilk kez kanunla düzenlenmiştir.

Yasada yer almayan hukuki el atmadan doğan kamulaştırmaz el atma, imar planlarında kamu hizmetlerine ayrılan özel mülkiyette bulunan taşınmazların imar planlarına alınmaması veya alınsa bile imar planının yürürlüğe girdiği tarihten başlayarak 5 yıllık süre içinde kamulaştırılmaması biçiminde tanımlanabilir¹⁸.

B. Kamulaştırmaz El Atmanın Hukuki Niteliği

İdareye, idari fonksiyonlarını ve kamu hizmetlerini yürütebilmesi için özel şahıslara nispeten üstün ve imtiyazlı bazı yetkiler verilmiştir. Fakat idareye özel hukuk kişileri karşısında tanınan bu üstünlük ve ayrıcalıklar da sınırsız değildir¹⁹. Kanunilik ilkesi (kanuni idare ilkesi) gereğince idarenin eylem ve işlemleri yasal düzenlemelere dayanmalı ve bu düzenlemelere uygun yapılmalıdır. Bu ilke kapsamında idare, dayanağını yasadan almayan bir eylem ve işlemde bulunamaz. Bazı durumlarda bir idari işlem veya eylem idareye ait olmakla birlikte o işlem ya da eylemdeki hukuka aykırılığın ağır ve açık olması nedeniyle buna işlem veya eyleme idari işlem ya da eylem demek mümkün değildir. Doktrin ve yargı kararlarında bu durum, *fiili yol* olarak tanımlanmaktadır²⁰. Fiili yol kavramında, idarenin icrai işlem veya eyleminin bulunması, bu eylemin açık ve ağır bir hukuka aykırılığa sahip olması ve mülkiyet hakkını başta olmak üzere kişinin temel hak ve özgürlüklerden birisini ihlal etmesi koşullarının bir arada bulunması gerekir.

Fiili yol durumunda idari işlem ya da eylemi hazırlayan ve uygulayanlar doğal olarak kamu görevlileri olsa da bu idari işlem ya da eylemden bu kamu görevlilerini istihdam eden idare sorumlu tutulmaktadır. İdarenin personelini özenli seçmemesi ve eğitmemesi nedeniyle, idarenin bu görev ve

¹⁸ Erol, s. 225.

¹⁹ Çabri, s. 80-81.

²⁰ Yücel Oğurlu, "İdare Hukukunda "Fiili Yol" Ve Yargısal Denetimi", **Kamu Hukuk Arşivi Dergisi**, 2003, s.60-61.

sorumluluklarını icra etmeyip fiili yola sebep olması nedeniyle *kusur sorumluluğu* uyarınca idare fiili yoldan sorumlu olacaktır²¹.

Fiili el atma, mülkiyet hakkının özüne dokunan bir fiildir. Fiili el atma, idarece gerçekleştirilmesine karşın hiçbir yasal dayanağı bulunmadığından ve tümüyle idari usul dışı olduğundan bir idari fiil olmanın dışına çıkmakta ve haksız fiil durumuna gelmektedir. Bu bağlamda fiili el atma eylemi, idarenin, taşınmaz sahibinin mülkiyet hakkına aykırı olan ihlal eden, Anayasa ve kanuna aykırılık olan eylemidir.

C. Mülkiyet Hakkının Tanımı ve Kapsamı

Mülkiyet, insanlık tarihi boyunca yaşamsal açıdan bir gereksinim duyulan bir kavram haline gelmiştir. Bu nedenle mülkiyet hakkı, güçlü bir koruma altına alınmıştır. İnsanlığın ilk dönemlerinde ortak mülkiyette söz edilmiş olup, özel mülkiyete yer verilmediği görülmektedir. John Locke, mülkiyet hakkının kamusal güç karşısında korunmasını savunmuş ve Locke, mülkiyet hakkının, devletin müdahale edemeyeceği devlet tesis edilmeden evvel de mevcut olan ve bireylerin şahsiyetlerinden ayrılması olanaklı olmayan tabii haklardan biri olduğundan söz etmiştir.

Günümüzde bu hak, eşya üstünde en geniş yetkileri temin eden aynı hak olup, Türk hukukunda da mülkiyetin yasada bir tanımı yapılmamış, sadece bu hakkın getirdiği yetkiler yasada düzenlenmiştir. Bu kapsamda mülkiyet hakkı, mülkiyet konusu şeyi kullanma, ondan faydalanma ve tasarruf yapabilme yetkilerini beraberinde getirir, o eşyaya müdahalede bulunulduğunda ya da zarar verildiğinde, tecavüzü def etme ve dava açma yetkilerini kapsar. Mülkiyet hakkı sahibi, bu hakkın sağladığı yetkileri hukuk düzeninin sınırları içerisinde istediği gibi kullanabilir²².

Mülkiyet hakkı barındırdığı geniş yetkiler yanında ödevleri de içermektedir. Anayasamızın 35. maddesinde mülkiyet hakkını kullanırken yüklenen ödev, bu

²¹ Gürsel Kaplan, "İdare Hukukunun Arkaik ve Anakronik Bir Kurumu Fiil Yol", *GÜHFD*, C. XI, S. 1-2, 2007, s.898 (Fiili Yol).

²² Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Özdemir-Oktay, *Eşya Hukuku*, Filiz Kitabevi, 13. Baskı, İstanbul 2011, s. 233-235.

hakkın kamu yararına aykırı şekilde kullanmamasıdır. Kamu yararına aykırı kullanmama ödevi, bu hakkın anayasal sınırı ve kapsamını da oluşturmaktadır.

Taşınmaz mülkiyeti; arazi, bağımsız ve sürekli haklar ile bağımsız bölümlere ilişkin kat mülkiyetinde gündeme gelmektedir. Aynı hakların açıklığı ilkesi gereği, taşınmaz mülkiyetinin kazanılmasında, kural olarak tapu siciline tescil koşulu bulunmaktadır²³.

D. Mülkiyet Hakkının Sınırlanması

Mülkiyet hakkı, temel bir hak ve özgürlük olup Anayasa ile güvence altına alınmıştır. Anayasamızın 35. maddesi uyarınca, kamu yararının gerektirdiği durumlarda mülkiyet hakkına müdahale edilebilir ve sınırlamalar konulabilir. Mülkiyet hakkının içeriğinde yetki ve ödevler yer almaktadır. Anayasa Mahkemesi'ne göre de bu hak, sosyal amaçlarla sınırlanabilen, mutlak olmayan nispi bir haktır²⁴.

Yine Anayasamızın 35. maddesinde mülkiyet hakkının sınırının kanunla belirleneceği ifade edilmiştir. 1982 Anayasası'nın 21.01.2017 tarihli ve 6771 sayılı kanunla değişik m.104/17'de sadece kanunla düzenlenmesi gereken hususlarda Cumhurbaşkanlığı kararıyla çıkarılmayacağı düzenlemesi bulunduğu ve Anayasa'nın m.35/2'de mülkiyet hakkı sadece kanunla sınırlanabileceğinden Cumhurbaşkanlığı kararları ile mülkiyet hakkının sınırlanması olanaklı değildir.

Yine m.35/3'de bu hakkın kamu yararına aykırı kullanılmasının mümkün olmadığı belirtilerek, taşınmaz malikin mülkiyet hakkını istediği biçimde kullanabileceği sınırsız bir hak olmadığı ifade edilmiştir. Bu madde yalnızca malikin mülkiyet hakkını toplum yararına aykırı olarak kullanamayacağı şeklinde anlaşılmalıdır²⁵.

Anayasa m.35'deki bu özel sınırlama sebepleri haricinde kanun koyucuya verilen kanunla düzenleme yetkisi de sınırsız değildir. Mülkiyet hakkında

²³ Oğuzman/ Seliçi/ Özdemir-Oktay, s. 383.

²⁴ AYM T. 21.06.1989, E. 1988/34, K. 1989/26.

²⁵ Kürşat Akça, "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Mülkiyet Hakkı", **İÜHFD**, Özel Sayı, Cilt I, 2015, s. 566.

yapılacak sınırlamalar, Anayasa m.13 uyarınca özüne dokunulmaksızın yalnızca Anayasa m.35’de gösterilen kısıtlama sebeplerine bağlı şekilde ve yalnızca yasayla sınırlanabilir. Ayrıca yapılacak sınırlamalar, Anayasanın sözü ile ruhuna, demokratik toplum düzeni ve lâik Cumhuriyetin gerekleri ile ölçülülük ilkesine aykırı olamayacaktır²⁶. Bu sınırlanmalarda pek çok koşulun bir arada bulunmasıyla olanaklı olması temel hak ve özgürlüklere atfedilen değeri gösterir. Bu Anayasa hükmünün ilk olarak yöneldiği organ yasama organı olsa da, yürütme ve yargı organlarını da muhatap almaktadır. Mülkiyet hakkı, Anayasa m.13’deki genel sınırlama sebepleri haricinde, m. 35’de yer alan özel sınırlama sebepleri olan kamu yararı ve toplum yararı ile sınırlanabilecektir.

²⁶ Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, 18. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018, s. 115; H..

III. KAMULAŞTIRMASIZ EL ATMANIN TARİHİ GELİŞİMİ

A. Roma Hukuku Dönemi

Roma hukukunda mülkiyet kavramı, sahibine mutlak ve geniş yetkiler tanıyan bir hak olarak görülmüştür. Roma hukukunda “dominium” denilen mülkiyet, eşya üstünde mutlak ve sınırsız yetkiler veren bir hak şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanımlamada mülkiyet kavramının tanımı yapılmasa da mülkiyet hakkının içeriğinin yalnızca yetkilerden oluştuğu görülmektedir. Ayrıca bu yetkilerin mülkiyete konu eşyaya göre değişmemekte ve aynı kalmaktadır. Bu yetkilere, kanunlarla ayrıksı şekilde belli sınırlamalar konulsa da bu kısıtlamalar, bu hakkın içeriğine girmeyen ve dışarıdan eklenen sınırlamalardır.

Mülkiyet hakkı, taşınmazın üstünü ve altını kapsamaktaydı. Theodosius II başta olmak üzere imparatorlar, bazı binaları uygun bir bedelle alıp yıktırmakta ya da savaş durumunda ordu askeri zorunluluklar yüzünden özel mülkiyetteki arazilerden yararlanabilmekteydi²⁷. Devlet, kişilere zarar vermeksizin suyuolları yapılması ve tamiri ve ulaşım zorlukları gibi hallerde taşınmazları zorunlu alım yoluyla almakta ve bu şekilde mülkiyet hakkına müdahale etmekteydi.

Roma hukukunda kamu yararı nedeni ile özel mülkiyete son verilmesi gereken hallerde, devlet, “imperium” adı verilen, taşınmaz sahiplerini cebre dayanan bir satış işlemi yetkisi kullanmışlardır. Bu kapsamda “imperium” yetkisine dayanarak yapılan müdahalelerin kamulaştırmasız el atma olarak tanımlanması olanaklıdır²⁸.

B. Fransız Hukuku'nda Gelişimi

1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi m.17'de mülkiyet hakkının dokunulmaz olduğu ve kamu gereksinimleri nedeniyle bu hakka müdahale

²⁷ Ulusoy, s.3.

²⁸ İrem Karaca, **Kamulaştırmasız El Atma**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2019, s.25.

edilmesi halinde tazminat ödenmesi gerektiği belirtilmiştir. Bu düzenlemede görüldüğü üzere mülkiyet hakkı sadece kamu gereksinimlerinin bulunması ve malike adaletli bir tazminat verilmesi durumunda kamu makamlarınca sınırlandırılabilir.

1990'lı yıllara kadar Fransa'da mutlak bir şekilde yapılan uygulamaya göre²⁹ bir bayındırlık eserinin yapımı amacı bulunmaksızın devletin özel mülkiyete konu taşınmazlara el atması halinde taşınmazın mülkiyetinin sahibine ait olmaya devam edeceği, ancak bayındırlık eseri yapımı amacı varsa mülkiyetin el atan iradeye geçtiği kabul edilmiştir. Bu durumda Fransız Hukuku, taşınmaz sahibinin zilyetlik davasıyla taşınmazın geri alınması hakkını, kamu hizmetlerinin sürekliliği ilkesine aykırı görmekte ve taşınmazın zilyetlik davasıyla geri alması halinde, kamu hizmetinin duracağını ve bu çerçevede kamu menfaatinin kişisel menfaate tercih edildiği belirtilmektedir. Bu yüzden Fransız Hukuku'nda, taşınmaz sahibinin haksız el atmaya dayalı tazminat davası açabileceği ve tazminata kara veren mahkemenin bu kararla taşınmaz mülkiyetinin idareye devrine karar vereceği ve taşınmaz sahibinin istihkak davası açamayacağı belirtilmekteydi³⁰. Mahkeme kararı ile mülkiyetin taşınmaz sahibinin rızası dışında idareye geçeceği dikkate alınarak, bu yolla yapılan kamulaştırmasız el atmalara “*dolaylı kamulaştırma*” adı verilmektedir³¹.

Fransız hukukunda bu anlayış 1990'lı yıllardan başlayarak terk edilmiş, kamulaştırma işlemi yapılmaksızın idarenin el attığı taşınmazın mülkiyetinin iadesi için açılan davalarda “*açık bir değerlendirme hatasının*” olması durumunda davanın kabul edilebileceği ifade edilmiş olup, bu halde anılan kararın uygulanmasıyla el konulan taşınmaz üstünde inşa edile bayındırlık yapısının kaldırılması söz konusu olmuştur³². Bu yüzden “*bayındırlık eserlerinin dokunulmazlığı ilkesi*”nin bu gibi hallerde dikkate alınmayabileceği kabul edilmiştir. Bu durumda yargıcın kararının gerekçelerini de dikkate alınarak bahse konu bayındırlık yapısının ortadan kaldırılmasının davacıya sağlayacağı fayda ile kamu ve üçüncü kişilerin uğrayabileceği zararı ölçerek nasıl hareket edileceğine

²⁹ Kaplan, s.128.

³⁰ Karaca, s.26; Kaplan, s.131.

³¹ Karaca, s.27.

³² Kaplan, s.132.

karar verebileceği kabul edilmiştir³³. Bu hususta yargıca bir takdir yetkisi verilmiş olduğu söylenebilir.

C. Türk Hukuku'nda Gelişimi

1926 yılına kadar ülkemizde yürürlükte kalan Mecelle'de, taşınmaz başkasına önemli bir zarar vermedikçe sahip olduğu taşınmazdan en geniş şekilde yararlanma yetkisinin bulunduğu kabul edilmiştir. Fakat kamunun yararının gerektiği hallerde malikin bu yetkisinin rızası olmasa bile sınırlandırılabilmesi kabul edilmiştir.

1924 Anayasası m.74'de, malikin mülkiyet hakkının kamu yararı gereğince ve karşılığı ödenerek kamulaştırma yoluyla sınırlandırılabilmesi öngörülmüştür.

1961 Anayasası m.36 uyarınca da mülkiyet hakkı, sadece kamu yararı için ve kanunla sınırlanabilecektir. Ayrıca 1961 Anayasası'nın 38. Maddesine göre idare, kamu yararı varsa, karşılıklarını peşin ödemek koşuluyla, kanunda yer alan esas ve usullere göre özel mülkiyetteki gayrimenkullerin tümünü ya da bir bölümünü kamulaştırma ve bunlar üstünde idari irtifaklar kurmakla yetkilendirilmiştir. 1982 Anayasası da 1961 Anayasası'ndakine benzer hükümlere yer vermiş ve mülkiyet hakkı, bir temel hak ve özgürlük olarak düzenlenmiştir.

Türk Hukukunda kamulaştırmasız el atma olgusu ilk kez, devletin yol yapmak için kamulaştırma işlemi yapmaksızın el koyarak yola dönüştürdüğü özel mülkiyetteki taşınmazlar yüzünden ortaya çıkmıştır³⁴. Bu dönemde kamulaştırmasız el atmaya ilişkin farklı kararlar verildiğinden, bu içtihat farklılıklarının giderilebilmesi için YİBGK tarafından 16.05.1956 ve 11.02.1959 tarihinde kararlar verilmiştir.

YİBGK 16.05.1956 tarihli kararında³⁵, idarece hukuka uygun bir kamulaştırma işlemi bulunmaksızın taşınmazına el atılan taşınmaz sahibinin mülkiyet hakkının sürdüğü kabul edilmiş olup, malikin ister el atmanın önlenmesi davası açabileceği isterse de taşınmazının yol haline getirilmiş olması sebebiyle el atmanın önlenmesi kararının infazında zorluk oluşabileceğinden taşınmazın

³³ Günay, s.276; Kaplan, s.133.

³⁴ Günay, s.276-277; Karaca, s.29.

³⁵ YİBK, E.1956/1, K.1956/6 Karar için bkz <https://www.sinerjias.com.tr/>, Erişim tarihi: 14.4.2022.

bedelini isteyebileceği karara bağlanmıştır. Fransız hukukundan farklı olarak, açıkça taşınmaza yol yapılmak amacıyla el atılması durum tespit edildiğinde bu karar doğrultusunda Türk Hukuku'nda bayındırlık eserlerinin inşası nedeniyle el atma hallerinde mülkiyet hakkının devam edeceğinin ve bu nedenle de istihkak davası yerine el atmanın önlenmesi davası açılması gerektiğinin kabul edilmiştir.

YİBGK 16.05.1956 tarih, E.1954/1 ve K.1956/7 sayılı kararında ise kamulaştırma yapılmaksızın el atılması durumunda taşınmaz sahibinin mülkiyet hakkı sona ermediğinden, bu durumda açılacak davalarda zamanaşımı süresinin bulunmayacağını belirtmiştir. 11.02.1959 tarihli, 1958/17 E. ve 1959/15 K. sayılı kararında YİBK, idari makamların kararlarıyla plan ve projelere uygun olan el atmadan kaynaklanan uyuşmazlıklarda görevli mahkemenin idare mahkemesi olacağına, bunun dışındaki hukuka aykırı el atmalardan kaynaklanan tazminat davalarının adli yargıda görüleceğine karar vermiştir.

13.01.1961 tarih ve 221 sayılı Kanun³⁶,da, 09.10.1956 tarihinden önce idarece kamulaştırma işlemi tesis edilmeksizin fiilen el konulmak suretiyle kamu hizmetine tahsis edilen taşınmazların, ilgili idare adına tahsis tarihinde kamulaştırılmış sayılacağı hükmü getirilmiştir³⁷. Bu yasa ile anılan tarihten önce fiili el atma eylemleri, hukuka aykırı olmaktan çıkarıldığından fiili el atma durumu, 09.10.1956 tarihi ve sonrasındaki el atmalar açısından gündeme gelebilecektir.

Uyuşmazlık Mahkemesi, hukuki el atmaya dayalı taşınmazın bedelinin talep edildiği davalar ile ilgili verdiği kararlarda, fiili el atma ile hukuki el atmanın farklı sebeplere dayanarak gerçekleştiğine, hukuki el atma halindeki tazminat taleplerinin, İYUK m. 2/1-b uyarınca, idari işlem veya eylemden kaynaklanan tam yargı davaları çerçevesinde idari yargı nezdinde karara bağlanması gerektiğine hükmetmiştir³⁸. Yine Uyuşmazlık Mahkemesi Genel Kurulu'nun, bir idarenin, diğer bir idarenin taşınmazına Kamulaştırma Kanunu m.30'daki gösterilen yolu kullanmaksızın el atmasını değerlendirdiği bir kararında³⁹, bir

³⁶ RG Tarih: 13.01.1961, Sayı: 10075.

³⁷ Karaca, s.30.

³⁸ UM HB 2012/69 E., 2012/127 K., 4.6.2012 T. Kararı.

³⁹ UM GK 1991/2 E., 1991/2 K., 29.4.1991 T. Kararı, <https://www.sinerjias.com.tr/>, erişim tarihi: 27.5.2022.

kamu idaresinin Kamulaştırma Kanunu 30. maddesinde yer alan başvuruyu yapmadan yol yapımına girişmesi haksız el atma olduğunu belirtmiştir. Kamu hukukuna tâbi tüzel kişiler arasında gerçekleşen el atmanın önlenmesi davasının adli yargıda çözümlenmesi gerektiğine karar vermiştir.

AİHM Sarıca ve Dilaver-Türkiye kararında, davacının taşınmazına kamulaştırma yapılmadan 1983 yılında el konulmasına rağmen uzun yıllar kamulaştırılmamıştır. Bu kararında AİHM başvuranın AİHS'in 1 Nolu Ek Protokolü'nün 1. maddesindeki mülkiyet hakkının ihlaline karar vermiştir⁴⁰. İdarenin fiili el atması sonucunda mülkiyet hakkının ihlali, oluşan uyuşmazlık sayısının artması ve AİHM'in Hakan Arı – Türkiye (B. No 13331/07), Ziya Çevik- Türkiye (B. No 19145/08) ve Hüseyin Kaplan- Türkiye (B. No. 24508/09) kararlarından sonra Yargıtay da içtihat değişikliğine⁴¹ gitmiştir.

Kamulaştırmасız el atmaya ilişkin 211 sayılı Kanundan sonra 2942 Sayılı Kanun'un 38. maddesi yürürlüğe girmiştir. Bu madde ile kamulaştırma yapılmaksızın el atma fiili yapılan taşınmazın sahibi, zilyedi ya da murislerinin, bu taşınmaza ilişkin tüm dava haklarının yirmi yıl geçmekle düşeceği hüküm altına alınmıştır. Fakat bu hüküm Anayasa Mahkemesi'nce⁴² iptal edilmiştir. İptal gerekçesinde bu düzenlemenin Anayasal dayanağı olmayan kamulaştırmасız el atma olduğu, hükümde düzenlenen yirmi yıllık sürenin geçmesiyle malikin dava açma haklarının önlenmesi ve taşınmazın bedel ödenmeksizin idareye devrinin, mülkiyet hakkının kısıtlanmasını aşan, hakkın özüne zarar veren bir hüküm olduğu ve be nedenlerle iptal edildiği belirtilmiştir⁴³.

Kamulaştırmасız el atma davalarına ilişkin usul ve esaslara dair düzenlemeler içeren Geçici 6. madde, 18.06.2010 tarih ve 5999 sayılı Kanun'un 1. maddesi ile KK'ya eklenmiştir. Daha sonra 13.02.2011 tarihli ve 6111 sayılı Kanununun Geçici 2. maddesi ile 2942 sayılı Kanun'un Geçici 6. maddesinde yeni bazı düzenlemeler eklense de, yeni eklenen bu düzenlemeler de Anayasa

⁴⁰ T.27.5.2010, Başvuru no:11765/05

⁴¹ YHGK, E. 2010/5-662, K. 2010/651, K.T. 15.12.2010, <https://www.sinerjias.com.tr/>, (erişim tarihi: 14.4.2022).

⁴² AYM E.2002/112, K.2003/33, RG Tarih: 04.11.2003, Sayı: 25279.

⁴³ Karaca, s.31.

Mahkemesi'nin 01.11.2012 tarihli, 2010/83 E. ve 2012/169 K. sayılı kararı ile iptal edilmiştir⁴⁴.

AIHM'in 27 Mayıs 2010 tarihli Sarıca ve Dilaver -Türkiye kararının ardından YHGK 15.12.2010 tarihli⁴⁵ kararı ile kamulaştırmaz el atmayı ikiye ayırmış, fiili el atma kavramının yanında hukuki el atma kavramı da hukukumuzda tanınmıştır. Kaldı ki anılan kararda uzun yıllarca programa alınmayan imar planının fiili olarak uygulanmaması nedeniyle kamulaştırma yapmayan davalı idare tarafından, pasif ve sessiz kalınarak ve işlem yapılmayarak taşınmaza müdahale edilmiş olduğu ve kamu kurumunun fiilinin, mülkiyet hakkının özünü zedeleyen ve mülkiyet hakkını ortadan kaldıran bir özelliğe sahip olan kamulaştırmaz el atma olduğu belirtilmiştir⁴⁶.

YHGK 15.12.2010 tarihli kararı ile idarenin fiili olarak el atması bulunmasa dahi, hukuki el atmalarını da, kamulaştırmaz el atma şeklinde kabul etmiş ve bu açıdan yeni bir döneme geçilmiştir. İdarenin yaptığı imar planları çerçevesinde, planın yürürlüğe girmesinden sonra kamulaştırma veya takas yoluna gitmeyerek ve dolayısıyla taşınmaz sahibinin mülkiyet hakkını sınırlayarak taşınmaz sahiplerinin mağdur edilmesine rağmen, başvuru yasal yollardan, idarenin kamulaştırmaya zorlanamayacağı gibi gerekçeler ileri sürülerek netice alınamamıştır. Yargıtay da bu halde taşınmaz sahibinin taşınmazdan mülkiyet hakkına uygun biçimde faydalanma imkânı kalmadığını belirterek kamulaştırmaz el atmanın oluştuğunu belirtmiştir.

Yargıtay, idarenin, imar planı⁴⁷ yürürlüğe girdikten sonra yasal süresi içinde kamulaştırılma işlemi yapılmayan veya takasa tabi kılınmayan taşınmazlara kamulaştırma yapmadan müdahalede bulunmuş kabul edileceğine hükmetmiştir. Bu sayede taşınmaz sahipleri, kamulaştırmaz el atma kurumunu dayanarak yaparak ve dava yoluyla tazminat isteyebileceklerdir.

⁴⁴ RG Tarih: 22.02.2013, Sayı: 28567.

⁴⁵ YHGK, E. 2010/5-662, K. 2010/651, K.T. 15.12.2010, <https://www.sinerjias.com.tr/>, (erişim tarihi: 14.4.2022).

⁴⁶ Karaca, s.31.

⁴⁷ M. Ayhan Tekinsoy, "İmar Planlarının Hukuksal Niteliği, İmar Planı İptalinin Bu Plana Dayanılarak Verilmiş Ruhsatlar Üzerindeki Etkisi", **Ankara Barosu Dergisi**, S. 2 Y. 2008/66, s. 48.

2942 sayılı Kanun'un kamulaştırmasız el atmaya ilişkin Geçici 6. maddesi Anayasa Mahkemesi'nin 13.11.2014 tarihli⁴⁸ iptal kararı ile son halini almıştır. Bu karardan sonra 6745 sayılı Kanunun⁴⁹ 33. maddesi ile Kamulaştırma Kanunu'na Ek Madde 1 düzenlemesi, KK Geçici 6/10. Maddesinde yer alan hukuki el atma olgusunu, ayrı bir maddede ele almıştır. Çünkü Ek 1. madde, uygulama imar planlarının yürürlüğe girmesinden başlayarak beş yıllık süre içinde taşınmazın kamulaştırılmasını ya da plan değişikliği yapılarak taşınmaz üstündeki sınırlanmasının kaldırılmasını gerektirmektedir. Ancak Ek madde 1'in 1. fıkrasının 1. cümlesi dışındaki diğer hükümleri, Anayasa Mahkemesince iptal edilmiştir⁵⁰.

Yine Anayasa Mahkemesi 6745 sayılı Kanun'un 34. maddesi ile Kamulaştırma Kanunu'na eklenen Geçici 11. maddeyi, imar uygulaması neticesinde taşınmazın kamu hizmetine tahsisi yoluyla getirilen sınırlamaların yasanın yürürlüğe girdiği tarihten başlayarak yeniden başlamasına neden olan düzenlemeyle mülkiyet hakkına yapılacak müdahalenin orantısız olduğunu belirterek iptal etmiştir⁵¹. Sonuç itibariyle, taşınmazın beş yıldan fazla süredir uygulama imar planıyla sınırlanan taşınmaz sahiplerinin idari başvuru sonrasında tam yargı davası açarak taşınmazının bedelini almasının olanaklı olduğu söylenebilir.

KK ek 1. maddesi, uygulama imar planında kamu hizmetlerine tahsis edilerek mülkiyet hakkının özüne dokunacak biçimde faydalanılması sınırlanan taşınmazların, uygulama imar planının yürürlüğe girmesinden başlayarak beş yıllık süre içinde kamulaştırılarak kamu mülkiyetine kazandırılmasını, kamulaştırmanın yapılamaması durumunda ise mülkiyet hakkı sınırlanmasını sonlandıracak biçimde imar planı değişikliği yaptırılmasını gerektirmektedir (Ek madde 1/1-1. cümle).

⁴⁸ AYM 13.11.2014 tarih 2013/95 E. ve 2014/176 K, RG Tarih.13.03.2015, Sayı: 29294.

⁴⁹ RG. T. 7.9.2016, S.29824.

⁵⁰ AYM 2016/181 E., 2018/111 K., 20.12.2018 T. Kararı, RG T.5.4.2019, S.30736.

⁵¹ Anayasa Mahkemesi 2016/196 E. 2018/34 K., 28.3.2018 T. Kararı <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>, erişim tarihi: 14.4.2022.

Son olarak, İmar Kanunu'nun 13. maddesi, 7181 sayılı Kanunun⁵² 7. maddesi ile yeniden düzenlenmiştir. Bu madde, beş yıllık uygulama imar planında kamu hizmetlerine ayrılan taşınmazlara ilişkin sınırlamalara yer vermekte, öte yandan, sınırlamaya uğrayan bu taşınmazların ilgili idare tarafından belirtilen imar uygulamaları kullanılmak suretiyle kamu mülkiyetine kazandırılmasını öngörmektedir⁵³.

⁵² RG. T.10.7.2019, S.30827.

⁵³ Gürsel, s.638.

IV. FİİLİ EL ATMA KAVRAMI VE UNSURLARI

A. Tanım

Anayasa’da kamulaştırma kurumunun düzenlendiği m.46 uyarınca idare, usulüne uygun bir kamulaştırma işlemi bulunmaksızın özel hukuk kişilerinin taşınmazlarına el koyamaz, mülkiyet hakkının taşınmaz sahiplerinde verdiği yetkileri yasa ile konulan sınırı aşacak biçimde kısıtlayamaz ve idare, taşınmazı mülkiyetine geçiremez⁵⁴. Bu kapsamda yasada yer alan kural ve esaslara aykırı bir el atma veya olağan kamulaştırma usulüne aykırılık halinde, fiili el atma ya da kamulaştırmaz el atmadan söz edilebilir⁵⁵.

Yasada kamulaştırma kavramı yanında kamulaştırmaz el atma kavramının tanımının yapılmaması doktrinde birçok tanımın ortaya konulmasına yol açmıştır.

Günday kamulaştırmaz el atmayı, “...idarenin usulüne uygun olarak alınmış bir kamulaştırma kararı olmaksızın ve geçici işgal koşulları da bulunmadığı halde özel mülkiyette bulunan bir taşınmaza el atılmasıdır”⁵⁶ şeklinde tanımlamıştır.

Gözler bu kavramı, bir kamu tüzel kişisinin, özel mülkiyetteki bir taşınmazı kamulaştırma işlemi yapmaksızın fiili olarak işgali şeklinde tanımlamaktadır⁵⁷.

Yargıtay da kamulaştırmaz el atmayı “9 Ekim 1956 gününden sonra kamulaştırma işlemi yapılmaksızın ve bir Kanun hükmüne dayanılmadan idarenin taşınmaz mal üzerinde fiilen tasarrufa başlaması ve asıl mal sahibinin kullanma hakkına engel olması veya bu hakkı ortadan kaldırmış bulunmasıdır” şeklinde tanımlamıştır⁵⁸.

⁵⁴ Çabri, s. 81.

⁵⁵ Erol, s. 194.

⁵⁶ Günday, s.176.

⁵⁷ Kemal Gözler, **İdare Hukuku**, Cilt II, Bursa, Ekin Yayınları, 2019 (Gözler, İdare Hukuku II), s.1014.

⁵⁸ YHGK’nin T.25.05.2005 E. 2005/5-288, K. 2005/352, <https://www.sinerjias.com.tr/>, (Erişim Tarihi: 14.04.2022).

Bu tanımlara bakıldığında fiili el atma, devlet ya da kamu tüzel kişilerinin kamu hizmetlerini icra edebilmek amacıyla gereksinim duyduğu özel mülkiyette bulunan taşınmazları, kamulaştırma veya satın alma gibi hukuka uygun usullerle sağlamak yerine bu taşınmazlara malikin rızasını aramaksızın ve bedel ödemeksizin, sahiplenmek için hukuka aykırı biçimde fiili olarak el atması şeklinde tanımlanabilir.

Fiili el atma, idarenin özel mülkiyette olan taşınmaza el atarak taşınmaz üstünde bina, tesisler yapma biçiminde olabileceği gibi, taşınmazın kamu yararına dair bir hizmete ayrılması biçiminde de yapılabilir. İdare, el atmayı taşınmazın özel mülkiyette olduğu bilerek yani kasıtlı olarak yapabileceği gibi, el attığı taşınmazın özel mülkiyette olduğunun farkında olmadan da yapabilir. Ancak, idare, fiili el atmayı kasti şekilde olmadan yapsa bu durum, idarenin el atma eyleminin hukuka aykırı olduğu gerçeğini değiştirmez.

Öte yandan, idare hukukunda fiili el atma, “*fiili yol*”⁵⁹, “*idarenin haksız fiili*” ya da salt “*haksız fiil*”⁶⁰ olarak nitelendirilmektedir. Fiili yol, idarenin haksız fiili olarak kabul edilebilir. Fiili yol, gerek idarenin gerekse idarenin görevlilerinin sorumluluğunu gerektirmekte ve bu durumda idarenin hukuka aykırı ve usulsüz zor kullanımı gündeme gelmektedir. Bu zor kullanmada hukuka aykırılık; açık ve ağır olmalıdır. Taşınmaza gerçekleştirilen saldırı, malikin mülkiyet hakkı veya kamusal özgürlüklere yönelmektedir. Fiili yola ilişkin uyuşmazlıklarda, adli yargı görevli olup, idari yargı mercileri fiili yol uyuşmazlıklarında görevsizlik kararı vermektedirler.

Doktrinde Onar⁶¹, idarenin, sadece taşınmaz üstündeki fiili hâkimiyeti sonlandırıp kendi zilyetliğini kurma teşebbüsünün, olağan bir müdahale olarak fiili yol olarak tanımlanabileceğini, fakat taşınmaz üstünde kamu yararını gerçekleştirmek ve kamu hizmetlerinin sürekliliğini sağlamak için bir bayındırlık eseri yapmasının haksız fiil/fiili yol olarak tanımlanamayacağını öne sürmektedir. Bu durumda taşınma sahibi, yalnızca taşınmaz bedelini isteyebilecektir. Doktrindeki diğer görüş ise⁶² her iki halde de idarenin haksız fiilinin

⁵⁹ Günday, s.277.

⁶⁰ Ulusoy, s.9-12; Çabri, s.87.

⁶¹ Gözler, İdare Hukuku II, s.1015-1018.

⁶² Görüşler için bkz. Bakırcı, s.55.

bulduğunu kabul etse de, idarenin taşınmaz üstünde bayındırlık eseri inşa ederek, taşınmazı fiili olarak kamu hizmetine tahsisi ile mahkeme kararına gerek olmaksızın özel mülkiyetin sonlandığının ve kamu mülkiyeti kurulduğunu ileri sürmektedir. Bu durumda, el atmanın önlenmesi ve kötüye kullanım bedeli istenemeyecek, fakat taşınmaz sahibi sadece haksız fiil düzenlemelerine istinaden tazminat talebi isteyebilecektir.

Yine kamulaştırma yetkisi olmayan bir idarenin yaptığı el atma da, fiili yol niteliğinde idarenin haksız fiilidir. Kamu hizmeti kuruluşu veya yürütülmesinde belli kamu gücü ayrıcalıklarına sahip özel hukuka tabi kişilerin taşınmaza el atma şeklindeki müdahalesi, lehine kamulaştırma yapması gereken idareye izafe edileceğinden fiili yol olarak kabul edilmektedir⁶³.

B. Fiili El Atmanın Unsurları

Fiili el atmanın unsurları söz konusu olduğunda, bu unsurlar, konunun yasal düzenlemesinin olduğu Kamulaştırma Kanunu Geçici 6. maddesi ile sınırlı değildir. Zira Geçici 6. madde, kamulaştırmaz el atmayı tümüyle hüküm altına alan bir madde değildir. Bu hüküm, kamu hizmetinde kullanılan kamulaştırmaz el atmaya konu taşınmazların bedel tespitine yönelik sınırlı bir bölümü düzenlemektedir. Bu maddede kamulaştırmaz el atmanın, yalnızca neticelerinin hüküm altına alınması, taşınmaz sahibinin uzlaşmayla tatmin edilmesi ve mülkiyet hakkına dayalı hakların kullanımının engellenmesi amaçlanmıştır. Bununla birlikte, bu madde kamulaştırmaz el atma, yalnızca fiili el atmalarda kabul görmüştür. Ancak, Yargıtay'ın 15.12.2010 tarihli kararında hukuki el atmaların da kamulaştırmaz el atma kabul edilmiştir. Kaldı ki, Geçici 6. maddede söz edilen kamulaştırmaz el atmanın uygulama tarihleri, 09.10.1956 ila 04.11.1983 arasını kapsamaktadır. Başka bir deyişle, 04.11.1983'den sonra gerçekleşen kamulaştırmaz el atmalar açısından bu madde uygulanamayacaktır. Bu maddede yer alan el atmanın men'i davası açılmaması ve uzlaşma şartı şeklinde mülkiyet hakkını kullanmayı engelleyen kurumlar, bu tarihten sonrası için geçerli olmayacaktır.

⁶³ Kaplan, Fiili Yol, s.890.

1. Özel Hukuk Kişisinin Mülkiyetinde Bir Taşınmazın Bulunması

Kamulaştırmасız el atmanın konusunu, yalnızca özel hukuk kişilerinin sahip olduğu taşınmazlar, kaynaklar veya irtifak hakları oluşturmaktadır⁶⁴. Taşınmaz mülkiyetinin konusunu; araziler, tapu kütüğüne kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar ile bağımsız bölümler (m.704, 718) oluşturmaktadır. Yargıtay yerleşik içtihatlarında, kamulaştırmасız el atma davasının, yalnızca tapuda kayıtlı taşınmazlar için açılabilceğine karar vermektedir⁶⁵.

Kamulaştırmасız el atma, kural olarak, kamu malları açısından gündeme gelmeyecektir. Zira, kamu malları üzerinde kamulaştırma işlemi de yapılamaz. Bir idari makamın kamu yararını gerekçe göstererek başka bir idari makamın taşınmazına gereksinim duyması durumunda, kamulaştırma yapamayacağı ve kamulaştırmасız el atma da yapılamayacağı için değişik bir çözüm getirilmiştir. Bu çözüm, bu idari makamlar arasında taşınmaz devridir⁶⁶.

Kamulaştırma Kanunu m. 30'a göre kamu kurumlarının taşınmazları ve diğer haklarının başka bir kamu kurumu tarafından kamulaştırılamayacağı, taşınmaza gereksinim duyan idarenin bedel tespiti yaparak malın sahibi olan idareye yazılı şekilde başvuracağı ifade edilmiştir. Bu madde uyarınca mal sahibi idare, taşınmaz devrine onay vermezse ya da altmış gün içerisinde cevap vermezse, istemde bulunan idarenin başvurusuyla Danıştay ilgili dairesi tarafından incelenecek talep, iki ay içinde kesin karara bağlanır. Buna rağmen, bir idari makamın başka bir idarenin taşınmazına Kamulaştırma Kanunu m.30'daki usul haricinde el atması durumunda, Uyuşmazlık Mahkemesi kararına göre, adli yargıda el atmanın önlenmesi ile tazminat davaları açılabilir⁶⁷.

Bir malı kamu malı kabul edilebilmesi için kamu mülkiyeti şartı ve tahsis şartı özelliklerine sahip olması gerekmektedir⁶⁸. Başka bir deyişle, kamu malı, bir kamu tüzel kişinin mülkiyetinde olmalıdır. Ayrıca, bahse konu mal, kamu yararına ayrılmalıdır. Kamu yararına tahsis, kamu malının doğrudan kamu

⁶⁴ Kutlu Gürsel, s. 386.

⁶⁵ Yargıtay 5. HD 27.01.2003, E. 2002/19738, K. 2003/48 sayılı kararı, <https://www.sinerjias.com.tr/>, (Erişim Tarihi: 14.04.2022).

⁶⁶ Kaplan, s.171.

⁶⁷ Uyuşmazlık Mahkemesi, E. 1991/2, K. 1991/2, K.T. 29.04.1991.

⁶⁸ İl Han Özay, **Günüşğında Yönetim**, Filiz Kitabevi, İstanbul 2017, s. 655-656.

kullanımına ya da bir kamu hizmetine özgülenmiş olması şeklinde yapılabilir⁶⁹. İdare, özel hukuka göre aynı haklara sahip olabileceğinden, idarenin özel malları bulunabileceği gibi bir kamu hizmetine özgülenmiş olması şartıyla özel kişilerin malları da kamu malı kabul edilir.

Kamu malları nitelikleri açısından çeşitli sınıflara ayrılır. Kamu malları kullanma bakımında belirli bir kamu hizmetine tahsisi edilen hizmet malları, toplumun yararlanmasına tahsis edilen orta malları ve mülkiyete konu olmayan sahihsiz mallar şeklinde üçe ayrılır. Hizmet malları; geleneksel kamu malı niteliğinde olup, idari faaliyetin yapılması amacıyla zorunlu olan ya da kamu hizmetiyle ilişkili olan hastane okul, müze gibi mülkiyete konu malları içerir. Orta malları; meydan, park, yol gibi tüm toplumun veya mera, kışlak gibi belirli bir köy veya belde halkının ortak halde faydalandığı kamu mallarıdır. Sahipsiz mallar ise deniz, kıyı, dağ, göl gibi gerek toplumun gerekse devletin faydalandığı fakat yalnızca devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan kamu mallarıdır⁷⁰.

Kamu malları, kamu yararını gerçekleştirmek ve kamu hizmetini yürütmek amacıyla kullanmalarından ötürü özel mülkiyette bulunan mallara oranla belirli niteliklere ve imtiyazlara sahiptir. İlk olarak, kamu mallarının satılması ve kamulaştırılması mümkün değildir. Kamu mallarında, zamanaşımı süresinin geçmesiyle mal üzerinde mülkiyet hakkı kazanılamaz ve ipotek de kurulamaz. Mali yükümlülükler kamu geçerli değildir. Kamu malları, özel mallara oranla daha sıkı korunurlar. Kamu malına zarar verilmesi, özel mala zarar verilmesinden daha ağır cezalandırılır. Ayrıca kamu mallarının haczedilmesi mümkün değildir ve mahkeme kararıyla dahi olmasa bile olsa alacaklılar devletten alacaklarını tahsil için icraya gidilemez.

Kamulaştırmada yargısal safhasının da bitmesiyle taşınmazın mülkiyeti idareye geçer. Fakat, bu hal, taşınmazın hemen kamu malı statüsüne sokmaz. Taşınmazın kamu malı olabilmesi amacıyla doğrudan kamunun kullanımına özgülenmesi veya özel yasal düzenlemelerle kamu hizmetine özgülenmesi gerekir⁷¹.

⁶⁹ Gözler, C.II, s. 824.

⁷⁰ Özay, s.657, 658.

⁷¹ Gözler, C.II, s.980.

Kamu kurumunun mülkiyetinde olan ve kamu hizmetlerinin yapılmasında doğrudan bir etkisi bulunmayan mallar da kamunun özel malları kabul edilir. Bu çeşit mallar, gelir sağlamaları sebebiyle faydalı olurlar ve genelde, özel hukuk kurallarına tabidirler. Kamunun özel mallarının bir bölümü bağışlama, satın alma gibi özel hukuk düzenlemeleri kapsamında; bir bölümü ise kamulaştırma, devletleştirme gibi kamu hukuku düzenlemeleri kapsamında kazanılır. Özel mallara da belirli hallerde kamu hukuku hükümleri tatbik edilir. Örneğin idarenin özel malları da hacze konu olmaz, istenildiği gibi satılamaz ve kiraya verilemez.

2. Kamulaştırmaya Yetkili İdarece ve İdarenin Görev Alanındaki Konularda Olması

İdare hukuku açısından idare kavramı, kamu idareleri anlamına gelmektedir. Kamu idareleri, kamu yararını gerçekleştirmeyi amaçlar ve kamusal güç kullanır. İdare, kanuna bağlılık ilkesi kapsamında işlem yapar ve faaliyet yürütür⁷².

Anayasa'da kamulaştırmanın düzenlendiği m.46'da, kamulaştırma yapma yetkisine Devletin ve kamu tüzel kişilerinin sahip olduğu belirtilmiştir. Bu hükümle uyumlu biçimde 2942 Sayılı Kanun m.2'de de *“kamulaştırma hak ve yetkisi tanınan kamu tüzel kişilikleri, kamu kurum ve kuruluşları, yararına kamulaştırma yapılabilecek gerçek kişiler veya özel hukuk tüzel kişileri”* kamulaştırma yapmaya yetkili olarak gösterilmiştir⁷³.

Kamulaştırma yapmaksızın el atmadan söz edebilmek için özel mülkiyette bulunan taşınmaza, kamulaştırma yetkisi bulunan bir idari makamın müdahalesinin bulunması gerekir. Kamulaştırmaksız el atmayı, kamulaştırmada olduğu gibi, yalnızca kamulaştırmaya yetkili kamu idareleri gerçekleştirebilirler. Kamulaştırma Kanunu kapsamında idare lehine kamulaştırma yetkisi verilen kamu tüzel kişileri; kamu kurum ve kuruluşları, gerçek ve özel hukuk tüzel kişileridir. Bununla birlikte, bu yetkisi bulunmayan bir idarece yapılmış kamulaştırmalar da kamulaştırmaksız el atma şeklinde tanımlanabilir⁷⁴. Bu noktada, kamulaştırma yetkisi bulunmayan idarelere, kamulaştırma yetkisi olsa

⁷² Gözler, C.I, s.26.

⁷³ Yıldırım, s.40.

⁷⁴ Şahver İrem Yazıcıoğlu, “Kamulaştırmaksız El Atma”. (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi, İstanbul, 2008, s.57.

da, görev alanında bulunmayan hususlarda kamulaştırma gerçekleştiren idareler de girmektedir.

Kamulaştırma Kanunu'nun 5. maddesinde kamulaştırma yetkisi bulunan devlet tüzel kişiliği ve kamu tüzel kişileri olarak; Bakanlar Kurulu ve bakanlıklar gibi merkezi idare; il özel idaresi, belediye, köy gibi yerel idareler; üniversiteler, Yükseköğretim Kurumu, Türkiye Radyo Televizyon Kurumu, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Kurumu, Cumhurbaşkanı, Sosyal Güvenlik Kurumu gibi hizmet yönünden yerinden yönetimler sayılmıştır. Ayrıca KK m.6'da kamu yararı kararına onay verebilecek idari makamlar da gösterilmiştir.

Bu düzenlemelerin yanında özel kanunlar ile farklı kurum ve kuruluşlara kamulaştırma yetkisi verilebilmektedir. Örneğin, 233 sayılı KHK'nin 61. maddesi ile, bu KHK çerçevesinde teşebbüs, müessese ve bağlı ortaklıklara; 4628 sayılı Kanunla EPDK'na kamulaştırma yapma yetkisi tanınmıştır.

Yargıtay da kamulaştırmaz el atmadan bahsedilebilmesi için ilk olarak, el atan kamu kurumunun o konuda kamulaştırma yetkisinin bulunup bulunmadığının araştırılması gerektiğine karar vermiştir⁷⁵. Kamu kurumunun kamulaştırma yetkisi bulunmuyorsa kamulaştırmaz el atma yerine, ortada bir haksız fiilin bulunduğu söylenebilir⁷⁶.

Kamulaştırma yetkisi olsa dahi, idare, kendi görev alanında bulunmayan bir konuda kamulaştırma yapmışsa, bu durum kamulaştırmaz el atma olarak tanımlanamaz. Danıştay da üst geçit ve kavşak inşa etmek için YÖK'ün kamulaştırma yetkisi bulunmadığından, gerçekleştirdiği el atma eyleminin kamulaştırmaz el atma şeklinde kabul edilemeyeceğini belirtmiştir⁷⁷.

Ayrıca, kamu yararı gerektiriyorsa birtakım ayrıksı durumlarda özel kişiler lehine de kamulaştırma yapılabilmesi olanaklı kılınmıştır. Fakat, özel kişilerin kamulaştırma yapabilmesi amacıyla özel kanunlarda açık düzenleme bulunması gerekir⁷⁸. Bu durumda, kanunda lehine kamulaştırma yetkisi tanınan özel hukuk

⁷⁵ Yargıtay 5.Hukuk Dairesi'nin 19.03.2013 tarihli, 2013/32 E. ve 2013/4898 K. , <https://www.sinerjias.com.tr/>, (Erişim Tarihi: 14.04.2022).

⁷⁶ Ulusoy, s.18.

⁷⁷ Danıştay, 6. Daire, E. 1984/195, K. 1984/3035, K.T. 13.11.1984, <https://www.sinerjias.com.tr/>, (Erişim Tarihi: 14.04.2022).

⁷⁸ Günday, s. 278.

kişisi başvuru yapacak, bu özel kişinin çalışmalarını denetim altına alacak kamu idaresince kamulaştırma yapılabilecektir. Örneğin, 3213 sayılı Maden Kanunu'nun 46. maddesinde ruhsat sahibi özel girişimciler namına kamulaştırma gerçekleştirilebileceği, 6446 sayılı EPK'nun 19. maddesinde üretim lisansı sahibi özel hukuk kişileri adına Maliye Bakanlığı, dağıtım lisansı sahibi özel hukuk kişileri adına ise TEDAŞ tarafından kamulaştırma yapılabileceği yer almıştır⁷⁹.

Yargıtay⁸⁰ bir kararında özel şahıslar lehine yapılan kamulaştırma işlemlerinde, kamulaştırmayı gerçekleştiren idarenin sorumlu olduğu açık şekilde belirtilmiştir.

Hatta kamu kurumlarının kamulaştırmasız el attıkları taşınmazların sorumluluğuyla ilgili karşılıklı protokol veya anlaşmalar imzalamakta ve sorumluluğu birbirlerine devredebilmektedirler ve Yargıtay da⁸¹ bu şekilde bir sorumluluk devrini kabul etmektedir.

3. El Atma Kamu Yararına Yönelik Bulunmalı

İdari işlemlerin amacı, kamu yararının temin edilmesidir. İdarenin sahip olduğu ayrıcalıklar da kamu yararının temini için verilmiştir. Kamu yararı, belirsiz ve soyut bir kavram olup, kamu hizmetlerinin yaşama geçirilmesiyle somut hale gelebilmektedir. Kamu yararı kavramı, Anayasa'da ve birçok Kanun'da yer almış olsa da, bu kavramın kanuni ve açık bir tanımı yapılmamıştır. Bu yüzden, bu kavram, yargı kararlarında tanımlanmıştır. Anayasa Mahkemesi bir kararında, “...*kamu yararı, genel bir ifadeyle, bireysel, özel çıkarlardan ayrı ve bunlara üstün olan toplumsal yararı ifade etmektedir...*” şeklinde tanımlanmıştır⁸². Anayasa Mahkemesi diğer bir kararında⁸³, idarenin kamu yararını belirleme hususunda takdir yetkisine sahip olduğunu ifade etmiştir.

⁷⁹ Karaca, s.44.

⁸⁰ Yargıtay 5. HD'nin 11.07.2011 tarihli, 2011/9775 E. ve 2011/12725 K., <https://www.sinerjias.com.tr/>, (Erişim Tarihi: 26.04.2022).

⁸¹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 12.05.2010 tarih, 2010/5-225 E.ve 2010/262 K.

⁸² AYM'nin 01.07.2015 tarihli ve E. 2015/6, K. 2015/63 sayılı kararı, (Çevrimiçi) <http://www.anayasa.gov.tr> (Erişim Tarihi: 16.04.2022).

⁸³ AYM Yunis Ağlar Başvurusu, Başvuru No: 2013/1239, Karar Tarihi: 20.03.2014, (Çevrimiçi) <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/1239> (Erişim Tarihi: 16.04.2022).

Kamulaştırmatsız el atma yasa dışı bir yol olsa da, idarenin el atmadaki fiili amacı, mutlak surette kamu yararının sağlanması olmalıdır⁸⁴. El atmada kamu yararı yoksa, yani özel yarar varsa el atma fiili, kamulaştırmatsız el atma şeklinde tanımlanamaz⁸⁵.

4. Kamulaştırmanın Usûlüne Uygun Olarak Yapılmaması

Kamulaştırmatsız el atma, kamu kurum ve kuruluşlarının kamulaştırma işlemlerine başlaması gereken bir durumda, bu işlemleri gerçekleştirmediği için meydana çıkan bir hukuka aykırılık halidir. Bununla birlikte, kamulaştırma usulüne uygunluğa riayet edilmeden veya kamulaştırma işlemleri bitirilmeden idare el atmayı yapmışsa, yine kamulaştırmatsız el atma hali oluşacaktır.

Anayasanın 46. maddesine göre, kamulaştırma, sadece özel mülkiyeti kısıtlayan bir hukuki kurum olmayıp, aynı anda özel mülkiyetteki taşınmaz malikine de teminat sağlayan bir kurumdur. Zira, kamulaştırma kurumunun getirilmesiyle idarenin el atma eylemlerinin haksız bir biçimde gerçekleşmesi önlenmeye çalışılmış, Anayasal ve yasal bir güvence sistemi getirilmiştir. Bu bağlamda, Kamulaştırma Kanunu'nda kamulaştırma işlemlerinin uygulanacağı esas ve usuller ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir. İdare tarafından kamulaştırma kapsamındaki esas ve usullere uyulmaksızın özel mülkiyetteki bir taşınmaza el atılması halinde kamulaştırmatsız el atma hali oluşur. Bu el atma hali; kamulaştırma işlemlerine hiç başlanmamış olması, kamulaştırma işlemine başlansa da kamulaştırmanın usulüne uygun bir biçimde bitirilmemiş olması, kamulaştırma işleminin yoklukla sakat olması ve kamulaştırmadan vazgeçilmiş olması gibi farklı yollarda gerçekleşebilir.

a. Hiç Yapılmamış Olma Hali

İdarenin kamulaştırma işlemlerine hiç başlamaksızın özel mülkiyette bulunan bir taşınmazı yol haline getirmesi, taşınmaz üstünde park veya bina inşa etmesi, baraj havzasında bulunan taşınmazın su altında kalması ya da taşınmazın işgali gibi haller kamulaştırmatsız el atmanın kamulaştırma işlemlerine hiç başlanmadan yapılması durumuna örnek verilebilir. Kamulaştırmaya hiç

⁸⁴ Yazıcıoğlu, s. 67-68.

⁸⁵ Çabri, s. 97.

başlanmaksızın kamulaştırmaksızın el atma yapılmasının bir diğer örneği ise imar uygulaması neticesinde kamu hizmetlerine tahsis edilen taşınmaz üstündeki binanın kamulaştırılmaksızın yıktırılmasıdır⁸⁶.

Kamulaştırma işlemlerine hiç başlanmaksızın özel şahıs mülkiyetinde bulunan taşınmaza idarenin fiili olarak el atılması halinde malik; bu el atma sebebiyle dava açmasından sonra idare, kamulaştırma işlemlerine yaparak taşınmazın kamulaştırma bedelini belirlemesi ve bu bedelin verilmesi karşılığında taşınmazın idareye tescili için yetkili asliye hukuk mahkemesine dava açabilir. Bu durumda malikin açtığı kamulaştırmaksızın el atma davaları, taşınmaz kamulaştırıldığı yani dava konusuz kaldığı için mahkemece hemen reddedilmemelidir. Çünkü idarenin tescil davası, mahkeme tarafından belirlenen taşınmaz bedelini idarenin ödememesi veya idarenin kamulaştırmadan vazgeçmesi gibi farklı sebeplerle mahkemece reddedilebilir. Dolayısıyla, idarenin açtığı bedel tespiti ve tescil davası neticelenmediğinden kamulaştırmaksızın el atma davasını gören mahkeme, idarece açılan bedel tespiti ve tescil davasını bekletici soruna yapmalı ve bu dava neticesine göre karar vermelidir⁸⁷. Kamulaştırma bitirilirse kamulaştırmaksızın el atma davasını gören mahkeme davayı reddetmeli, fakat, dava masrafları ve vekâlet ücreti, bu davanın açılmasına yol açan idareye yükletilmelidir. İdarenin bedel tespiti ve tescil davasının reddedilmesi halinde ise kamulaştırmaksızın el atma davasını gören mahkeme yargılamayı kaldığı yerden sürdürmelidir.

b. Tamamlanmamış Olma Hali

Kamulaştırma süreci, kamu yararı kararı alınmasından taşınmazın mülkiyetinin idareye geçmesine kadar yapılacak pekçok işlemi içinde barındırmaktadır. İdare ile taşınmaz malikinin taşınmaz bedeli veya trampada anlaşmaya ulaşması durumunda, taşınmaz, idare adına tescil veya terkin yoluyla idareye geçer, başka bir deyişle, taşınmazın mülkiyeti idareye geçer (KK m. 8).

İdare kamulaştırma işlemlerine başladıktan sonra ve ancak bu işlemleri bitirmeden, başka bir deyişle gereken usulü işletmeyerek veya eksik bırakarak

⁸⁶ Yargıtay 5. HD'nin 14.02.2012, E. 2011/18992, K. 2012/2085 sayılı kararı, <https://www.sinerjias.com.tr/>, (Erişim Tarihi: 15.04.2022).

⁸⁷ Çabri, s. 92; Yazıcıoğlu s. 60-61.

taşınmaza el atabilir. Bu halde bitirilmiş bir kamulaştırma söz konusu olmadığından bu müdahale kamulaştırmatsız el atma olacaktır. Bu durumda kamulaştırmatsız el atmadan bahsedilebilmek için kamulaştırma işleminin ne zaman bitirildiğinin belirlenmesi önemlidir.

Kamulaştırma işleminin tamamlandığı anın tespitinin 2942 sayılı KK'nun 4650 sayılı Kanunla değiştirilmeden önceki hali ve değişiklikten sonraki halinin iki değişik şekilde açıklanması gerekir.

2942 sayılı KK'nda 4650 sayılı Kanunla değişiklik yapılmadan önce, Kanun'un "*Satın Alma*" başlıklı 8. maddesinde düzenlemesi yer almaktaydı. Bu düzenleme uyarınca kamulaştırmayı gerçekleştirecek idare, kamulaştırma kararının alınması sonrasında kamulaştırma işleminin her aşamasında taşınmazı satın alma yolu bulunuyordu. Bu nedenle kamulaştırmanın tamamlanması anlamına gelen bu safhaya kadar yapılacak müdahaleler kamulaştırmatsız el atma sayılmaktaydı.

2942 sayılı KK'nun 4650 sayılı Kanun ile değişiklik yapılmadan önceki 13, 14. ve 21. maddelerinde kamulaştırma işleminin bitirilmiş kabul edilebilmesi için malike 13. madde uyarınca geçerli şekilde tebligat yapılmış ve kamulaştırma bedelinin sınırlama olmaksızın taşınmaz sahibi adına bankada bloke edilmiş olması gerektiği düzenlenmiştir. Bu nedenle de idarenin tebligat yapmadan ve kamulaştırma bedelini bankaya bloke etmeden önce gerçekleştirilecek müdahaleler kamulaştırmatsız el atma olarak tanımlanmaktaydı. 4650 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önce KK'nda bulunan bu düzenlemeler, 4650 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden evvel yapılan kamulaştırma işlemlerinde uygulanmaktadır. Bu yüzden 4650 sayılı Kanunla değişiklik yapılmadan evvelki döneme dair uyuşmazlıklar açısından kamulaştırma işleminin bitirilip bitirilmediği tespit edilirken yukarıdaki hüküm ve açıklamalar kapsamında değerlendirme yapılmalıdır. Yargıtay da bitirilmiş bir kamulaştırmanın bulunmadığı durumlarda kamulaştırmanın mevcudiyetinden söz edilemeyeceğini ifade etmiştir⁸⁸.

⁸⁸ Karaca, s.49.

4650 sayılı Kanun ile 2942 sayılı KK m.8 ve m.14 değiştirilmiş, m. 13 ise yürürlükten kaldırılmıştır. 2942 Sayılı Kanun'un değişik m.8'de idarenin bu Kanun kapsamında tapuda kayıtlı taşınmaz mallar hakkında yapacağı kamulaştırmalarda satın alma usulünü ilk olarak uygulanması kuralı getirilmiş ve taşınmaz sahibi veya yetkili temsilcisince idare adına tapuda ferağ verilmesi durumunda, kamulaştırma bedelinin bunlara ödeneceği yer almıştır. Bu düzenleme gereğince tarafların kamulaştırma bedeli üzerinde anlaşmaları durumunda taşınmaz sahibi tarafından tapuda ferağ verilmesiyle kamulaştırma işlemi tamamlanır⁸⁹.

Kamu kurumu ile taşınmaz sahibinin anlaşmaya varamaması halinde ise mülkiyet, idarenin açtığı bedel tespiti ve tescil davası sonunda taşınmazın olduğu yer asliye hukuk mahkemesinin verdiği tescil kararıyla idareye geçer (KK m. 25). İdare, davaya konu taşınmazla ilgili yaptığı bedel tespiti ve buna dayanak bütün bilgi ve belgeleri de dava dosyasına ekler⁹⁰. İdarenin, kamulaştırma sürecinde kamulaştırma işlemlerine başlamasına karşın, taşınmazın mülkiyeti kendisine geçmeden, diğer bir deyişle taşınmazın idare adına tescil ya da terkin edilmeden evvel taşınmaza fiilen el atması durumunda kamulaştırmamız el atma gündeme gelir⁹¹.

Kamulaştırma için yasada yer alan idari usul ve esaslara uyulmalıdır. İlk olarak kamu yararı kararının alınması ve bu kararın onaylanması aşamalarına uyulmalıdır. Örneğin belediyenin yapacağı bir kamulaştırmada, belediye encümeni yerine kamu yararı kararını belediye başkanının alması; ayrıca belediye encümeninin kamu yararı kararının kaymakam veya vali tarafından onaylamaması durumunda kamulaştırma aşamaları usule aykırı olduğu için bu kamulaştırma işlemlerine istinaden özel mülkiyete geręekleřtirilen müdahale haksız bir kamulaştırmamız el atma olacaktır⁹².

Kamulaştırmanın yasada yer alan esas ve usullere uyulmaksızın yapılması halinde de kesinleşmiş bir kamulaştırma işlemi bulunmadığından, kamu

⁸⁹ Karaca, s.50.

⁹⁰ Günday, s. 251.

⁹¹ Gözler, C.II, s. 979-981; Çabri, s. 89.

⁹² Yücel Özdemir, **Türk Hukukunda Kamulaştırmamız El Atma**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s.96.

kurumunun özel mülkiyette bulunan taşınmaza fiili şekilde el atması da kamulaştırmatsız el atma durumunu meydana getirecektir. Kamulaştırma süreçlerindeki esas ve usullere aykırılığa, özel mülkiyetteki taşınmazın sahibine yapılması gereken tebligatın usulüne uygun şekilde tebliğ edilmemesi örnek gösterilebilir⁹³. Çünkü, KK m.25 uyarınca, hakların kullanımı ve borçların ifası açısından kamulaştırma işleminin taşınmaz sahibi açısından mahkemenin yapacağı tebligattan itibaren başlayacağı düzenlenmiştir.

Yargıtay pek çok kararında, kamulaştırma işlemlerinin yapılmasına karşın bu işlemlerin taşınmaz sahibine hiç tebliğ edilmediği veya usulüne uygun şekilde tebliğ edilmediği durumlarda, kendisine usulüne uygun bir şekilde tebligat yapılmamış taşınmaz sahibi açısından kamulaştırma işlemi başlamayacağından, yani bitirilmiş ve kesinleşmiş bir kamulaştırma işlemi bulunmadığından, kamulaştırmatsız el atma durumunun oluşacağına, taşınmazın idareye tescil veya terkinine karar verilmesinin dava açılmasına engel olmayacağına, davaya kamulaştırmatsız el atma davası şeklinde devam edilerek karar verilmesi gerektiğine hükmetmiştir⁹⁴.

Kamulaştırma sürecindeki başkaca esas ve usullere uyulmasına karşın kamu yararı veya kamulaştırma kararı alınmaması ya da taşınmaz malikiyle anlaşmaya varılamaması halinde taşınmazın kamulaştırma bedelinin belirlenmesi ve bu bedelin idarece ödenmesi karşılığında idareye tesciline karar verilmesi için yetkili asliye hukuk mahkemesine başvurulmadan önce; mahkemeye başvurulmuşsa dava sonucu beklenmeden veyahut kamulaştırılacak taşınmazın bedeli nakden ve peşin olarak veya ayrıkısı durumlarda ilk taksiti peşin olarak taşınmaz sahibi adına bankaya yatırılmadan önce idarenin taşınmaza fiili olarak el atması hallerinde de kamulaştırmatsız el atma durumu meydana gelir.

Ayrıca, Yargıtay, acele kamulaştırma kararı alınmasından sonra kamulaştırmanın bitirilmesi için makul bir zamanda tespit ve tescil davası yoluna gitmeyen kamu kurumunun kamulaştırmatsız el attığını ifade etmiştir⁹⁵. Yine

⁹³ Ulusoy, s.93; Özdemir, s.124-125.

⁹⁴ Yargıtay 5. HD'nin 24.01.2017 tarihli ve E. 2016/12404, K. 2017/509 sayılı, <https://www.sinerjias.com.tr/>, (Erişim Tarihi: 15.04.2022).

⁹⁵ Yargıtay 5. H.D., T. 18.06.2012, E. 2012/7785, K. 2012/13124, <https://www.sinerjias.com.tr/>, (Erişim Tarihi: 15.04.2022).

kamulaştırma işlemlerindeki eksikliğin daha sonra fark edilmesi gibi, örneğin taraflarda yanlışlık yapılması halinde idarenin yaptığı müdahale de kamulaştırmatsız el atma kabul edilecektir.

c. Yoklukla Sakat Olma Hali

Yoklukla sakat işlemler, çok ağır sakatlıkları bulunan ve hukuk âleminde hiç doğmamış olarak kabul gören batıl işlemlerdir. Bu nedenle, kamulaştırma işleminin bir nedenle yoklukla sakat olduğu hallerde kamulaştırma işlemi hiç yapılmamıştır⁹⁶. Örneğin bir özel kişinin kamu tüzel kişisi yerine kamulaştırma kararı alması halinde, bu işlem yoklukla sakat hale geldiğinden, kamulaştırma işlemi hiç yapılmamış hale gelir. Bu durumda, idarenin kamulaştırma işlemine istinaden yaptığı fiiller, hukuki dayanaktan mahrum olacaktır.

İdare, yokluk yaptırımına tabi bir kamulaştırma kararına istinaden özel mülkiyetteki taşınmaza fiili şekilde el atmışsa, bu eylem bir kamulaştırmatsız el atma olacaktır. Fakat, kamulaştırma işlemi yoklukla değil de iptal edilebilirlikle yaptırımıyla karşılaştığında, bu işlem iptal edilince ya da geri alınıncaya kadar geçerli bir idari işlem kabul edileceği ve hüküm ile neticelerini doğuracağı için, bu işleme istinaden taşınmaza el atılması hemen kamulaştırmatsız el atma olarak görülmeyecektir. Bu kamulaştırma işlemine karşı açılan iptal davasında işlemin iptali karar verilmesi durumunda bu iptal kararıyla işlem geçmişe etkili şekilde ortadan kalkacaktır. Dolayısıyla idare, iptal kararı çerçevesinde, işlemin tüm neticelerini ortadan kaldırmakla yükümlü olduğundan, bu yükümlülüğe uymayarak taşınmaza el atar veya fiilen el atmaya sürdürürse bu durum kamulaştırmatsız el atmaya yol açacaktır⁹⁷.

Doktrinde bazı yazarlar yoklukla sakat olan idari işlemin iptali veya yokluğunun belirlenmesi için dava açılmasına gerek bulunmadığı, çünkü yoklukla sakat olan idari işlemin hüküm doğurmayacağı, süreye tabi olmaksızın yokluğun daima öne sürülebileceği görüşünü savunurken, bazı yazarlar ise yokluk durumunun belirlenmesinin sadece iptal davası açılması ile mümkün olabileceği görüşünü öne sürmektedir⁹⁸.

⁹⁶ Özdemir, s.124.

⁹⁷ Yazıcıoğlu, s.62-63.

⁹⁸ Çabri, s. 90-91.

Yokluk, idari işlemin unsurlarının sakat olmasından ortaya çıkabilir. Fonksiyon gaspı niteliğindeki bir sakatlık, işlemi yoklukla malul kılacaktır⁹⁹. Bu halde, ilgili kamu kurumunun kamulaştırma yapmadığı ve kamulaştırmamasız el attığı kabul edilebilecektir.

d. Kamulaştırmadan Vazgeçilmesi Hali

İdare, kamulaştırmanın tüm aşamalarında, tek taraflı şekilde kamulaştırmadan kısmi şekilde ya da tamamıyla vazgeçebilir (KK m. 21). Dolayısıyla idare, kamulaştırma işlemine başladıktan sonra tek taraflı şekilde veya taşınmaz sahibiyle anlaşarak kamulaştırmadan vazgeçmişse, taşınmazın kamulaştırılmasından vazgeçtiği bölümündeki fiili el atmayı hemen sona erdirmelidir. Vazgeçmeye karşın fiili el atma durumu sürerse bu durum, kamulaştırmamasız el atmaya yol açar¹⁰⁰. Dava esnasında vazgeçme halinde, yargılama giderleri ile verilen emek ve işin önemi dikkate alınarak maktu olarak takdir edilecek avukatlık ücreti mahkeme tarafından idareye yükletilir (KK m. 21).

C. Taşınmaza İdarenin Fiili Olarak El Atması

Kamulaştırmamasız el atmada bir diğer unsur, özel mülkiyetteki taşınmaza idarenin fiilen el atmasıdır. İdarece taşınmaza fiilen el atıldığından bahsedilebilmesi için de, taşınmaza el atılması sebebiyle hukuka aykırı biçimde taşınmaz sahibinin mülkiyet hakkından kaynaklanan yetkilerini tamamen kullanamaz hale gelmiş olması gerekir¹⁰¹.

Fiili el atmanın taşınmaza fiilen el atılmasının yanı sıra taşınmazdan elektrik, enerji gibi nakil hatları geçirilmesi gibi fiilen irtifak hakkı tesis edilmesi şeklinde de yapılması olanaklıdır. Örneğin imar düzenlemesi yapılarak arsa niteliğine dönüşmemesi sebebiyle yalnızca arazi olarak kullanılabilen tarla vasfındaki bir taşınmaza idare, fiili olarak el atarak malikin taşınmaz üstündeki tasarrufunu engellemediği, başka bir ifadeyle taşınmaz malikin bu arazisi üstündeki mülkiyet hakkından kaynaklanan yetkilerini kullanmayı sürdürdüğü

⁹⁹ Çabri, s. 92.

¹⁰⁰ Kutlu Gürsel, s.389.

¹⁰¹ Özdemir, s.125.

müddetçe fiili el atmadan bahsedilemez. Fakat, bu halde taşınmaz malikinin tarlasında ekim dikim yapması fiili olarak önleniyorsa fiili el atma durumu gündeme gelir.

Yargıtay, kamulaştırma şerhinin tapuya işlenmesi, 2565 sayılı Kanun gereğince taşınmazın askeri güvenlik bölgesine alınması ve bu durumun tapuya şerh edilmesi yoluyla taşınmazın kullanılmasının sınırlanması, imar uygulaması neticesinde taşınmazın kamu hizmetlerine tahsisi gibi haller ile fiilen imar uygulaması yapılmaksızın taşınmazın imar planında park veya yol şeklinde belirtilmesinin, fiili el atma olmadığı müddetçe kamulaştırmaz el atmaya yol açmayacağını belirtmektedir¹⁰².

1. Taşınmaza İdarece Fiili Olarak ve Sürekli El Atılması Ya da İrtifak Hakkının Tesisi

Kamulaştırmaz el atmadan bahsedilebilmesi için idare, özel mülkiyette bulunan taşınmaza, sahibi olmak için ve kalıcı şekilde el atmalıdır. İdarenin sahiplenme amacı ve el atması geçici olmamalı, yani sürekli olmalıdır. Yargıtay da kamulaştırmaz el atmanın bulunabilmesi için, idarenin el atmaya sahiplenmek için yapması ve bunun kalıcı olması koşullarını aramaktadır¹⁰³.

İdarenin fiilen el atmasının olduğu durumlarda bile el atma, kalıcı değilse ve yalnızca geçici bir kullanım varsa kamulaştırmaz el atma durumu oluşmayacaktır. Dolayısıyla taşınmaz sahibinin bir zararı meydana gelse dahi taşınmaz bedelini talep etmesi hukuken mümkün değildir. Bu durumda sadece maruz kalınan zararın tazminini talep etme imkânı bulunmaktadır.

Kamulaştırmaz el atma, taşınmaz sahibinin taşınmaz üstündeki tasarrufunun hukuka aykırı şekilde tamamıyla ortadan kaldırmış ve taşınmazını elinden almış olmalıdır. Taşınmazın malikin elinde bulunması ve malikin kullanma hakkına sahip olması halinde, malik idareden taşınmaz değerinin karşılığını talep edemeyecektir. İdare, taşınmaz sahibinin tasarrufuna devamlı şekilde engel olmazsa ve taşınmazın sahibi olma amacıyla fiilen el atmazsa teknik

¹⁰² YHGK'nin 05.12.2007 tarihli ve E. 2007/5-933, K. 2007/951 sayılı, <https://www.sinerjias.com.tr/>, (Erişim Tarihi: 15.04.2022).

¹⁰³ Yargıtay 5. HD'nin 07.04.2011 tarihli ve E. 2011/2322, K. 2011/6217 sayılı, , <https://www.sinerjias.com.tr/>, (Erişim Tarihi: 15.04.2022).

olarak kamulaştırmamız el atma durumu meydana gelmeyecektir¹⁰⁴. Örneğin idarenin, bayındırlık eylemlerini yaparken ya da bir yol inşa ederken özel mülkiyette bulunan taşınmazlardan toprak veya taş temin etmesi veyahut bu taşınmazlara moloz koyması veya idarenin iş makinelerinin bu taşınmazlara girerek eşyaya zarar vermesi gibi hallerinde taşınmazın sahibi olma amacı olan, sürekli bir el atma bulunmadığından kamulaştırmamız el atmadan bahsedilemez. Çünkü, idare el attığı taşınmazdan yararlanmadığı ve elinin altında tutmadığı hallerde kalıcı bir el atmadan bahsedilemez.

Bununla birlikte, fiili el atmalarda olduğu gibi imar planlarının uzun yıllar boyunca hayata geçirmemesi ve idarenin pasif kalarak taşınmaz malikinin mülkiyet hakkını kullanmasını önlemesi aracılığıyla meydana çıkan hukuki el atmalarda da aynı durum bulunmaktadır. Bu durumda da bir kamulaştırma veya da takas yapılmamakla birlikte belirsiz süreli hale dönüşen hukuki el atma, kalıcı bir el atmaya dönüşmektedir. Bu halde idari bir eylem ve bu eylem sonucunda meydana gelen zarar bulunmaktadır¹⁰⁵.

İdarenin el atmasının hangi hallerde geçici kabul edileceği hususunda süre açısından objektif bir ölçüt tespit edilememiştir. Her el atma halinin geçici özelliğe sahip bulunup bulunmadığının incelenmesi gerekir. Bu kapsamda el atmanın geçici özelliğe sahip olduğu belirlenen hallerde kamulaştırmamız el atma gündeme gelmeyecektir¹⁰⁶. Bu kapsamda belli bir zaman aralığıyla sınırlı olarak yapılan el atma fiilleri, fiili el atma şeklinde kabul edilmemektedir.

Yargıtay¹⁰⁷, yapılan imar planında kültür varlığı alanında bulunduğundan bu alana bu bir müdahalenin gerçekleştirilmediği, taşınmaza komşu arsada yapılan faaliyet esnasında iş araç ve gereçlerinin dava konusu taşınmaza girmesi ve çıkması, hafriyat faaliyeti gerçekleştirilmesi, daha sonra bu bölümlerin düzeltilmesi nedeniyle geçici nitelikte müdahale yapıldığı ve bu durumun fiili el atma olarak kabul edilemeyeceği ifade edilmektedir.

¹⁰⁴ YHGK'nin 05.12.2007 tarihli ve E. 2007/5-933, K. 2007/951 sayılı kararı, <https://www.sinerjias.com.tr/>, (Erişim Tarihi: 16.04.2022).

¹⁰⁵ Günday, s.277.

¹⁰⁶ Yazıcıoğlu, s. 71.

¹⁰⁷ Y. 18. HD 2014/673 E., 2014/7343 K.,21.4.2014 T., <https://www.sinerjias.com.tr/>, (Erişim Tarihi: 27.05.2022).

Yine Yargıtay başka bir kararında¹⁰⁸ imar planında ağaçlandırma yapılacak yeşil alanda kalmasına karşın taşınmazın bir bölümüne kaldırım, diğer bir bölümüne üst geçit yapılarak, bir diğer bölümünün mıcır tarzı bir malzemeyle kaplanarak müdahale yapılmasını, tahsis amacına uygun bir müdahale olmadığı gerekçesiyle kalıcı olarak kabul etmeyen ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur. Bu şekilde bir müdahalenin kalıcı olup olmadığının ele alınmasında, tahsis amacından daha çok, müdahalenin taşınmaz üstünde yol açtığı sonucun değerlendirilmesi gerektiğine karar vermiştir¹⁰⁹.

Müdahalenin geçici veya sürekli oluşuna ilişkin olarak taşınmaz sahibi açısından da bir değerlendirme yapılmaktadır. Taşınmaz sahibi bakımından, el atmanın süreceği zaman sürecini belli olmaması, kesintisiz devam edeceği algısına yol açacağından, süreklilik unsurunun bulunduğu söylenebilir¹¹⁰.

Yargıtay, fiili el atmanın sürekli olmaması durumunda zarara neden olan fiilin niteliğine bakmakta ve bu fiil, idarenin eylemi özelliğine sahipse idari yargıda tam yargı davası açılmasına; haksız fiil vasfında ise 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu hükümlerine istinaden tazminat davası açılmasına karar vermektedir¹¹¹.

D. Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Bulunmaması

İdarenin, özel mülkiyette bulunan bir taşınmaza el atması her koşulda hukuka aykırılık teşkil etmeyebilir. Örnek olarak acele kamulaştırma veya geçici işgal halleri yasalarla getirilmiş idarenin hukuka uygun müdahale usulleridir¹¹². Bununla birlikte, hukuka uygunluk nedenlerinin, kamulaştırmasız el atma durumu için de geçerli olduğu söylenebilir. Örneğin idarenin el atmasının 221 sayılı Kanun içeriğine girmesi, 3194 sayılı Kanunda belediyelerin takdirine bırakılan düzenleme ortaklık payı ayrılması işlemleri, KK'ya göre özel parselasyon gibi hallerde kamulaştırmasız el atma gündeme gelmeyecektir.

¹⁰⁸ Y. 18. HD 2014/7625 E., 2014/16136 K., 13.11.2014 T., <https://www.sinerjias.com.tr/>, (Erişim Tarihi: 27.05.2022).

¹⁰⁹ Ayanoğlu, s.77-80.

¹¹⁰ Bakırcı, s.142.

¹¹¹ Ayhan, s.1134.

¹¹² Özdemir, s.114.

1. El Atmanın 221 Sayılı Kanun¹¹³ Kapsamında Bulunmaması

221 sayılı Kanuna göre 09.10.1956 tarihinden evvel idarenin el attığı taşınmazlara ilişkin olarak taşınmaz maliki, kamulaştırmatsız el atmadan ötürü açabileceği davaları açamayacaktır. Zira, bu tarihten evvelki idarenin el atmaları tahsis tarihinde kamulaştırılmış kabul edilecektir. Bu tarihten evvelki el atmalara dair dava açma hakkı ise Yasanın yürürlük tarihinden başlayarak iki yıla sınırlandırılmıştır. Bu hüküm, kamulaştırmatsız el atmalara ilişkin yasayla getirilen hükümler, hukuk devleti ilkesi ve mülkiyet hakkına açıkça aykırıdır. Bu Kanun ile müdahalenin önlenmesi ve tazminat davası açma olanağının ortadan kaldırılması, yalnızca taşınmaz bedelinin ödenmesi davası açılmasına imkân verilmesi, bedel davasının iki yıla sınırlandırılması, taşınmazın dava tarihindeki değil fiilen el konulduğu tarihteki rayiç değerini talep edilebileceği hükümler getirmesi nedenleriyle 221 sayılı Kanun, kamulaştırmatsız el atmada 16.05.1956 tarihli YİBK'nda yer alan ilkelerin gerisine gitmiştir.

221 sayılı Kanunun kapsamı, 9.10.1956 tarihinden önce kamulaştırma işlemlerine ilişkin usul ve ilkelere uymaksızın, kamu yararını sağlamaya yönelik bir amaç için fiili olarak ayrılan ve el konulan taşınmazlardır. Bu Kanunda taşınmazın tabii olduğu hukuk rejimi ya da taşınmaz sahibine ilişkin özel bir hüküm yer almamıştır.

Yargıtay sadece özel mülkiyette bulunan taşınmazların kamu hizmetinin yapılabilmesi amacıyla fiili olarak ayrılması durumunda 221 sayılı Kanunun uygulanabileceği belirtilmektedir¹¹⁴.

Danıştay¹¹⁵, kamu hukuku tüzel kişisi olan Ankara Belediyesi'nin tapuya kayıtlı taşınmazı üstünde Devlet daireleri yapılmasına ilişkin bir kararında, uyuşmazlığın konusunun 221 sayılı Kanun'un uygulama alanına kapsamında olduğunu kabul etmiştir. Anılan Yargıtay ve Danıştay kararlarına birlikte

¹¹³ RG Tarih: 8.9.1956, Sayı 9402.

¹¹⁴ Yargıtay HGK 2014/838 E., 2015/2654 K., 18.11.2015 T., <https://www.sinerjias.com.tr/>, (Erişim Tarihi: 15.04.2022).

¹¹⁵ Danıştay 3. D. 1963/10 E., 1963/15 K., 25.1.1963 T. Kararı, <https://www.sinerjias.com.tr/>, (Erişim Tarihi: 15.04.2022).

bakıldığında, 221 sayılı Kanunun kapsamına giren taşınmazların, kamu veya özel hukuka tabi şahısların maliki olduğu taşınmazlar olabildiği belirtilmektedir¹¹⁶.

2. Taşınmaza Düzenleme Ortaklık Payı Kesilmesi Suretiyle El Atılması

Kamulaştırmaz el atma açısından hukuka aykırılığı kaldıran bir diğer durum, İmar Kanunu m.18’de düzenlenen düzenleme ortaklık payıdır (DOP). DOP, kamu yararı ve kamu hizmetlerini yerine getirmek için, imar sınırları içinde kalan alanlarda gerçekleştirilen düzenlemeler sonrasında, düzenlemeye tabi kılınan alanda gerçekleşen değer artışı karşılığında özel mülkiyette bulunan taşınmazlardan ortaklık payı olarak pay alma esasına dayanır. Bu nedenle DOP, hukuka uygun kamulaştırmaz el atma şeklinde de tanımlanabilir. Bu kurum, yalnızca ülkemizde değil farklı ülkelerde de yasal düzenlemelerle mevcuttur. Hatta, bu uygulama imar hukukunda “Hamur kuralı” ya da “Addikes kanunu” şeklinde de tanımlanmaktadır¹¹⁷.

DOP ayrılması, kamulaştırma aracılığıyla mülkiyet hakkına müdahale durumu gibi, yasal düzenlemelerle getirilmiş ve kamu yararı bakımından somut gerekçelere dayandırılmıştır. Zira DOP, bu kapsamda düzenlenen alanların gereksinimi olan yol, park, okul gibi kamu hizmetleri veya bu hizmetlere ilişkin tesis yapılmasından farklı amaçlarla kullanılamaz. Bu açılardan düzenleme ortaklık payının, kamulaştırmaz el atmadan farklı olarak mülkiyet hakkına yapılan müdahale bakımından somut gerekçeleri bulunmaktadır.

Kamulaştırmaz el atmaya ilişkin açılan bir davada Yargıtay, düzenleme ortaklık payını ele almış, dava konusu taşınmazın bedeli belirlenirken değerlendirilen emsal satışın imarlı bir parseli olmasına rağmen somut uyuşmazlıktaki taşınmazın bu özellikte olmaması durumunda, yapılacak karşılaştırmadan sonra bulunacak değerden, m 18/2’deki DOP’a denk gelecek seviyede indirim yapılması gerekeceğini belirtmiştir¹¹⁸.

DOP, düzenleme kapsamındaki arazi ve arsaların düzenlemeden evvelki yüzölçümlerinin yüzde kırk beşini geçemeyecektir. Bu miktara kadarki DOP

¹¹⁶ Münevver Kübra Bakırcı, Kamulaştırmaz El atma, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Üniversitesi, İstanbul, 2021, s.214.

¹¹⁷ Gözler, C.II, s. 1001.

¹¹⁸ Yargıtay 18. H.D., E. 2013/8649, K. 2013/12427, T. 30.09.2013, <https://www.sinerjias.com.tr/>, (Erişim Tarihi: 16.04.2022)

kesintilerinde hukuka uygunluk durumu olsa da, bu sınırın geçilmesi halinde hukuka aykırılık ve kamulaştırmasız el atma gündeme gelecektir.

Yargıtay da DOP kesintisi yapıldıktan sonra kalan bölüm açısından taşınmaz sahibine hissesi karşılığında yer verileceğini veya hissesinin bedele dönüştürüleceğini ya da belli bir kişinin parseline katılarak o kişi aleyhine, taşınmaz sahibine hissesine karşılık ipotek tesis edileceğini, bunların yapılmayarak davacıların hisselerinin tamamı bedelsiz olarak terkin edilmesinin kamulaştırmasız el atma olduğunu belirtmektedir¹¹⁹.

İmar Kanunu m.18 kapsamında taşınmazdan düzenleme ortaklık payının bir defa düşülebileceği ve ikinci kez düşülemeyeceği açıktır. Bu durumda ikinci el atma hukuka aykırı hale gelecektir.

3. El Atmanın Özel Parselasyona Dayanmaması

Yukarıda 4.4.4.2. Bölümünde yer alan parselleme yöntemi taşınmaz sahiplerinin talep ya da onayına bakılmaksızın idarece resen yapılan parselasyondur. Fakat bazı hallerde taşınmaz sahibinin talebi üzerine de parselleme işlemi gerçekleştirilebilmektedir. Bu parselleme işlemi, “*isteğe bağlı parselleme*” (*ifraz ve tevhit işlemleri*) şeklinde isimlendirilmektedir¹²⁰.

İsteğe bağlı özel parselleme, arsa ya da arazi malikinin taşınmazını kendi isteği ile birden çok parsel ayırması (*ifraz*) ya da birden çok parseli birleştirerek tek bir parsel dönüştürmesi (*tevhit*) şeklinde ortaya çıkmaktadır. İsteğe bağlı parselleme imar planı yapılmış veya imar planı yapılmamış bir alan üzerinde bulunan arsa veya araziye ilişkin parselleme şeklinde ayrıma tabi tutulmaktadır. Bu yerlerde isteğe bağlı parselasyon sonucunda taşınmaz sahibinin rızası ile kamu hizmetlerini yürütmek amacıyla tahsis edilen bölümlere ileride idarece el atılması konulması *hukuka aykırı* kamulaştırmasız el atma şeklinde kabul edilmez ve bu kurumun beraberinde getirdiği neticeleri doğurmaz¹²¹.

¹¹⁹ Yargıtay 5. H.D., E. 2011/2503, K. 2011/10581, K.T. 14.06.2011, <https://www.sinerjias.com.tr/>, (Erişim Tarihi: 16.04.2022).

¹²⁰ Salih Şahiniz, **Teoride ve Uygulamada Kamulaştırmasız El Koyma**. Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2006, s.85.

¹²¹ Karaca, s.78.

İmar Kanunu m.18 kapsamında gerçekleştirilen parselasyon çalışmasından farklı olarak, arsa ve arazi sahiplerinin isteği çerçevesinde yapılan parselleme “isteğe bağlı parselleme”, “özel parselleme” veya “bedelsiz terk” şeklinde tanımlanmaktadır¹²².

Özel parselasyon uygulaması sonucunda taşınmaz sahiplerinin onayı ile kamu hizmetleri ve kamu tesislerine özgülenmiş olan alanlara dair mülkiyet iddiası ileri sürülemeyecek ve bedel de istenemeyecektir¹²³. Kaldı ki, KK m.35/2’de özel parselasyon neticesinde taşınmaz sahibini onayı ile kamu hizmeti veya tesisleri için tahsis edilen yerler için eski sahiplerince mülkiyet iddiasının ileri sürülemeyeceği ve karşılık talep edilemeyeceği düzenlenmiştir.

KK m.35 gereğince yapılan özel parselasyon sonucunda kamu hizmetine tahsis edilen yerler için taşınmaz sahibi mülkiyet iddiasında bulunamaz, karşılık da isteyemez ve Yargıtay uygulaması da bu yöndedir. Hatta Yargıtay bu kararında bu kural hak düşürücü nitelikte olduğunu, yargılamanın her aşamasında mahkemece kendiliğinden dikkate alınacağını belirtmektedir.

Yine Yargıtay özel parselasyon sonucu kamu hizmetleri ve kamu tesisleri için tahsis edilen yerlerin, bu amaçla kullanılmaması sebebine dayanan eski malikin tapu iptali ve tescil talebine dair davasının KK m. 35 gereğince reddine karar verilmesi gerektiğine karar vermiştir.

4. Taşınmazın Tümünün ya da Bir Kısımının Bedelsiz Terki

İmar planında kamu hizmeti için bir bölümü ayrılmış taşınmazda yapı inşa edebilmek için bu bölümün *idareye bedelsiz şekilde terk edilmiş yani “hibe edilmiş”* olması, bedelsiz terk şeklinde görülmektedir. Bedelsiz terk, bir yapı inşa etme izni karşılığı olarak kabul edilebilir. Bu nedenle de bedelsiz terk uygulamasında, kamulaştırmasız el atmanın gündeme gelmeyeceği ve müdahalenin önlenmesi davası ya da bedel davası açılmayacağı kabul görmektedir¹²⁴.

¹²² Şahiniz, s.85.

¹²³ Kutlu Gürsel, s. 408.

¹²⁴ Şahiniz, s.85.

Arsa ve arazi sahiplerinin yapı izni alabilmek amacıyla, kamu hizmetlerinde kullanılmak için terk edilen arsa ve arazilerine idarenin fiilen el atması durumunda kamulaştırmaz el atma gündeme gelmeyecektir. Çünkü, bu halde, taşınmaz sahibinin bedelsiz terki tamamıyla kendi özgür iradesiyle yapmış olduğunu söylemek zor da olsa, taşınmaz sahibinin bu bedelsiz terkte onayının bulunduğunu söylemek olanaklıdır.

Yargıtay, taşınmaz sahiplerinin yapı izni alabilmek için gerçekleştirdikleri bedelsiz terk uygulamasını Kamulaştırma Kanunu m.35 çerçevesinde ele almış ve imar düzenlemesi esnasında sahibinin muvafakati ile yola tahsis edilen yerler açısından eski sahipleri tarafından mülkiyet iddiasında bulunulamayacağı, yol olarak tahsis edilen bölümü idarenin sonraki imar planı değişikliğiyle iskâna açmasının taşınmazın eski sahibine mülkiyet iddiasını ileri sürme hakkı vermeyeceğine karar vermiştir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da bir kararında, malikin kendi talebiyle yola terk edilen ve tapuda da terkin edilen taşınmazın, kendi adına tescili talebiyle açtığı davada, Kamulaştırma Kanunu m.35 uyarınca taşınmaz sahibini onayı ile kamu hizmeti veya kamu tesisleri için tahsis edilen yerler açısından eski sahiplerince mülkiyet iddiasının ileri sürülemeyeceği ve karşılık istenemeyeceğine karar vermiştir.

Yine Yargıtay HGK bir kararında, bedelsiz terke dair bir anlaşmazlıkta çözümün malik ve idarenin işlem ve eylemlerinde gerçek amaçlarının belirlenmesine ve Türk Medeni Kanunu m.2’de maddesinde düzenlenen dürüstlük ve m.3’de düzenlenen iyi niyet ilkelerine uygun davranılıp davranılmadığının belirlenmesine bağlı olduğunu ifade etmiştir.

Danıştay da taşınmazlardan daha önceki ayırma (ifraz) işlemi esnasında alınan terk oranının, parselasyon işlemi esnasında düzenleme ortaklık payı oranına tamamlanacak kadar fark alınabileceğini belirtmiştir¹²⁵. Başka bir deyişle, bir taşınmazdan daha önceki ifraz işlemi esnasında alınan terk oranı düzenleme ortaklık payı oranından düşükse bu orana tamamlanacak şekilde pay alınabilir ancak terk oranı düzenleme ortaklık payı oranı ile aynı ya da bu orandan fazlaysa

¹²⁵ Danıştay 6. Dairesi’nin 13.03.1997 tarihli ve E. 1996/1478, K. 1997/1367 sayılı karar, <https://www.sinerjias.com.tr/>, (Erişim Tarihi: 26.04.2022).

bu taşınmazdan düzenleme ortaklık payı alınamaz. Danıştay bu yöndeki başka bir kararında, terk veya hibe adıyla taşınmaz malikince taşınmazlarının ifrazını gerçekleştirebilmek için bu tevhit ve ifrazı esnasında kamu malı için yapılan terkinlerin, bu taşınmazlardan alınacak düzenleme ortaklık payından düşülmesi gerektiğini ifade etmiştir.

V.FİİLİ EL ATMANIN SONUÇLARI VE HUKUKİ BAŞVURU YOLLARI

A. Genel Olarak

Fiili el atma kurumuna ilişkin doktrindeki görüşler, bu kurumun geçmişi ve bugünü, yürürlüğe konulan hukuki düzenlemelere bakıldığında, kamulaştırmaz el atmaya karşı başvurulabilecek hukuki yolların belirlenmesi önemli görülmektedir. Bu hukuki yolların en somut olanı elbette dava yoludur¹²⁶.

Kamulaştırmaz el atmaya ilişkin genel bir kanun hükmü olmadığı gibi mülkiyet hakkı ihlal edilen taşınmaz maliklerinin gidebileceği hukuki yollar da özel bir kanunla düzenlenmemiştir. Bu nedenle kamulaştırmaz el atma aleyhine başvurulabilecek hukuki yollar önemli hale gelmektedir. Kamulaştırmaz el atmaya ilişkin genel görüş, bu eylem bir haksız fiil olup, bu durumda başvurulabilecek hukuki korunma yolları, kamulaştırmaz el atma halinde de kullanılabilir. Bununla birlikte, geçmişte yapılan kamulaştırmaz el atmalara ilişkin devamlı surette idareyi koruyan yasal düzenlemeler yapılması ve bu düzenlemelerden bazılarının yargı yolunda iptal edilmesi nedeniyle kamulaştırmaz el atma davalarının niteliği ve hukuki sonuçlarına dair bir karmaşa olduğu söylenebilir.

Kamulaştırmaz el atmaya dair hukuki düzenleme bulunmadığından konunun ele alındığı Yargıtay kararları, doğrudan somut uyuşmazlıkları çözmeye yönelmiş ve Yargıtay içtihatlarıyla kamulaştırmaz el atmadan kaynaklanan sorunların çözülmesi hedeflenmiştir. Kamulaştırmaz el atmaya ilişkin 16.05.1956 tarihli YİBK uyarınca taşınmazına kamulaştırmaz el atılan malik, el atmanın önlenmesi ve bedel davasını seçimlik şekilde öne sürebilecektir.

¹²⁶ Şahiniz, s.75.

Belirlenecek bedel, dava tarihindeki bedel olacaktır¹²⁷. YİBK uyarınca malik, ayrıca el atmanın önlenmesi davası da açabilir.

İdarenin, özel mülkiyetteki taşınmazın tümü ya da bir bölümü üstünde kendi fiili hâkimiyetini ya da başkası adına fiili hâkimiyeti kurması biçimindeki el atma eylemleri ile taşınmaz sahibinin mülkiyet hakkı ortadan kalkmayacaktır. Bu sebeple de taşınmaz maliki, TMK m. 683/2’de yer alan mülkiyet hakkına yönelik hukuka aykırı müdahaleleri engelleme ve ortadan kaldırmaya yönelik el atmanın önlenmesi davasını açabilir. Fakat, malik, bu dava sonucunda verilecek kararın infazı sırasında oluşabilecek zorluk ya da imkânsızlık nedeniyle, kamu hizmetine özgülünen taşınmazın idareye devrine rıza gösterip, taşınmazın değerinin alınması için bedel davası da açabilir¹²⁸.

Bununla birlikte, taşınmaz sahibinin el atmanın önlenmesi davası açabilmesine ilişkin doktrinde bir tartışma bulunmaktadır. Dolaylı kamulaştırma ya da bayındırlık eserlerinin yapımı sebebiyle el atma olarak adlandırılan hallerde, kamu yararı uyarınca bayındırlık yapılarının ortadan kaldırılıp kaldırılmamasına dair kararın taşınmaz sahiplerine bırakılmaması, bu nedenle el atmanın önlenmesi davası yerine yalnızca tazminat davası açılması gerektiği öne sürülmektedir¹²⁹. Bu görüşü savunanların bir dayanağı da Kamulaştırma Kanunu 23. maddesinde yer alan mal sahibinin geri alma hakkına ilişkin düzenlemenin yorumudur.

Bu yorum kapsamında taşınmazda, kamulaştırma amacı doğrultusunda bir tesis yapılması veya taşınmazın kamu yararına ilişkin bir gereksinime ayrılması, malikin geri alma hakkını önleyici koşullar olarak görülüyorsa, bu koşullar kamulaştırmatsız el atma durumunda malikin el atmanın önlenmesini isteme hakkını da önleyici koşullar şeklinde kabul edilebilir¹³⁰.

Bayındırlık tesis ve binalarının yapımı sebebiyle gerçekleştirilen kamulaştırmatsız el atmalarda, el atmanın önlenmesi davası açılmaması gerektiği görüşüne yönelik bir eleştiri ise, aleyhine el atmanın önlenmesi davası açılması halinde idarenin kamulaştırma işlemi tamamlayarak ve kamulaştırma davası

¹²⁷ Türker Yalçınduran, **Kamulaştırmatsız El Koyma**, Yetkin Yayınları, Ankara 2015, s. 32.

¹²⁸ Bakırcı, s.235.

¹²⁹ Gözler, C.II, s.993.

¹³⁰ Yazıcıoğlu, s.117; Gözler, C.II, s.993.

açarak, el atmanın önlenmesi davasını konusuz bırakabilme olasılığının bulunmasıdır. Gerçekten idare, özellikle baraj, yol gibi bayındırlık eserlerinde kamulaştırma işlemlerini tamamlayıp, kamulaştırma davası açarak taşınmaz malikinin önleme davası açma imkânını ortadan kaldırabilir¹³¹.

Yine YİBK'nın 16.05.1956 tarihli ikinci bir kararı ile, fiili el atma durumunda taşınmaz sahibi tarafından açılacak bedel davasının, mülkiyet hakkının devrine karşılık olduğunu ve taşınmazın aynına dair olduğundan herhangi bir zamanaşımı süresine tabi olmadığı ifade edilmiştir.

Öte yandan, bu iki kararda fiili el atmanın mülkiyet hakkına haksız bir müdahale olduğu belirtilse de, hukuki nitelendirme ve görevli yargı koluna ilişkin kesin bir tespit yapılmamıştır. YİBK 11.2.1959 tarihli kararında, fiili el atma nedeniyle açılacak davaların adli yargı kolunun görev alanı içinde olduğu kabul edilmiştir¹³². Yargıtay'ın bu kararında, malikin idareye aleyhine ikame edebileceği davaları, el atmanın önlenmesi davası ile haksız fiile dayalı tazminat davası biçiminde adlandırılmaktadır.

Genel kural, mülkiyet hakkından kaynaklanan istemlerin zamanaşımı veya hak düşürücü süreye tabi olmaması, genel bir kuraldır. Fakat, 08.11.1983 tarihinde yürürlüğe giren Kamulaştırma Kanunu'nun 38. maddesi ile geçmişe de etkili biçimde mülkiyet hakkından kaynaklanan tüm davalar, yirmi yıllık hak düşürücü süreye tabi kılınmıştır. O dönemde kamulaştırmatsız el atmaya ilişkin tek yasal düzenleme olan KK m.38 Anayasa Mahkemesince iptal edilerek yürürlükten kaldırılmıştır. Mahkeme, yirmi yıllık sürenin geçmesinden sonra bütün dava haklarının önlenmesi ve taşınmazın bedel ödenmeksizin idareye devrinin mülkiyet hakkının hakkın özüne zarar veren ve bu hakkın sınırlarını aşan bir uygulama olacağını ifade etmiştir.

Bu hüküm iptal edildikten sonra, KK'ya eklenen Geçici 6. maddenin yürürlüğe girdiği tarihe kadar kamulaştırmatsız el atmada dava aşamalarına dair yasal düzenleme yapılmamıştır. Geçici 6. madde, 38. maddenin iptal kararı sonrasında oluşan içtihat farklılıklarını gidermeyi, taşınmazlarına 04.11.1983 tarihinden evvel kamulaştırmatsız el atılanların hak ve statülerini düzenlemeyi,

¹³¹ Yalçınduran, s.61.

¹³² Bakırcı, s.236.

uzlaşma yoluyla tazminat ödemeyi ve bu şekilde mahkemelerin dava sayısını azaltmayı ve AİHM'e gidebilecek bireysel başvuruları önlemeyi amaçlamıştır¹³³.

En son 6487 sayılı Kanunla değiştirilen Geçici 6. madde, kamulaştırmaz el atmaya ilişkin tek yasal düzenlemedir. Bu madde, 09.10.1956 ila 04.11.1983 tarihleri arasında, taşınmazlarına fiili olarak el atılan maliklerin başvuracağı hukuksal yolları hüküm altına almaktadır. Bu maddeyle getirilen düzenlemeler, idarenin işleyişini kolaylaştırmayı amaçladığından, Yargıtay içtihatlarına oranla, taşınmazına el atılan maliklere verilen başvuru imkânlarını da kısıtlamıştır. Bununla birlikte, dava aşamalarına dair bazı yeniliklere de yer verilmiştir.

İlk olarak, uzlaşma yolu, başvurulması gereken dava ön koşulu şeklinde düzenlenmiştir. Uzlaşma yoluna, idarenin daveti veya taşınmaz malikinin başvurusuyla da gidilebilir. Uzlaşma; nakdi ödeme, trampa, sınırlı ayni hak ya da imar hakkının kullandırılması yoluyla da gerçekleştirilebilir. Uzlaşmada nakdi ödemenin kararlaştırılması halinde bedel taksitli şekilde de ödenebilir. Taşınmazın el atma tarihindeki özellikleri temel alınarak malikin uzlaşmaya başvurduğu tarihteki muhtemel değer belirlenecek ve başvuru tarihinden itibaren en geç altı ay içerisinde malik uzlaşmaya çağrılacaktır. Geçici 6. maddeye göre, uzlaşma görüşmeleri, fiili veya hukuki bir engel yoksa görüşmelerin başladığı tarihinden itibaren en geç altı ay içinde bitirilir.

Bu madde kapsamında tarafların uzlaşmaya varamaması halinde uzlaşmazlık tutanağının düzenlendiği tarihten başlayarak üç ay içerisinde, malik ya da idarece bedel belirlenmesi davası ikame edilebilir. Bu dava türü de Geçici m.6'da gerçekleştirilen değişiklikle getirilen yeni bir dava türüdür. Bu hükümle açılacak dava, "kamulaştırmaz el atma nedeniyle tazminat davası" yerine "kamulaştırılmaksızın kamu hizmetine ayrılan taşınmazların bedel tespiti davası" na, başka bir deyişle, bedel tespit davasına dönüşmüştür¹³⁴.

Daha önce kamulaştırmaz el atma sebebiyle bedel tespiti ve tescil davasını sadece taşınmaz sahibi açarken, Geçici m.6'da yapılan değişiklikten sonra bu dava idare tarafından da açabilir hale gelmiştir. İdare de, davacı olarak, isterse bedel tespiti ve tescil davası açabilecektir. Bununla birlikte, Geçici m.6,

¹³³ Bayraktar, s.90.

¹³⁴ Turan Çınar, Kamulaştırmaz El Atma Davaları, Adalet Yayınları, 4. Baskı, Ankara 2017, s.35.

09.10.1956 ila 04.11.1983 tarihleri arasındaki el atmaları kapsamakta olup, kamulaştırmaz el atma yargılamalarında nispi dava harcı ve vekalet ücreti de maktu hale getirilmiştir¹³⁵. Bu uygulama anılan tarihler arasındaki kamulaştırmaz el atmalarda geçerlidir. 04.11.1983 tarihinden sonra yapılan el atmalar için de maktu vekalet ücreti ve harç alınacağına ilişkin bu maddenin 13. fıkrası Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir.

Geçici 6. madde, kamulaştırmaz el atmalara ilişkin tek yasal düzenlemedir. Ancak yukarıda belirtildiği gibi Yargıtay, hukuki el atmaları da kamulaştırmaz el atma olarak kabul etmektedir. Bu nedenle hukuki el atmalara ilişkin kanuni düzenlemelerin de kamulaştırmaz el atmalara ilişkin yasal bir düzenleme şeklinde görülebileceği ifade edilmiştir¹³⁶. Bu kapsamda hukuki el atmalara ilişkin ilgili düzenlemeler getirilmiştir. İşte bu konuda Kamulaştırma Kanununa 6745 sayılı Kanunla konulan Ek 1. maddesi, uygulama imar planlarında kamu hizmetlerine ve kamu kurumlarına ayrılarak mülkiyet hakkının özünü zedeleyecek biçimde tasarrufu hukuki olarak kısıtlanan, yani hukuken el atılan taşınmazlara ilişkin önemli hükümler içermektedir.

Ek 1. maddenin ilk fıkrasına göre, hukuki olarak el atılan taşınmazlara ilişkin imar planlarının yürürlüğünden başlayarak beş yıllık süre içinde imar programları ya da uygulamaları yapılır ve bütçe olanakları kapsamında bu taşınmazların ilgili idareler tarafından kamulaştırılmasından ya da mülkiyet hakkının kullanılmasını önleyecek sınırlamaları kaldıracak biçimde imar planı değişikliği yaptırılmasından söz etmektedir.

Bu hükümde yer alan beş yıllık sürede işlemlerin gerçekleştirilmemesi durumunda, uzlaşma aşaması ve idari başvuru yapılmasından sonra sorumlu kamu kurumu husumetli gösterilerek idari yargıda dava açılabilmesi düzenlemesi bulunmaktaydı. Bu hükümle, uygulama imar planının gereğinin yapılmaması yoluyla yapılan hukuki el atmanın bulunması halinde, idari yargıda dava açılabilmesi maddesi getirilmişti. Anayasa Mahkemesi'nin 20.12.2018 tarihli iptal kararı sonrasında, hukuki el atmanın idari yargının görev alanına girdiğine ilişkin özel yasal dayanak ortadan kalkmıştır.

¹³⁵ Çınar, s.37.

¹³⁶ Özdemir, s.125.

Özel mülkiyette bulunan taşınmaza el atılması halinde, özel hukuktan doğan haklar da gündeme gelmektedir. Mülkiyet hakkının kullanımından kaynaklanan bu haklar, kamulaştırmasız el atma halinde de geçerlidir. TMK 683/2'ye göre malik, mülkiyet hakkına istinaden istihkak davası veya el atmanın önlenmesi davası açabilir.

“Müdahalenin men’i” davası, istihkak davası ve el atmanın önlenmesini içermekte olup, mülkiyet hakkından kaynaklanan başlıca dava haklarındandır. Fakat doktrinde ve yargı kararlarında kamulaştırmasız el atma açısından değişik değerlendirmelerin yapıldığı görülmektedir. İlk olarak, malikin taşınmaz üstündeki mülkiyet hakkı, idarenin kamulaştırmasız el atmasıyla sonlanmadığı için malik istihkak davası da açamaz. Malik, mülkiyet hakkından doğan el atmanın önlenmesi davasını ikame edebilir. Fakat, bu davada malik lehine karar verilse dahi, bu kararın uygulanmasında zorluk hatta olanaksızlık olabilir. Bu halde de malik, mülkiyet hakkını bedel karşılığı idareye devreder. Bu bedel, malikin mülkiyeti devre razı olduğu dava tarihindeki bedel olacaktır¹³⁷. Bu nedenle, kamulaştırmasız el atma sebebiyle bedel davası da açılabilir.

Kamulaştırmasız el atma halinde el atmanın önlenmesi ve bedel davası haricinde ecri misil ve tazminat davaları da açılabilir. Yargıtay, “tazminat bedeli”, “kamulaştırmasız el atma tazminatı” gibi kavramlar kullanılmakta ve bedel davaları da genelde bir tazminat davası olarak kabul görmektedir.

Bedel davalarının da gerçekte bir tazminat davası olduğu şeklindeki kabule karşın, bedel davasında mülkiyet idareye devredilirken karşılığında taşınmaz bedeli isteniyorken, tazminat davasında ise mülkiyet malikte kalır ve malik, idarenin hukuka aykırı el atması sebebiyle gördüğü zararların giderilmesini isteyebilir¹³⁸. Bu nedenle, el atma açısından bedel ve tazminat davaları ayrı davalar olarak kabul edilmelidir.

Dava açılarak öne sürülmesi mümkün olan bir diğer talep, el atmayla beraber taşınmazın üstünde tesis veya bina inşa edilmişse bunların yıkılması olabilir. Taşınmazlara el atılması çoğunlukla yapı inşası suretiyle olduğundan kamulaştırmasız el atma sebebine göre el atmanın önlenmesinin yanında tesis

¹³⁷ Ulusoy, s.54.

¹³⁸ Yalçınduran, s.61.

veya binanın yıkılması da istenebilir¹³⁹. Binanın yıkılması için ayrı bir şekilde dava açılırsa bu davaya “kal davası” adı verilmektedir. Geçici m.6’da yer alan bedel belirlenmesi davası da, kamulaştırma yapılmaksızın el atma halinde öne sürülebilecek davalardan biridir¹⁴⁰.

B. Yargılama

Kamulaştırmatsız el atma davaları genel hükümlere tabidir ve yazılı yargılama usulü uyarınca yürütülür. Bu nedenle bu davalar, adli tatilde görülmez ve bu davalar açısından adli tatilde süreler işlemez¹⁴¹.

Buna karşın Kamulaştırma Kanunu 37. maddeye göre, Geçici 6. maddesinden doğan kamulaştırmatsız el atma davalarına basit yargılama usulü uygulanmaktadır.

Basit yargılama usulü, genelde daha hızlı bir inceleme ile neticelendirilebilecek dava ve işler açısından öngörülen bir usuldür. Bu usulde taraflar, birer dilekçe verebilirler, yani cevaba cevap ile ikinci cevap dilekçe veremezler. Bu usulde, yazılı usulden farklı şekilde ön inceleme ve tahkikat safhaları basit hale getirilmiştir¹⁴².

El atma davasının açılmasından sonra taşınmazda kamulaştırma işlemine başlanır, KK’ya göre idare, bedel tespiti ve tescil davası açarsa ve bu davada mahkemenin tebligat ve daveti yapılmış olursa, kamulaştırmatsız el atma davasının reddine karar verilir. Bu halde idare, sadece el atma davasının açılmasına sebep olduğundan aleyhine masraf ve vekalet ücreti hükmedilir. Fakat, kamulaştırma için bedel tespiti ve tescil davasının reddedilmesi halinde, kamulaştırmatsız el atma davası sürdürülebilecektir¹⁴³.

¹³⁹ Yazıcıoğlu, s.121.

¹⁴⁰ Özdemir, s.128.

¹⁴¹ Baki Kuru, Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, **Medeni Usul Hukuku**, Yetkin Yayınları, 23. Baskı, Ankara 2012, s. 751.

¹⁴² Kuru, s.751.

¹⁴³ Çınar, s.51.

C. El Atmanın Önlenmesi Davası

1. Genel Olarak

El atmanın önlenmesi davası, gerek taşınmazına kamulaştırmasız el atılan malikin mülkiyetten doğan bir dava, gerekse el atmanın haksız eylem oluşturmasından doğan bir istem hakkıdır. Kamulaştırma yapılmadan el atmaya ilişkin davaların ülkemizde açılmaya başlamasından itibaren el atmanın önlenmesi davası, mülkiyeti elde etmeyi isteyen idarenin kurtulmak istediği ve bunun için kanuni düzenlemeler yapılsa da aksi yöndeki yargı kararlarından destekler aldığı bir engel şeklinde görülmüştür.

Bu dava türü açısından sorun, mülkiyet hakkının belirsizliği değil, idarenin kamu yararını gerekçe olarak göstererek malikin mülkiyet hakkını ihlal etmesidir. El atmanın önlenmesi davası idare açısından önemli bir sınırlama ve denetleme mekanizması olduğundan birçok yasal değişiklik yapılmıştır. Kamulaştırmasız el atma davasının bir tür kamulaştırma olduğunu öne süren görüşler bulunmakla birlikte¹⁴⁴, yasal düzenlemeler ve yargı kararları çerçevesinde el atmanın önlenmesi davası, malikin başvurabileceği dava yollarından biridir.

Kanuni düzenleme olarak TMK m.683'de düzenlenen el atmanın önlenmesi davası, istihkak davasıyla beraber mülkiyet hakkının korunduğu davalardan biridir. Yargıtay da 16.05.1956 tarihli İBK'da, malikin mülkiyet hakkını kaybetmediğini ve bu hakka dayanarak, taşınmazını yola dönüştüren idare aleyhine her zaman el atmanın önlenmesi davası ikame edebileceğine karar vermiştir.

Bu dava, mülkiyete, başka bir deyişle, bir aynı hakka dayanır. Bu dava aynı hakka dayandığından istemler, zamanaşımı veya hak düşürücü süreye tabi değildir. Sınırlı aynı hakka sahip olanlar da bu davayı açabilecek olup, YHGK, intifa hakkına sahip olanın da bu davayı açabileceğini belirtmiştir.

Bu dava, bir eda davasıdır (HMK m.105). Davalı aleyhinde talep edilen eda, olumlu veya olumsuz olabilir. Kamulaştırmasız el atmadan kaynaklanan el atmanın önlenmesi davasında, iki tür hüküm iç içe bulunmaktadır. Bunlardan

¹⁴⁴ Gözler, C.II, s.993.

birincisi, davanın dayandığı mülkiyet hakkının var olduğunun tespiti; ikincisi davacının istediği eda olan el atmanın önlenmesinin yerine getirilmesi konusunda davalıya yöneltilmiş bir emir bulunmaktadır¹⁴⁵. Bu bağlamda, kamulaştırmasız el atmanın önlenmesi davasında, taşınmazın davacının mülkiyetinde bulunup bulunmadığı da belirlenmiş olmaktadır.

Bu dava, idarenin haksız bir müdahalesinin bertaraf edilmesi ve malikin taşınmaz üstündeki mülkiyet hakkını olması gerektiği gibi engel olmaksızın yeniden kullanabilmesi için açılır. Bu noktada eşyaya el konulmamış veya eşya sahibinin zilyetliğinden çıkarılmamış olabilir. Fakat o şeyden faydalanması sınırlanmakta, önlenmekte ya da güçleştirilmektedir¹⁴⁶. Bu kapsamda mülke yapılan müdahaleden ötürü bir zarar veya mağduriyet meydana gelmişse ve el atmanın önlenmesi davasıyla beraber zararın da karşılanması da talep edilirse, bu ayrı bir talep şeklinde kabul edilecektir¹⁴⁷. Zira, el atmanın önlenmesi davası, haksız el atılan mülkiyetten el çektirmekten oluşmaktadır.

Bu davanın açılabilmesi için müdahalenin halen sürüyor olması gerekir. Yargıtay da süren bir el atmanın bulunmaması halinde, el atmanın önlenmesi davasının açılmayacağına karar vermektedir.

2. Süre

Mülkiyet hakkı kamulaştırmasız el atma halinde sonlanmadığı için, dava açma hakkının zamanaşımına uğraması, kural olarak, mümkün değildir¹⁴⁸. Yukarıda belirtildiği gibi el atmanın önlenmesi (ve bedel tespiti) davalarında yirmi yıllık bir hak düşürücü süre getiren KK m. 38, Anayasa Mahkemesince iptal edildiğinden ve iptal kararlarının geriye yürümeyeceğinden, burada eski kamulaştırmasız el atmalarla ilgili önemli bir husus bulunmaktadır. Örneğin Mahkemenin bu kararının Resmi Gazetede yayımlandığı 04.11.2003 tarihi öncesinde yirmi yıllık hak düşürücü sürenin dolması durumunda, Mahkemenin iptal kararlarının geriye yürümemesi sebebiyle mülkiyet idareye geçecek ve

¹⁴⁵ Kuru/Arslan/Yılmaz, s.263.

¹⁴⁶ Fikret Eren, **Mülkiyet Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016 (Mülkiyet Hukuku), s.42.

¹⁴⁷ Özdemir, s.138.

¹⁴⁸ Ulusoy, s.54.

taşınmazın sahibi, zilyedi veya mirasçıları dava açma haklarını kaybedeceklerdir¹⁴⁹.

Kamulaştırmасız el atmadan doğan ecri misil istemleri ise beş yıllık zamanaşımına tabi olmaktadır. Yargıtay kararlarına göre haksız kullanımdan kaynaklanan ecri misil hakkı, el atmanın üstünden beş yıl geçmişse, zamanaşımına uğradığı def'i ileri sürülürse reddedilmelidir¹⁵⁰. Diğer bir ifadeyle, beş yıl bir ay öncesine dayanan ecri misil talebi reddolunur ve son beş yıl içindeki istemler dikkate alınır.

Kamulaştırmасız el atmayla ilgili taşınmaz üstündeki mülkiyet hakkının kullanılmasından doğan el atmanın önlenmesi davası (bedel davası, hukuki el atmalarda açılan bedel davası) zamanaşımı ve anılan istisnalar haricinde bir süre sınırlaması olmadan daima açılabilir. Fakat, taşınmazın aynına ilişkin olmayan ve konusu bir miktar para olan ilişkin tazminat ve ecri misil davalarında durum bu şekilde değildir¹⁵¹.

3. Husumetin Belirlenmesi, Davacı ve Davalı

Kural olarak, davacı sıfatına, mülkiyet hakkı sahibi malik ve mirasçıları sahiptir¹⁵². Başka bir deyişle, davacı sıfatı, tapu kaydında malik olarak kayıtlı kişi veya kişilere aittir¹⁵³. İdarenin el atmasıyla tapuda malik olarak gözükmeyen zilyet, fiili hâkimiyetinin sonlandığı hallerde hak sahibi olduğunu ispatlaması durumunda mülkiyet hakkına istinaden el atan idareden istemde bulunabilir¹⁵⁴. Yargıtay HGK bir kararında, zilyetlik olgusunun mülkiyet hakkına dönüşmesi nedeniyle dava hakkının bulunduğu ifade edilmektedir.

Mülkiyet hakkını, dava tarihinde veya dava neticelenmeden kaybeden kimsenin dava hakkı bulunmamaktadır ve Yargıtay kararları da bu yöndedir.

Dava konusu taşınmaz paylı mülkiyete tabi ise yani ortada birden çok hak sahibinin bulunduğu bir durum varsa TMK m.688 uyarınca paydaşlar, payları nispetinde bir malikin hak ve yükümlülüklerine sahip olacağından, paydaşlar

¹⁴⁹ Bayraktar, s. 84.

¹⁵⁰ Eren, s.91.

¹⁵¹ Özdemir, s.135.

¹⁵² Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.282.

¹⁵³ Eren, s.75;

¹⁵⁴ Şahiniz, s.129-133.

kendi paylarına gerçekleştirilen müdahale aleyhine dava açabilir veya kendi payı oranında tazminat davası açabilir¹⁵⁵.

Birden çok paydaş, elbirliği mülkiyeti meydana getirmişse veya mirasçılık gibi hallerde kanun bu şekilde bir mülkiyet oluşturmuşsa, paylar belirli olmadığından ortaklar taşınmazı maddi şekilde bölemezler. Bu halde herhangi bir ortak, TMK m.702 gereğince ortaklığa giren hak ve menfaatlerin korunmasını sağlayabilir ve bu durumdan diğer bütün ortaklar faydalanır. Başka bir deyişle, el atmanın önlenmesi davasını, her ortağın açabilmesi mümkündür. Fakat, kamulaştırmasız el atmadan kaynaklanan bedel, tazminat ve ecri misil davasını ortakların kendi başlarına açması mümkün değildir. Bu noktada bütün ortakların davaya katılımı sağlanmalı ya da elbirliği mülkiyetini meydana getiren ortaklar topluluğuna bir temsilci atanmalıdır¹⁵⁶.

Tapuda malik olan şahıs veya şahısların el atmanın önlenmesi davalarını açmak açısından kesin bir yetkisi bulunmaktadır. Bunun yanında, tapuda malik olarak yer almayan, taşınmazı uzun süreden beri kullanan zilyet konumundaki kişiler de bu davaları açabilirler. Öte yandan, ülkemizde kadastro işlemleri tümüyle bitirilemediği için bazı kişiler, gerçek malik olmalarına rağmen tapusuz şekilde bu taşınmazları kullanmaya devam etmektedirler. Bu durumdaki bir taşınmaza ilişkin el atmanın önlenmesine (veya bedel veyahut tazminata) dair dava açılması için, tapulu taşınmazın bulunması ön koşul olduğundan, bu dava devam ederken mahkeme, zilyede süre vererek mülkiyet hakkına sahip olduğunu kanıtlayan bir mahkeme kararı almasını ister¹⁵⁷.

Yargıtay da zilyedin mülkiyet hakkını ortaya koymasını gerektiğini ve davacıya bunun için süre verilmesi gerektiğini belirtmektedir¹⁵⁸.

El atmanın önlenmesi davasında davalı sıfatına, taşınmaz sahibinin zilyetliğini fiili olarak sonlandırarak kendi fiili hâkimiyetini kuran kamu hukukuna tâbi kamu tüzel kişisi sahiptir¹⁵⁹. Taşınmaza fiili olarak el atarak yapı inşa eden idare ile bu yapıdan yararlanan idarenin farklı olduğu durumlarda,

¹⁵⁵ Eren, s.75.

¹⁵⁶ Çınar, s.24.

¹⁵⁷ Özdemir, s.133.

¹⁵⁸ Yazıcıoğlu, s. 131.

¹⁵⁹ Karaca, s.97-98.

hangi tüzel kişiye husumet yöneltmesi gerektiğine dair farklı görüşler bulunmaktadır. Doktrinde pek çok yazar, davalı sıfatının yapıdan yararlanan, yapıyı mülkiyetine geçiren, yararına el atılan idareye karşı yöneltmesi gerektiğini ifade etmektedir¹⁶⁰. El atan idare ile dava tarihinde taşınmazı elinde bulunduran idarenin farklı olduğu hallerde dava, dava tarihinde taşınmaza fiili olarak hâkim olan idare aleyhine yöneltilmektedir¹⁶¹. Bu kapsamda mahkeme, yargılama sırasında gerekirse keşif yapabilir. Yargıtay bir kararında kamulaştırmaz el atmanın gerçekleşip gerçekleşmediğini belirlemek için mahkemenin yerinde keşif yapması gerektiğini belirtmektedir.

El atmanın işin yapımını üstlenen taşeron firma tarafından yapıldığı durumlarda da davanın ilgili idareye yöneltileceği ifade edilmektedir¹⁶². Öte yandan, dava sürdüğü müddetçe, dava tarihinde el atan idarenin değiştiği durumlarda, kural olarak, davanın açıldığı tarihteki durum ve koşullara göre karar verileceği belirtilmektedir.

Ayrıca, bu davadaki taraf sıfatının sadece usul hukukuna ait bir sorun olmadığı, aynı zamanda mülkiyet hakkına ilişkin maddi hukuk sorunu olduğu belirtilmektedir¹⁶³. Yargıtay HGK bir kararında, taraf sıfatının usul hukuku sorunu olmadığı, dava konusu mülkiyet hakkının özüne dair maddi hukuk sorunu olduğu, bu sebeple taraf sıfatı yokluğunun def'i olmadığı, yargılamada her an taraflarca öne sürülebileceği ve mahkemece de kendiliğinden göz önüne alınması gereken itiraz niteliğinde olduğu ifade edilmiştir. Yargıtay bu kararında, davacının *o yerin tapuda kayıt sahibi veya mirasçısı olması gerektiğini* ve okul inşası yapılan taşınmazda davalı sıfatının, köy sınırları içinde ise köy tüzel kişiliği olduğunu, ilçe ya da il merkezinde ise o yerdeki Özel İdare Müdürlüğü olduğunu belirtmiştir.

¹⁶⁰ Şahiniz, s.138; Özdemir, s.167-168, 176-177; Ulusoy, s.74; Çınar, s.25; Karaca, s.97.

¹⁶¹ Önder Çetintaş, **Kamulaştırmaz El Atma**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2020, s.109.

¹⁶² Karaca, s.97-98

¹⁶³ Bakırcı, s.239.

4. Görevli ve Yetkili Mahkeme

Taşınmazın aynına ilişkin olan el atmanın önlenmesi davasında yetkili mahkeme HMK m. 12 gereğince taşınmazın bulunduğu yer mahkemesidir ve görevli mahkeme ise asliye hukuk mahkemesidir (m.2)¹⁶⁴.

D. Bedel Davası

1. Genel Olarak

Taşınmaz maliki davacının kamulaştırmasız el atmadan doğan el atmanın önlenmesi ve bedel davası da açabilir. Başka bir deyişle, malik kamulaştırmasız el atmaya rıza gösterirse taşınmazın değerini talep edebilir. Bu dava, yasal bir düzenlemeyle değil yargı kararlarıyla ortaya çıkmıştır¹⁶⁵.

Kamulaştırma Kanunu'nun Geçici 6. maddesinde 09.10.1956 ila 04.11.1983 tarihleri arasında yapılan kamulaştırmasız el atmaların düzenlendiği bedel tespiti davası, bedel davasından farklıdır. Bedel tespiti davası, bedel davasıyla aynı neticeleri doğursa da davalardaki usul farklıdır. Kamulaştırmasız el atma davası, Geçici m.6 gereğince bedel tespiti davası açılması için gerekli bir davadır ve davacı bu davayı açmadan bedel davası açamayacaktır. Bedel davası, bedel tespit davası açılması zorunlu olmayan kamulaştırmasız el atma hallerinde de açılabilir¹⁶⁶.

Kamulaştırmasız el atmadan doğan bedel davasında, bir bedel belirlemesi ve ödemesi gerçekleştirilmekte ve sonrasında taşınmazın mülkiyeti, tapuda idareye geçmektedir. Fakat, davacı, el atma sebebiyle farklı bir zarar görmüşse, zararın tazmini için tazminat davası da açabilir.

Bedel davası, bedel tahsili davası olarak da adlandırılmakta ve el atmanın önlenmesi davası yanında açılacak seçimlik bir hak olmaktadır. Bununla birlikte, bazı durumlarda el atmanın önlenmesine ilişkin kararın fiili olarak uygulamasının zor ve imkânsız olması sebebiyle bu dava açılır. Bilhassa el atmaya konu taşınmaz üstünde yapı inşa edilmişse, taşınmazın yeniden

¹⁶⁴ Bakırcı, s.239.

¹⁶⁵ Yalçınduran, s.65.

¹⁶⁶ Yıldırım Atakur, s.63.

kullanılmasını güçleştirecek veya önleyecek biçimde, örneğin kazı çalışması gerçekleştirilmişse, davacının bedel davası açması, en isabetli çözüm şeklinde gözükmektedir. Fakat, malik, el atmanın önlenmesi davasında ısrar edebilir¹⁶⁷.

Malik, bedel davasını el atmanın önlenmesi davasına ıslah yoluyla dönüştürebilir. Yine malik, ıslah yoluyla el atmanın önlenmesi davasını bedel davasına dönüştürebilir¹⁶⁸.

Bedel davası da aynı bir dava ve eda davasıdır. Fakat, bedel davasının, malikin taşınmazın bedeli karşılığında mülkiyetin kamu kurumuna devrini istemesi nedeniyle kurucu yenilik doğuran bir dava olduğu öne sürülmektedir¹⁶⁹.

Bedel davasının davacıları, mülkiyetin idareye geçmesine rıza gösteren fakat taşınmaz bedelinin de idareden almak isteyen malik veya mirasçılardır. Bu dava açısından da davacının tapu kaydında malik olarak gözükmesi gerekir. Bu bağlamda, tapuda bir kayıt sorunu bulunuyorsa öncelikle bu sorunun çözülmesi gerekmektedir.

Davalı sıfatını dava açıldığı tarihte haksız el atmayı sürdüren idare almaktadır. Bedel davası da aynı bir dava olduğundan herhangi bir süreye tabi değildir. Fakat, hukuki el atma halinde imar planının yürürlüğe konulmasından başlayarak kamulaştırma yapılmaz veya taşınmaza fiili olarak el atılmazsa, bedel davası açmak için imar planının kesinleşmesinden başlayarak beş yıllık sürenin geçmiş olması gerekir. Yargıtay, imar planının yürürlüğünden başlayarak beş yıllık sürede idarelere, ayrılan bu yeri kamulaştırma yetkisi tanındığından, bu süre içinde hukuki el atmadan söz edilemeyeceğini belirtmektedir.

Bedel davasında, el atmanın haksızlığı yanında taşınmazın bedelinin de belirlenmesi gerekir. Bu bedel, taşınmazına haksız şekilde el atılan malike ödenecek bedeldir ve el atmanın önlenmesi davasında olduğu gibi, taşınmazın dava tarihindeki değeridir¹⁷⁰. Kamulaştırma ve kamulaştırmaz el atma davalarında taşınmazın bedelinin belirlenmesine dair benzerlik sebebiyle değer

¹⁶⁷ Özdemir, s.143.

¹⁶⁸ Ulusoy, s.60.

¹⁶⁹ Yazıcıoğlu, s.147.

¹⁷⁰ Özdemir, s.144.

tespit etme yöntemlerinin birbirlerine uygun olması gerekmektedir¹⁷¹. Yargıtay da Kamulaştırma Kanununun değer tespit etmeye dair düzenlemelerinin kıyasen uygulanacağını belirtmektedir.

Kamulaştırmada bedel tespitinin ilkeleri, Kamulaştırma Kanunu m.11’de, kısmen kamulaştırılan taşınmazın değeri ise m.12’de düzenlenmiştir. Kamulaştırma Kanunu m.11’e göre kamulaştırma bedeli tespit edilirken; taşınmazın cinsi ve türü, yüzölçümünü, değerine etki edebilecek tüm özellik ve unsurlar, bulunuyorsa vergi beyanı, resmi kıymet takdirleri, arazilerde taşınmaz mal veya kaynağı konumu ve koşullarına kullanılması durumunda getireceği net gelir, emsal satışların satış değeri, resmi yapı maliyet hesapları ile bedelin belirlenmesinde etkili olabilecek başka objektif kıstaslar dikkate alınacaktır. Kamulaştırma Kanunu m.15’e göre oluşturulacak bilirkişi kurulu bu esasları temel alarak hesaplamayı yapacaktır.

YİBK’nın 16.05.1956 tarihli kararı ve Kamulaştırma Kanunu m.11’de belirtildiği üzere, kamulaştırma ve kamulaştırmaz el atma hallerinde taşınmazın değeri belirlenirken bilirkişi incelemesi çok önemli olmaktadır. Yasaya göre bilirkişi kurulu oluşturulmazsa, bu bilirkişilerin düzenleyecekleri raporlar da hükme esas alınamayacaktır. Kamulaştırmaz el atma halinde kamu yararı kapsamında bir el atma bulunduğundan, resen araştırma yapılması gerekmektedir. Mahkeme, bu kapsamda, tarafların istemlerini beklemeden bedel belirlenmesine dair tüm incelemeleri yapar. Bu davalarda, bedelin belirlenmesi için bilirkişi kuruluyla birlikte keşif icra edilir (KK m.11)¹⁷².

Kamulaştırma Kanunu m.15’e göre, mahkemelerce belirlenen bilirkişiler, bilirkişilik bölge kurullarınca düzenlenen listelerden seçilir ve en az üç kişiden oluşur. Fakat, kamulaştırmaz el atmaya ilişkin yargılamalarda iki teknik ve bir mülk bilirkişiden meydana gelen heyetin kurulması gerektiği belirtilmektedir¹⁷³.

Yargıtay da bedel davasında ilk olarak taşınmazın niteliğinin tespit edilmesi gerektiğini yani taşınmazın arazi veya arsa vasfında mı olduğunu belirlenmesi

¹⁷¹ Ulusoy, s.63.

¹⁷² Özdemir, s.146.

¹⁷³ Çınar, s.57.

gerektiğini belirtmektedir¹⁷⁴. Bilirkişilerin uzmanlık durumları da mutlaka yazılmalıdır¹⁷⁵.

Bedelin belirlenmesinde ilk olarak taşınmazın cinsi ve türü göz önüne alınır. Değer tespiti açısından taşınmazın arazi veya arsa olup olmadığının belirlenmesi önemlidir. Arazi, sınırları elverişli ataçlarla belirlenmiş ve sınırlandırılmış yeryüzü parçaları iken; arsa ise, belediye sınırları içerisinde ve imar planı kapsamında parselasyon yapılmış imarlı arazi bölümleridir.

Ayrıca Yargıtay, arsa vasfındaki taşınmazların bedel tespiti yapılırken, Kamulaştırma Kanunu m.11/1-g uyarınca emsal karşılaştırması yapılması gerektiğini ifade etmektedir¹⁷⁶.

Arsa niteliğine sahip taşınmazların değer belirlemesi yapılırken emsal araştırması yapılması önem arz etmektedir. Kamulaştırma Kanunu m.11 uyarınca arsa vasfına sahip taşınmazlarda değer, değerlendirme gününden önce yapılan ve özel amacı bulunmayan emsal satışlara bakılarak hesaplanması mecburidir. Bundan ötürü Yargıtay göre emsal alınan satışın değerlendirme tarihindeki karşılıklarına fiyat artış endekslerinin uygulanmasıyla tespit edilerek ve sonrasında emsal ile davaya konu taşınmazın üstün veya eksik yönleri ile oranları açıklanarak taşınmaza değer biçilmelidir¹⁷⁷.

Taşınmazın yüzölçümü, el atmaya konu taşınmazın bedelini belirlemede önemli bir unsurdur. Taşınmazların yüzölçümü genelde tapuda açıkça bellidir. Fakat, bazı hallerde resmi kayıttaki yüzölçümü ile arazi üstündeki fiili yüzölçümü birbirine denk gelmeyebilir. Bu halde yüzölçümünün belirlenmesi için sınırlara bakılır. Sınırlar sabit ise bu sınırların içerdiği alan esas alınır, sabit değil ise tapuda yer alan yüzölçümü dikkate alınır¹⁷⁸.

Taşınmazın değeri açısından yüzölçümünün miktarının belirlenmesi de önemlidir. Uygulamada yüzölçümü küçük olsa da taşınmazın birim fiyatı büyük

¹⁷⁴ Yargıtay 5. HD., E.2021/4104, K.2021/14691, T.8.12.2021, <https://www.sinerjias.com.tr/>, (Erişim Tarihi: 17.06.2022).

¹⁷⁵ Ulusoy, s.63.

¹⁷⁶ Yargıtay 5. HD. E.2021/4406, K.2021/14741, T.08.12.2021, <https://www.sinerjias.com.tr/>, (Erişim Tarihi: 18.06.2022).

¹⁷⁷ Yargıtay 5. H.D., E.2021/7926, K.2021/14752, T.8.12.2021, <https://www.sinerjias.com.tr/>, (Erişim Tarihi: 18.06.2022).

¹⁷⁸ Çınar, s.61; Yargıtay 5. HD. E.2021/8325, K.2021/15705, T.22.12.2021, <https://www.sinerjias.com.tr/>, (Erişim Tarihi: 18.06.2022).

yüzölçümlü yerlere nispeten artabilmektedir. Zira yüzölçümü küçük olan taşınmazları satın alabilecek potansiyel müşteriler daha çok iken, büyük yüzölçümlü taşınmazları herkes alamayacağından alıcı bulmak da zor olabilmektedir¹⁷⁹.

Ayrıca, taşınmazın yüzölçümü, bedel tespiti davalarında emsal karşılaştırması yapılması açısından da önemlidir. Taşınmazın yüzölçümü ile itibar edilen bilirkişi raporundaki emsal taşınmazın başka özellikleriyle birlikte alanları da aynı veya yakın olmalıdır ve Yargıtay uygulaması da bu yöndedir.

Kamulaştırma Kanunu m.11’de yer alan bedel tespiti kriterleri, taşınmazın cins ve türü, alanı, vergi beyanı gibi objektif kriterlere ilişkin olsa da, bu maddedeki diğer kıstaslar bilirkişilerin değerlendirme yapmasına ilişkin düzenlemelerdir. Bilirkişi heyeti bu hususları araştırarak mahkemeye, davaya teknik ve özel bir inceleme sunduklarından dolayı, bu davalarda bu raporlar bağlayıcı olmamakla birlikte belirleyici olmaktadır. Bu kapsamda yasayla bilirkişi incelemesi zorunlu tutulmuştur.

Keşifteki bilirkişi incelemesiyle oluşturulan bilirkişi raporu, mahkemenin inceleme ve denetimine tabidir. Bilirkişi raporu hukuki olarak mahkemeyi bağlamayacaktır. Yargıtay da bilirkişi raporu çerçevesinde verilen hükümlerde, rapordaki eksiklikler nedeniyle yerel mahkeme kararlarını bozabilmektedir.

Yargıtay bir başka kararında emsal alınan taşınmazın şehir merkezine yakın olduğu, konumunun şehir merkezi ile sanayi sitesinin arasında olduğu, dava konusu taşınmazın ise şehir dışında olduğu, sanayi sitesine yakın olmadığını belirterek, bu taşınmaza emsal taşınmazdan üç kat daha fazla değer biçilmesinin olağan olmadığını ve bilirkişi raporunun somut gerekçelere dayanmadığını belirtmiştir.

¹⁷⁹ Yargıtay 5. HD., E. 2021/4162, K.2021/14549, T.7.12.2021, “...Dosya içindeki bilgi ve belgelere, kararın dayandığı gerekçeye göre ve HMK'nın 305. maddesi gereğince tanzih kararı verilmesi doğru ise de; ...'nün temyiz dilekçesinde hükme esas alınan bilirkişi raporundaki koordinatların kesinleşmiş orman kadastro verileri ile uyumsuz olduğunun bildirildiği dikkate alınarak, dava konusu taşınmazın 6292 sayılı Kanun'un 11. maddesinin 10. fıkrası gereğince yapılan çalışmalar sonucu kesinleşmiş Orman Kadastro verileri dosya içine alındıktan sonra dava konusu taşınmaz başında fen bilirkişi marifetiyle yeniden keşif yapılarak dava konusu taşınmazda davalı ...'nca el atılan ve bedeline hükmedilen 12 pafta 6077 parselde 238,64 m2 ile aynı pafta 6078 parselde 108,77 m2'lik kısımların koordinatlarının belirlenmesi hususunda ek rapor alınarak sonucuna göre hükmün tanzihine karar verilmesi gerekirken...”, <https://www.sinerjias.com.tr/>, (Erişim Tarihi: 18.06.2022).

Ayrıca, bedel tespiti amacıyla başvuru alan objektif değer artırıcı faktörler belirli bir değer altında olamayacaktır. Öte yandan, kamulaştırmasız el atma dava konusu alan haricinde arta kalan bölümlerden faydalanma imkânı yoksa bu bölüm için de bedel tespitinin yapılması gerekmektedir. Yargıtay da el atılan alanlar haricinde fen bilirkişi raporunda gösterilen el atılmayan bölümlerden ekonomik olarak faydalanma imkânı yoksa, bu kısımların tüm değerinin, kalan yerlerde de değer düşüklüğü oranlarının tespit edilerek, bu kapsamda hesaplama yapılmasını gerektiğini ifade etmektedir.

Bedel davalarında faiz, davanın açıldığı tarihten başlayarak işletilecektir. Yargıtay da, mahkemece belirlenen bedele el atma tarihinden başlayarak faiz işletilemeyeceğine karar vermiştir. AİHM, *Sarıca ve Dilaver v. Türkiye* ve başka kararlarında, Yargıtay'ın kamulaştırmasız el atma davalarında uyguladığı farklı faiz oranı uygulanması nedeniyle mülkiyet hakkının ihlaline karar vermiştir. Bu kararlardan sonra Yargıtay, 2011 yılında içtihat değişikliği yapmış ve kamulaştırmasız el atma sebebiyle bedel davasında belirlenen değere, kararın kesinleşmesinden fiilen ödeme yapılan tarihe kadar geçen sürede, kamusal alacaklara tatbik edilen en yüksek faiz oranının tatbikine karar vermiştir.

Ayrıca, el atma çok önce yapılmış ve haksız kullanım da yapılmışsa, davacı, bedel talebinin yanı sıra ecri misil de talep edilebilecektir. Bu halde ecri misil istemine de dava tarihinden başlayarak faiz uygulanacaktır. Şayet dava tarihleri farklı ise davaların açıldığı tarihten başlayarak ayrı ayrı yasal faize karar verilecektir.

Davacı idare, bedel davasında, taşınmazın gerçek değerinin ödenmesi şartıyla idare adına tescil ya da terkinine ilişkin karar verilmesini istemektedir. Ayrıca bedel davasında dava açıldıktan sonra idare, kamulaştırma kararı almak suretiyle kamulaştırma sürecini başlatabilir. Bu halde, devam eden dava açısından kamulaştırma işlemlerinin neticelendirilmesi beklenir. Bu dava, konusuz kalması gerekçesiyle reddedilemez. Zira, idarenin kamulaştırmayı sonuçlandıramaması, kamulaştırmadan vazgeçmesi, mahkemece belirlenen bedeli bankaya depo etmemesi veya kamulaştırma kararının geçersiz olması, bu safhada

görülebilmektedir¹⁸⁰. İdare, kamulaştırma işlemini bitirirse bedel davası konusuz kalır. Fakat, yargılama giderlerini, bu davanın açılmasına neden olan idare ödemelidir¹⁸¹.

Bedel davasının açılması hukuki el atmalar açısından da olanaklıdır. El atmanın önlenmesi yalnızca fiili el atmalarda istenebilir iken, bedel davası gerek fiili gerekse hukuki el atma durumunda açılabilir. Hukuki el atmalara ilişkin davalar, yukarıdaki Uyuşmazlık Mahkemesinin kararı kapsamında idari yargının görev alanına girer.

2. Süre

Bedel davasının, mülkiyet hakkına dayanan bir dava olması sebebiyle zamanaşımı süresinin bulunmadığı belirtilmektedir¹⁸². Hukuki el atmalarda ise, imar planlarında kamuya ayrılan, imar planının kesinleşmesinden başlayarak üç ay içerisinde hazırlanan imar programlarına alınmayan ve beş yıl içinde tahsis amacına uygun biçimde kamulaştırılmayan taşınmazların malikleri bu davayı açabileceklerdir¹⁸³.

3. Görevli ve Yetkili Mahkeme

Taşınmazın aynına ilişkin olan bedel davasında görevli mahkeme HMK m. 2 uyarınca asliye hukuk mahkemesidir¹⁸⁴. Bu davada yetkili mahkeme ise, HMK m. 12'deki kural uyarınca taşınmazın bulunduğu yer mahkemesidir. Ayrıca, Yargıtay kararlarında HMK m. 9 gereğince davalının yerleşim yeri mahkemesinin de yetkili olduğu belirtilmektedir¹⁸⁵. Uyuşmazlık Mahkemesinin kararı çerçevesinde, hukuki el atmalarla ilgili davalar, idari yargıda görülmektedir.

Dava açma hakkı, malikin olup, malik ölürse dava açma hakkı mirasçılara geçer. Davalı taraf ise; imar planı içinde kalan, beş yıllık imar programına alınan,

¹⁸⁰ Çınar, s.61.

¹⁸¹ Yalçınduran, s.67.

¹⁸² Şahiniz, s.215.

¹⁸³ Özdemir, s.152.

¹⁸⁴ Şahiniz, s.215

¹⁸⁵ Özdemir, s.165, Ulusoy, s.80.

idareye ayrılan ve ilgili idareye bildirilmesine karşın beş yılın sonunda kamulaştırma işlemini yapmayan ilgili kamu kurum veya kuruluşudur¹⁸⁶.

Yargıtay, Uyuşmazlık Mahkemesinin görev alanı tespit eden kararları¹⁸⁷ çerçevesinde, bedele ilişkin hukuki el atma davaları açısından görevli yargı yerinin idare mahkemeleri olduğunu belirtmiştir.

E. Tazminat Davası

1. Genel Olarak

Fiili el atma durumunda taşınmaz sahibi, el atmanın önlenmesi davası ya da bedel davasıyla beraber ya da onlardan ayrı şekilde tazminat davası açabilir¹⁸⁸. Tazminat davası, taşınmazın bedelinin tahsilini amaçlayan bedel davasından farklıdır¹⁸⁹. Tazminat davasının konusu, idarenin el atma fiili nedeniyle maruz kalınan zararın tazmin edilmesi oluşturmaktadır. Özel mülkiyetteki bir taşınmazdan kamulaştırma işlemleri yapmaksızın idarenin, örneğin yol geçirmesi esnasında aynı taşınmaz üstündeki ağaç, duvar ya da kulübeye zarar vermesi gündeme gelebilmektedir. Bu kapsamda taşınmazın ya da taşınmazın bütünleyici parçalarının zarar görmesi, taşınmazdan haksız biçimde ürün alınması gibi durumlar zarar şeklinde kabul edilebilecektir¹⁹⁰.

Tazminat sorumluluğu haksız fiilden doğan bir sorumluluk türüdür. Haksız fiilin unsurları; bir eylem ya da hareket, bu eylemin hukuka aykırı olması, kusur, zarar ve illiyet bağı şeklinde ifade edilebilir.

İdare de hukuka aykırı eylemlerle başka şahıslara zarar verebilir. Bu durum, idarenin idari faaliyetlerine yabancı ise fiili yol şeklinde tanımlanmaktadır. Kamulaştırmaksız el atma usulüyle özel şahısların taşınmazlarına müdahale de bu şekildedir.

TBK m.49'a göre hukuka aykırı bir eylemle, yani hukuka uygunluk halinin bulunmadığı bir eylemle başkalarına zarar veren, bu zararı tazminle yükümlüdür.

¹⁸⁶ Özdemir, s.152

¹⁸⁷ Uyuşmazlık Mahkemesi, E. 2013/107 K. 2013/230, <https://www.sinerjias.com.tr/>, (Erişim Tarihi: 18.06.2022).

¹⁸⁸ Şahiniz, s.104, 215-216, 222; Yalçınduran, s.75; Ulusoy, s.67-69.

¹⁸⁹ Yalçınduran, s.61.

¹⁹⁰ Bakırcı, s.255.

Bu kapsamda, gerçekleştirilen haksız eylemde; üstün bir kamu yararının bulunması, görevin icrası, şahsın rızası şeklinde bir hukuka uygunluk sebebi yer almamalıdır. Zarar, maddi veya manevi olabilir. Maddi zarar; fiili zarar ve yoksun kalınan kârdan oluşmaktadır.

Kamulaştırmасız el atma sebebine dayanan tazminat davası, el atma eylemini yapan kamu kurumunun, özel şahsın mülkiyetinde olan taşınmazı haksız şekilde işgal etmesinin yanında o taşınmaza zarar vermiş olması halinde açılabilir.

Tazminat davası, klasik bir zarar davasıdır. Kamulaştırmасız el atma açısından burada da fiili bir el atma durumu bulunmaktadır. İdarenin el atması neticesinde bir de zarar meydana çıkmıştır. El atmanın önlenmesi davasına bakıldığında, bir zararın gerçekleşmesi zorunlu değildir. Bununla birlikte, bu dava için müdahalenin sürmesi gerekirken, tazminat davası açısından bu zorunlu değildir. Başka bir deyişle, tazminat davasında fiili zarar verme halinin sürmesi gerekmez, fiili durum ortadan kalksa bile sonradan bu dava açılabilir. Zira, zarar oluşmuştur ve kalıcıdır. El atmanın önlenmesi davasında ise amaç, fiili duruma son vermek ve fiili durumu kaldırmaktır.

Ecri misil davasıyla karşılaştırıldığında, tazminat davası, taşınmazın kullanılması değil zarar görmesiyle ilişkilidir. Ayrıca el atmanın önlenmesi davasında zararın oluşması gerekli değil iken tazminat davası için zararın meydana gelmesi gereklidir.

Tazminat davası, bedel davasıyla beraber veya ayrı şekilde açılabilir. Fakat Yargıtay bazı kararlarında bedel davasını, bir tür tazminat şeklinde adlandırılmaktadır. Yargıtay'ın eski bir kararında ise bu davaların ayrı davalar olduğundan söz edilmektedir.

Kamulaştırmасız el atma sebebiyle tazminat davasında, bedel davası ile karşılanamayan zarar veya bedel davasının dışında kalan miktar istenebilir. Bedeli aşsa da aşmasa da taşınmazın bedelinin haricinde bir tazminat istemi yapılırsa, bu dava tazminat davasıdır¹⁹¹. Bununla birlikte, mülkiyeti malikte kalmak şartıyla idarenin haksız müdahalesinin sebep olduğu zararın ayrı şekilde

¹⁹¹ Ulusoy, s.68.

tazmini de olanaklıdır¹⁹². Oluşan zarara dair talep, bedel davası ile birlikte açıldığında her iki dava da tazminat davası adıyla tanımlanmaktadır¹⁹³. Tazminat davası ile taşınmazın bedelinden ayrı olarak taşınmazın zarar görmesine ilişkin bir talep yapılmaktadır¹⁹⁴.

Kamulaştırmasız el atmada açılacak tazminat davasının dayanağının haksız fiil olduğu genel kabul görse de, doktrinde bir görüşe göre¹⁹⁵, haksız zilyedin sorumluluğuna dair düzenlemelerin tatbik edilmesi gerektiği öne sürülmüştür. İdare, haksız zilyet şeklinde kabul edilmeli ve iyiniyetli veya kötü niyetli olup olmasına göre sorumluluğuna gidilmelidir. TMK maddeleri kapsamında iyiniyetli zilyet, elde ettiği eşyayı, var olan hakkına uygun biçimde kullanan ya da faydalanan zilyet, o eşyayı iade etmekle sorumlu olduğu kişiye karşı, bu sebeple tazminat ödemekle mükellef değildir. Zilyet kötü niyetli ise geri vermesi gereken eşyayı haksız şekilde alıkoyması sebebiyle hak sahibinde yol açtığı zararlar ve elde ettiği ya da etmediği ürünlere karşılık tazminat ödemek mecburiyetindedir. Şayet kötü niyetli zilyet, bu eşyayla ilgili bir harcama yapmışsa, sadece zorunlu olanları geri isteyebilir. Haksız fiil hükümleri yerine TMK'nın bu düzenlemeleri tatbik edilmesi halinde tazminat davası açısından kötü niyetle taşınmaza el atan idare açısından kusur ve zarar koşuluna da gerek bulunmayacağı belirtilmektedir¹⁹⁶.

Yargıtay HGK bir kararında, davalı idarenin, iki parseldeki taşınmazlara kanal açılarak el atması nedeniyle el atmanın önlenmesi, eski haline getirme ve maruz kalınan zararın uğranılan zararın tazminine ilişkin bir davada, kanalın eski hale getirilerek el atmanın sonlandırıldığını belirtse de el atma sonlandırılmış olsa da, el atmadan doğan bazı zararların bulunduğunu belirtmiştir. Bu kapsamda kanalın doldurularak eski hale getirilmesi amacıyla gerekli maliyeti karşılamak için eski hale getirme bedeli (fiili zarar), kanalın eski haline getirilmesine kadar geçen zamanda ürün kaybı ve maliyet artışları (yoksun kalınan kâr) ile kanal açılması nedeniyle taşınmazdaki değer kaybı (yoksun kalınan kâr) unsurlarının el atma nedeniyle oluşan zararlar olduğuna karar vermiştir.

¹⁹² Şahiniz, s.85.

¹⁹³ Ulusoy, s.68.

¹⁹⁴ Bakırcı, s.162.

¹⁹⁵ Şahiniz, s.216.

¹⁹⁶ Şahiniz, s.216-217.

Yine Yargıtay, arazi niteliğindeki taşınmaza yol olarak el atılması nedeniyle maruz kalınan zararın tahsili çerçevesinde el atılan bölümde bulunan kuyu ve ağaç bedellerinin tahsil edilmesi gerektiğine hükmetmiştir.

Tazminat davalarında faizin işlemeye başlama tarihinin haksız eylemin işlendiği tarihte olacağı belirtilmektedir¹⁹⁷. Zira, tazminat istemi, davalının haksız eyleminden doğmaktadır ve haksız eylemin yapıldığı tarihte zarar meydana gelmiş, eylemi yapan da tazminat ödeme yükümlülüğünü üstlenmiştir. Zarar, eylemin işlendiği esnada gerçekleştiği için, davalının temerrüde düşmesi amacıyla davacının ihtar göndermesi gerekmemektedir. Ancak, Yargıtay, dava tarihinden başlayarak tazminat bedeline yasal faiz uygulanması gerektiğine karar vermiştir¹⁹⁸.

Bu tazminat davası, idarece fiili bir müdahale neticesinde gerçekleşen zararları içerdiğinden, hukuki el atma hallerinde bu tazminat davası açılmayacaktır. İdari yargıdaki hukuki el atma davalarında, bazen bedel davası vasfındaki el atma davalarından tazminat davası şeklinde söz edilse de, kamulaştırmасız el atmada bedel davası ve tazminat davası birbirinden ayrı davalardır.

Özel mülkiyette bulunan taşınmazlara idarenin hukuki el atması sonucu verdiği zararların tazmini, idari yargıda tam yargı davası içerisinde görülmektedir. Fakat, bu davanın açılabilmesi için idari eylemin yani hukuki el atmanın imar planına dayanması ve buna uygun tesislerin inşası ya da kullanımı gibi eylemler neticesinde şahısların zarara uğramış olması gerekmektedir¹⁹⁹.

Bununla birlikte, davanın idari yargıda ele alınabilmesi için idarenin eyleminin haksız eylem vasfında bulunmaması gerekir. Şayet idarenin eylemi haksız eylem vasfını taşıyorsa, dava, adli yargı mercilerinde görülecektir. Yargıtay, kamulaştırmасız el atmak suretiyle yol inşasına başlayan idarenin taşınmazda toprak kaymasına sebep olması ve bu kayma neticesinde taşınmazın üstünde yer alan bir evde zarar meydana gelmesi sonucu, tazminat davasının idari

¹⁹⁷ Özdemir, s.164.

¹⁹⁸ Çakır, s.74.

¹⁹⁹ Özdemir, s.165.

yargının görev alanına girdiğini belirterek yerel mahkemece görevsizlik kararı verilmesine ilişkin hükmü isabetli olmadığına karar vermiştir.

Haksız eylem vasfındaki kamulaştırmasız el atma sonucunda tazminat istenebilmesi için eylem hukuka aykırı olmalıdır. Şayet bir hukuka uygunluk nedeni bulunuyorsa el atma sebebiyle tazminat istemi ileri sürülemez. Yargıtay, taşınmaz malikinın rızası ile imar planında yol şeklinde yer alan taşınmaz üstünde altyapı çalışması gerçekleştiren idarenin, ağaçları sökmesi ile kamulaştırmasız el atmış kabul edilemeyeceğini ifade etmiştir. Burada idarenin fiili yol vasfında bir eylemi bulunmamakta olup, imar planı kapsamında bir idari eylemi bulunmaktadır. Bu noktada tam yargı davası açabilmek mümkün olup, kamulaştırmasız el atma sebebiyle adli yargıda tazminat davası açılmaz²⁰⁰.

2. Süre

Bedel davası, taşınmazın aynına ilişkin bir talep olduğundan bu davalarda zamanaşımı yoktur. Fakat, tazminat davaları, aynı dava olmayıp, haksız fiilden kaynaklanan şahsi dava özelliğindedir. Tazminat davası şahsi bir hakka dayandığından zamanaşımına tabi olacaktır. Tazminat talepleri açısından farklı bir zamanaşımı süresi öngörülmediğinden bu davada haksız fiile dair genel zamanaşımı süreleri göz önüne alınacaktır²⁰¹.

Tazminat talebi, zarara uğrayanın zararı ve tazminattan sorumluyu öğrendiği tarihten itibaren iki yıl ve her halükarda eylemin yapıldığı tarihten itibaren on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar (TBK m.72). Kamulaştırmasız el atma sebebiyle tazminat davasında da bu zamanaşımı süreleri geçerlidir.

İlgili idarenin kim olduğu tam olarak belirlenemezse dava husumetten reddedilir. Mutlak süre olarak isimlendirilen on yıllık zamanaşımı süresi ise zarara yol açan eylemin işlendiği tarih gibi objektif bir koşula tabi kılınmıştır. Davacı, her halde bu süre içerisinde davayı açmakla mükelleftir²⁰². Zamanaşımı süresini durduran veya kesen sebepler bu dava açısından da tatbik edilecektir.

²⁰⁰ Özdemir, s.166.

²⁰¹ Yazıcıoğlu, s. 222.

²⁰² Eren, s.852.

TBK’da haksız fiilden doğan davalarda zamanaşımına ilişkin istisnai bir hüküm getirilmiştir. Bu hükme göre kamulaştırmасız el atmada tazminat, ceza yasalarının daha uzun bir zamanaşımı getirdiği cezai bir eylemden kaynaklanmışsa, uzun olan bu ceza zamanaşımı süresi tatbik edilecektir. Örnek olarak aynı zamanda ceza kanununda cezalandırılan eylem için ceza dava zamanaşımı 15 yıl olarak yasada öngörölmüşse zarara uğrayan kişi, en geç bu süre içerisinde tazminat yükömlüsü olan idareyi ve zararı öğrenmesi halinde tazminat davasını açabilir ve tazminat talep hakkı da zamanaşımına uğramaz²⁰³.

3. Husumetin Belirlenmesi, Davacı ve Davalı

Tazminat davasında davacı, idare tarafından taşınmazına el atılarak zarara uğratılan taşınmaz sahibidir. Bununla birlikte, tazminat davasını malik yanında zilyedin de açabilmesi mümkündür. Örneğin taşınmazı malikten kiralayıp eken kiracı da davacı sıfatını kazanabilir. Davalı taraf ise özel mülkiyette bulunan taşınmaza el atmak suretiyle zarara uğratan ve bu haksız eylemden dolayı tazmin sorumluluğu bulunan idaredir.

Husumet, elbette idareye yönelik olacaktır. Fakat, haksız eylem niteliğine sahip ve kamulaştırmасız el atma çerçevesindeki eylem, memurun ağır kişisel kusurundan doğuyorsa, idari işlem veya eylem vasfı olmayan bu fiilden ötürü memurun haksız fiilden doğan şahsi sorumluluğuna da dayanılabilir. Bu halde kamulaştırmасız el atma davası açısından husumet, gerek kamu görevlisine gerekse idareye yöneltmek suretiyle müteselsil sorumluluk hükümleri uygulanacaktır²⁰⁴. Husumete ilişkin olarak bedel davasında açıklanan esaslar tazminat davasında da geçerlidir.

4. Görevli ve Yetkili Mahkeme

Görev açısından yetkili mahkeme HMK m. 2 gereğince asliye hukuk mahkemesidir. Yani kamulaştırmасız el atma sebebiyle tazminat davalarında görevli mahkeme, davanın malvarlığına ilişkin olması sebebiyle asliye hukuk mahkemesidir. Yer açısından yetkili mahkeme belirlenirken HMK m. 6 ile m. 16

²⁰³ Eren, s.858.

²⁰⁴ Yazıcıoğlu, s. 244.

hükümleri uygulanacaktır. Zarara uğradığını öne süren veya ilgili olan herkes, bu davayı açabilir²⁰⁵.

Tazminat davası, özel mülkiyette bulunan taşınmazın aynıyla ilişkili olmayıp, bir miktar parasal zararın tazminine dairdir. Bu nedenle, HMK’da taşınmaz açısından kesin yetki kuralları ile genel yetki kuralları uygulanacaktır. Davalının ikametgâhı mahkemesi, genel yetkili mahkemedir. Fakat, tazminat davası seçimlik olarak, haksız eylemin işlendiği yer mahkemesinde de açılabilir²⁰⁶.

F. Ecr-i Misil Davası

1. Genel Olarak

Ecrimisil kavramı, hak sahibi zilyedin, haksız şekilde zilyet olan kişiden talep ettiği tazminat şeklinde tanımlanabilecek olup²⁰⁷, bu kavram Yargıtay kararlarında ve “*Hazineye Ait Ecrimisillerin Aranmasına Dair Kanun*” gibi bazı kanunlarda yer almaktadır. Bu Kanunlarda ecrimisil kavramı yer almış olsa da, bir tanımı yapılmamıştır²⁰⁸.

Ecrimisil kavramında haksız olarak zilyet olanın eşya üstünde haksız bir işgali veya kullanımı bulunmaktadır. Haksız zilyet olan kişi, eşya üstünde herhangi bir hakka dayanmaksızın fiili hâkimiyet oluşturan kişidir. Haksız zilyetlik oluşturan bu şahıs, kiralama yapılmış gibi ve haksız kullanımı sebebiyle hak sahibi zilyede ödeme yapmakla yükümlüdür. Zira haksız zilyet, eşyayı kullandığı süre içerisinde bir yarar elde etmiş olmasına karşılık hak sahibi zilyet, taşınmazı kullanmaktan yoksun kalmaktadır.

Ecrimisilden söz edebilmek için ilk olarak haksız bir zilyetlik, diğer bir deyişle kötüniyetli zilyetlik bulunmalıdır. Kötüniyetli zilyet, fiili şekilde hâkimiyet oluşturduğu eşya üstünde bir hakkının bulunmadığını bilen veya da bilebilecek pozisyonda olan zilyettir. Ecrimisil talep edebilmek için hak sahibi

²⁰⁵ Bakırcı, s.255.

²⁰⁶ Ulusoy, s.80.

²⁰⁷ Ceren Yavuzaslan, **Ecrimisil**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2021, s.4-49; Şahiniz, s.117-120; Bakırcı, s.256.

²⁰⁸ Yalçınduran, s.71.

zilyedin zarara uğramış olması bir şart olarak aranmamaktadır²⁰⁹. Bu kapsamda eşyanın kiraya verilebilmesi mümkünse hak sahibinin zararına bakılmaksızın ecrimisil tazminatı ödenmesine karar verilir.

Tazminat davalarında zarar şartı aranmaktadır. Ecrimisil davalarında taşınmazın kiralanabilme olasılığı varsa ecrimisil bedeli istenebilir. Tazminat davasında idare, özel mülkiyetteki taşınmaza haksız şekilde el atıp zarar vermiştir. İdarenin bir haksız fiili neticesinde malik zarara uğramaktadır. Ecrimisil taleplerinde haksız zilyedin de kusurlu olması aranmaz²¹⁰. Ancak Yargıtay'ın yakın tarihli kararlarında²¹¹, ecrimisile konu davalar, haksız fiil şeklinde tanımlandığı için talebin zilyet veya malikin zararı şartına bağlandığı, fakat zarar kavramının geniş şekilde yorumlandığı görülmektedir.

Kamulaştırmasız el atma açısından ecrimisil talepleri, malikleri idareye karşı koruma yollarından bir başkasını oluşturmaktadır. Hazine malları bakımından da ecrimisil, hazine mallarını özel şahıs ve kurumlara karşı korumaya yardımcı olmakta, kamulaştırmasız el atma durumlarında da özel mülkiyette taşınmaz maliklerinin haklarını idareye karşı korumaktadır²¹².

Ecrimisil, Yargıtay kararlarında kötü niyetli işgal eden kişinin vermeye sorumlu olduğu tazminat şeklinde tanımlanıp en az kira geliri, en fazla tam gelir mahrumiyeti şeklinde nitelendirilmiştir. Ecrimisil bedeli, taşınmazın dava konusu ilk dönemde serbest piyasada kazandırabileceği kira parası şeklinde ve rayiç bedele göre tespit edilmektedir. Bu ecrimisil bedelinde, emsal kira sözleşmeleri karşılaştırılır, taşınmazın alanının büyüklüğü ve çevresel nitelikleri göz önüne alınır. Daha sonraki dönemler açısından ise ilk dönem tespit edilen değere ÜFE artış oranı yansıtılarak belirlenecek bedelden az olmamak şartıyla ecri misil, rayiç değerlere göre tespit edilir²¹³.

Kira sözleşmesinin bittiği tarihinden başlayarak işgalin sürmesi durumunda sözleşmede düzenleme varsa o hüküm uygulanır. Aksi halde ecrimisil bedeli alınır. Yargıtay'ın ecrimisil davalarına ilişkin kararlarının büyük çoğunluğu

²⁰⁹ Yargıtay 3. HD, E.2012/18251, K.2012/22849, T. 7.11.2012.

²¹⁰ Yazıcıoğlu, s. 249-252.

²¹¹ Yargıtay HGK E.2017/1273, K. 2019/911, T.19.9.2019, <https://www.sinerjias.com.tr/>, Erişim Tarihi: 21.06.2022.

²¹² Özdemir, s.154.

²¹³ Yalçınduran, s. 73.

kamulaştırmasız el atma vasfına sahip olmayan ve özel kişiler arasındaki kira sözleşmesinin bitmesinden sonrasına ilişkin kullanımlarla ilgilidir²¹⁴.

Ecrimisil talebinin muhatabı taraf, TMK'da kötüniyetli zilyete ilişkin düzenlemelerde yer alan ilkeler kapsamında tüm zararlardan, elde edilen ya da ihmal edilen semerelerden de sorumlu olacak ve bunları zilyede tazminat olarak ödeyecektir. Haksız zilyedin tüm faydalanmaları da ecri misil tazminatına dahil olacaktır²¹⁵. Zira, gelir elde edilebilecek bir yerin haksız işgali nedeniyle taşınmaz sahibinin o yerden olması gerektiği şekilde faydalanamaması sebebiyle malvarlığındaki artışa engel olmayı içermektedir. Bu işgal sonucu hak sahibinin malvarlığına dahil olmayan çoğalma, en aşağı kira en fazlası da tam gelir yoksunluğu olabilir. Ecrimisil tazminatı, el atma yapılmasaydı hak sahibinin malvarlığı ne düzeyde olacaksa o düzeyin sağlanmasını amaçlamaktadır. Ecrimisil tazminatına karar verilebilmesi için, taşınmaz üstünde yapı bulunması zorunlu olmayıp, taşınmazın kullanma şeklinin de önemi bulunmamaktadır.

El atma yapılmamış olsaydı inşa edilecek yapılardan elde edilebilecek kazanç miktarının, mahrum kalınan kâr şeklinde ecrimisil istemleriyle öne sürülmesi, KK m. 11/3'te hükmü nedeniyle mahkemelerde kabul görmemektedir²¹⁶. Ayrıca Yargıtay, işgal edilen taşınmazın, ekonomik tahsis amacına bakıldığında, gelir getirmeye tahsis edilmemiş olması durumunda bile ecrimisile karar verilebileceğini ifade etmektedir.

Ecrimisil davası; el atmanın önlenmesi, bedel ve tazminat davalarıyla beraber veya ayrı açılabilir. Ecrimisil bedeli, fiili el atmalarda istenebilirken, fiili kullanımın olmadığı hukuki el atmalarda bu bedel talep edilemez. Başka bir deyişle, ecrimisil davasının açılabilmesi için fiili el atma zorunlu bir koşuldur²¹⁷.

Husumete dair yukarıda söz edilen kurallar, ecrimisil davası açısından da geçerlidir. Davacı, taşınmazına el atılan taşınmaz sahibi veya zilyettir. Taşınmaz paylı mülkiyete tabi ise paydaşlar davayı açabilir. Davalı taraf ise özel mülkiyette

²¹⁴ Yargıtay HGK E.2017/1273, K. 2019/911, T.19.9.2019, <https://www.sinerjias.com.tr/>, (Erişim Tarihi: 21.06.2022); Özdemir, s.154.

²¹⁵ Özdemir, s.154.

²¹⁶ Yargıtay 5. HD., E.2020/4210, K.2020/7279, T.24.9.2020, <https://www.sinerjias.com.tr/>, (Erişim Tarihi: 21.06.2022).

²¹⁷ Özdemir, s.155.

bulunan taşınmaza el atmak suretiyle haksız zilyet olan ve ecrimisil vermesi gereken idaredir²¹⁸.

Kamulaştırmatsız el atmada ecrimisil talebinin kabul edilebilmesi için taşınmazın tapuya kayıtlı olması gerekir. Şayet taşınmaz üstündeki mülkiyet hukuki olarak korunmuyorsa, el atma kapsamında ecri misil istemleri de kabul edilemeyecektir. Yargıtay, imar mevzuatına aykırı şekilde yapılan kaçak yapılar için ecrimisil istenemeyeceğine karar vermiştir.

Ecrimisil talebine, hangi tarihten faiz işletileceğine ilişkin olarak doktrinde değişik görüşler bulunmaktadır²¹⁹. Konuya ilişkin Yargıtay'ın farklı içtihatları bulunmaktadır. Yargıtay 5. Hukuk Dairesi, ecrimisil taleplerine dava tarihinden başlayarak yasal faiz işletileceğine karar vermiş olsa da, aynı yıl içindeki başka kararlarında ise, ecrimisil bedeline her dönem sonundan başlayarak ayrı ayrı faiz yürütülmesi gerektiğini belirtmiştir.

Ecrimisil miktarının belirlenmesinde emsal yerlerin kiralanıp kiralanmadığı, kiralanıyorsa olağan şekilde nasıl ve ne biçimde kiralandığının araştırılması, bunun öğrenilebilmesi için keşif yapılması ve bilirkişi incelemesi yapılması gerekmektedir.

Ecrimisil bedeli belirlenirken arsa veya arazinin nasıl kullanılacağına dair davacı beyanları da önemli olmaktadır ve Yargıtay'da bu beyanları kararlarında esas almaktadır.

2. Süre

Ecrimisil davalarında, taşınmazın aynına ilişkin bir talep bulunmamakta olup, kamulaştırmatsız el atmada ecrimisil talepleri için zamanaşımı süresine ilişkin özel bir düzenleme de bulunmamaktadır. 25.5.1938 tarihli Yargıtay İBGK kararında ecrimisil talepleri için TBK m. 147'deki kira sözleşmelerine özgü beş yıllık zamanaşımı süresinin bulunduğu kabul edilmiştir²²⁰. Bu nedenle, ecrimisil

²¹⁸ Özdemir, s.156.

²¹⁹ Yavuz Çakır, **Kamulaştırmatsız El Atmanın Mülkiyet Hakkı Bakımından Anayasal İncelenmesi**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s.73-74.

²²⁰ Yargıtay 8. HD, E. 2018/10525, K.2020/1184, T. 11.2.2020, <https://www.sinerjias.com.tr/>, (Erişim Tarihi: 21.06.2022); Şahiniz, s.223; Özdemir, s.194.

davalarında davanın açıldığı tarihten başlayarak ve geriye giderek beş yıllık zamanaşımının dolup dolmadığı dikkate alınacaktır.

Yargıtay, anılan İBK'ndan sonra açılan ecrimisil davalarına sebep olan el atmanın haksız fiil olduğuna ilişkin pek çok karar vermiştir. Ecrimisil istemine konu el atmalar haksız fiil kapsamında olduğundan, kamulaştırmasız el atma sebebiyle tazminat davası açıldıktan sonraki süre için ecrimisil talep edilemeyeceği belirtilmektedir²²¹.

3. Yetkili ve Görevli Mahkeme

Görevli ve yetkili mahkeme ise HMK kapsamında belirlenmektedir. Ecrimisil davasının taşınmazın aynına ilişkin olmaması ve dava konusunun talep edilen bedel olması sebebiyle görevli mahkeme ise HMK m. 2 uyarınca asliye hukuk mahkemesidir. HMK m. 6 - m.16 uyarınca da yetkili mahkeme belirlenecektir²²². HMK'ya göre, davanın açıldığı tarihteki davalının yerleşim yeri mahkemesi, genel yetkili mahkemedir (m.6).

G. Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yolu

Anayasa Mahkemesi (AYM) Celalettin Aşçıoğlu kararı²²³ ile kamulaştırmasız el atma ile ilgili olarak fiili el atmayı ele alan ilk uyuşmazlık olmuştur. Başvurucu, tarla niteliğindeki taşınmazı ilgili idare tarafından ıslah çalışmaları çerçevesinde dere yatağı şeklinde kabul edilmiş ve kanal haline getirilmiştir. İdarenin haksız eylemi sebebiyle gördüğü zararın tazmini istemiyle başvurucu dava açmış, bu davada talebi olmaksızın, olay kamulaştırmasız el atma kapsamında ele alınarak tazminata hükmedilmiş ve taşınmazın idare adına terkinine karar verilmiş olmasını adil yargılanma hakkı ile mülkiyet hakkı ihlali olduğu ileri sürmüştür.

AYM, başvurucunun bahse konu ihtilafın haksız eylem hükümleri gereğince çözüme bağlanması ve oluşan zararın bu kapsamda hesaplanması gerektiği, kamulaştırmasız el atma nedeniyle tazminat davası şeklinde tanımlanmasının adil

²²¹ Yargıtay 3. H.D., E.2009/1467, K.2010/4166, T.15.03.2010, <https://www.sinerjias.com.tr/>, (Erişim Tarihi: 21.06.2022).

²²² Şahiniz, s.225-226; Çakır, s.72-73.

²²³ AYM *Celalettin Aşçıoğlu*, parag.35.

yargılanma hakkı ihlali olduğuna dair itirazlarının ilk derece mahkemelerinin yetkisinde olduğu ve açıkça keyfi bir durum olmadığı sürece bunun değerlendirmeyeceğini ifade etmiştir²²⁴.

Anayasa Mahkemesi, kamulaştırmatsız el atmanın, kamulaştırma ile karşılaştırıldığında hukuki olmayan bir usul olarak daha az teminat sunduğunu, kişileri öngörülemez ve keyfi durumlarla karşı karşıya bıraktığını belirtmiştir²²⁵. Mahkeme, olaydaki fiili el atmayı, kanundan kaynaklanan bir uygulama olmaması nedeniyle kanunilik kriterine aykırı bulmuş ve mülkiyet hakkının ihlal edildiğini ifade etmiştir²²⁶. Kamulaştırmatsız el atma şeklindeki bu hukuka aykırı müdahalede, kamu yararı ile birey menfaati arasında denge kurulması amacıyla el atılan taşınmazın gerçek bedelinin ödenmesi gerektiğini ifade etmiş, bu bedelin Kamulaştırma Kanunu hükümleri uyarınca hesaplanmasının makul bir denge oluşturduğuna karar vermiştir²²⁷.

Mahkeme *Kenan Yıldırım ve Turan Yıldırım* davasında²²⁸, kamulaştırmatsız elatma sebebiyle yerel mahkemenin belirlediği taşınmaz bedelleri idareden tahsil edilememiştir. Mahkeme, bu sorunun nitelendirilmesinde AIHM'nin eğilimini benimsemiş, bu kapsamda mahkeme kararlarının geç yerine getirilmesinin mülkiyet hakkından barışçıl faydalanma ya da bu hakka saygı ilkesinin ihlali çerçevesinde değerlendirilebileceğini belirtmektedir²²⁹. Mahkeme, kamulaştırmatsız el atma sebebiyle karşılaştırılan tazminatların tahsili için idarenin mal ve alacaklarının haczedilemeyeceğine ilişkin düzenlemenin, kamu hizmetlerinin aksatılmadan yürütülmesini teminat altına almak için bireysel haklara konulan bir sınırlama olduğunu belirtmiş; yasal faiz işletilmesiyle orantılı bir kamu yararı ile kişi hakları dengesi oluşturulmaya çalışıldığını ifade ederek, bu sınırlamanın ölçsüz olmadığına karar vermiştir²³⁰. Bununla birlikte AYM, kamu idarelerinin, mal ve alacaklarının haczedilememesi kuralına dayanarak yargı kararıyla belirlenen ve kesinleşmiş olan taşınmaz bedelini ödemekten

²²⁴ AYM *Celalettin Aşçıoğlu*, parag.35-41.

²²⁵ AYM *Celalettin Aşçıoğlu*, parag.56-60.

²²⁶ AYM *Celalettin Aşçıoğlu*, parag.61.

²²⁷ AYM *Celalettin Aşçıoğlu*, parag.63-70.

²²⁸ *Kenan Yıldırım-Turan Yıldırım*, parag. 57.

²²⁹ *Kenan Yıldırım-Turan Yıldırım*, parag. 57-61.

²³⁰ *Kenan Yıldırım-Turan Yıldırım*, parag. 69.

sakınmalarını, kamu yararı ile bireyin mülkiyet hakkı dengesini hak sahipleri zararına bozduğu için mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir²³¹.

Cavit Bağyapan başvurusunda²³² Anayasa Mahkemesi, kamulaştırmatsız el atma davalarında tazminat değeri ve bu değere yürütülecek faiz oranını ele almıştır. Başvurucu, dava tarihi ile kararın kesinleşmesine kadar geçen zamanda yürütülen faiz oranının, kamu alacaklarına tatbik edilen en yüksek faiz oranı yerine yasal faiz oranının uygulanmasının mülkiyet hakkını ihlal ettiğini öne sürmüştür.

Mahkeme, kamulaştırmatsız el atma davalarında hesaplanacak taşınmaz bedelinin, KK m.10 ve 11 gereğince dava tarihine göre belirlenmesi gerektiğini²³³, kamulaştırmatsız el atma davalarını haksız eylemden doğan davalar şeklinde tanımlamakta ve bu davalarda dava tarihinden kararın kesinleşme tarihine kadar geçen sürede kanuni faiz oranının işletilmesi gerektiğini ifade etmektedir²³⁴. Mahkeme, kamulaştırmatsız el atma davalarında kararın kesinleşmesinden fiilen ödemenin yapılmasına kadar geçen zamanda yürütülecek faiz oranlarının farklı olduğunu belirtmektedir. Çünkü Anayasa'nın 46/4. maddesi gereğince kamu alacakları için öngörülen en yüksek faiz oranının, kamulaştırmatsız el atmaya ilişkin davalarda belirlenen tazminat miktarına, kararın kesinleştiği tarihten fiili olarak ödemenin yapıldığı tarihe kadar geçen süre için işletilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Bu nedenle Mahkeme, başvurusunun, kamu alacaklarına tatbik edilen en yüksek faiz oranının, dava tarihi ile karar tarihine kadar zaman zarfında uygulanması gerektiği iddiasını haklı görmemiştir. Ayrıca Mahkeme, somut davada, 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 iddiasını reddetmiştir²³⁵.

²³¹ *Kenan Yıldırım-Turan Yıldırım*, parag. 55-75.

²³² *Cavit Bağyapan*, parag.52.

²³³ *Cavit Bağyapan*, parag.52.

²³⁴ *Cavit Bağyapan*, parag.56.

²³⁵ *Cavit Bağyapan*, parag.58-69.

Mahkeme *Servet Saraçoğlu ve Diğerleri* kararında²³⁶ aynı alan içinde bulunan taşınmazlara fiili el atma nedeniyle açılan davalarda, 26 nolu parsele dair kamulaştırmasız el atma istemi kabul edilmekle birlikte, idarece bedeli ödenmeksizin kullanılan 210 nolu parseldeki taşınmaza ilişkin 1997 yılında açılan el atmanın önlenmesi, ecrimisil ve tazminat talepli davaların 2012 yılına kadar sürmesi ve yargılamada taşınmazın malikler adına tesciline ilişkin kesinleşen mahkeme kararının dikkate alınmaksızın, yerel mahkemece 1969 tarihli kadastrodan evvel gerçekleştirilen kamulaştırma işlemine değer atfedilerek davanın reddi kararı ele alınmıştır. Anayasa Mahkemesi, AIHS Ek 1 No'lu Protokol m.1 ile Anayasa m.35 çerçevesinde devletlerin mülkiyet hakkını belirli koşullarla sınırlayabileceklerini belirtmiştir²³⁷. Bununla birlikte, Mahkeme, 210 nolu parsele ilişkin olarak, taşınmazın fiili el atma sonucunda davalı idarelerin kullanımı altına alındığı, idarenin taşınmaz üstüne taşınması ciddi mali yük gerektirecek miktarda cüruf dökükleri, başvuruçuların kendi taşınmazlarını kullanamadıkları, süren bu fiili duruma rağmen kendilerine ecrimisil ve tazminat ödenmediği, idarenin kamu yararı ile bireylerin mülkiyet hakkı arasında makul bir denge kurmadığını, bu durumun başvuruçular açısından aşırı bir yük oluşturduğuna karar vererek ölçülülük ilkesi ve Anayasa m. 35'de teminata bağlanan mülkiyet haklarının ihlaline karar vermiştir.

AYM *İbrahim Oğuz ve Diğerleri* davasına konu uyuşmazlık ise²³⁸, başvuruçular taşınmazlarının bir bölümüne moloz dökülmesi ve yol açılarak müdahale edilmesi üzerine, el atmanın önlenmesi ve ecrimisil tazminatının tahsili talebiyle dava açmış olup, yerel mahkeme ise davayı kamulaştırmasız el atmaya dayalı bedel davası şeklinde tanımlamıştır. Başvuruçular, KK gereğince tespit edilen bedelin ödenmesi ve taşınmazın idareye tesciline hükmedilmesi karşısında adil yargılanma hakkı ihlali ile mülkiyet hakkı ihlali iddiasında bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi, bu dosyada, *Celalettin Aşçıoğlu* başvurusundaki kararını tekrar ederek, açıkça keyfilik olmadığı sürece bu değerlendirmeleri

²³⁶ AYM *Servet Saraçoğlu ve Diğerleri*, 2012/1281 B. No., 24.6.2015 T. <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2012/1281>, (Erişim tarihi:22.6.2022).

²³⁷ *Servet Saraçoğlu ve Diğerleri*, parag.99-100.

²³⁸ AYM *İbrahim Oğuz ve Diğerleri*, parag.44.

incelemeyeceğini ifade ederek, adil yargılanma hakkının ihlali iddiasını açıkça dayanaktan yoksun bulmuştur²³⁹.

AYM *Şevket Karataş* kararında²⁴⁰, başvurucunun taşınmazının bir bölümünden, kamulaştırma işlemi yapılmadan 1985 yılında enerji nakil hattı geçirilerek elektrik direği konulmuştur. Başvurucu, taşınmazına kamulaştırmaz el atılmasından şikâyet etmiş, enerji nakil hattı geçirilmesi nedeniyle taşınmazın üstünde bina yapabilmemesinin olanaklı olmadığını, bu yüzden enerji nakil hattı geçen bölümün tümünün bedeli ile enerji nakil hattı geçmeyen kısmında gerçekleşen değer kaybının tazminat olarak ödenmesini gerektiğini, aksi doğrultudaki uygulama sebebiyle mülkiyet hakkının ihlal edildiğini belirtmiştir. Mahkeme, anayasal teminatlara aykırı şekilde kamulaştırmaya ilişkin belirlenen kuralların ötesine geçme olanağı veren idarenin bu uygulamasının, mülkiyet hakkı açısından öngörülemeyen ve keyfi hallere yol açtığı, Anayasa m. 13, 35 ve 46'da yer alan hukuki teminatları kapsamadığı açık olan bahse konu müdahalenin kanuna dayalı olmadığı ifade ederek mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir²⁴¹. Ancak, Mahkeme, belirlenen tazminat değerine ilişkin iddia karşısında, yalnızca mülkiyet hakkına müdahale ile ödenen bedel arasında ölçülülük ilkesinin kurulup kurulmadığı üstünden değerlendirme yapabileceğini ifade etmiştir²⁴².

Anayasa Mahkemesi *Alaattin Ölçer* başvurusunda²⁴³, başvuru, 2005 yılında maliki olduğu taşınmaz için beş katlı yapı ruhsatı almasına karşın idarenin taşınmazdan geçirdiği enerji nakil hattı nedeniyle yapamadığı yapının kira gelirinden yoksun kaldığını ileri sürmüştür. Anayasa Mahkemesi, mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin yasaya dayanmaması sebebiyle mülkiyet hakkının ihlaline karar vermiştir. Mahkeme, başvuranın olayda çok katlı bir yapı inşasını yapmadığı için mahrum kaldığı kira kaybının olmadığını, fakat idari irtifak tesis edilmeksizin taşınmaz üstünden enerji nakil hattı geçirilerek maruz kalınan zararı

²³⁹ AYM *İbrahim Oğuz ve Diğerleri*, parag.44-53.

²⁴⁰ *Şevket Karataş*, parag.54.

²⁴¹ *Şevket Karataş*, parag.54-60.

²⁴² *Şevket Karataş*, parag.65-67.

²⁴³ *Alaattin Ölçer*, parag.40.

giderecek bir tazminat da ödenmediğini belirtmiş ve yeniden yargılama yapılmak amacıyla kararı derece mahkemesine göndermiştir²⁴⁴.

H. AİHM'e Başvuru Yolu

AİHM, hem fiili el atma hem de hukuki el atma kapsamındaki başvuruları, AİHS 1 No'lu Ek Protokol'ün "*Mülkiyetin Korunması*" başlığına sahip m.1 çerçevesinde değerlendirmektedir. Türk Hukuku'nda kamulaştırmaz el atma kavramına ilişkin hem yargı organlarının hem de doktrinin yaklaşımlarının değişime uğramasında AİHM kararlarının önemli etkisi vardır²⁴⁵.

AİHM, yapılan başvurularda, ilk olarak mülkiyet hakkına dair bir müdahalenin bulunup bulunmadığını ele almaktadır²⁴⁶. Mülke dair bir müdahalenin bulunduğunu belirledikten sonra müdahalenin meydana getirdiği hukuki sonuçtan hareketle uyuşmazlığı hangi kural çerçevesinde değerlendireceğine karar vermektedir. Müdahalenin hukuka uygunluğunu değerlendirirken kullandığı üç esas kriterden; birincisi, müdahalenin yasayla konulup konulmadığı, ikincisi, gerçekleştirilen müdahalenin meşru amaçlarla uyumlu olup olmadığı, üçüncüsü ise müdahalenin ölçülülük veya adil denge kistasına uygun olup olmadığıdır²⁴⁷.

Fiili el atma çerçevesinde kabul edilecek ilk AİHM kararlarından birisi, *Papamichalopoulos v. Yunanistan* kararıdır. Bu başvuruda, deniz kuvvetleri komutanlığı başvurusunun taşınmazı üstüne üs alanı ve subaylar için dinlenme alanı inşa ederek fiilen el atmış, başvurucuya taşınmaz ya da tazminat verilmesi süreci başlatılmış olsa da tamamlanmamıştır. AİHM, bu olayda başvurusunun mülkiyetine açık bir müdahale bulunduğunu, idarenin resmi bir kamulaştırma yapmadığını, müdahalenin mülkiyetin kullanımını kontrol amacını aştığını, idarenin fiili nedeniyle malikin taşınmazı tasarruf etme yetkisini kaybettiğini, bu kaybın etkin bir biçimde giderilmediğini ifade ederek mülkiyet hakkının barışçıl

²⁴⁴ Alaattin Ölçer, parag.40-50.

²⁴⁵ Bakırcı, s.171.

²⁴⁶ Haydar Burak Gemalmaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Mülkiyet Hakkı*, İstanbul, Beta Yayınları, 2017, s. 123-137, 178-230.

²⁴⁷ Gemalmaz, *Mülkiyet Hakkı*, s.447-453.

kullanımı olarak ifade edilen birinci kural ile uyumsuz de facto kamulaştırma olduğu gerekçesiyle mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir²⁴⁸.

Brumarescu v. Romanya davasına konu olayda²⁴⁹ ise, 1950 yılında çıkarılan bir kararname ile devletleştirilen taşınmazın malikinin, açılan dava sonucunda başvurucu olduğuna dair karar verilmiş, kesinleşmesine rağmen savcılık tarafından yapılan itiraz üzerine derece mahkemesi tarafından karar bozulmuş ve başvurunun mülkiyet hakkı, bu son karar üzerine sona ermiştir. AİHM, bir uyuşmazlığın mülkiyetten mahrum kalma neticesini doğurabilmesi için taşınmazın resmi kamulaştırma ile alınması gerektiğini, başvurunun mahkeme kararıyla mülkiyet hakkından yoksun kalması olayını, taşınmazı satması, bağışlaması, vasiyet etmesi ya da başka bir biçimde tasarruf etmesinin olanaklı olmamasından hareket ederek mülkiyet hakkından mahrum kalmaya ilişkin ikinci kural çerçevesinde ele almıştır. Başvurucunun mülkiyet hakkını kullanmaktan mahrum bırakılmasını haklı kılacak kamu yararı gereklerinin ispatlanmadığı ve taşınmazın bedeline uygun tazminat ödenmediği belirtilerek, kişisel ve aşırı yük altında kalan başvurunun mülkiyet hakkının ihlaline karar verilmiştir²⁵⁰.

AİHM Türk hukukunda mülkiyet hakkı ihlaline neden olan KK m. 38 ile ilgili birçok uyuşmazlığı ele almıştır. *I.R.S v. Türkiye* davasında²⁵¹, 1955 yılında başlayarak, yirmi yıldan fazla bir süre kamulaştırma işlemlerine girişilmeksizin, fiili olarak askeri hizmete ayrılan özel mülkiyetteki taşınmazın, KK m.38'e istinaden mahkeme kararıyla hazineye tescil edilmesi ve malikler açısından telafi edici bir mekanizmanın öngörülmemesi konularını incelemiştir. Mahkeme, KK m. 38'deki yirmi yıllık süre sonunda maliklerin, el atmanın önlenmesini talep etme ve başkaca tazminat istemlerini öne sürme haklarını yitirdiklerini, yirmi yıllık sürenin yasanın yürürlük tarihinden itibaren değil, fiili el atma tarihinden işletilmeye başlandığı, Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihe bakıldığında başvuru sahiplerinin tazminat dâhil bir talepte bulunma olanaklarının olmadığını belirtmiştir. Bu kapsamda mülkiyetten mahrum bırakma sonucunun keyfi bir

²⁴⁸ *Papamichalopoulos v. Yunanistan*, parag.37-46.

²⁴⁹ *Brumarescu v. Romanya*.

²⁵⁰ *Brumarescu v. Romanya*, parag.75-78; Sarı, s.81.

²⁵¹ Sarı, s.84.

müdahaleden doğduğu gerekçesiyle mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir²⁵².

Ayrıca KK m. 38'deki yirmi yıllık hak düşürücü süreye istinaden Türk ulusal mahkemelerinde birçok dava reddedilmiş olup, AİHM, KK m. 38'le ilişkili başvurularda, mülkiyet hakkına yönelik müdahalelerin yasayla getirilmiş olmasına karşın, kamu yararı ile bireyin mülkiyet hakkı arasında makul dengenin kurulamaması nedeniyle mülkiyet hakkının ihlaline karar vermiştir. Bu dönemde Anayasa Mahkemesi de 10.4.2003 tarihli kararı ile KK m.38'i iptal etmiştir.

Cemile Bozoğlu v. Türkiye davasında başvurucular, bilinmeyen bir tarihte silahlı kuvvetler tarafından tel örgü ile çevrilerek arazilerinin bir bölümünü kullanmalarının askeri makamlarca önlenmesinin kamulaştırmasız el atma oluşturduğunu öne sürmüşlerdir. AİHM, ulusal mahkemelerin başvurucuların dava konusu yerin sahibi olmayı sürdürmeleri ve bu yerden askeri mercilerin izni ile yararlanabilecekleri gerekçesi ile kamulaştırmasız el atma olarak değerlendirilememiştir. Mahkeme bu kararında delil değerlendirilmesinin ulusal mahkemeler tarafından yapılabileceğini ifade etmiş ve bu olayda mülkiyet hakkıyla ilgili bir inceleme yapmaktan sakınmıştır.

AİHM *Sarıca ve Dilaver v. Türkiye* davasında²⁵³, Türk hukukunda fiili el atmada kanuni faiz oranı mı ya da kamu alacaklarında uygulanan en yüksek faiz oranının mı uygulanacağı sorununu incelemiştir. Bu davada AİHM, başvurucuların murisinin maliki olduğu taşınmazın, idarece eğitim alanı olarak etkin bir biçimde kullanıldığından fiili el atmanın bulunduğu ve mülkiyet hakkından yoksun bırakma halinin bulunduğunu belirlemiştir. Yine AİHM, Anayasa'nın 46. Maddesinde düzenlenen gecikme faizinin, yasal dayanağı olmadan yapılan kamulaştırmalarda uygulanmamasını kabul edilemez bulmuştur. De facto kamulaştırmanın mağduru olan başvurulara karar tarihinden idarece ödemenin tümünün yapılmasına kadarki sürede daha düşük oran uygulanmasının, idareye avantaj getireceğini, hukuki temele dayanmayan kamulaştırmayı imtiyazlı kılacağını, bu uygulamanın, yasadışı işlemleri önleyecek özellikte olmadığı ifade

²⁵² Sarı, s.84-85.

²⁵³ AİHM *Sarıca ve Dilaver v. Türkiye*.

edilmiştir. Kısaca, faize dair bu uygulamanın meşru amaç ilkesine aykırı olduğuna karar vermiştir.

Halil Göçmen v. Türkiye davasında²⁵⁴, fiili el atma yargılamasında taşınmazın yüksek olarak belirlenen değeri, 750 TL'ye düşürülerek tazminata hükmedilmiştir. AİHM, hukuka uygun kamulaştırma işlemi yapılmadığından, bu uygulamanın öngörülebilir ve kanuni olmadığı, hükmedilen miktarındaki değişikliğe dair yeterli gerekçe gösterilmediği, dava şartlarında gereken usuli teminatları sağlayan yargı işlemleri yapma yükümlülüğüne uyulmadığını belirterek mülkiyet hakkının ihlaline karar vermiştir²⁵⁵.

²⁵⁴ AİHM *Halil Göçmen v. Türkiye*, parag.34.

²⁵⁵ AİHM *Halil Göçmen v. Türkiye*, parag.35-43.

VI. HUKUKİ EL ATMA

A. Genel Koşullar

Hukuki el atmada²⁵⁶, taşınmaz mülkiyetinden mahrum bırakma sonucu, idarenin taşınmaz üstündeki fiili hâkimiyeti kısmen ya da tamamen sonlandırmaya yönelik eylemi ile yapılmamaktadır. Hukuki el atma, çoğunlukla idarenin yaptığı bir işlem ve beraberinde idarenin eylemsiz kalarak dolaylı şekilde müdahale ile gerçekleşmektedir²⁵⁷.

AIHM, Türk Hukuku'nda hukuki el atma şeklinde adlandırılan ihtilaflara benzer özellikteki ihtilafları, genel kural niteliğindeki “*mal ve mülkün dokunulmazlığına saygı/mülkiyet hakkının barışçıl kullanımı*” olarak belirtilen birinci kural içerisinde değerlendirmektedir. AIHM *Brumarescu v. Romanya* davasında²⁵⁸ belirtildiği üzere idarenin müdahalesi neticesinde malikin taşınmaz üstünde satma, bağışlama, kiraya verme şeklinde tasarrufta bulunmasının olanaklı olmadığından, bu uyuşmazlığı ikinci kural olarak isimlendirilen mülkiyet hakkından mahrum bırakılma çerçevesinde ele alınmıştır.

Hukuki el atma, Türk Doktrini tarafından, mülkiyet hakkının verdiği, kullanma, yararlanma ve tasarruf yetkilerinin uzun müddet kullanılmasının önlenmesi, taşınmaz mülkiyeti kullanımının hukuki olarak önlenmesi, taşınmaz üstündeki tasarruf yetkisinin ortadan kaldırılması, belirsiz süreli olarak mülkiyet hakkına sınırlama getirilmesi, yasadan kaynaklanan sınırlamaların ötesinde taşınmaza uzun süre sınırlama konulması, kamulaştırmanın yapılmaması şeklinde ifade edilmektedir²⁵⁹.

²⁵⁶ Türk Doktrini'nde çoğunluk tarafından hukuki el atma şeklinde isimlendirilen bu olguda, “*hukuki*” teriminin kullanılmasını, taşınmaza yönelen hukuka uygun bir müdahale olduğu izlenimi doğurduğundan biz de bu terimi isabetli bulmuyoruz, bkz. Gürsel, s.194, 583-585; Bakırcı, s.148.

²⁵⁷ Gürsel, s.194, 583-585, 637; Özdemir, s.63; Karaca, Yargısal Başvuru Yolları, s.277-278.

²⁵⁸ AIHM *Brumarescu v. Romanya*, prg. 75-78.

²⁵⁹ Yalçınduran, s.55-56; Bakırcı, s.149; Gürsel, s.581-652, 482-488; Çabri, s.97-100.

Yargıtay da, mülkiyet hakkının kaybedildiğinden bahsedebilmek için tapunun iptaline karar verilmesinin gerekli olmadığı, tasarruf olanağının sınırlanması ya da kaldırılmasının yeterli olduğunu belirtmektedir. Danıştay ise, imar planında kamu hizmetine tahsis edilen taşınmazın kamulaştırılmaması nedeniyle hak sahiplerinin, taşınmazdan gelir kazanamaması ve taşınmazı satamaması biçiminde kullanma haklarının sınırlandırıldığını belirtmektedir.

Türk Doktrini ve yargı kararlarındaki bu açıklamalara bakıldığında, hukuki el atma ile mülkiyet hakkının kullanımının denetim altına alınmasının hedeflendiği imar planı, sit alanı ilanı gibi işlemler sonucu taşınmazların kullanılamaz, faydalanılamaz, tasarruf edilemez hale geldiği ifade edilmektedir.

İdarenin, kamu yararı ile bireysel menfaat arasında adil dengeyi sağlayacak mekanizmayı ne kadarlık bir süre içerisinde işletmesi gerektiği, yani hukuki el atmada makul sürenin ne olması gerektiğine dair tartışmalar²⁶⁰ bulunmakla birlikte İmar Kanunu'nun 10. maddesi (veya İK m.18/9) gereğince imar planının kesinleşmesinden itibaren 5 yıllık sürenin makul süre olarak kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Fiili el atmanın unsurları ve hukuka uygunluk nedenlerinde hukuki el atma kavramlarına ilişkin açıklamalar yapıldığını belirterek buradaki açıklamaları daha kısa tutulmaya çalışılacaktır.

B. Taşınmazın Özel Mülkiyete İlişkin Bulunması

Hukuki el atmanın konusunu da özel mülkiyette bulunan taşınmazlar, kaynaklar veya irtifak hakları oluşturmaktadır²⁶¹. Taşınmaz mülkiyetine; araziler, tapu kütüğüne kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar ile bağımsız bölümler konu olmaktadır (TMK m.704). Bu açıklamalardan görüleceği üzere, hukuki el atma da sadece tapuda kayıtlı taşınmazlar için mümkün olabilecektir.

Bununla birlikte, kamu malları²⁶² üstünde kamulaştırma işlemi yapılamayacağından, kamulaştırma yoluna başvuramayacağı ve hukuki el atma da

²⁶⁰ Yalçınduran, s.55-56; Bakırcı, s.152.

²⁶¹ Kutlu Gürsel, s. 386.

²⁶² Kamu malları ve özelliklerine ilişkin açıklamalar fiili el atmanın unsurları arasında verilmiştir.

yapılamayacaktır. Ancak, idareler arasında taşınmaz mal devri mümkündür (KK m.30)²⁶³.

C. Kalıcı Olma Koşulu

Hukuki el atmadan söz edilebilmesi için idarenin kalıcı olması gerektiği, yani ‘*sahiplenme iradesi*’nin bulunması gerektiği belirtilmektedir²⁶⁴. Çünkü kamu kurumları, imar planları kapsamında özel mülkiyette bulunan bir taşınmaza kısıtlama koyarken, bu taşınmazı belli bir müddet içinde kamulaştırmak için bu işlemi yapmaktadır. Kanaatimizce de, idarenin, özellikle imar planları kapsamında mülkiyet hakkının kullanımını sınırlaması, imar planı kesinleştikten ve beş yıllık süre geçtikten sonra bu sınırlamanın kaldırılmaması, imar planlarının uzun yıllar boyunca hayata geçirmemesi ve idarenin pasif kalarak taşınmaz malikinin mülkiyet hakkını kullanmasını önlemesi²⁶⁵ veya imar planına itiraz edilmesine rağmen değiştirilmemesi hallerinde, fiili el atmada olduğu gibi, kalıcı olmayı amaçladığı sonucu çıkarılmalıdır. Bu hallerde de bir kamulaştırma işlemi gerçekleştirilememekle birlikte belirsiz süreli duruma gelen hukuki el atma, kalıcı bir el atmaya dönüşmektedir. Bu durumda idari bir eylem ve bu eylem sonucunda meydana gelen zarar bulunmaktadır²⁶⁶.

Bununla birlikte, idarenin bunu hukuki işlemler aracılığıyla gerçekleştirmesi sebebiyle sahiplenme kastı yani kalıcı olma unsurunun aranmasına gerek bulunmadığına dair görüşler de bulunmaktadır²⁶⁷.

D. Fiili Olarak El Atılmamış Olunması

Hukuki el atmadan bahsedebilmek için, idarenin fiili olarak taşınmaza el atmış olmaması gerekmektedir. İdare, fiili olarak taşınmaza el atmışsa fiili el atma durumu gündeme gelecektir. Fiilen el atılmasının yanı sıra taşınmazdan elektrik, enerji gibi nakil hatları geçirilmesi gibi fiilen irtifak hakkı tesis edilmesi de fiili el atmadır.

²⁶³ Kaplan, s. 171.

²⁶⁴ Özdemir, s.143.

²⁶⁵ Günday, s.277.

²⁶⁶ Günday, s.277.

²⁶⁷ Bakırcı, s.156.

Hukuki el atma, imar planlarında taşınmazı kamu yararına tahsis edilmesi veya tapu kaydına kamulaştırma şerhi işlenmesi ve bunların uzun süre kaldırılmaması gibi işlemlerle ve eylemsizlik halleri ile yapılmaktadır.

E. İmar Planına Alınmış Bulunması Ya da İşlemin Yapılmamış Olması

Hukuki el atmadan söz edilebilmesi için taşınmazın imar planında kamu hizmetine ayrılmış olması, 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 beş yıllık imar sebebiyle imar planının yürürlüğünden başlayarak beş yıl geçmiş olmasına karşın kamu mülkiyetine kazandırılmaması veya bu taşınmazlar üzerindeki kısıtlılığın kaldırılmaması gerekmektedir²⁶⁸.

Öte yandan, kamulaştırma şerhi konulmasına ve bu şerh için öngörülen altı aylık süre geçmesine karşın tapudan kendiliğinden silinmemesi ve satın alma yönteminin ya da uzlaşmama halinde bedelin tespiti ve idareye tescili davasının açılmaması, acele kamulaştırmada idarenin taşınmaza el atma yetkisi veren mahkeme kararının tapuya şerh edilmesiyle başlayan tasarruf sınırlamasının, uzun süreler geçmesine karşın, gerçekleştirilmesi gereken işlem veya eylemlere girişilmemesi gibi durumlarda hukuki el atma gerçekleşmiş olur²⁶⁹.

F. Kısıtlılık Koşulu

G. Taşınmazın Kamusal Alanda Yer Alması

Hukuki el atmadaki kısıtlılıktan bahsedilebilmesi için ilk koşul, taşınmazın imar planında umumi hizmete veya kamu hizmetine ayrılmış olmasıdır. İmar planında taşınmazın yol, okul, park gibi kamusal alanda gösterilmemesi durumunda kısıtlılık koşulunun oluştuğundan söz edilemez. Çünkü bu durumda taşınmaz sahibinin mülkiyeti kullanma hakkının önünde herhangi bir engel bulunmayacaktır. Ayrıca, kamulaştırma usulünde, tapu kaydı üzerine

²⁶⁸ Bakırcı, s.156.

²⁶⁹ Bakırcı, s.156.

kamulaştırma şerhi konulması gerekmektedir. Bu şerh konulmamışsa, bu durumda da taşınmaz kamusal bir amaca tahsis edilmemiş, kamusal alanda yer almamış olacaktır ve kısıtlılık durumu oluşmayacaktır²⁷⁰.

Taşınmaz kamusal alanda yer alsa da, idarece re'sen veya itiraz üzerine imar planı değişikliği ile kamusal alandan çıkarılması halinde yine kısıtlılık hali kalkmış olacak, mahrum kalınan kâr kavramı idari yargı organları tarafından benimsenmiş olmasa da, kısıtlılığın sürdüğü zaman boyunca malikin muhtel olan zararlarından dolayı maddi veya manevi zararın giderilmesi için tam yargı davası açılabilecektir.

1. Parselasyonun Yapılmamış Bulunması

İmar planında taşınmaz, umumi veya kamu hizmetine ayrılmışsa, beş yıllık imar programlarının süresinde hazırlanmaması veya imar planına uygun şekilde parselasyon yapılmaması halleri, taşınmaz sahibinin mülkiyet hakkının kullanılmasında bir kısıtlılık hali oluşturacak, dolayısıyla hukuki el atma durumu meydana gelecektir.

2. Kamulaştırılmamış Olması

Mülkiyet hakkına ilişkin kısıtlılık durumunun oluşabilmesi için taşınmazın, imar planında kamusal alana ayrılması amacına yönelik kamulaştırma işlemlerine başlanarak kamulaştırılmamış olması gerekmektedir. Kamulaştırma işlemlerinin başlayarak tamamlanması halinde hukuki (veya fiili) el atma kavramından bahsedilemeyecektir. Bu durumda, tamamen hukuki bir süreç işlemiş olacak, idare ile taşınmaz maliki bedel üzerinde uzlaşmaya çalışacak, uzlaşma sağlanamazsa bedel tespiti ve tazmini ile varsa diğer taleplerin istenmesi için asliye hukuk mahkemelerinde dava açılabilecektir.

Bununla birlikte, kamulaştırma işlemlerinin tamamlanması ve asliye hukuk mahkemesi tarafından belirlenen bedelin idarece yargılama esnasında yatırılmaması halinde kamulaştırma tamamlanmamış olduğundan, hukuki el atma kavramından söz etmek mümkün olabilecektir.

²⁷⁰ Bakırcı, s.156.

VII. YARGI KARARLARI KAPSAMINDA HUKUKİ EL ATMA ALEYHİNE GİDİLEBİLECEK BAŞVURU YOLLARI

Hukuki el atma halinde, buna ilişkin işlemler ile bunların hüküm ve sonuçlarına ilişkin kanuni bir düzenleme ya da içtihadı birleştirme kararı yoktur²⁷¹. Hukuki el atma ile bunun hüküm ve sonuçları, yargı kararlarıyla oluşmuştur. Uyuşmazlık Mahkemesi kararları kapsamında idari işlem veya fiilden kaynaklanan uyuşmazlıklar olarak tanımlanan hukuki el atma olayları, idari yargıda iptal davası ve/veya tam yargı davası ile görülmekte ve idare hukukunun genel hükümleriyle çözüme bağlanmaktadır²⁷². Bu bağlamda adli yargıda açılan davalar, görev yönünden reddedilmektedir.

Hukuki el atmanın bulunması halinde malik, İYUK m. 2 kapsamında idari yargıdaki iptal davası ve tam yargı davası ile uyuşmazlığa çözüm arayabilmektedir. Hukuki el atılan taşınmaz üstündeki malik, kısıtlamaya yol açan idari işlemin iptalini veya kısıtlayıcı idari işlemin değiştirilmesi, geri alınması ya da gereği olan kamulaştırma ya da mülkiyet hakkını kullanmaktan mahrum kılan başka idari işlemin yapılması istemini reddeden işlemin iptalini isteyebilir. Ayrıca malik, idarenin idari işlem veya eylemi nedeniyle gördüğü zararın tazmini ile taşınmazın bedelini de içerecek şekilde tam yargı davası açabilmektedir. Başka bir deyişle, bir tarafta idari yargıda iptal davası ile tam yargı davası, diğer tarafta adli yargıda el atmanın önlenmesi davası ile bedel davası birbirinin yerine tercih edilebilecek dava türleri olarak konulmuştur²⁷³. İptal davası ve tam yargı davası ayrı ayrı açılabilceği gibi birlikte de açılabilir.

Hak sahibi, İYUK m. 10/1 gereğince, hakkında bir idari işlem veya eylemin gerçekleştirilmesi amacıyla idari mercilere başvurabilmektedir. Bu kapsamda hak sahibi, idari yargıda dava açmadan önce ilgili idareye idari başvuruda bulunarak

²⁷¹ Bakırcı, s.263.

²⁷² Bakırcı, s.263; Gürsel, s.601-605, 619-623, 641-642.

²⁷³ Bakırcı, s.264.

hukuki el atmanın sonlandırılmasını isteyebilir. Ayrıca İYUK m. 13/1 uyarınca, idari fiillerden kaynaklanan tam yargı davalarında ise idari başvuruda bulunmak, davanın kabul edilebilirliği için gereken usuli şartlardan biridir (İYUK m.14/3). Bu kapsamda hukuki el atma durumunda hak sahibinin idari başvuru yapması, İYUK m. 13/1 haricindeki durumlarda isteğe bağlı olup, doğrudan iptal veya tam yargı davası açması olanaklıdır.

A. İptal Davası

Hukuki el atma durumunda açılacak iptal davasının davacısı, İYUK m. 2/1-a gereğince idari işlem nedeniyle “*menfaatleri ihlal edilen*” şahıskan, davalıysa iptal davasına konu idari işlemi yapmış olan, yani kamulaştırmayı gerçekleştirmekle görevli ya da plan değişikliği yapma yetkisi bulunan kamu hukuku tüzel kişisidir.

Hak sahibi, İYUK m. 10 uyarınca yapabileceği idari başvurunun veya İYUK m. 13 uyarınca yapması gereken başvurunun reddedilmesi halinde yazılı bildirim tarihinden itibaren (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 (m. 10/2, 13/1) idari yargıda dava açma süresi içinde dava açılabilir. Hak sahibi, zararın tazmini için İYUK m. 13/1’de yer alan durum haricinde, herhangi bir idari başvuruda bulunmaksızın, ilgili idari işlemin yazılı bildiriminden (m. 7/2-a) veya imar planı gibi düzenleyici işlemlerde ilan tarihinden (m. 7/4) başlayarak dava açma süresi içerisinde tam yargı davası ya da iptal davasını ayrı ayrı veya birlikte açabilir. Hak sahibi isterse öncelikle iptal davasını açıp, bu dava sonuçlandıktan sonra kararın tebliğinden başlayarak süresi içinde tam yargı davası açabilir²⁷⁴.

İptal davası, idarenin irade beyanı olan idari işlemin yetki, şekil, sebep, konu ve maksat öğelerinden biri ile hukuka aykırı olduğunu ileri süren, hukuki yararları ihlâl edilenlerce açılan idari bir davadır. Hukuki el atmaya yol açan bir idari işlem ise o işlemin iptali istemi ile dava açılabilir. Mülkiyet hakkını sınırlayan idari işleminin hukuka aykırı olup olmadığı iptal davasında ele

²⁷⁴ Bakırcı, s.267

alınmakta ve hukuka aykırılığın belirlenmesi durumunda iptaline karar verilmektedir. Bu kapsamda iptal davasına konu olan idari işlem, mülkiyet hakkının kısıtlama neticesini meydana getiren imar planı veya bu kısıtlamanın kaldırılmasını amacıyla hak sahibince yapılan idari başvuruların (kamulaştırma talebi veya imar planı değişikliği talepleri gibi) reddi işlemleri olabilir.

İptal davası neticesinde idari işlemin iptaline karar verilmesi halinde, işlemin hukuki sonuçları, geçmişe etkili olarak, işlemin yapıldığı tarihten itibaren ortadan kalkmaktadır²⁷⁵. İYUK m.28/1 gereğince idare, otuz gün içinde iptal kararı doğrultusunda işlem veya da eylemde bulunmakla yükümlüdür. Aksi halde idarenin tazminat sorumluluğu söz konusu olabilecek ve kararın gereğini yerine getirmeyen kamu görevlilerinin cezai sorumluluğu oluşabilecektir (İYUK m. 28/3-4).

İmar planının iptaline karar verilmesi durumunda imar planı geçmişe etkili şekilde yürürlükten kalkar. Kamulaştırma yapılması talebinin reddi veya imar planı değişikliği talebinin reddi işlemlerinin iptali halinde ise idare, idari başvuruya konu olan talep çerçevesinde işlem yapacaktır.

İmar planında yeşil alanda kalan taşınmaza ilişkin imar planlarının iptali talebini ele alan Danıştay bir kararında, öncelikle parselasyon yapılmasının mümkün olup olmadığının belirlenmesini, bunun olanaklı olmadığını belirlenmesi durumunda imar planının amacı itibariyle mülksüzleştirme aracı şeklinde kullanılamayacağını belirtmektedir.

Taşınmazı kamu hizmetine tahsis eden imar planının geri alınması ya da değiştirilmesi veyahut kamulaştırma istemi ile yapılan idari başvuruların reddi işlemlerinin iptali de dava edilebilmektedir. Danıştay, parselasyon planında belediye hizmet alanına denk gelen taşınmazın uzun süre kamulaştırılmaması nedeniyle taşınmazdaki hisselerin iadesi talebiyle malikin yaptığı idari başvurunun zımnen reddedilmesi yönündeki işlemde hukuka uygunluk bulunmadığını belirtmiştir.

Danıştay bir başka kararında, planda park alanında kalan taşınmazın kamulaştırılması istemi ile idareye yapılan başvurunun zımni reddi işleminin

²⁷⁵ Gözler, I, s.1209.

iptalinin talep edildiği davada, mülkiyet hakkının özüne zarar veren işlemlerin 3194 sayılı Kanun m. 10'a açık şekilde aykırı olduğunu belirtmiştir. Danıştay iptal davasındaki denetimde, dava konusu idari işlemin mülkiyet hakkı üstündeki etkisini göz önüne almaktadır. İdari işlemin hukuka aykırı olup olmadığı ele alınırken idari işlemin mülkiyet hakkının özüne müdahale edip etmediği ele alınmaktadır²⁷⁶.

Yine Danıştay, somut ihtilafta mülkiyet hakkı sınırlamasını vurgulamakta ve mülkiyet hakkının kısıtlaması sebebiyle gerçekleşen zararın giderimi için davacının tam yargı davası açması gerektiğini belirtmektedir. Ancak Danıştay bazı kararlarında mülkiyet hakkının uzun süreli kısıtlanması halinde, iptal kararına gerekçe olamayacağını, oluşan zararların tazmininin talep edilebileceği ifade edilmiştir.

B. Tam Yargı Davası

Tam yargı davası, hukuki el atmanın bulunması durumunda açılacak bir diğer dava türüdür. Bu dava, hukuki el atma sebebiyle maruz kalınan mülkiyet hakkı ihlallerinde önemli bir hak arama aracı olmaktadır. Bu kapsamdaki tam yargı davası, hukuki el atmaya mahsus olan, taşınmaz bedelinin tazmini talepli tam yargı davasıdır.

Danıştay'a göre, hukuki el atma nedeniyle taşınmaz bedelinin tazmini talepli açılan davalar, klasik olarak idari işlem ve fiillerden ötürü hakları ihlal edilenlerin zararlarının giderilmesi için açılan tam yargı davalarından, zararın belirlenmesi ve verilecek miktarın tespiti hususlarında ayrılmaktadır. Burada malik, bedelin verilmesini ister ve karşılığında taşınmaz üstündeki mülkiyet hakkını ferağ yoluyla idareye devreder. Bu kapsamda bu çeşit tam yargı davalarında idare mahkemeleri taşınmazın idare adına tescil ya da terkinine ilişkin karar veremeyecektir²⁷⁷.

Tam yargı davasında idare mahkemesi, hukuki el atmanın bulunması durumunda Kamulaştırma Kanunu maddelerine göre tespit edilen taşınmaz bedelinin, mülkiyeti idareye devretmesi karşılığında hak sahibine ödenmesine

²⁷⁶ Özdemir, s.191.

²⁷⁷ Gürsel, s.618-620, 622-623; Çınar, s.45.

karar verecektir. Ayrıca tam yargı davasında, taşınmazın bedeli yanında ecrimisil talep etmenin olanaklı olup olmadığı hususunda Danıştay, hukuki el atma durumunda taşınmazın var olan haliyle kullanımının engellenmediği belirtilerek ecrimisil talep edilebilecek bir zararın bulunmadığına karar vermiştir²⁷⁸. Bununla birlikte Danıştay'ın, taşınmaz bedeli haricinde, taşınmazın kamulaştırılmaması nedeniyle maruz kalınan başkaca maddi zararların (yoksun kalınan kâr gibi) tazminine dair bir kararı bulunmamaktadır²⁷⁹. Danıştay, hukuki el atma durumunda hak sahibinin manevi tazminat talebinde bulunabileceğini kabul etmektedir.

Davacı; taşınmazın malik, mirasçuları veya ile mülkiyet hakkını elde ettiğini kanıtlayan zilyettir. Davalı ise İmar Kanunu'nun 10. maddesine göre, kamulaştırma yapması gereken "*ilgili yatırımcı kuruluş*"tur²⁸⁰. Danıştay bazı kararlarında, hukuki el atma durumunda taşınmaz bedelinin istendiği tam yargı davası açılmadan önce davacının, idari başvuruda bulunması gerektiğini belirtmektedir. Fakat, hak sahibinin dava açmadan önce yetkili idare nezdinde mülkiyet hakkı üstündeki kısıtlamalardan şikayet etmişse bu şartın yerine getirildiği kabul edilmektedir²⁸¹.

Danıştay, taşınmazın bedelinin talep edildiği tam yargı davalarında öncelikle hukuki el atmanın bulunup bulunmadığını ele almakta, hukuki el atma yoksa tazminat talebini reddetmektedir. Yine Danıştay, imar planında belediye hizmet sahasında bulunan taşınmazın, plan değişikliği ile özel sosyo-kültürel sahası şeklinde ve özel sağlık alanı şeklinde ayrılması nedeniyle mülkiyet hakkının sınırlanmadığına karar vererek tazminat istemini reddetmiştir. Başka bir kararda, imar planındaki tahsis nedeniyle mülkiyet hakkı sınırlanan taşınmazın, kamulaştırılmak yerine parselasyon işlemiyle kamu mülkiyetine kazandırılması ile taşınmaz üzerindeki sınırlamanın kaldırıldığı, bu şekliyle hukuki el atma kavramında bahsedilemeyeceği ifade edilerek tazminat talebi reddedilmiştir.

²⁷⁸ Özdemir, s.192; Yalçınduran, s.74

²⁷⁹ Bakırcı, s.282.

²⁸⁰ Bakırcı, s.276.

²⁸¹ Bakırcı, s.277.

Tam yargı davalarında belirlenecek bedel, Kamulaştırma Kanunu düzenlemeleri kapsamında hesaplanan kamulaştırmaya esas bedel olmaktadır²⁸². Tam yargı davalarında hesap edilecek faiz, dava dilekçesindeki bedel için dava tarihinden, ıslah edilen bölüm içinse ıslah tarihinden itibaren işletilmektedir.

C. Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru ve AİHM'e Başvuru

Hukuki el atmaya ilişkin kabul edilen ilk AYM bireysel başvurusu, *Yunis Ağlar* başvurusudur²⁸³. Başvurucunun, 2004 yılında nazım imar planı ve 2008 yılında uygulama imar planında taşınmazının bir bölümüne hukuki el atılmasından ötürü, imar planı değişikliği istemi reddedilmiş ve başvurucunun kamulaştırma işlemi yapılmamasından ötürü açtığı kamulaştırmaz el atma davası da reddedilmiştir. AYM, uygulama imar planının kesinleştiği 16/01/2008 tarihinden başlayarak idare mahkemesindeki dava tarihine kadar geçen iki yıl on bir aylık sürede kamulaştırılmaması nedeniyle mülkiyet hakkına müdahale olsa da, anılan süre göz önüne alındığında kısıtlamanın mülkiyet hakkı ile kamusal menfaatler arasındaki dengeyi bozmadığı ve başvurucuya meşru olamayacak, kişisel ve aşırı bir yük meydana getirmediğini belirterek, mülkiyet hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir.

Alaattin Yüksel-İbrahim Yüksel davasında²⁸⁴, imar planında hükümet konağı genişletme sahasında bulunan taşınmazlarının imar programına dahil edilmemesi ve kamulaştırılmaması nedeniyle başvurucular, mülkiyet haklarının ihlal edildiğini öne sürmüşlerdir. AYM, taşınmaz mülkiyeti üzerindeki sınırlamalar sebebiyle zararın tazmini için etkili başvuru yolunun, idare mahkemelerinde açılması gereken tam yargı davası olduğunu ifade etmiş ve tam yargı davası da açılmamış olduğundan başvurunun kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.

Hüseyin Ünal başvurusunda²⁸⁵, 1989 yılındaki nazım imar planı ile 2004 yılında yürürlüğe giren uygulama imar planında yol olarak tahsis edilmiş taşınmaz hakkında açılan tam yargı davasının, 2017 yılında halen yürürlükte olan Kamulaştırma Kanunu'nun geçici 11. maddesine dayanılarak reddedilmesi ile

²⁸² Gürsel, s.619-623.

²⁸³ AYM *Yunis Ağlar* 2013/1239 B. No.

²⁸⁴ AYM *Alaattin Yüksel-İbrahim Yüksel*, 2013/9463 B. No.

²⁸⁵ AYM *Hüseyin Ünal*, 2017/24715 B. No.

mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddia edilmiştir. AYM, müdahalenin yasada öngörüldüğünü ve meşru bir amaca yöneldiğini belirtse de, ölçülülük ilkesi kapsamında, uygulama imar planının yürürlüğe girmesinden başlayarak yaklaşık on dört yıl geçmiş olsa da planda yol şeklinde kamu hizmetine tahsis edilen taşınmazın kamulaştırılmamasının başvurucuya kişisel şekilde aşırı bir külfet yüklediğini ve müdahalenin ölçülü olmadığını belirterek ihlal kararı vermiştir²⁸⁶.

*Firdes Serim ve Diğerleri*²⁸⁷ başvurusu, 2011 ve 2014 yıllarında yapılan uygulama imar planlarında kamu hizmet alanı şeklinde tahsis edilen başvurucuların taşınmazların kamulaştırılması talebiyle idareye yapılan başvurular reddedilmiş; taşınmaz bedelinin ödenmesine dair tam yargı davası ise İK m.10 gereğince imar planlarının yürürlüğe girdiği tarihten başlayarak karar tarihi itibarıyla taşınmazların kamulaştırılması için öngörülen beş yıllık sürenin dolmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir. Anayasa Mahkemesi, davaya konu olan uyuşmazlığı mülkiyetten barışçıl yararlanma hakkı kapsamında ele almış, olayda imar planının kesinleştiği tarihten “*Anayasa Mahkemesi’nin karar tarihine kadar*” beş yıldan fazla bir zaman geçmiş olmasına karşın başvurucuların taşınmazların kamulaştırılmadığı ve başvuruculara bir tazminat da ödenmediği göz önüne alındığında mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin ölçülü olmadığına karar vermiştir²⁸⁸.

*Mehmet Umur Akarca*²⁸⁹ başvurusunda AYM, 22/07/1983 tarihli uygulama imar planında park alanı, 24/02/1984 tarihli nâzım imar planında da yeşil alan şeklinde tahsis edilen taşınmaz üzerinde tasarruf yetkisinin kısıtlanmış olması sebebiyle mülkiyet hakkının ihlali iddiasını değerlendirmiş, Mahkeme, başvurucunun taşınmazının 1983 tarihli planda kamu hizmet alanı olarak tahsis edilmesine karşın beş yıldan fazla bir süredir kamulaştırılmadığı ve başvurucuya tazminat da ödenmediği göz önüne alındığında, mülkiyet hakkına müdahalenin ölçülü olmadığına karar vermiştir.

²⁸⁶ AYM Hüseyin Ünal, parag.51-62.

²⁸⁷ AYM *Firdes ve Diğerleri*, 2017/20808 B. No., 18.4.2019 T. www.anayasa.gov.tr, (Erişim tarihi: 23.6.2022).

²⁸⁸ AYM *Firdes ve Diğerleri*, parag.19-24.

²⁸⁹ AYM Mehmet Umur Akarca, 2017/15318 B. No., 9.6.2021 T., parag.35-49

AİHM'in, hukuki el atma uygulamalarına ilişkin yaklaşımını değerlendirmek açısından en temel dava²⁹⁰, *Sporrong-Lönnroth v. İsveç* davasıdır²⁹¹. Başvuruculara ait taşınmazlar hakkında idarenin kamulaştırma kararı alınmasına karşın taşınmazlardan biri için 23 yıl, diğeri için de 8 yıl boyunca herhangi bir kamulaştırma işlemine girilmemesi nedeniyle başvurucular şikâyetinde bulunmuştur. AİHM, resmi şekilde bir kamulaştırma bulunmamasına karşın fiili bir kamulaştırmanın bulunup bulunmadığının araştırılması gerektiğini belirterek, kamulaştırma işlemlerinin uzun süre boyunca yapılmamasının, idarenin kullanmadığı kamulaştırma yetkilerinin sürekli uzatılmasının, başvurucuların mülklerine ilişkin belirsizlik yarattığı, inşaat yasağı uygulamasıyla başvurucunun mülkünden serbest şekilde faydalanması olanağını kısıtladığı ve yaklaşık 25 yıllık bu uygulamanın makul ölçüleri aştığı ve adil dengenin kurulmadığını ifade ederek, mülkiyetin barışçıl kullanımı hakkı kapsamında (birinci kural) mülkiyet hakkının ihlaline karar vermiştir²⁹². Mahkeme, taşınmazlara müdahalenin mülkiyetten mahrum kalma sonucunu meydana getirmemesi nedeniyle ikinci kural çerçevesinde değerlendirme yapmamıştır.

AİHM *Musluoğlu v. Türkiye* kararında²⁹³, başvurucunun taşınmazı 1978 yılında sit alanı yapılmış ve yapı yasağı olan taşınmazın Hazine'ye ait taşınmazlar ile trampa edilmesi talepleri uzun yıllar reddedilmiş olup, 1997 yılında idari makamlar arasında trampa usulüne ilişkin yapılan çalışmaların sonuçsuz kalması nedeniyle açılan davalar, uyuşmazlığın AİHM'de ele alındığı tarihte henüz sonuçlanmamıştır. AİHM, mülkiyet hakkı üzerinde kısıtlamaların, 1978 yılından itibaren etkisini gösterse de, başvuru konusuna ilişkin davaların sürmesi nedeniyle mülkiyet hakkı ihlalini değerlendirmedeğini, fakat uzun süren yargılama nedeniyle makul sürede yargılanma hakkı çerçevesinde adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

Kozacıoğlu v. Türkiye davasında²⁹⁴, 1990 yılında kültür varlığı şeklinde kayıt altına alınan, 1998 yılında sit alanı ilan edilen başvurucunun taşınmazı, 2000 yılında kamulaştırılmıştır. Başvurucu, kamulaştırılan taşınmaza ödenen

²⁹⁰ Sarı, s.157-158.

²⁹¹ AİHM *Sporrong-Lönnroth v. İsveç*, 7151/75 B. No., 23.9.1982 T.

²⁹² AİHM *Sporrong-Lönnroth v. İsveç*, parag.62-75; Sarı, s.158-159.

²⁹³ AİHM *Musluoğlu v. Türkiye*, 50948/99 B. No, 14.6.2007 T.

²⁹⁴ AİHM *Kozacıoğlu v. Türkiye*, 2334/03 B. No, 19.2.2009 T; Şaşı, s.359-360.

bedelin artırımı için dava açarak, taşınmazın tarihi ve kültürel değerinin göz önüne alınarak değerinin yeniden tespitini istemiştir. Yargıtay, 2863 sayılı Kanun m.15/1-d'deki yapının mimari veya tarihi özelliklerinin değer belirlenmesinde göz önüne alınmayacağı hükmünü gerekçe göstererek kararı bozmuş ve yerel mahkeme, bozma kararına uymuş ve ilk kararına göre çok daha düşük bir bedele hükmetmiştir. AİHM, Yargıtay'ın değer belirleme yönteminin devlete açık bir avantaj sağladığını, bunun malikleri cezalandırma niteliği taşıdığını ifade ederek, bu uygulamanın adil olmadığına ve mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir²⁹⁵.

Hakan Arı v. Türkiye davasında²⁹⁶, başvuranın taşınmazı için 2002 yılında yaptığı imar izin talebi, arazinin imar planında okul alanı şeklinde tahsis edilmesi nedeniyle reddedilmesine karşın henüz kamulaştırma yapılmamasının mülkiyet hakkının ihlali olduğu iddia etmiştir. AİHM, birinci kural kapsamında, mülkiyet hakkı ortadan kalkmasa bile, bahse konu müdahalenin, başvuruçunun, mülkiyet hakkından tam olarak faydalanmasını önlediğini, arazinin satış ihtimali de dâhil taşınmazın değerini önemli şekilde azalttığını, bu kaybı telafi eden bir tazminatın ödenmediğini, mülkiyet hakkının akıbetinin belirsiz olduğunu, belirsizliği telafi edecek mahiyette bir karar da alınmadığını tespit ederek, adil dengenin bozulduğu, başvuruçunun ölçsüz yüke katlanmak zorunda kaldığından mülkiyet hakkının ihlaline karar vermiştir.

Ziya Çevik v. Türkiye kararında²⁹⁷, arazi 1973 yılında imar planında park alanı şeklinde gösterilmiş, 1978 yılında kamulaştırma şerhi konulmuş olmasına karşın AİHM'in karar verdiği 2011 yılına kadar kamulaştırma işlemi yapılmamış ve başvuruçuya imar izni verilmiştir. AİHM, bu uyuşmazlığı, mülkiyet hakkı kaybedilmemiş olsa da birinci kural kapsamında değerlendirmiştir²⁹⁸. AİHM, 1973'ten karar tarihine kadar başvuruçunun mülkiyet hakkıyla ilgili bir belirsizlik içinde kaldığı, bu belirsizliğin başvuruçunun mülkiyet hakkından tam olarak faydalanmasını önlediğini, arazinin satış ihtimali dahil taşınmazın değerini

²⁹⁵ Bakırcı, s.185.

²⁹⁶ AİHM *Hakan Arı v. Türkiye*, 13331/07 B. No., 11.1.2011 T.

²⁹⁷ AİHM *Ziya Çevik v. Türkiye*, 19145/08 B. No., 21.6.2011 T.

²⁹⁸ AİHM *Ziya Çevik v. Türkiye*, parag.33-36.

önemli miktarda azalttığını ve bunu telafi edecek bir tazminat da ödenmediği için, mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir²⁹⁹.

Hüseyin Kaplan v. Türkiye kararına konu olayda³⁰⁰, taşınmaz, 1982 yılında kamu hizmetine ayrılmış, tapuya kamulaştırma şerhi konulmuş, 1986 ve 1991 yıllarındaki imar planı değişikliklerinde de eğitim kurumu alanı şeklinde ayrılmıştır. Başvuranın 2007 yılında açtığı tazminat davası da reddedilmiştir. AİHM, bu uyuşmazlıkta, arazinin kamulaştırılmamış olması ve imar yasağının bulunması nedeniyle taşınmazı kullanımı üstünde sınırlayıcı etkide bulunduğu, başvurunun taşınmazının belirsizlik içinde kaldığı, imarlı bir arazide inşaat yapamayan ve başka türlü yararlanamayan başvurunun mülkiyet hakkını kullanmasının önlendiği, bu durumun arazinin satış olasılığını da ciddi ölçüde düşürdüğü ve tazminat ödenmediği, kamu yararı ile mülkiyet hakkı arasındaki dengenin bozulduğu ve başvuranın ölçüsüz bir yüke katlanmak zorunda bırakıldığını belirterek mülkiyet hakkının ihlaline karar vermiştir³⁰¹.

Silahlyürek v. Türkiye kararında da³⁰², 1988 yılında sit alanı ilan edilen taşınmazın Hazine adına tescil edilmiş olup, AİHM, 1942 yılında mahkeme kararı ile taşınmazın malik adına yapılan tescilin, 2004 yılında iptal edilmesinin öngörülebilir olmadığı, tarihi eserlerin korunması mevzuatının, taşınmazın kamulaştırılabileceğini öngörmesine karşın bu yolun idare tarafından kullanılmayarak tapunun iptal edilmesini yasallık ilkesine aykırı bulmuş ve mülkiyet hakkı ihlaline karar vermiştir³⁰³.

²⁹⁹ AİHM *Ziya Çevik v. Türkiye*, parag.37-47.

³⁰⁰ AİHM *Hüseyin Kaplan v. Türkiye*, 24508/09 B. No., 1.10.2013 T, parag.27.

³⁰¹ AİHM *Hüseyin Kaplan v. Türkiye*, parag.27-48.

³⁰² AİHM *Silahyürekli v. Türkiye*, 16150/06 B. No., 26.11.2013 T.; Şaşı, s.360.

³⁰³ AİHM *Silahyürekli v. Türkiye*, parag.47-50.

VIII. SONUÇ

Kamulaştırmасız el atma, ulusal mevzuat ve uluslararası sözleşmelerde güvence altına alınan mülkiyet hakkını tehdit eden önemli sorunlardan biri olup, mülkiyet hakkının sınırlanmasındaki temel esasları da bertaraf etmektedir. Bu durumda, Anayasanın mülkiyet hakkının sınırlanmasında öngördüğü kurallar yasa koyucu ve uygulayıcıları tarafından bile tam manasıyla uygulanmamaktadır. Mülkiyet hakkı, Anayasa m.35’de yer alan kamu yararı nedenine istinaden kanun ile Anayasa m.13’deki usul ve esaslar kapsamında sınırlandırılabilir. Kamu yararı kavramı, idareye, özel mülkiyetteki taşınmazlara, serbest, sınırsız ve ölçüsüz şekilde müdahale etme yetkisi vermemektedir.

Kamulaştırmасız el atmanın konusunu, özel hukuk hükümlerine tabi olan bütün taşınmazlar oluşturmaktadır. Kamulaştırmасız el atmalarda AİHM ve Anayasa Mahkemesi kararlarına bakıldığında, kanunilik ilkesi ve hakkın özü ilkesinin ihlal edildiği görülmektedir. Kamulaştırmасız el atma gibi hukuk dışı bir kavramın, bir yasa ile genel olarak düzenlenmesi de çok mümkün görünmemektedir. Kaldı ki, kamulaştırmасız el atma kavramı, yasa ile değil yargı kararlarıyla belirlenmiş bir kurumdur. Öte yandan, başta KK m.38 olmak üzere kamulaştırmасız el atmaya ilişkin pek çok kanuni hüküm Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasaya aykırılık sebebiyle iptal edilmiştir.

Halen yürürlükte olan ve kamulaştırmасız el atmaya dair tek yasal düzenleme olan KK Geçici m.6 bile hak sahipleri bakımından bazı sınırlamalar getirmekte ve bu sınırlamaların hukuk devleti ilkesiyle açıklanması zor olmaktadır. Geçici m.6’nın öngördüğü kısıtlamalar 04.11.1983 tarihine kadar olan elatmalar açısından geçerli olsa da, uzlaşma yolunun bir ön şart şeklinde ileri sürülmesi, elatmanın önlenmesi davası açma imkanının malikin elinden alınması, bedelin taksitle ödenmesi gibi usuller mülkiyet hakkının niteliğine ve adalet anlayışına uymamaktadır. Geçici 6. madde, tek yasal düzenleme olsa da, süre sınırlaması da dikkate alındığında kamulaştırmасız el atmaya ilişkin genel geçerlilik temin eden ve tüm kamulaştırmасız el atmalara uygulanabilecek bir

düzenleme değildir. Geçici m.6 yerine kamulaştırmasız elatmaya yönelik hukuki sonuçları düzenleyen bir kanuna ihtiyaç bulunmaktadır. Zira idare, hukuka aykırı olduğunu bilse de, herhangi bir yaptırım görmemesinden kaynaklanan teşvikle bu uygulamayı sıkça yapmaktadır. Bu nedenle, kamulaştırmasız elatmaya yol açan idari işlem veya eylemlerden sorumlu memurların ve görevlilerin şahsi sorumluluğu getirilmeli ve kamu kurumlarının kusur sorumluluğuna daha ağır yaptırımlar uygulanmalıdır.

Kamulaştırmasız el atma; fiili ve hukuki el atma şeklinde ikiye ayrılmış olup, fiili ya da hukuki de olsa kamulaştırmasız el atma, her halükarda hukuka aykırılık barındırmaktadır.

Fiili elatmalar, her olayda açık ve somut olduğundan ve idareler, buna ilişkin davalarla uğraşsalar da pekçok taşınmaz üstünde uzun müddet hukuki el atmaya devam etmektedirler. Hukuki el atmalar, taşınmazın imar planında kamu hizmet alanı olarak ayrılması veya kamulaştırma şerhi konularak, malikin mülkiyet hakkı kısıtlamakta ve malikin tasarrufta bulunması önlenmektedir. Hukuki el atmalara ilişkin açık ve somut bir sınırlama bulunmamaktadır. Bu hal, AİHM tarafından hukuka aykırı görülünce ülkemizde idarenin ciddi miktarlarda tazminat ödeyeceği endişesiyle öncelikle yargı içtihadı değiştirilmiş, sonra da yasa değişikliği yapılarak KK Ek 1. madde kabul edilmiştir.

Hukuki el atmalarda, imar kısıtlamaları çok uzun sürmekte ve bu süreçte idareler kamulaştırma yapmayarak taşınmaz sahiplerinin mülkiyet hakkını kullanmalarını engelleyerek onları mağdur etmektedirler. KK Ek m.1'e göre imar planları nedeniyle kullanımı sınırlanan taşınmazlar, imar planlarının yürürlüğünden başlayarak beş yıl içerisinde kamulaştırılmalı veya mülkiyet üstündeki sınırlamaları kaldıracak imar değişiklikleri gerçekleştirilmelidir. Kamulaştırma veya imar programı yapması için idareye verilen beş yıllık süre uzundur. Ayrıca Türkiye'de hukuki el atma sorununun çözümü için getirilen KK Ek m.1 ile, bu planların uzun süre hayata geçirilmemesi ve bu sebeple kamulaştırmaya başlanmamasından doğan hukuki el atmalar için maliklere idari yargı yerlerinde dava açma hakkı verilmişse de bu hüküm Anayasa Mahkemesince iptal edilmiştir.

Fiili ve hukuki el atmalar, düzensiz kentleşmenin olduğu büyük kentlerde genellikle görülmektedir. Kamu kurumlarının kamu faaliyeti gerçekleştirirken veya kamu tesisleri yaparken kullandığı taşınmazların tapudaki durumuna özenli şekilde bakmaması sonucunda özel mülkiyetteki pek çok taşınmaz malikinin mülkiyet hakkı ihlal edilmektedir.

Kamulaştırmaz el atmalar, taşınmaz sahiplerinde mağduriyetlere yol açmakta ve malikler hukuksuz şekilde taşınmazlarından vazgeçmek zorunda bırakılmaktadırlar. 221 sayılı Kanun, mülga KK m.38 ve KK Ek 1. Madde ve Geçici 6. maddedeki düzenlemelere bakıldığında, şayet kamulaştırmaz el atma 04.11.1983 tarihine kadar yapılmışsa, malik, bedel davası açılabilir de, el atmanın önlenmesi davası açamamakta ve mülkiyet de idareye devredilmektedir. Eğer kamulaştırmaz el atma 04.11.1983 tarihinden sonra yapılmışsa yasal olarak el atmanın önlenmesi davası açmaya da bir mani bulunmamaktadır. Başka bir deyişle, malik, mülkiyet hakkını aynıyla beraber koruyabilir. Fakat bu kamulaştırmaz el atma davası devam ederken idarenin her safhada kamulaştırma yetkisi de bulunmaktadır. Bu yüzden kamulaştırmaz el atma davası malik açısından bir zaman ve çaba kaybına dönüşebilir. Bununla karşılaşmak istemeyen taşınmaz sahipleri de el atmanın önlenmesi yerine taşınmazın devri yolunu tercih edebilmektedir.

Türk Hukuku'ndaki doktrini ve yargı kararlarında kamulaştırmaz el atmanın hukuki niteliğine bakıldığında, fiili el atma, idarenin taşınmazın zilyetliğine yönelik eyleminin bulunması nedeniyle açık ve bariz hukuka aykırılık içerdiği gerekçesi ile idarenin fiili yolu/haksız fiili olarak tanımlanmaktadır. Yine kamu hizmetinin kurulması ve yürütülmesinde yaşanan gelişmeler nedeniyle, belirli ölçüde kamu gücü olanaklarını kullanan ve lehine kamulaştırma yapılabilen özel hukuk hükümlerine tabi kişilerin icra ettiği kamu hizmeti esnasında, kamu gücünü 'de facto' şekilde kullanarak taşınmaza hukuka aykırı müdahalesi, lehine kamulaştırma yapması gereken idareye izafe edilebilecektir.

Fiili el atmanın unsurlarının; idarenin gerçek veya tüzel kişi olan özel mülkiyetteki bir taşınmaza el atması, o idarenin kamulaştırma yetkisinin bulunması, el atmanın kamu yararına yönelik olması, kamulaştırmanın hiç veya usulüne uygun olarak yapılmamış olması ve taşınmaza idarenin fiilen el atması

unsurlarını taşıması olduğu görülmektedir. El atma işleminde; 221 sayılı Kanuna dayanma, düzenleme ortaklı payı alınması, özel parselasyon sonucu el atma ve taşınmazın bedelli veya bedelsiz terk edilmiş olması gibi hukuka uygunluk nedenleri de bulunmamalıdır.

AİHM ve Anayasa Mahkemesi, kamulaştırmaz el atma kapsamında yapılan müdahalelerde, müdahalenin hak üzerindeki etkisini belirleyerek, ilk olarak uyumsuzluğun hangi kural (birinci, ikinci, üçüncü kural) çerçevesinde inceleneceğini tespit etmekte, sonrasında kanunilik, meşru amaç ve adil denge kriterleri üzerinden müdahaleyi hukukilik denetimine tabi tutmakta ve hak ihlali bulunup bulunmadığına karar vermektedir. AİHM ve Anayasa Mahkemesi'nin müdahale bulunması halinde hak sahibinin mülkiyet hakkı üstündeki yük ile kamu menfaati arasında adil dengenin kurulamadığı gerekçesiyle mülkiyet hakkının ihlaline karar verdiği görülmektedir.

Fiili el atma, mülkiyet hakkına yönelen haksız bir el atma olduğundan adli yargı mahkemelerinde el atmanın önlenmesi davası ya da bedel davası açılabilmesi kabul görmektedir. Haksız eylem sorumluluğuna dayanan tazminat davası ve ecrimisil davaları da bu istemlere ek olarak açılabilir. Hukuki el atma halinde ise idari işlem ya da eylem, idari yargıda iptal ve/veya tam yargı davalarının konusu olacaktır.

Hem fiili el atma hem de hukuki el atma durumunda taşınmaz bedelinin ödenmesine dair davanın iki farklı yargı kolunda görülmesi, yargısal karar farklılıklarına neden olduğundan isabetli olmayıp, bedel tespiti ve tescili davası uzman olan adli yargı mahkemelerinde görülmelidir. Elbette, hukuki el atma niteliği gereği idari işlemlerle yapıldığından imar planının ve uygulamalarına ilişkin idari işlemlere dair iptal davaları bu konuda uzman olan idari yargı yerlerinde görülmeye devam etmelidir.

Hukuki el atma oluşturan ve mülkiyet hakkından yoksun kalma neticesini doğuran kamulaştırma dışındaki düzenleme ortaklık payı veya özel parselasyon gibi diğer kısıtlama sınırlandırma araçlarının Anayasal ilkeler ve kamulaştırma kurumu temel alınarak düzenlenmesi gerekmektedir. Zira, bu sınırlamalara ilişkin mülk sahiplerine tebligat yapılmamakta, malik taşınmaza ilişkin işlem yapmak

istediğinde bu kısıtlamayı öğrendiğinden, bu durum hukuki öngörülebilirlik ilkesini de geri plana atmaktadır.

Anayasa Mahkemesi kararlarına da yansıyan, taşınmaz sahibinin el atmanın önlenmesi davası açmasına rağmen mahkemelerce bu davanın bedel tespiti davası olarak kabul edilmesi, taleple bağıllık ilkesinin bulunduğu hukuk mahkemelerinde açıkça keyfilik yapıldığı anlamına gelmektedir ve AYM'nin bu durumun açıkça keyfilik olmadığı yönündedir görüşüne katılmıyoruz.

Hukuki el atmada imar planında bir yerin okul, yeşil alan, sit alanı gibi kamu alanı ilan edilmesi halinde taşınmaz sahibinin mülkiyetini kullanma imkânı neredeyse imkânsıza yakın şekilde yok olduğundan, taşınmaz maliklerine trampa yoluyla aynı değerde bir hazine taşınmazı teklif edilmesi uygulaması yaygınlaştırılmalı ve bu konuda anlaşma olmazsa bedel davası açılması mümkün olmalıdır.

Kamulaştırmasız el atmaya ilişkin yeni kanun düzenleme yapılması halinde, bu kanunun 2863 sayılı Kanun, Askeri Güvenlik Kanunu gibi kanunların uygulanması esnasında çıkabilecek kamulaştırmasız el atma durumları için de uygulanabilir olması bu alandaki taşınmaz maliklerinin sıkıntılarını ve hukuksal karmaşayı önleyebilecektir.

IX. KAYNAKLAR

KİTAPLAR

AKÇA, K. (2015), “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Mülkiyet Hakkı”, **İÜHFD**, Özel Sayı, Cilt I, s. 566.

ÇAKIR, Y. (2019) **Kamulaştırmasız El Atmanın Mülkiyet Hakkı Bakımından Anayasal İncelenmesi**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.

ÇETİNTAŞ, Ö. (2020) **Kamulaştırmasız El Atma**, Ankara, Seçkin Yayıncılık.

ÇINAR, T. (2017). **Kamulaştırmasız El Atma Davaları**, Ankara, Adalet Yayınları, 4. Baskı.

EREN, F. (2016) **Mülkiyet Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara (Mülkiyet Hukuku).

GEMALMAZ, H. B. (2017) **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Mülkiyet Hakkı**, İstanbul, Beta Yayınları.

GÖZLER, K. (2019). İdare Hukuku, Cilt I-II, Bursa, Ekin Yayınları.

GÜNDAY, M. (2017), **İdare Hukuku**, Ankara İmaj Yayınları, 11. Baskı.

GÜRSEL, M.K. (2012) **Kamulaştırma Hukuku**, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.

İLGEZDİ, A. R. (2016). **Hukuki El Atma**, Seçkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2016.

KAMIŞLI, G., (2016) **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Anayasa Mahkemesinde Mülkiyet Uyuşmazlıklarının Çözümü**, Adana, Karahan Kitabevi.

KAPLAN, G. (2007) “İdare Hukukunun Arkaik ve Anakronik Bir Kurumu Fiil Yol”, **GÜHFD**, C. XI, S. 1-2, s.898 (Fiili Yol).

KARACA, İ. (2019) **Kamulaştırmasız El Atma**, Ankara, Yetkin Yayınevi.

- KURU, B., ARSLAN, R. ve YILMAZ, E. (2012), **Medeni Usul Hukuku**, Ankara, Yetkin Yayınları, 23. Baskı.
- OĞUZMAN, K., SELİÇİ, Ö ve ÖZDEMİR-OKTAY, S. (2011) **Eşya Hukuku**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 13. Baskı,
- ÖZAY, İ. H. (2017) **Günlükte Yönetim**, Filiz Kitabevi, İstanbul.
- ÖZBUDUN, E. (2018), **Türk Anayasa Hukuku**, Ankara, Yetkin Yayınları, 18. Baskı.
- ÖZDEMİR, Y. (2018) **Türk Hukukunda Kamulaştırmaz El Atma**. Ankara, Adalet Yayınevi.
- PEKCANITEZ, H., ATALAY, O., ÖZEKES, M., ATALI, M., ERDÖNMEZ, G., AKKAN, M., YEŞİLİRMAK, A. ve KORKMAZ, H.T. (2017) **Medeni Usul Hukuku**, Cilt III, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 15. Baskı.
- SARI, G. (2010) **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Ek Protokole Göre Malvarlığı Haklarının Korunması**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- ŞAHİNİZ, S. (2006), **Teoride ve Uygulamada Kamulaştırmaz El Koyma**. Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- ŞAŞI, M. (2019) **Mülkiyet Hakkı İhlallerinde İdarenin Hukuki Sorumluluğu- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay ve Danıştay Kararları Işığında**, Ankara, Yetkin Yayınları.
- ULUSOY, Y. (2006) **Yargıtay Kararları Işığında Kamulaştırmaz El Atma**, Ankara, Nobel Yayınları.
- YALÇINDURAN, T. (2015) **Kamulaştırmaz El Koyma**, Ankara, Yetkin Yayınları.
- YAVUZASLAN, C. (2021) **Ecrimisil**, İstanbul, Filiz Kitabevi.
- YILDIRIM, B. (2012). **Açıklamalı- İçtihatlı Kamulaştırma ve Kamulaştırmaz El atma Davaları**, Ankara, Yetkin Yayınları.

TEZLER

- BAKIRCI, M. K. (2021) “Kamulaştırmasız El atma”, (Yayımlanmamış Doktora Tezi) Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2021.
- YAVUZ, S. (2018) “İmar Hukukunda Hukuki El Atma”, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara.
- YAZICIOĞLU, Ş. İ. (2008). “Kamulaştırmasız El Atma”. (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.

DERGİLER

- ÇABRİ, S. (2011). “Kamulaştırmasız El Atma Kavramının Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 15.12.2010 tarihli Kararı Doğrultusunda Tanımlanması”. **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 15(1-2), 2011, ss.77-104.
- EROL, Ö. F. (2013). Yargı Kararlarında İmar Planı Yoluyla Kamulaştırmasız El Atma. **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi**, Sayı: 9(105-106), ss.193-228.
- KAPLAN, G. (2004), “Kamu Kurumları ve Tüzel Kişileri Arasında Taşınmaz Mal Devri ve Yargısal Denetimi”, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Ayferi Göze'ye Armağan, Sayı. 1-2, ss. 167-188 (Kamu kurumları ve Tüzel Kişileri Arasında).
- OĞURLU, Y. (2003) “İdare Hukukunda “Fiili Yol” Ve Yargısal Denetimi”, **Kamu Hukuk Arşivi Dergisi**, ss.59-71.
- TEKİNSOY, M. A. (2008) “İmar Planlarının Hukuksal Niteliği, İmar Planı İptalinin Bu Plana Dayanılarak Verilmiş Ruhsatlar Üzerindeki Etkisi”, **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı: 2008/66, ss. 46-56.
- YAŞAR, H. (2010), “Kamulaştırmasız El Atma Kavramı”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 84, Sayı 2010/1, ss. 241-251.

YILDIZ, H. (2018) “Fransız Hukukunda Fiili Yolun Yeni Hukuki Rejimi ve Fiili Yolun Türkiye Uygulaması”, **Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.8, S.2, ss.316.

ÖZGEÇMİŞ

Ad-Soyad : Yunus Emre UŞEN

Öğrenim Durumu

Yüksek Lisans: : İstanbul Aydın Üniversitesi
: Özel Hukuk 2018-2022

Lisans: : İstanbul Ticaret Üniversitesi
Hukuk 2014-2018

Lise: : Özel Bursa Kültür Anadolu Lisesi
2010-2014

Mesleki Deneyim

Uşen Avukatlık Bürosu : Avukat

Eylül 2019 - Halen

