

FRANSIZ HUKUKUNDA FİİLİ YOLUN YENİ HUKUKİ REJİMİ VE FİİLİ YOLUN TÜRKİYE UYGULAMASI

*THE NEW LEGAL REGIME OF ASSAULT (VOIE DE FAIT) IN FRENCH LAW AND ITS
IMPLEMENTATION IN TURKEY*

Hakemli Makale*
Hayrettin YILDIZ**

İÇİNDEKİLER

GİRİŞ	305
I. FRANSIZ HUKUKUNDA FİİLİ YOLUN DÖNÜŞÜMÜ	305
A. Fiili Yolun Dönüşümünde Fransız İdari Yargısının Rolü	306
B. Uyuşmazlık Mahkemesinin Fiili Yolu Yeniden Tanımlaması	309
II. TÜRK HUKUKUNDA FİİLİ YOL OLUŞTURAN UYGULAMALAR	314
A. Genel Olarak İdarenin Haksız Fiillerinden Doğan Uyuşmazlıklar	316
B. Kamulaştırmaz El Atma Fiilinden Doğan Uyuşmazlıklar	320
III. FRANSIZ HUKUKUNDA FİİLİ YOLUN NİTELİĞİNİ VE MEVCUDİYETİNİ ETKİLEYEN DURUMLAR	326
A. Kanunda Ayrı Bir Hukuki Tedbirin Öngörölmüş Olması	326
B. Acil Durumlar	328
SONUÇ	330
KAYNAKÇA	333

DOI: 10.32957/hacettepehdf.482462

Makalenin Geliş Tarihi: 13.11.2018

Makalenin Kabul Tarihi: 14.01.2019

* Bu makale, yazarın 29.08.2018 tarihinde Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsünde savunulan “İdarenin Re’sen İcra Yetkisi” başlıklı yayımlanmamış doktora tezinden türetilmiştir.

** Dr. Arş. Gör. Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı. Eposta: hyhayildiz@gmail.com

ÖZ

Fiili yolun hukuki rejimi son yıllarda bir dönüşümden geçmektedir. Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi'nin *Bergoend* kararıyla fiili yolun tanımı yeniden yapılarak teorinin kapsamı daraltılmıştır. Fiili yolun daha önceki tanımında idarenin temel hak ve özgürlüklere veya mülkiyet hakkına herhangi bir hukuki temelden yoksun olarak müdahalesi fiili yolun meydana gelmesi için yeterliyken, yeni tanımda fiili yolun söz konusu olabilmesi için bireyin bireysel hak ve özgürlüklerinden birinin ihlal edilmesi veya mülkiyet hakkını ortadan kaldıracak şekilde ağır bir müdahalenin söz konusu olması gerekir. Türkiye'de de fiili yolun hukuki rejimini etkileyecek yasal düzenlemelere gidilmiştir. Çalışmamızda hem Fransız hem Türk hukukunda fiili yol rejiminin son yıllarda uğradığı dönüşüm ele alınmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Fiili Yol, Re'sen İcra, Kamulaştırmasız El Atma, Haksız Fiil, Acil Durum.

ABSTRACT

In recent years, the legal regime of the assault (aggression, *voie de fait*) is undergoing a transformation. With the *Bergoend* decision of the Court of Conflicts of France, the definition of the assault changes and so its scope is reduced. Previously, in order for an act or its execution to constitute an assault, the administration, by its unlawful conduct, had to physically and illegally infringe a fundamental right or freedom or a right of property. Henceforth, according to the *Bergoend* decision of the Court of Conflicts "there is no assault on the part of the administration ... only in the case that the administration proceed the execution a decision, under irregular conditions, or even a regular one, affecting personal freedom or leading to the extinguishment of a right of ownership, or has taken a decision which has the same effects of infringement of individual freedom or extinction of a right of property and which is manifestly insusceptible to be attached to a power belonging to the administrative authority ". On the other hand, in Turkish law there is evidence of changes in legislation that affect the law of the assault. In this article, these changes or transformations in Turkish and French law are taken into consideration.

Key words: Assault (aggression, *voie de fait*), Ex officio execution, Confiscation without expropriation, Tort, Emergency.

GİRİŞ

İdarenin bir işlemin icrası kapsamında başvurduğu tasarrufun açık ve ağır bir şekilde bireysel hak ve özgürlüklerin ihlaline yol açması durumunda, fiili yol meydana gelmektedir. İdarenin eyleminin fiili yola dönüşmesi ise, bu eylemden doğan uyuşmazlığın adli yargıda görülmesine yol açmaktadır¹. Böyle bir durumda, idare kendi yetki alanının dışına çıkarak, bireyle aynı konuma geldiğinden özel hukuka tabi olmaktadır².

Fiili yol durumunda idarenin re'sen icra kapsamında başvurduğu eylemler de nitelik değiştirmektedir. Başlangıçta hukuka uygun bir kararın icrası biçiminde ortaya çıkan re'sen icra, idarenin hukuki temelden yoksun bir şekilde bireylerin hak ve özgürlüklerine veya mülkiyet hakkına müdahale şeklinde gelişerek fiili yola vücut verebilmektedir. Fiili yolun hukuki rejimi son yıllarda değişime uğradığından, fiili yol teorisine ilişkin değerlendirmelerin bu değişim göz önüne alınarak yapılması daha uygun görünmektedir. Bu kapsamda çalışmanın devamında, önce Fransız hukukunda fiili yolun dönüşümü (I), daha sonra Türk hukukunda fiili yol uyuşmazlıkları (II) ve son olarak Fransız hukukunda fiili yolun mevcudiyetini ve niteliğini etkileyen durumlar (III) ele alınmaktadır.

I. FRANSIZ HUKUKUNDA FİİLİ YOLUN DÖNÜŞÜMÜ

İdarenin işlevi, kamu hizmetlerinin hukuka uygun bir biçimde yürütülmesidir. İdarenin, kendisine tanınan yetkilerin dışına çıkarak bireylerin hak ve özgürlüklerine veya mülkiyet haklarına müdahale etmesi durumunda fiil yolun meydana geldiği kabul

¹ Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin Kararı, T. 16.09.1993, E. 1992/8696, K. 1993/10609: “İdari eylem ve işlem hukuka aykırı olmakla birlikte özel hukuk açısından haksız eyleme dönüşmedikçe adli yargının görevinden söz edilemez”. (<https://emsal.yargitay.gov.tr>- Erişim Tarihi: 20 Ekim 2017); GÖKCAN, Hasan Tahsin, **Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku**, 3. Basım, Seçkin Yayınları, Ankara, 2010, s. 138.

² İdari kararın idari niteliğini yitirip herhangi bir kimse tarafından yapılabilecek bir haksız fiile dönüşmesi bozulma teorisi (*théorie de dénaturation*) olarak adlandırılmaktadır. Bkz. RICCI, Jean Claude, **Droit administratif**, 4. Basım, Hachette, Paris, 2004, s. 154; KAPLAN, Gürsel, “İdare Hukukunun Arkaik ve Anakronik bir Kurumu: Fiili Yol”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2007, C. XI, S. 1-2, s. 909.

edilmektedir. İdarenin, re'sen icra tasarrufları sırasında, bireylerin hak ve özgürlüklerine müdahale etmesi de fiili yolun oluşmasına yol açabilmektedir. Bunlara bir idari işleme dayanmayan hareketleri yani doğrudan idari eylem şeklinde gelişen müdahaleleri de eklemek gerekir³.

Fransa'da fiili yolun hukuki rejiminde, son yıllarda bir dönüşüm yaşanmaktadır. Aşağıda öncelikle, bu dönüşümde idari yargının rolü ele alınmakta (A) daha sonra Fransız Uyuşmazlık Mahkemesinin fiili yolu yeniden tanımlaması (B) konuları incelenmektedir.

A. Fiili Yolun Dönüşümünde Fransız İdari Yargısının Rolü

Fransa'da fiili yol teorisinin, ilk olarak Conseil d'Etat tarafından *Rousseau*⁴ kararında ileri sürüldüğü ve görevli yargı yeri olarak adli yargının işaret edildiği ifade edilmektedir⁵. Bununla birlikte, Yüksek Mahkeme fiili yol konusunda nitelendirme yetkisini kendi uhdesinde tutmaktadır. Ancak, adli yargının zamanla nitelendirmeyi de kendisi yaparak fiili yol konusunda tek yetkili yargı yolu olmaya başladığı belirtilmektedir⁶. Adli yargının geleneksel olarak temel hak ve özgürlüklerin, özellikle de mülkiyet hakkının koruyucusu olarak kabul edilmesinden dolayı, fiili yol uyuşmazlıklarını uzun süre adli yargı çözüme kavuşturmuştur⁷. Tarihsel olarak, fiili yolun içtihatla adli yargıya tabi olmasının nedenlerinden biri de kurumun ortaya çıktığı dönemde idari yargının bağımsız olmaması (tutuk adalet sisteminin geçerli olduğu dönem) ve ayrıca, temel hak ve özgürlüklerin, adli yargı tarafından daha iyi korunacağı düşüncesidir⁸. Bu doğrultuda, 1958 Fransız Anayasa'sının 66. maddesi de kişi

³ KAPLAN, Gürsel, **İdari Yargılama Hukuku**, Ekin Yayınları, Bursa, 2016, s. 89.

⁴ CE, 21 Eylül 1827, Rousseau, Rec. Lebon, s. 504 (Nakleden-AUGUSTIN, Thais, "La victoire du juge administratif: le nouvel équilibre de l'emprise et de la voie de fait", **Revue Général de Droit**, Yıl: 2016, s. 3.

⁵ AUGUSTIN, **2016**, s. 3.

⁶ AUGUSTIN, **2016**, s. 4.

⁷ DEBBASCH, Charles, RICCI, Jean-Claude, **Contentieux administratif**, 7. Basım, Dalloz, Paris, 2001, s. 253; FALGAS, Antony, **La voie de fait administrative, Recherche sur la justification d'une notion prétorienne**, Harmattan, Paris, 2015, s. 139.

⁸ Adli yargının bu tür bir denetimi sağlamak için daha uygun hukuki araçlara sahip olduğu belirtilmiştir. ŞEKER, Gülseven, **İdare Hukukunda Fiili Yol Teorisi ve Uygulaması**, Doktora Tezi, İstanbul, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010, s. II; KAPLAN, **2007**, s. 906-907.

özgürlüğü ve güvenliğinin koruyucusu olarak adli yargıyı göstermiş, adli yargıyı bu korumayı yasalar çerçevesinde sağlamakla görevlendirmiştir⁹. Ancak, son yirmi yıllık dönemde yapılan düzenlemelerle fiili yol olarak nitelendirilebilecek tasarruflar konusunda adli yargının görev alanı daralmakta, idari yargının görev alanı ise genişlemektedir.

Öncelikle, 30 Haziran 2000 tarihinde yürürlüğe giren ivedi yargılama usulleriyle, İdari Yargı Kodu'nun L.521-1 ve devamındaki maddelerinde “*référé-liberté*” düzenlenmekte ve idarenin temel hak ve özgürlüklere müdahale etmesinden doğan uyuşmazlıklara, idari yargı hakimi tarafından bakılması imkanı getirilmektedir¹⁰. L.521-1 hükmüne göre, bir idari kararın iptali veya düzeltilmesi için idari yargıca gidilebilmekte, idari yargıç, kararın yürütülmesini durdurarak, işlemin iptali veya düzeltilmesine karar verebilmektedir. L.521-2'ye göre, bir kamu tüzel kişisi veya kamu hizmetini yürütmekle görevlendirilen özel hukuk kişinin temel bir hak veya özgürlüğü açık bir şekilde hukuka aykırı olarak ihlal etmesi durumunda, idari yargıç “*temel hak ve özgürlüğün korunması amacıyla gerekli bütün tedbirlerin alınmasına*” karar verebilmektedir. Buna, idareye talimat verme kararı da dahildir. Kural olarak idari yargıcın kararını kırk sekiz saat içerisinde vermesi gerekmektedir. İdari yargıcın verdiği karar on beş gün içerisinde Conseil d'Etat'da temyiz edilebilmektedir.

Yeni düzenleme ile idarenin temel hak ve özgürlüklere müdahale niteliğindeki uygulamalarından doğan uyuşmazlıklara idari yargı hakimi tarafından bakılma imkanı getirilmesi, fiili yol teorisinin ortadan kalkacağı veya adli yargının bundan böyle fiili yol uyuşmazlıklarına bakamayacağı şeklinde yorumların yapılmasına neden olmuştur¹¹.

⁹ Anayasa Konseyi de “*doğası gereği adli yargı yerlerinin görevine giren alanlar*” olduğunu kabul ederek bu genel ilkeyi “Anayasal prensip” düzeyine çıkarmıştır. KAPLAN, 2007, s. 907; CHAPUS, René, **Droit Administratif Général**, Tome 1, 15. Basım, Montchrestien, Paris, 2001, s. 764; Son olarak 1958 Fransız Anayasası, 1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'na benzer şekilde temel hak ve özgürlükleri, “kişi hak ve özgürlükleri” veya “sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler” şeklinde kategorize etmemektedir. Fransız Anayasasının 34. maddesinde bazı temel hak ve özgürlükler sayılmakla beraber, bunlar ayrı ayrı ele alınmamakta, sadece bunlara ilişkin olarak sadece yasa koyucunun düzenleme yapabileceği belirtilmektedir.

¹⁰ CHAPUS, 2001, s. 869; FRIER, Pierre Laurent / PETIT Jacques, **Précis de droit administratif**, 4. Baskı, Montchrestien, Paris, 2006, s. 396; AUGUSTIN, 2016, s. 4-5.

¹¹ SLAMA, Serge, “Le tribunal des conflits déshabille la “folle du logis””, **Actualités Droits-Libertés du CREDOF**, Yıl: 2013, <https://revdh.files.wordpress.com>, Erişim Tarihi: 14 Mayıs 2018, s. 1.

Nitekim, 2013 yılının başında verilen *Commune de Chirongui*¹² kararıyla yeni uygulama etkisini göstermiştir. Karara konu olayda, idare özel mülkiyetteki taşınmazı işgal etmekte ve taşınmaz üzerindeki fidanlara zarar vermektedir. Taşınmaz sahibi Bayan B..., taşınmazı üzerinde yürütülen faaliyetin durdurulması ve zararının karşılanması için İdari Yargı Kodu'nun L. 521-2 hükmüne dayanarak idari yargı hakimine başvurmuştur. İdari yargı hakiminin, idare tarafından yapılan işgalin hukuka aykırı olduğuna kanaat getirerek, müdahalenin sonlandırılmasına ve davacıya tazminat ödenmesine karar vermesi üzerine *Commune de Chirongui*, uyuşmazlığı temyize taşımıştır. Conseil d'Etat, bahsi geçen düzenlemeyle idari yargının fiili yol niteliğinde olsa bile temel hak ve özgürlüklere veya mülkiyet hakkına müdahale niteliğindeki uygulamalardan doğan uyuşmazlıklara bakabileceği yönünde değerlendirmede bulunarak, talebin reddine ve taşınmaz sahibine tazminat ödenmesine karar vermiştir. İdari Yargı Kodundaki düzenleme karşısında, Conseil d'Etat'nın kararının beklenen bir karar olduğu ifade edilmektedir¹³.

Commune de Chirongui kararına kadar fiili yolun tanımı, yargı kararlarında klasik bir biçimde yapılmaktaydı. Buna göre, idarenin bir temel hak veya özgürlüğü veya mülkiyet hakkını açık ve ağır şekilde hukuka aykırı olarak ihlal etmesi durumunda ilgili tasarruf, fiili yol kabul edilmekte ve uyuşmazlık adli yargı tarafından görülmekteydi¹⁴. Nitekim Uyuşmazlık Mahkemesi référé liberté ile ilgili düzenlemenin yapıldığı zamandan kısa bir süre sonra verdiği *Boussadar*¹⁵ kararında fiili yolun eski tanımını yinelemiştir. Ancak yeni düzenleme, fiili yolun kapsamına girebilecek uyuşmazlıkların idari yargı tarafından çözüme kavuşturulmasına imkan sağladığından bir görev

¹² CE, 23 Ocak 2013, *Commune de Chirongui*, N° 365262: <https://www.legifrance.gouv.fr/>- Erişim Tarihi: 12 Haziran 2018.

¹³ DE GLINIASTY, Jeanne, “De Mme B. à Monsieur B.: La voie de fait dans l’impasse”, **Lextenso** (Les petits affiches), Yıl : 2013, S. 175, s. 12.

¹⁴ FALGAS, 2015, s. 20; CHAPUS, 2001, s. 868 vd.; ONAR, Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumî Esasları**, C. I, II ve III, Hak Kitabevi, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966, s. 1668; Buradan fiili yolun sadece temel hak ve özgürlüklere müdahale şeklinde algılanmadığını, idarenin yasadan aldığı bir yetkisi olmaksızın harekete geçmesinin de fiili yol olarak nitelendirildiğini belirtmemiz gerekir. SIRAT, Charles, “L’exécution d’office, l’exécution forcée, deux procédures distinctes de l’exécution administrative”, **Semaine Juridique – Juriclassemens périodique**, I, 1440, Yıl: 1958, s. 13.

¹⁵ TC, 23 Ekim 2000, *Boussadar*, N° 3227, Rec. Lebon, (<https://www.legifrance.gouv.fr/> - Erişim Tarihi: 17 Mayıs 2018).

uyuşmazlığının oluşması kaçınılmaz olmuştur. Nitekim, aynı yıl Uyuşmazlık Mahkemesi verdiği kararla fiili yol konusunda adli ve idari yargının görev alanlarını ayırmaya ve netleştirmeye çalışmıştır. Söz konusu karara ilişkin ayrıntılar bir sonraki başlık altında ele alınmaktadır.

B. Uyuşmazlık Mahkemesinin Fiili Yolu Yeniden Tanımlaması

Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi, 2013 yılında verdiği *Bergoend c. Société ERDF Anncy Léman*¹⁶ kararıyla, *Commune de Chirongui* kararında varılan sonuçla örtüşebilecek nitelikte bir karara vararak, fiili yolu yeniden tanımlamıştır. Mahkemenin oluşturduğu yeni tanımda hem temel hak ve özgürlüklerin hem mülkiyet hakkının ihlali bakımından fiili yolun kapsamı daraltılmaktadır¹⁷.

Bergoend kararından önce, idarenin haksız fiil niteliğindeki eylemlerinden doğan uyuşmazlıklar, adli yargı tarafından çözüme kavuşturulmaktaydı. Söz konusu karardan sonra, her haksız fiilden doğan uyuşmazlığın adli yargının görev alanına sokulması mümkün görünmemektedir. İdarenin, haksız fiilinden doğan uyuşmazlığın adli yargının görev alanına girebilmesi için kararda belirlenen yeni şartların gerçekleşmesi gerekmektedir. Mahkeme, fiili yolun gerçekleşme şekli olarak görülen, “*hukuka aykırı re'sen icradan doğan fiili yol ile idarenin herhangi bir yetkisi ile ilişkilendirilemeyen eylemlerinden doğan fiili yol*” şeklindeki temellendirmeyi muhafaza etmekle beraber, fiili yolun uygulama alanını daraltmıştır. Karara konu olayda, özel bir mülke elektrik direği yerleştirildiğinden davanın adli yargıda görülmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Uyuşmazlık Mahkemesi, bu iddiaları kabul etmeyerek bir kamu hizmetinin görülmesi sırasında verilen zararın idari yargıda görülmesi gerektiğine karar vermiştir. Mahkeme kararında ayrıca, fiili yola ilişkin yeni bir tanım ortaya konmaktadır. Buna göre bir uyuşmazlığın fiili yola vücut verebilmesi için; bir kararın veya icrasının idareye verilen görev ve yetkilerle örtüşmeyecek şekilde bir bireysel hak ve özgürlüğün ihlaline (*porte atteinte à une liberté individuelle*) yol açması veya mülkiyet hakkını ortadan kaldıracak

¹⁶ TC, 17 Haziran 2013, *Bergoend c. Société ERDF Anncy Léman*, n° 3911, au Lebon ; AJDA 2013, 1245 (<https://www.legifrance.gouv.fr>- Erişim Tarihi: 13 Mayıs 2018).

¹⁷ DELVOLVE, Pierre, “Voie de fait: limitations et fondement”, *RFDA*, Yıl: 2013, s. 1041.

(*extinction d'un droit de propriété*) nitelikte bir müdahale biçiminde gerçekleşmesi gerekmektedir¹⁸.

Karardan önce fiili yolun varlığından bahsedebilmek için idarenin eyleminin bir temel hak ve özgürlüğü ağır bir şekilde ihlal etmesi yeterliydi¹⁹. Oysa yeni durumda, fiili yolun gerçekleşmesi için birinci şart olarak, “temel hak ve özgürlükler”in ihlalinin yerini “bireysel hak ve özgürlükler”in ihlali almaktadır.

Temel hak ve özgürlüklerin alanının bireysel hak ve özgürlüklere göre daha geniş olduğu kabul edilmektedir. Her ne kadar her bireysel hak ve özgürlük, aynı zamanda bir temel hak ve özgürlük ise de her temel hak ve özgürlük, aynı zamanda bir bireysel hak ve özgürlük değildir²⁰. Fransız Anayasasının “kimsenin haksız yere tutulamayacağını düzenleyen ve bireysel özgürlüklerin koruyucusu olarak adli yargıyı gösteren 66. maddesi” ile Anayasa Konseyi kararlarından²¹ hareketle, bireysel hak ve özgürlüklerden bireyin dış etkilere karşı korunmasının anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir²².

Bu durumda, gazeteye el konulması²³ fiilinin, basın özgürlüğünü ihlal etmesine rağmen, bireysel hak ve özgürlüğe müdahale niteliği taşımadığından fiili yol olarak

¹⁸ TC, 17 Haziran 2013, *Bergoend c. Société ERDF Anecy Léman*, n° 3911, au Lebon, AJDA 2013, s. 1245 (<https://www.legifrance.gouv.fr> – Erişim Tarihi: 13 Mayıs 2018); KAPLAN, 2016, s. 89.

¹⁹ Daha önce temel hak ve özgürlüklerin ihlali nedeniyle oluşan fiil uyuşmazlıklarına şu örnekler verilebilir: Fransız Yargıtay'ının *Haas c/Valentin* (Ch.civ., 3 Ağustos 1874, *Haas c/Valentin*, D.P. 1875-I-997 (Nakleden-DEBARY, Michel, **La voie de fait en droit administratif**, LGDJ, Paris, 1960, s. 35) ve Uyuşmazlık Mahkemesi'nin *Dufeuille, Uzannaz, Joris, Michau, Lafrenney* (TC, 25 Mart 1889, *Dufeuille, Uzannaz, Joris, Michau, Lafrenney*, D.P. 1890-III-65) kararlarında idarenin kararını hukuka aykırı olarak re'sen icrası sonucu “kişi özgürlüğü”nün ihlal edildiği sonucuna varılmıştır. *Abbé Mignon* (TC, 22 Nisan 1910, *Abbé Mignon*, D.P. 1910-III-41) kararında dini kuralların dışında defnedilen kişi için belediye başkanının kararıyla kilise çanlarının çalınması “inanç özgürlüğünün ihlali”, *Epoux Pelé* kararında ilgilinin idareye ait bir yapıdan zorla çıkarılması fiili “konut dokunulmazlığının ihlali”, (TC, 25 Kasım 1963, *Ep. Pelé*, s. 795; AJ 1964, s. 24, chron. J Fourré et M Puybasset, JCP 1964, n° 13493, note J-M Auby) ve nihayet *Action Française* (TC, 8 Nisan 1935, *Action Française*, **GAJA**, N°: 48, s. 293) kararında yer itibariyle yetkisiz olduğu halde valilik kararıyla gazete nüshalarına el konması ve toplatılması işlemi “basın özgürlüğünün ihlali” şeklinde değerlendirilerek fiili yol ulaştırdıklarına karar verilmiştir.

²⁰ SLAMA, 2013, s. 9.

²¹ Özel hayatın gizliliğine ilişkin olarak bkz. CC, 26 Kasım 2010, N° 2010-71, Rec. Cons. Const., s. 343, cons. 16, AJDA, 2011, s. 174; CC, 5 Ekim 2012, N° 2012-279, QPC, Rec. Cons. Const., s. 514, AJDA, 2012, s. 1884; Evlilik hakkında ilişkin olarak bkz. CC, 17 Mayıs 2013, N° 2013-669 DC, cons. 23, D. 2013. 1643, chron. F. Dieu (Nakleden- DELVOLVE, 2013, s. 1042).

²² DELVOLVE, 2013, s. 1042.

²³ TC, 8 Nisan 1935, *Action Française*, **GAJA**, N°: 48, s. 293.

değerlendirilemeyeceği ifade edilmektedir. Yine fotoğraf makinasına el konulması²⁴, bireye ait siyasi unsurlar barındıran afişlere postanede el konulması²⁵, ölünün mezarının açılması²⁶, memurun ikamet ettiği binanın mühürlenmesi ve binaya girişin yasaklanması²⁷ gibi uygulamalar temel hak ve özgürlüklere müdahale niteliğinde olmalarına rağmen, bireysel hak ve özgürlükleri ihlal etmediklerinden fiili yol olarak değerlendirilemeyecektir²⁸. Nitekim Uyuşmazlık Mahkemesi yakın zamandaki bir kararında, kişinin seyahat belgelerine el konulmasını seyahat özgürlüğüne bir müdahale olarak görmüşse de, bu müdahale ile Anayasanın 66. maddesi kapsamında bir bireysel hak ve özgürlüğün ihlal edilmediğini dile getirmiş ve idarenin eyleminin fiili yol oluşturmadığına karar vermiştir²⁹. Kişi güvenliği ve özel yaşamın gizliliği gibi hakların ise, bireysel hak ve özgürlükler kapsamında değerlendirilmeye devam edilmesi beklenmektedir³⁰. Bu bakımdan, fiili yolun kapsamından kamusal özgürlükler çıkarılarak, fiili yolun teorisi, bireysel özgürlüklerle sınırlanmaktadır³¹.

Bergoend kararına göre, fiili yolun oluşması için ikinci şart, idarenin hukuka aykırı müdahalesiyle bireyin mülkiyet hakkını ortadan kaldıracak derecede ağır bir ihlalin gerçekleşmesidir. Daha önce, idarenin işlem veya eyleminin fiili yola dönüşmesi için mülkiyet hakkına ağır şekilde müdahale edilmesi yeterliydi³². Fiili yolun yeni

²⁴ CE, 18 Kasım 1949, *Sieur Carlier*, JCP.II.5535 (Nakleden-PETIT, Serge, **La Voie De Fait Administrative**, Que Sais-Je?, PUF, Paris, 1995, s. 37).

²⁵ TC, 10 Aralık 1956, *Randon, Flandin, Desgranges c/ Brunet et Cornevaux*, RPDA, 1957, N° 35.

²⁶ TC, 25 Kasım 1963, *Comm.de Saint-Just-Chaleyssin*, s. 793, concl. J. Chardeau (Nakleden-GLAAB, Kerstin, **Die zwangsweise Vollstreckung von Entscheidungen der Verwaltung, Ein deutsch-französischer Vergleich**, (Thèse pour le doctorat), Paris, Université Paris 1 Panthéon Sorbonne, 2009, s. 178).

²⁷ TC, 27 Haziran 1966, *Guignon*, Rec. 830, JCP, 1967.II.15135, conc. Lindon.; Ayrıca bkz. FALGAS, **2015**, s. 130.

²⁸ DELVOLVE, **2013**, s. 1042.

²⁹ TC, 12 Şubat 2018, N° C4110, (<https://www.legifrance.gouv.fr>- Erişim Tarihi: 14 Mayıs 2018).

³⁰ SLAMA, **2013**, s. 6.

³¹ DE GLINIASTY, **2013**, s. 12.

³² Mülkiyet hakkının özellikle vurgulanmasının nedeninin kamu hukukunun üç yüz yıllık tarihi gelişiminde batı dünyasında mülkiyet hakkına özel önem atfedilmesi ve kavramın çeşitli düşüncelerin şekillenmesinde başat rol oynaması olduğu ifade edilmektedir. KAPLAN, **2007**, s. 889; Mülkiyet hakkı ayrıca 1789 tarihli insan hakları evrensel bildirgesinde korumaya alınan temel haklardan birini oluşturmaktadır: 1789 İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi Madde 17: “Mülkiyet dokunulmaz ve kutsal bir hak olması nedeniyle, yasa ile belirlenen kamu ihtiyacı açıkça gerekmedikçe ve adil ve peşin bir

tanımında, mülkiyet hakkının ihlali yetmemekte, idarenin müdahalesinin bu hakkı ortadan kaldıracak nitelikte olması gerekmektedir³³. Bu bakımdan, daha önce yargı tarafından fiili yol olarak değerlendirilen gazetelere el konması³⁴, özel mülkteki ağaçların kesilmesi³⁵, murisin ölümünden sonra idarece şahsi evraklarına el konması³⁶, özel hukuk kişinin mülkünün idare tarafından işgal edilerek üzerinde çalışmalar yapılması³⁷, kişinin seyahat belgelerine havalimanında el konması³⁸ gibi fiiller, mülkiyet hakkını ortadan kaldırmadığından, artık fiili yol kapsamında değerlendirilmemektedir³⁹. Mülkiyet hakkına son vermediği sürece, idare tarafından bireyin mülkiyet hakkına müdahale edilmesinden doğan uyuşmazlıklar ise, idari yargı tarafından çözüme kavuşturulacaktır⁴⁰. *Bergoend* kararında da özel mülke elektrik direğinin yerleştirilmesi fiilinin, mülkiyet hakkını ortadan kaldırmaması nedeniyle fiili yola vücut vermediği sonucuna varılmıştır. Yüksek Mahkemenin bu kararlar, fiili yolu, yıkım işlemi veya idare tarafından taşınmaz el konması gibi uygulamalara indirgediği ileri sürülmüştür⁴¹. Uyuşmazlık Mahkemesi, kısa zaman sonra verdiği başka bir kararında bu içtihadını tekrarlamıştır⁴². Adli yargının da Uyuşmazlık Mahkemesinin içtihadına uygun bir tutum benimseyerek mülkiyet hakkını ortadan kaldırmayan

tazminat ödenmedikçe, kimse bu haktan yoksun bırakılamaz." (<https://www.legifrance.gouv.fr>- Erişim Tarihi: 22 Ekim 2017).

³³ LE RUDULIER, Nicolas, "Voie de fait : réduction de la compétence du juge judiciaire", **Dalloz (AJDD)**, S. 10, 2015, s. 704.

³⁴ TC, 8 Nisan 1935, *Action française*, Rec. 1226, **GAJA**, N° 41, s. 292-298.

³⁵ CE, 26 Mart 1990, *Icart*, N° 71222 (Nakleden-SLAMA, **2013**, s. 10); TC, 15 Şubat 2010, *Mme Taharu c. Haut-commissaire de la République en Polynésie française*, N° 3722, Lebon, s. 575 (Nakleden-DELVOLVE, **2013**, s. 1044).

³⁶ CE, 10 Ekim 1969, *Consorts Muselier*, Rec. 432; RA 1970.29 concl. Braibant (Nakleden-ŞEKER, **2010**, s. 66).

³⁷ TC, 22 Ocak 1955, *Rival c. Etat*, Lebon, s. 613 (Nakleden-DELVOLVE, **2013**, s. 1044).

³⁸ TC, 9 Haziran 1986, *Eucat*, Rec. p.301; JCP 1987.II.29746, note B. Pacteau; AJDA 1986; TC, 19 Kasım 2001, Mlle Mohamed c/Ministre de l'Intérieur, Rec. Lebon, 2001, s. 255.

³⁹ DELVOLVE, **2013**, s. 1042.

⁴⁰ HAMEL, Gatién, "Voie de fait : compétence du juge administratif en l'absence de dépossession définitive", **Dalloz Actualité**, Yıl: 2018, <https://www.dalloz-actualite.fr>- Erişim Tarihi: 18 Mayıs 2018, s. 1.

⁴¹ DE GLINIASTY, **2013**, s. 13.

⁴² TC, 9 Aralık 2013, N° C3931, Rec. Lebon, (<http://arianeinternet.conseil-etat.fr/>- 18 Mayıs 2018).

müdahaleleri fiili yol olarak değerlendirmedeği görülmektedir⁴³. Kararla ayrıca, adli yargının verebileceği kararların men'i müdahale ve eski halin iadesi ile sınırlandırıldığı ifade edilmektedir⁴⁴.

Fiili yolun sınırlarının daraltılmasıyla birçok uyuşmazlık fiili yolun kapsamından ve adli yargının görev alanından çıkarak, idari yargının görev alanına girmektedir. Fiili yoldaki dönüşümün temel sonuçlarından biri, bireysel hak ve özgürlük oluşturmeyen temel hak ve özgürlüklere müdahale edilmesinden doğan uyuşmazlıkların idari yargının görev alanına dahil olması iken, bir diğeri, fiili yol uyuşmazlıkları bakımından Fransız hukukunda adli yargının yetkisinin anayasal güvenceye kavuşmuş olmasıdır⁴⁵. Zira Uyuşmazlık Mahkemesi, bireysel hak ve özgürlüğü tayin ederken 1958 Anayasasının 66. maddesini temel almaktadır. Ancak adli yargının görev alanı Anayasal güvenceye bağlanırken, fiili yol bakımından bu alanın daraltılması, fiili yol teorisinin içinin boşaltıldığı şeklinde yorumlara da neden olmuştur⁴⁶.

Fiili yolun kapsamının *Bergoend* kararıyla daralmasında, daha önce oluşturulan “*référé-liberté*”nin etkili olduğu ileri sürülmektedir⁴⁷. *Bergoend* kararında, Uyuşmazlık Mahkemesi, *Commune de Chirongui* kararında varılan sonucu onaylayacak bir biçimde fiili yolun kapsamını daraltmakta ve bireysel hak ve özgürlük teşkil etmeyen temel hak ve özgürlüklere müdahalede idari yargının yetkisini onaylamış olmaktadır. Bu sonucun, idari yargı tarafından karara bağlanacak olan hukuka aykırı icra tasarruflarının artmasına yol açacağı düşünülmektedir. Bunun nedeni de fiili yolun kapsamının daralmasından dolayı fiili yola dönüşen uygulama işlemlerinin sayısının azalacak olmasıdır. Bu açıdan, fiili yolun kapsamının daraltılması idare tarafından gerçekleştirilecek müdahalelerin fiili yola vücut vermesi ihtimalini de azaltmaktadır. Bunun anlamı, idarenin tasarrufunun hukuka uygun olması değil, bu tasarruftan doğan uyuşmazlığı çözüme kavuşturacak yargı kolunun uyuşmazlığın niteliğine göre

⁴³ Civ. 3°, 18 Ocak 2018, *FS-P+B*, N° 16-21.993 (Nakleden-HAMEL, 2018, s. 1).

⁴⁴ SLAMA, 2013, s. 2; DE GLINIASTY, 2013, s. 13.

⁴⁵ AUGUSTIN, 2016, s. 9.

⁴⁶ DE GLINIASTY, 2013, s. 14; SLAMA, 2013, s. 11.

⁴⁷ LE RUDULIER, 2015, s. 704.

değişecek olmasıdır. Ancak, fiili yolun yeni tanımı karşısında, idarenin tasarrufunun fiili yola vücut verme ve bunun sonucu olarak adli yargının uyuşmazlığı çözmekle görevli olma ihtimali azalmaktadır.

Bergoend kararından önce, re'sen icranın idarenin görev ve yetkileriyle bağdaşmayacak şekilde temel hak ve özgürlükleri veya mülkiyet hakkını ihlal ederek gerçekleşmesi, fiili yolun oluşması için yeterliyken bundan sonra re'sen icranın fiili yol oluşturması için idarenin kararını icrası sırasında, bir bireysel hak ve özgürlüğün ihlali veya mülkiyet hakkını ortadan kaldıracak derecede ağır bir müdahalenin meydana gelmesi gerekmektedir. *Saint Just* kararıyla belirlenen re'sen icra şartları ise geçerliliğini korumaya devam etmektedir⁴⁸. Bu açıdan, söz konusu kararla belirlenen şartların eksikliği durumunda re'sen icra yine hukuka aykırı olacaktır. Ancak, re'sen icra tasarrufunun hangi hak veya özgürlüğe müdahale niteliğinde olduğuna bakılarak yargısal denetimi yapacak makam belirlenecektir. Bu bakımdan bir idari yargı makamı olan référé liberté hakiminin vereceği kararlar önem taşımaktadır. Re'sen icra tasarrufu kapsamında ihlal edilen hakkın temel hak ve özgürlüklerin dışında bir bireysel hak ve özgürlük olması durumunda, référé liberté hakiminin ihlali fiili yol olarak değerlendirilerek görevsizlik kararı vermesi gerektiği ifade edilmektedir⁴⁹.

II. TÜRK HUKUKUNDA FİİLİ YOL OLUŞTURAN UYGULAMALAR

Fiili yol olarak nitelenecek eylemin, idarenin özel hukuka tabi işlemlerinden doğan bir eylem olmaması gerekmektedir. İdarenin bireylerle girdiği özel hukuk ilişkileri sonucu başvurduğu eylemlerinden doğan uyuşmazlıklar, ilişkinin hukuki mahiyeti gereği adli yargı tarafından çözüme kavuşturulmaktadır. Örneğin, idarenin

⁴⁸ Romieu tarafından *Société Immobilière de Saint Just* kararında belirlenen re'sen icra şartları şu şekildedir: 1. Re'sen icra yetkisi kanunda düzenlenmiş olmalıdır. 2. Kanunda re'sen icra yetkisi düzenlenmemişse acil bir durum söz konusu olmalıdır. 3. İlk iki şartın yokluğunda karar alma yetkisi kanunda yer almalı, idareye uygulama yetkisi verilmemiş olmalı ve birey idari kararın gereğini yerine getirmemiş olmalıdır. Ayrıca kanunda bireyin ihmali veya direnişi için yaptırım öngörülmemiş olmalıdır. 4. Re'sen icra ölçülü olmalıdır. TC, 2 Aralık 1902, *Société Immobilière de Saint Just*, in **GAJA**, 2009, N°: 10, s. 62 vd.; Ayrıca bkz. YILDIZ, Hayrettin, **İdarenin Re'sen İcra Yetkisi**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Bursa, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018, s. 101 vd; DELVOLVE, 2013, s. 1041.

⁴⁹ DELVOLVE, 2013, s. 1042.

artık ihtiyaç duymadığı bir aracı elden çıkarmasına ilişkin işlemlerinden veya idarenin ihtiyaç duyduğu bir malı satın alması gibi işlemlerinden doğan uyuşmazlıklar adli yargının görev alanına girmektedir. Bu gibi durumlarda, adli yargı idarenin sorumluluğuna hükmederken fiili yol teorisinden dolayı değil, özel hukuk ilişkisinden dolayı haksız fiil sorumluluğu, kusursuz sorumluluk veya sebepsiz zenginleşme gibi kurumlara dayanarak karar vermektedir⁵⁰. Bu açıdan, fiili yolun konusunu teşkil eden eylemin idarenin özel hukuk ilişkisi kapsamında başvuru olan bir eylem değil, kamu gücünün kullanılması sonucu başvuru olan bir eylem olması gerektiği ifade edilmektedir⁵¹. Ancak, fiili yolda kullanılan kamu gücü bir haksız fiil biçiminde ortaya çıkmaktadır.

Fiil yolun Türkiye uygulamasında, yargı kararlarında iki temel özelliğin ön plana çıktığı gözlemlenmektedir. Bunlardan biri fiili yolun yargı makamları tarafından bir haksız fiil olarak nitelendirilmesi (A), diğeri fiili yol uyuşmazlıklarının daha ziyade kamulaştırmaz el atma eylemlerinden dolayı meydana gelmesidir⁵² (B). Bununla beraber, yasa koyucunun kendisi de bir haksız fiil teşkil eden kamulaştırmaz el atma⁵³ eylemlerinden doğan uyuşmazlıklara özel bir önem atfettiği ve bu uyuşmazlıkların hangi yargı kolunda, nasıl çözüleceğine yön vermeye çalıştığı görülmektedir. Bu yüzden, çalışmanın devamında idarenin haksız fiilinden doğan uyuşmazlıklar ile kamulaştırmaz el atma fiilinden doğan uyuşmazlıkların ayrı ayrı incelenmesinin daha uygun olduğu düşünülmüştür.

⁵⁰ KAPLAN, 2007, s. 894.

⁵¹ KAPLAN, 2007, s. 893.

⁵² KUTLU, Meltem, **Kamulaştırma Hukuku**, 2. Basım, Seçkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 381; AVCI, Mustafa, “Türk Hukukunda Kamulaştırmaz El Atma Sorunu Üzerine Bir İnceleme”, **International Conference On Eurasian Economies**, Yıl: 2014, (<https://www.avekon.org/papers/1144.pdf>- Erişim Tarihi: 20 Ekim 2017), s. 4 ; ŞEKER, 2010, s. 114 vd.; Uyuşmazlık Mahkemesi Kararı, T. 5.5.2014, E. 2014 / 462, K. 2014/514; Uyuşmazlık Mahkemesi Kararı T. 19.12.2011, E. 2011/228 K. 2011/296 (<http://kararlar.uysuzmazlik.gov.tr>- Erişim Tarihi: 20 Ekim 2017).

⁵³ Oğurlu, kamulaştırmaz el atmaya fiili yolun özel bir türü olarak nitelemektedir. OĞURLU, Yücel, “İdare Hukukunda “Fiili Yol” ve Yargısal Denetimi”, *Kamu Hukuku Arşivi Dergisi*, Yıl:6, 2003, s. 63.

A. Genel Olarak İdarenin Haksız Fiillerinden Doğan Uyuşmazlıklar

Fiili yolun, hukukumuzda daha ziyade haksız fiil şeklinde algılandığı dikkat çekmektedir⁵⁴. Nitekim, fiili yolun esasını belirleyen 1959 tarihli Yargıtay kararında da fiili yol değil, “haksız fiil” kavramının tercih edildiği görülmektedir⁵⁵. Yargıtay, idarenin yetkisi dışına çıkarak verdiği zararı, haksız fiil kapsamında değerlendirerek karar vermektedir. Karara göre, idarenin kanuna dayanan bir yetkisi olmaksızın aldığı kararlar ve bu kararların uygulanması sonucu başvurduğu fiiller, haksız fiil teşkil etmektedir⁵⁶. Bu açıdan teorinin Türk yargısı tarafından uygulanış şeklinin Türkiye’ye özgü olduğu ileri sürülmüş, adli yargı hakiminin, idare hukukunun spesifik bir alan olmasından dolayı ve konuya tam hakim olmamasından ötürü, teorinin sınırlı olarak uygulandığı dile getirilmiştir⁵⁷.

İdarenin haksız fiilinin, bireyin sadece mülkiyet hakkına değil, diğer hak ve özgürlüklerine müdahale niteliğinde olması halinde de fiili yolun meydana geldiği kabul edilmektedir⁵⁸. Fiili yol durumunda, idarenin hukuka aykırı eyleminden dolayı idarenin fiili ile icra etmesi gerektiği kamu hizmeti arasındaki bağ kopmakta ve idare, şahsi kusurundan dolayı haksız fiilde bulunmuş birey gibi adli yargı tarafından yargılanmaktadır⁵⁹. Fiili yol halinde idarenin eylemi kamusal olmaktan çıkmakta ve bir

⁵⁴ İdarenin haksız fiil teşkil eden eylemlerinden doğan uyuşmazlıklar, adli yargının görev alanına girmektedir. Bkz. ESİN, Yüksel, **Danıştay’da Açılacak Tazminat Davaları**, Birinci Kitap: Usul, Balkanoğlu Matbaacılık, Ankara, 1976, s. 166.

⁵⁵ Yargıtay İBKG Kararı, T. 11.02.1959, E. 1958/17, K. 1959/18 (<https://emsal.yargitay.gov.tr>- Erişim Tarihi: 20 Ekim 2017).

⁵⁶ “İdarenin, taşınmaz mala, yasal bir yetki ve bir kamu hizmetine tahsis olmaksızın el atması kamulaştırmasız el atma niteliğinde değil fakat özel hukuka tabi bir haksız fiil niteliğindedir”. AYANOĞLU, Taner, **Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlarına Göre İdari Eylemin Tanımlanması**, Legal Yayınevi, İstanbul, 2004, s. 51 ve 54.

⁵⁷ ŞEKER, **2010**, s. 106-107.

⁵⁸ Bununla beraber uygulamada kamulaştırmasız el atma fiillerinin de birer haksız fiil olarak kabul edildiğini belirtmek gerekmektedir. “Kamulaştırmasız el atmada taşınmaza idarenin müdahalesi bir idari karara dayanmadığından yapılan müdahale bir idari eylem olmayıp haksız eylem niteliğindedir.” Uyuşmazlık mahkemesi Kararı, T. 26.02.1990, E. 1990/5, K. 1990/4 (Nakleden-TARHANLI, İftar B., “Uyuşmazlık Kararları Işığında Kamulaştırmasız El Atma”, **İHİD**, Yıl: 1990, C.11, S.1-3, s. 46; ONAR, **1966**, s. 1669.

⁵⁹ ONAR, **1966**, s. 1675; ŞEKER, **2013**, s. 107.

haksız fiile dönüşmektedir⁶⁰. Bu durum, idarenin ayrıcalıklarının ortadan kaldırmakta ve bir yaptırım olarak adli yargıya tabi kılınması sonucunu doğurmaktadır⁶¹. Sarıca'ya göre, “*fiili yol halinde meydana gelen aykırılık o kadar açık, önemli ve vahimdir ki, idari fonksiyon ve kamu hizmeti ile arasındaki hukuki bağ kalkar ve fiili bir durum oluşur*”⁶².

Her ne kadar hukukumuzda fiili yolun genel olarak idarenin bireylerin hak ve özgürlüklerine hukuka aykırı bir biçimde müdahale etmesi sonucu gerçekleştiği kabul edilse de, yargı kararlarında bir idari işleme dayalı olmadan eylemlere başvurulması⁶³, eylemin kamu hizmeti ile ilişkilendirilememesi⁶⁴, kamu hizmeti ile idarenin fiili arasındaki bağın kopması⁶⁵, idarenin yetki alanının dışına çıkması⁶⁶ gibi kıstasların da

⁶⁰ VEDEL, George / DELVOLLE, Pierre, **Droit Administratif**, 10 b., PUF, Paris, 1988, s. 152.

⁶¹ İdari icranın bu şekilde idari niteliğini kaybederek alelade hukuka aykırı bir eyleme dönüşmesi Fransız hukukunda bozulma teorisi (*théorie de dénaturaiton*) olarak nitelendirilmiştir. FALGAS, **2015**, s. 20; DEBBASCH / RICCI, **2001**, s. 253; AUGUSTIN, **2016**, s. 3 (www.revuegeneraledudroit.eu – Erişim Tarihi: 20 Ekim 2017); Kaplan, fiili yolun denetiminin adli yargıya bırakılmasının nedeninin, adli yargının sahip olduğu yargılama teknikleri ve başvurabileceği yaptırımlar dolayısıyla kendisine duyulan güven ve buna karşın bireyi korumak konusunda yetersiz kalacağı düşünülen idari yargıya karşı duyulan güvensizlik olduğunu ileri sürmektedir. Yazar ayrıca, idari yargının, idarenin temel hak ve özgürlüklere müdahale etmesine karşı etkisiz ve çaresiz kalmasının, fiili yolun denetiminin adli yargı tarafından yapılmasına bir anlamda meşruiyet kazandırdığını belirtmektedir. KAPLAN, **2016**, s. 909.

⁶² SARICA, **1949**, s. 383.

⁶³ “Tazmini istenen zararın, kamu görevlilerinin haksız fiil teşkil eden ve hiçbir idari işleme girişilmeden ya da davacıya bir işleme dayalı olmadan davacıya ait mermer ocağına girilerek izinsiz taş alınmak suretiyle meydana geldiği ve ocaktan taş alınması veya dinamit patlatılmasının plan ve projeye bağlı olmadığı dosyadaki belgelerden anlaşılacakla, mülkiyete ilişkin ve kamu görevlilerinin haksız fiil teşkil eden hareketlerinden doğan zarar, özel hukuk hükümlerine göre adli yargı yerlerinde dava konusu edilmelidir.” Uyuşmazlık Mahkemesi Kararı, T. 17.01.1983, E. 1982/12, K. 1983/10 (<http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr>- Erişim Tarihi: 24 Haziran 2018); Ayrıca bkz. Uyuşmazlık Mahkemesi Kararı, T. 20.02.1989, E. 1989/4, K. 1989/5 (<http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr>- Erişim Tarihi: 24 Haziran 2018); Uyuşmazlık Mahkemesi Kararı, T. 02.02.1957, E. 1956/119, K. 1957/1 (Nakleden-AYANOĞLU, **2004**, s. 119).

⁶⁴ Yargıtay 4. Hukuk Dairesi Kararı, T. 17.03.2003, E. 2002/12690, K. 2003/3012: “Davalı belediyenin, işlem ve eylemlerinin, kural olarak kamusal nitelik taşıdığı açıktır. Bu nedenledir ki, işlem ve eylemlerinin, kamu hizmeti olarak değerlendirilmesi asıldır. Hiçbir biçimde kamu hizmeti ile bağdaştırılamayacak, eylem ve işlemler, bu kabullerin dışındadır. Ki, çoğunlukla bunun örnekleri, “fiili yol” olarak ifade edilmektedir. Bu anlamda olmak üzere; yargı kararlarının uygulanmaması, kamulaştırmasız veya yetkili makamların izni alınmaksızın el atma gibi hallerde; kamu hizmeti ile eylem veya işlem arasında bulunması gereken bağ kesilmektedir”. (<https://emsal.yargitay.gov.tr>- Erişim Tarihi: 20 Ekim 2017).

⁶⁵ Uyuşmazlık Mahkemesi Kararı, T. 07.04.2008, E. 2007/186, K. 2008/88: “Bu anlamda olmak üzere; yargı kararlarının uygulanmaması kamulaştırmasız veya yetkili makamların izni alınmaksızın el atma gibi hallerde; kamu hizmeti ile eylem veya işlem arasında bulunması gereken bağ kesilmektedir.

haksız fiilin ve fiili yolun tespitinde kullanıldığı dikkat çekmektedir. Ayrıca uygulamada fiili yolun, daha çok yasanın açık izinleri dışında, genellikle idarenin zor kullanırken uyması gereken usullere uymamasından kaynaklanan usul hataları şeklinde belirttiği ifade edilmektedir⁶⁷.

İdarenin kamu hizmetinin yerine getirilmesi veya bir kararın icrası sırasında da haksız fiilde bulunması mümkündür. Uyuşmazlık Mahkemesi de bu tür işlemler sırasında idarenin, bireylerin haklarını ihlal edebileceğini dile getirmektedir. Yargı kararlarında, idarenin bireyin özel mülkünde hafriyat çalışmaları yapması⁶⁸, idarenin ilgili plana uymadan yaptığı yol nedeniyle bireyin tarlasının sulanmasına engel olması⁶⁹, idarenin plan ve projelere aykırı hareket etmesi⁷⁰ gibi fiiller birer haksız fiil olarak değerlendirilmektedir.

Fiili yol konusunda adli yargıcın yetkilerinin geniş olduğu görülmektedir. Adli yargıç, fiili yolun mevcut olup olmadığını, içeriğini, esasını, sonuçlarını tespit edip gerekli tedbirlere karar verebileceği gibi, haksız fiil teşkil eden eylemlerin durdurulmasına ve meydana gelen zararın idare tarafından tazmin edilmesine de karar verebilmektedir⁷¹. Fiili yol durumunda, adli yargı makamları idarenin sorumluluğuna hükmederken idari sorumluluğun ilkelerini değil, özel hukuktaki haksız fiil sorumluluğu, sebepsiz zenginleşme gibi sorumluluk ilkelerini uygulamaktadır⁷².

Ayrıksı ve sınırlı sayıdaki bu örneklerde olduğu gibi, eylem veya işlemlerin, kamu hizmeti çerçevesinde tutulma olanağı kalmamakta ve çoğunlukla kasti nitelikteki bu eylemler ilgililerinin de kişisel sorumluluklarını gerektirmektedir. Somut olayda saptanan ve benimsenen olgular, kamu hizmetinin eksik veya yetersiz yapıldığını göstermektedir. Ancak, bu olgular yukarıda açıklandığı üzere, fiili yol boyutunda ve hizmet ile bağı keser düzeyde değildir.” (<http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr>- Erişim Tarihi: 24 Ekim 2017).

⁶⁶ Danıştay 12. Dairesinin kararı, T. 02.10.1974, E. 1971/3506, K. 1974/2199 (Nakleden-AYANOĞLU, **2004**, s. 131).

⁶⁷ OĞURLU, **2003**, s. 61.

⁶⁸ Uyuşmazlık mahkemesi Kararı, T. 23.03.1987, E. 1986/51, K. 1987/9 (<http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr> - Erişim Tarihi: 24 Haziran 2018).

⁶⁹ Uyuşmazlık mahkemesi Kararı, T. 26.02.1990, E. 1990/5, K. 1990/4 (<http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr>- Erişim Tarihi: 24 Haziran 2018).

⁷⁰ Yargıtay İBKG Kararı, T. 11.02.1959, E. 1958/17, K. 1959/18 (<https://emsal.yargitay.gov.tr>- Erişim Tarihi: 20 Ekim 2017).

⁷¹ KAPLAN, **2007**, s. 910.

⁷² KAPLAN, **2007**, s. 894.

Hukukumuzda fiili yolun haksız fiil olarak görüldüğü, kapsamlı bir fiili yol teorisi ve hukuki rejimi ortaya konulmadığı dikkat çekmektedir. Duran bu sonucu, Hauriou'nun “*her idari kararın re'sen icra yetkisini barındırdığı*” şeklindeki “*icrai karar*” teorisinin Türk hukuk doktrini tarafından aynen aktarılmasından esinlenen Danıştay'ın hiçbir kayıt ve şart koymaksızın idarenin genel ve olağan bir re'sen icra yetkisine sahip olduğu yanılığısı içine düşmesine bağlamaktadır⁷³. Ancak, üzerinden kayda değer bir zamanın geçtiği bu görüşün Danıştay'ın yeni kararları doğrultusunda tekrar irdelenmesi gerekmektedir. 2010 yılında verdiği kararında Danıştay, re'sen icra yetkisini kural olarak olağan bir yetki olarak nitelese de bu yetkiyi kayıtsız ve şartsız bir yetki olarak kabul etmemektedir⁷⁴. Özellikle, re'sen icra sırasında cebir kullanılmasını temel hak ve özgürlüklere müdahale niteliğinde görerek, bu durumda yetkinin kanuna dayanması gerektiğini belirtmektedir. Bununla beraber, Danıştay'ın önüne gelen uyuşmazlıkları fiili yol olarak niteleme konusunda “çekingen”⁷⁵ davrandığını ve bu durumun bazı yazarlarca olumlu karşılandığını ifade etmek mümkündür⁷⁶. Uyuşmazlığın fiili yoldan doğduğu şeklindeki değerlendirmeler, özellikle Uyuşmazlık Mahkemesi ve Yargıtay kararlarında görülmekte, bu uyuşmazlıklar da çoğunlukla kamulaştırmaz el atma eylemlerinden doğmaktadır. Çalışmanın devamında bu uyuşmazlıklar ele alınmaktadır.

⁷³ DURAN, 1982, s. 420; KAPLAN, 2007, s. 906; GÖZÜBÜYÜK, Şeref / TAN, Turgut, **İdare Hukuku Cilt II İdari Yargılama Hukuku**, 5. Basım, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012, s. 178.

⁷⁴ Danıştay 11. Dairesinin Kararı, T. 28.06.2010, E. 2008/6908, K. 2010/5831: “İdari işlemlerin hukuka uygunluk karinesinden yararlanmasının doğal bir sonucu olarak, idarenin tesis ettiği işlemleri re'sen icra etme yetkisi kural olarak bulunmaktadır. İdare, tesis ettiği işlemleri, herhangi bir yargı merciine başvurup karar almaya ihtiyaç duymadan, salt sahip olduğu kamu kudretini kullanarak yerine getirmeye yetkilidir. Ancak bazı idari işlemlerin re'sen icra edilebilmesi için idarenin, işlemin muhatabı olan kişinin fiziki veya mal varlığı üzerinde cebri tedbirlere başvurması, kuvvet kullanması gerekebilir. İşte bu tür sonuçlar doğuran idari işlemleri uygulayabilmek için kural olarak idarenin re'sen cebri icra yetkisi bulunmamaktadır. Zira idarenin cebir kullanması Anayasa tarafından güvence altına alınan kişi hürriyetine ve mülkiyet hakkına müdahale anlamına gelir. Böyle bir müdahalenin hukuka uygun olmasını sağlayacak yegane şart ise idareyi bu yönde açıkça yetkilendiren bir yasanın varlığı halidir.” (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr>- Erişim Tarihi: 21.08.2017).

⁷⁵ GÖZÜBÜYÜK / TAN, 2012, s. 178.

⁷⁶ KAPLAN, 2007, s. 890.

B. Kamulaştırmaz El Atma Fiilinden Doğan Uyuşmazlıklar

Fiili yolun hukukumuzda görülen ikinci özelliği, bu hukuka aykırılığın daha ziyade kamulaştırmaz el atma şeklinde meydana gelmesidir⁷⁷. Kamulaştırmaz el atma, hukuki ve fiili olmak üzere iki şekilde gerçekleşebilmektedir. Hukuki el koyma, idarenin yasaların verdiği yetkiye dayanarak uygulama imar planları yoluyla bireyin mülkiyet hakkına müdahalesi ile gerçekleşirken, fiili el atma herhangi bir yasal dayanak olmaksızın bireyin mülkiyet hakkına müdahalesi şeklinde gerçekleşmektedir⁷⁸. Fiili yol olarak nitelendirilen kamulaştırmaz el atmanın fiili el atma şeklinde meydana geldiği kabul edilmektedir. Bu çalışmada fiili el atma üzerinde durulmaktadır. Bu kapsamda fiili kamulaştırmaz el atma, idarenin usulüne uygun bir kamulaştırma kararı olmaksızın özel bir mülkiyette bulunan bir taşınmazı, kamu hizmetine tahsis ederek malikin mülkiyet hakkını kısmen ya da tamamen ortadan kaldırması şeklinde tanımlanabilir⁷⁹. Örneğin, asliye hukuk mahkemesi tarafından verilmiş – kamulaştırılmak istenen taşınmaza ilişkin – bir tescil kararı olmaksızın idarenin kamulaştırma işlemlerine girişmesi, fiili kamulaştırmaz el atma olarak kabul edilmektedir⁸⁰. Uyuşmazlık Mahkemesi de, Devlet Su İşleri Müdürlüğü'nce dere yatağının değiştirilmesi sonucu bireyin özel mülkiyetindeki taşınmazın su altında kalmasını, kamulaştırmaz el atma şeklinde gerçekleşen bir haksız fiil olarak değerlendirmektedir⁸¹.

⁷⁷ KUTLU, 2012, s. 381; AVCI, 2014, s. 4. (<https://www.avekon.org/papers/1144.pdf>- Erişim Tarihi: 20 Ekim 2017); ŞEKER, 2010, s. 114 vd.; Uyuşmazlık Mahkemesi Kararı, T. 5.5.2014, E. 2014 / 462, K. 2014/514; Uyuşmazlık Mahkemesi Kararı T. 19.12.2011, E. 2011/228 K. 2011/296 (<http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr>- Erişim Tarihi: 20 Ekim 2017).

⁷⁸ YALÇINDURAN, Türker, “6745 Sayılı Kanun ile Hukuki El Koymalara Dair Yapılan Değişiklikler ile Hukuki ve Fiili El Koymalara Uygulanacak Hükümler”, **AÜHFD**, Yıl: 2017, C. 2, S. 66, s. 493.

⁷⁹ KUTLU, 2012, s. 381; GÜNDAY, Metin, **İdare Hukuku**, 10. Basım, İmaj Yayınevi, Ankara, 2011, s. 277; TARHANLI, 1990, s. 41; ŞEKER, 2010, s. 115; KAPLAN, Gürsel, “Yeni Yasal Düzenlemelere Göre Kamulaştırmaz El Koyma Sebebiyle Doğan Tazmin Hakkının Tabi Olduğu Usul ve Esaslar”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Yıl: 2012, S. 99, s. 127.

⁸⁰ ŞEKER, 2010, s. 135.

⁸¹ Uyuşmazlık Mahkemesi Kararı, T. 24.12.2001, E. 2001/109, K. 2001/116 (<http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr>- Erişim Tarihi: 26 Haziran 2018).

Kamulaştırmaz el atmadan dolayı açılacak davaların kural olarak adli yargıda görülmesi gerekir⁸². Kamulaştırmaz el atma konusundaki uyuşmazlıklarla ilgili esaslar, 1956 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararıyla belirlenmiştir. Söz konusu kararında Mahkeme, taşınmazına kamulaştırmaz olarak el atılan malikin, mülkiyet hakkının devam ettiğine, bu yüzden malikin dilerse idare aleyhine men'i müdahale davası açabileceğine, ancak kamulaştırmaz olarak işgal edilen taşınmazın yola dönüştürülmüş olması sebebiyle men'i müdahale kararının yerine getirilmesinde güçlüklerle karşılaşılacağından, yine malikin dilerse mülkiyet hakkını idareye devredebileceğine ve karşılığında taşınmazın bedelini dava yoluyla idareden isteyebileceğine ve son olarak mülkiyet hakkı devam ettiğinden dava açma hakkının zamanaşımına uğramayacağına hükmetmiştir⁸³. Yargıtay'ın kararla getirdiği çözümün tazminat ve men'i müdahale davası açmak şeklinde iki seçenekten oluştuğu görülmektedir⁸⁴. Ayrıca, dava açma hakkının zamanaşımına uğramaması bakımından, öngörülen prosedürün, idari yargılama usulündekinden farklı olduğu göze çarpmaktadır.

Yargıtay'ın çözümü tatmin edici bulunmadığından, yasa koyucu tarafından, 5 Ocak 1961 tarih ve 221 Sayılı Amme Hükmi Şahısları veya Müesseseleri Tarafından

⁸² “İstimlâksiz el atma halinde, amme teşekkülü İstimlak Kanunu'nun uygun hareket etmeden ferdin malını elinden almış olması sebebiyle kanunsuz bir harekette bulunmuş durumdadır. Bu bakımdan dava Medeni Kanun hükümlerine giren mülkiyete tecavüzün önlenmesi veya haksız fiil neticesinde meydana gelen zararın tazmini davasıdır ve bu bakımdan adliye mahkemesinin vazifesi içindedir”. Yargıtay İBGK Kararı, T. 11.02.1959, E. 1958/17, K. 1959/15 (<https://emsal.yargitay.gov.tr>- Erişim Tarihi: 20 Ekim 2017).

⁸³ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı, T. 16.05.1956, E. 1956/1, K. 1956/6: “Usulü dairesinde istimlak muamelesine tevessül edilmeksizin gayrimenkulü yola kalbedilen şahsın, esas itibarıyla, gayrimenkulünü yola kalbeden amme hükmi şahsiyeti aleyhine meni müdahale davası açmağa hakkı olduğuna, ancak dilerse bu fiili duruma razı olarak, mülkiyet hakkının amme hükmi şahsiyetine devrine karşılık gayrimenkulünün bedelinin tahsilini de dava edebileceğine ve isteyebileceği bedelin de mülkiyet hakkının devrine razı olduğu tarih olan dava tarihindeki bedel olduğuna 16.5.1956 tarihinde ilk toplantıda ittifakla karar verildi.” (<http://www.turkhukuk sitesi.com>- Erişim Tarihi: 20 Nisan 2018).

⁸⁴ Gözler'e göre Yargıtay'ın söz konusu kararı eleştiriye açıktır. Gözler, kamulaştırmaz el atmaya “alelade kamulaştırmaz el atma” ve “bayındırlık eserlerinin inşası nedeniyle kamulaştırmaz el atma” şeklinde ikiye ayırmakta ve Yargıtay'ın kararını ikincisi bakımından yanlış bulmaktadır. Yazar, bayındırlık eserinin inşası halinde, söz konusu eser hakkında men'i müdahale kararı verilmemesi gerektiğini ifade etmekte ve malikin yalnızca tazminat talebinde bulunabilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Dolayısıyla, kamulaştırmaz el atılan taşınmaz üzerinde bayındırlık eseri inşa edilmişse, mahkeme tarafından arazi sahibine uygun bir bedel ödenmesine ve arazinin mülkiyetinin idareye geçmesine karar verilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku, C. II, 2. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, 2009, s. 996.

Fiilen Amme Hizmetlerine Tahsis Edilmiş Gayrimenkuller Hakkında Kanun ile kamulaştırmaz el atma nedeniyle doğan uyuşmazlıklar için yeni bir düzenleme getirilmiştir. Kanun'un 1. maddesine göre, 6830 sayılı İstimlak Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 9 Ekim 1956 tarihine kadar, Kamulaştırma Kanunu'nun göz önünde tuttuğu amaçlara, kamulaştırılmaksızın fiilen tahsis edilmiş taşınmazlar kamulaştırılmış sayılmaktadır⁸⁵. Kanun, 1956 yılından önceki uyuşmazlıklara çözüm getirdiği için bu tarihten sonraki uyuşmazlıklara, yine 1956 tarihli YİBK'nın uygulanmasına devam edilmiştir.

Yasa koyucu daha sonra 08.11.1983 tarihinde yürürlüğe giren 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 38. maddesiyle dava açma süresini yirmi yıllık bir zamanaşımına bağlamış, ancak bu hüküm de Anayasa Mahkemesi'nin 2003 yılında somut norm denetimi yoluyla verdiği karar ile iptal edilince⁸⁶, yürürlükte kamulaştırmaz el atma halini düzenleyen bir kanun kalmamıştır⁸⁷.

Yasa koyucu son olarak 18 Haziran 2010 tarihli ve 5999 sayılı Kanun'la 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'na, Geçici 6. maddeyi ekleyerek kamulaştırmaz el atma ile ilgili kapsamlı ve ayrıntılı bir düzenleme yapmıştır. *“Kamulaştırılmaksızın Kamu Hizmetine Ayrılan Taşınmazların Bedel Tespiti”* başlıklı Geçici 6. maddenin 1. fıkrasına göre,

“Kamulaştırma işlemleri tamamlanmamış veya kamulaştırması hiç yapılmamış olmasına rağmen 9/10/1956 tarihi ile 4/11/1983 tarihi arasında fiilen kamu hizmetine ayrılan veya kamu yararına ilişkin bir ihtiyaca tahsis edilerek üzerinde tesis yapılan taşınmazlara veya kaynaklara kısmen veya tamamen veyahut irtifak hakkı tesis etmek suretiyle malikin rızası olmaksızın fiili olarak el konulması sebebiyle, mülkiyet hakkından doğan talepler, bedel talep edilmesi hâlinde bedel tespiti ve diğer işlemler bu madde

⁸⁵ 221 sayılı Kanun Madde 1: *“6830 sayılı İstimlak Kanununun yürürlüğe girdiği tarihe kadar, kamulaştırma işlerine dayanmaksızın, kamulaştırma kanunlarının göz önünde tuttuğu maksatlara fiilen tahsis edilmiş olan gayrimenkuller ilgili amme hükmi şahsı veya müessesesi adına tahsis tarihinde kamulaştırılmış sayılır”*.

⁸⁶ AYM Kararı, T. 10.04.2003, E. 2002/112, K. 2003/33, RG. 04.11. 2003 – 25279 (<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr>- Erişim Tarihi: 21 Nisan 2018)

⁸⁷ KAPLAN, 2012, s. 139.

hükümlerine göre yapılır. Bu maddeye göre yapılacak işlemlerde öncelikle uzlaşma usulünün uygulanması dava şartıdır”.

Düzenlemenin ilk halinde, kamulaştırmatsız el atma nedeniyle sadece bedel talebi yapılabilirken, Anayasa Mahkemesi'nin 2012 yılındaki iptal kararıyla⁸⁸ mülkiyet hakkının korunmasını da sağlayan tescil ve terkin gibi davaların açılması imkanı doğmuştur. Böylelikle malikin istihkak ve men'i müdahale davası açmasına izin verilmediği yönündeki eleştiriler⁸⁹ bir ölçüde giderilmiştir⁹⁰. Bahsi geçen taleplere ilişkin davalar, bir dava açma şartı olarak düzenlenen ve İYUK'un 13. maddesindeki “ön karar” müessesesi ile benzerlik gösteren⁹¹ uzlaşma yolu denendikten ve uzlaşma sağlanamadıktan sonraki üç aylık bir süre içerisinde açılacaktır (Geçici 6. madde fıkra 2 vd).

5999 sayılı Kanun'la (Geçici 6. madde) 9.10.1956 ve 4.11.1983 tarihleri arasındaki kamulaştırmatsız el atmalar için geçerli olan düzenleme, daha sonra yürürlüğe giren 6111 sayılı Kanun'un Geçici 2. maddesi ile 1983 yılından 2026 yılına kadar yapılan ve yapılacak olan kamulaştırmatsız el atmaları da aynı kapsama almaktaydı⁹². Ancak 6111 sayılı Kanun'un Geçici 2. maddesi, Anayasa Mahkemesi'nin 2012 yılında verdiği kararla hukuki güvenlik ve öngörülebilirlik ilkelerine aykırı olduğu gerekçesiyle iptal edilmiş⁹³ ve bunun sonucunda 1956 tarihli YİBK uygulamasına geri dönmek

⁸⁸ Kararla sadece tazminat davası açılabilmesine ilişkin hüküm iptal edilmiştir. AYM Kararı, T. 01.11.2012, E. 2010/83, K. 2012/169 (<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr>- Erişim Tarihi: 20 Nisan 2018).

⁸⁹ Söz konusu düzenleme Yelço tarafından hukuksuzluğun kanunu olarak nitelenmekte ve hukuk güvenliği, eşitlik, hak arama özgürlüğü gibi birçok ilkeye aykırı olduğu ileri sürülmektedir. YELÇO, Mehmet Fatih, “Hukuksuzluğun Yükselişi – Kamulaştırmatsız Kamulaştırma – 6487 sayılı Torba Kanun Madde 21 ile 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu Geçici 6. Maddesinde Yapılan Değişikliğin Değerlendirilmesi”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Yıl: 2013, C. 87, S. 4, s. 572.

⁹⁰ AVCI, 2014, s. 5; TURHAL, Erhan, “Kamulaştırmatsız Atma Davalarında Yargılama Sürecindeki Son Gelişmeler”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Yıl: 2016, S. 7, s. 116.

⁹¹ KAPLAN, 2012, s. 143.

⁹² İptal edilen hüküm: 13 Şubat 2011 tarihli ve 6111 sayılı Kanunun Geçici 2nci maddesi: “*Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren on beş yıl süreyle geçerli olmak üzere; 4/11/1983 tarihli ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun geçici 6ncı maddesi hükmü, 4/11/1983 tarihinden sonraki kamulaştırmatsız el koyma işlemlerine de uygulanır*”.

⁹³ AYM Kararı, T. 01.11.2012, E. 2010/83, K. 2012/169: “Kuralla, Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 15 yıl boyunca 2026 yılına kadar idarelerin özel mülkiyete kamulaştırmatsız el atma yoluyla müdahalesine yol açılmaktadır. Böylece idareler kamulaştırma yapmak yerine, hukuka aykırı olarak el atmak suretiyle taşınmazları elde edebileceklerdir. Böyle bir durumda devletin hukuka bağlılığı ilkesi

zorunda kalınmıştır⁹⁴. 9.10.1956 ve 4.11.1983 tarihleri arasındaki kamulaştırmaz el atmalara 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun Geçici 6. maddesinin uygulanmasına devam edilecektir⁹⁵. Geçici 6. maddede getirilen sınırlamalar (uzlaşma yoluna başvuru zorunluluğu, taksitle ödeme, vekalet ücretinin maktu olarak belirlenmesi vs.) 4.11.1983 tarihinden sonraki kamulaştırmaz el atmalara uygulanamayacak⁹⁶ ve bu konularda 16.05.1956 tarihli YİBK'da varılan esaslar uygulanacaktır. Uyuşmazlık Mahkemesi yakın tarihte verdiği bir kararında, belediyenin ilgilinin mülkiyetinde bulunan taşınmazın 1.179,06 metrekarelik alanını kamulaştırma işlemi yapmaksızın yola dönüştürmesini mülkiyet hakkının ihlali olarak değerlendirmiş ve "Kamulaştırma Kanunu'nda öngörülen usul ve yöntemlere uygun idari nitelikte uygulama işlemleri yapmaksızın dava konusu taşınmazın bir kısmına fiilen el atılarak yol ve kaldırım çalışması yapılması karşısında idarenin bu eyleminin kamulaştırmaz el atma niteliğini taşıdığı açıktır" diyerek 1956 tarihli YİBK'da varılan esasları uygulamıştır⁹⁷.

Hukuki el atmalara ilişkin uyuşmazlıkların çözümü idari yargının görev alanına girmekteyken, fiili el atmalara ilişkin uyuşmazlıkların çözümü adli yargının görev alanına girmektedir⁹⁸. Yargıtay da hukuki el atma durumunda idarenin verdiği zararı

zedeleneceği gibi bireyler açısından hukuki güvenlik ve öngörülebilirlik de ortadan kalkacaktır. Bir hukuk devletinde kanunların hukuka aykırı uygulamaları teşvik etmesi kabul edilemez." (<http://kararlar.yeni.anayasa.gov.tr>- Erişim Tarihi: 20 Nisan 2018).

⁹⁴ YALÇINDURAN, 2017, s. 509-510.

⁹⁵ Yargıtay 5. Hukuk Dairesinin Kararı, T. 03.03.2014, E. 2013/21253, K. 2014/5585: "5999 ve 6487 sayılı Yasalarda düzenlenen ve Kamulaştırma Kanunu'na eklenen geçici 6. madde, bir tasfiye yasasıdır. 09.10.1956-04.11.1983 tarihleri arasındaki kamulaştırmaz el atılan taşınmazlarla ilgili olarak açılacak davalarda uygulanacak usul ve esaslara ilişkin hükümler içerdiğinden daha sonraki uyuşmazlıklara uygulanamayacaktır". (<https://emsal.yargitay.gov.tr>- Erişim Tarihi: 21 Nisan 2018)

⁹⁶ Yargıtay 5. Hukuk Dairesinin Kararı, T. 12.04.2017, E. 2017/18672, K. 2017/10548 (<https://emsal.yargitay.gov.tr>- Erişim Tarihi: 21 Nisan 2018); Yargıtay 5. Hukuk Dairesinin Kararı, T. 03.03.2014, E. 2013/21253, K. 2014/5585; "Fiilen el atmanın mevcut ve el atmanın 09.10.1956-04.11.1983 tarihleri arasında olduğunun tespiti halinde uzlaşmanın, yukarıda sözü edilen Yasa uyarınca dava şartı olduğundan bahisle davanın reddi, el atmanın 04.11.1983 tarihinden sonra gerçekleştiğinin anlaşılması durumunda ise işin esası hakkında olumlu-olumsuz hüküm tesisi" gerekmektedir. (<https://emsal.yargitay.gov.tr>- Erişim Tarihi: 21 Nisan 2018)

⁹⁷ Uyuşmazlık Mahkemesi Kararı, T. 11.11.2013, E. 2013/556, K. 2013/1536 (<http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr> - Erişim Tarihi: 23 Ekim 2017)

⁹⁸ Uyuşmazlık Mahkemesi Kararı, T. 11.03.2013, E. 2012/313, K. 2012/326, (<http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr> - Erişim Tarihi: 21 Nisan 2013).

“idari işlem veya eylemden doğan zarar” olarak nitelemekte ve uyuşmazlığın idari yargıda görülmesi gerektiğini ifade etmektedir⁹⁹.

Kamulaştırmасız el atmanın idarenin bir kararını icra etmesi sırasında gerçekleşmesi de mümkündür. Örneğin, idarenin, asfalt yol yapımı sırasında, herhangi bir kamulaştırma işlemine girişmeden yolu bireyin taşınmazından geçecek şekilde yapması durumunda, kamulaştırmасız el atmanın meydana geldiği kabul edilmektedir¹⁰⁰. Yol yapım kararı hukuka uygun olsa bile idare, kararın gereğinin yerine getirilmesi sırasında, bireyin taşınmazına kamulaştırmасız el atarak hukuk dışına çıkmaktadır. Bu bakımdan, idare tarafından hukuka uygun olarak başlanan ve yerine getirilmekte olan icra faaliyeti, hukuka aykırı bir haksız fiile dönüşmektedir. Bu nedenle, kamulaştırmасız el atma eylemi icra faaliyeti sırasında gerçekleşen bir haksız fiil olarak ortaya çıkmakta ve idarenin özel hukuk sorumluluğuna yol açmaktadır. Uyuşmazlık Mahkemesi’nin yakın zamanda verdiği bir kararda da ilgilinin bahçesinden su borusu hattı geçirilmesi bir kamulaştırmасız el atma fiili sayılmış ve “yapılan işlerin plan veya projeye aykırı olarak yapılması hali” idari karara aykırı bir haksız fiil olarak değerlendirilerek uyuşmazlığın adli yargıda görülmesine karar verilmiştir¹⁰¹.

⁹⁹ Yargıtay 18. Hukuk Dairesinin Kararı, T. 30.09.2013, E. 2013/8649, K. 2013/12427 (<https://emsal.yargitay.gov.tr>- 21 Nisan 2018); Bununla birlikte, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 2010 yılında verdiği kararında, bir kişinin taşınmazına eylemli olarak el konup tamamen veya kısmen kullanılmasına engel olunması ile imar uygulaması sonucu o kişinin mülkiyetinde olan taşınmazın hukukten kullanmaya engel sınırlamalar getirilmesi arasında sonucu itibari ile bir fark bulunmadığı, her ikisinin de kişinin mülkiyet hakkının sınırlandırılması anlamında aynı sonucu doğurduğu ifade edilmiştir. Bkz. Yargıtay HGK Kararı, T. 15.12.2010, E. 2010/5-662, K. 2010/651 (<http://emsal.yargitay.gov.tr> - Erişim Tarihi: 27 Temmuz 2018); Bu taşınmazlar için 2010 tarihli Yargıtay HGK kararı doğrultusunda mülkiyetin bedele çevrilmesi talep edilebilecek ve bu talepler Uyuşmazlık Mahkemesi kararları gereğince idari yargıda ileri sürülebilecektir. YALÇINDURAN, 2017, s. 507-508.

¹⁰⁰ Davalı İdarenin üzerinden asfalt dökülerek ve yol yapılmak suretiyle dava konusu taşınmazın kamulaştırmасız el atmasından doğan zararın tazminine yönelik bulunan davanın haksız fiillere ilişkin özel hukuk hükümlerine göre adli yargı yerinde çözümlenmesi gerektiği hakkında Uyuşmazlık Mahkemesi Kararı, T. 26.10.2015, E. 2015/749, K. 2015/746 (<http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr> - Erişim Tarihi: 21 Temmuz 2018).

¹⁰¹ Uyuşmazlık Mahkemesi Kararı, T. 19.12.2011, E. 2011/188, K. 2011/278 (<http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr> - Erişim Tarihi: 15 Haziran 2018); Benzer yönde bkz. Uyuşmazlık Mahkemesi Kararı, T. 01.03.2010, E. 2009/62, K. 2010/37 (<http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr> - Erişim Tarihi: 15 Haziran 2018); Uyuşmazlık Mahkemesi Kararı, T. 20.02.2017, E. 2016/622, K. 2017/27 (<http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr> - Erişim Tarihi: 15 Haziran 2018).

III. FRANSIZ HUKUKUNDA FİİLİ YOLUN NİTELİĞİNİ VE MEVCUDİYETİNİ ETKİLEYEN DURUMLAR

İdari işlemlerin unsurlarındaki sakatlıklar bu işlemlerin iptaline yol açabildiği gibi, idari işlem ve eylemlerin uygulanmasında izlenen hukuka aykırı usuller de bunların idari olma niteliğini değiştirebilmektedir¹⁰². Ayrıca, fiili yol idarenin faaliyetlerini yürütmesi sırasında meydana gelen ağır hukuka aykırılıklardan kaynaklansa da, mevzuat veya olayın gerçekleşme şartlarına göre kaynağındaki idari tasarrufun niteliğinin değişimi, fiili yolun niteliği ile mevcudiyetini de etkileyebilmektedir. Fiili yolun niteliğine ve mevcudiyetine etki eden bu haller, ilgilinin idari işleme aykırı hareket etmesi veya işlemin uygulanmasına engel olması durumunda “kanunda ayrı bir hukuki tedbirin öngörülmüş olması” hali (A) ile “acil durumlar”dır (B). Fransız hukukunda yargı içtihatlarıyla ortaya konmuş olan bu hallerin birincisinde, idarenin icraya yönelik hareketleri fiili yola vücut vererek uyuşmazlığın adli yargının görev alanına girmesine neden olurken, ikincisinde idarenin eylemi fiili yol olmaktan çıkmakta ve uyuşmazlık idari yargının görev alanına girmektedir.

A. Kanunda Ayrı Bir Hukuki Tedbirin Öngörülmüş Olması

İdareye belli bir konuda karar alma yetkisi vermiş olan normun bireyin karara aykırı davranışı için herhangi bir yaptırım öngörmemiş olduğu hallerde, idarenin icra hareketlerine girişmesi hukuka uygun kabul edilmektedir. Buna karşın, bireyin karara aykırı davranışı için yaptırım öngörülmüş olması durumunda, idarenin icraya yönelmesi hukuki temelden yoksun bir fiili yol haline gelmektedir¹⁰³. Böyle bir durumda idare hem kamu yararını gerçekleştirmek üzere kendisine yetki veren kanuna aykırı hareket etmiş olmakta, hem de bireyin karara aykırı davranmasından dolayı yaptırım uygulamak yerine, doğrudan icraya başvurarak bireyin hak ve özgürlüğünü veya mülkiyet hakkını ihlal etmiş olmaktadır¹⁰⁴. Örneğin, Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi, *Flavigny*¹⁰⁵

¹⁰² OĞURLU, 2003, s. 59.

¹⁰³ Jean Romieu, “Conclusions sur TC, 2 décembre 1902, Sté immobilière de Saint-Just”, (<http://www.lexinter.net> - Erişim Tarihi: 30 Mart 2017), s. 5; Mevzuatın idari karara aykırı davranış için hem yaptırım hem de kararın uygulanmasını öngörmüş olduğu durumda ise fiili yolun oluşmayacağı kabul edilmelidir.

¹⁰⁴ ŞEKER, 2010, s. 84.

kararında, 1938 tarihli Kanun'da cezai yaptırım öngörülmüş olduğu halde idarenin uygulama ameliyesine girişmesini, fiili yol olarak değerlendirmiştir. Bireyin, idarenin kararına aykırı davranması hali için mevzuatta cezai yaptırım gibi ayrı bir hukuki tedbirin öngörülmüş olduğu hallerde, idarenin yaptırımı uygulamak yerine kararını icraya yönelmesinin hukuka aykırı olacağı belirtilmektedir¹⁰⁶.

Buna karşın, kanun idareye işlem tesis etmesi konusunda yetki vermiş ancak yaptırım öngörmemiş ise idarenin işlemin uygulanması için harekete geçebileceği ifade edilmektedir. Bu durumda, idarenin icraya yönelik davranışları fiili yol olarak değerlendirilmemektedir. Bu açıdan, her ne kadar kamulaştırmasız el atma fiilleri fiili yol olarak değerlendirilmekteyse de Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi idareye bu konuda yetki veren 11 Ekim 1945 tarihli Ordonans'a dayalı olarak yapılan kamulaştırmasız el atma eylemini yaptırım öngörülmemiş olması nedeniyle fiili yol olarak görmemiştir¹⁰⁷. Conseil d'Etat'nın *Commune de Triconville*¹⁰⁸ kararında da benzer bir vurgu yapılmış ve kanunda ayrı bir hukuki tedbir veya yaptırımın öngörülmemiş olması durumunda, idarenin başvurduğu uygulama ameliyelerinin fiili yol oluşturmayacağına karar verilmiştir.

Fiili yolun dönüşümünün ele alındığı bölümde de temas edildiği üzere, *Bergoend* kararıyla beraber idarenin tasarrufunun fiili yola vücut verebilmesi için, bir kararın veya icrasının idareye verilen görev ve yetkilerle örtüşmeyecek şekilde bir bireysel hak ve özgürlüğün ihlaline yol açması veya mülkiyet hakkını ortadan kaldıracak nitelikte bir müdahale biçiminde gerçekleşmesi gerekmektedir¹⁰⁹. Fiili yolun, yeni tanımında

¹⁰⁵ TC, 27 Kasım 1952, *Flavigny*, Rec. 643.

¹⁰⁶ MOURGEON, Jacques, **La répression administrative**, Paris: LGDJ, 1967, s. 215; Ancak, bu ifade eleştiriye açıktır. Blaquièr'e göre mevzuatta öngörülen yaptırımın caydırıcı olmaması halinde idarenin re'sen icraya başvurabileceğinin kabul edilmesi gerekir. BLAQUIERE, Benjamin, "L'exécution forcée par la voie administrative des lois dépourvues de sanction: une nouvelle lecture de la décision Société immobilière de Saint-Just", **Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger**, N° 4 Lextenso, (2018), s. 1047.

¹⁰⁷ TC, 12 Mayıs 1949, *Dumont*, Rec. 596, RDP, 1949.371, note Waline. (GAJA, N°: 48, s. 294).

¹⁰⁸ CE, 12 Mart 1909, *Commune de Triconville*, Rec. 275, concl.Chardenet; 17.03.1911, Abbé Bouchon, Rec. III, concl. Blum (Nakleden-DE LAUBADERE, André, **Traité Élémentaire de Droit Administratif**, 5.Baskı, L.G.D.J., Paris, 1970, s. 285).

¹⁰⁹ TC, 17 Haziran 2013, *Bergoend c. Société ERDF Annecy Léman*, n° 3911, au Lebon ; AJDA 2013, s. 1245 (<https://www.legifrance.gouv.fr> – Erişim Tarihi: 13 Mayıs 2018); KAPLAN, 2016, s. 89.

yaptırım şartının öngörülmesi olması bakımından yeniden değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu durumda, yaptırım öngörülmesi olduğu halde idarenin icra tasarrufunun fiili yola vücut vermesi için idarenin söz konusu icra tasarrufuyla bireyin bireysel hak ve özgürlüklerinden birini ihlal etmesi veya onu mülkiyetinden yoksun kılacak derecede ağır olması gerekmektedir. Örneğin *Flavigny*¹¹⁰ kararında olduğu gibi yaptırım öngörülmesi olduğu halde bireyin konutuna el konmasının fiili yol olarak değerlendirilmeye devam edilmesi gerektiği düşünülmektedir.

Bu nedenle, yaptırımın varlığı durumunda idarenin yaptırım uygulamak yerine doğrudan icraya yönelmesi hukuki temelden yoksun bir müdahale olduğundan fiili yol olarak değerlendirilmektedir. Ancak fiili yolun meydana gelebilmesi için, yaptırımın varlığına rağmen başvuru uygulama ameliyesi sonucunda ilgilinin bireysel hak veya özgürlüğünün ihlali veya mülkiyet hakkını ortadan kaldıracak derecede ağır bir müdahalenin varlığının söz konusu olması gerekmektedir. Yaptırımın varlığına rağmen idarenin icraya kalkışması, idarenin kanuna aykırı hareket etmesi anlamına geldiğinden ayrıca kanuna saygı ilkesinin de ihlali sonucunu doğurmaktadır.

B. Acil Durumlar

Acil durum kavramının yakın tehlikeyi, ani ve ağır tehdit halini ve giderilmesi güç zarar doğuracak halleri kapsadığı ifade edilebilir¹¹¹. Aciliyet halinin varlığı durumunda, idarenin yetkileri nitelik değiştirmekte ve idare yetkili olmadığı alanlarda işlem tesis edebilmektedir. Acil durumun varlığı, idarenin yetkilerinin genişlemesine yol açmaktadır. Bu bakımdan, aciliyet halinin kendi hukukunu doğurduğu ileri sürülmüştür¹¹². İdarenin müdahalede bulunma yetkisinin olmadığı durumlarda dahi gerekli tedbirleri almak üzere harekete geçmesi aciliyet hali gerekçesiyle hukuka uygun

¹¹⁰ TC, 27 Kasım 1952, *Flavigny*, Rec. 643, (GAJA, N° 48, s. 294).

¹¹¹ ŞEKER, 2010, s. 34.

¹¹² LEFEBURE, Marcus, *Le pouvoir d'action unilatérale de l'administration en droit anglais et français*, LGDJ, Paris, 1961, s. 170.

kabul edilmektedir¹¹³. Bu durum, Roma hukukunda “zaruret halinde caiz olmayana müsaade edilir”¹¹⁴ (*Propter necessitatem illicitum efficitur*) deyişiyile ifade edilmiştir.

Aciliyet hali, fiili yol üzerinde de benzer bir etkiye sahiptir. Fiili yolun idari eylemin niteliğini bozarak onu alelade bir haksız fiile dönüştürdüğüne daha önce değinilmişti. Aciliyet hali, bu bozulma teorisini bertaraf ederek idari eylemin idari niteliğini devam ettirmesini sağlamaktadır. Bu durumda, idarenin re'sen icra kapsamında başvurduğu eylemler bir bireysel hak ve özgürlüğe müdahale niteliği taşısa bile fiili yol meydana gelmemektedir. Fiili yol hali, ortadan kalktığı için doğacak uyuşmazlığa da adli yargı bakmamaktadır¹¹⁵. Ancak bu sonuç, hakkı ihlal edilen kişinin hakkını talep edemeyeceği veya idarenin sorumluluğuna gidilemeyeceği anlamına gelmemektedir. Yalnız, zararın giderilmesine karar verecek yargı yolu değişmektedir. Birey, zararının tazmin edilmesini sağlamak üzere idari yargıya başvurabilir. İdarenin eylemi, idari niteliğini korumaya devam ettiği için, uyuşmazlık idari yargı yolunda çözüme kavuşturulur. Buna karşın aciliyet halinin yokluğu durumunda, eylem yine fiili yol oluşturmakta ve adli yargı görevli hale gelmektedir. İdare tarafından aciliyet halinin varlığına dayanılarak müdahale yapılması sonucunda, müdahalenin hukuka aykırılığı iddiasıyla dava açılması durumunda yargısal makam, somut olaydaki şartlara göre aciliyet halinin oluşup oluşmadığına karar verecektir¹¹⁶. Uyuşmazlık Mahkemesi 4 Temmuz 1991 tarihli *Associaton Maison des Jeunes et de la Culture Boris Vian* kararında, davacının kamu taşınmazından tahliyesinin fiili yol oluşturmadığını ancak acil bir durum söz konusu olmadığı halde tahliye sırasında davacıya ait mobilyaların tahrip edilmesinin fiili yol oluşturduğunu ifade etmiştir¹¹⁷. Yargıya taşınan uyuşmazlığın fiili yol olarak nitelendirilmesi, aciliyet halinin

¹¹³ MINET, Charles-Edouard, **Droit de la police administratif**, Vuibert, Paris, 2007, s.190; **GAJA**, N°: 10, s. 190.

¹¹⁴ ERDOĞMUŞ, Belgin, **Hukukta Latince Teknik Terimler Sözlüğü**, 3. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2011, s. 116.

¹¹⁵ **GAJA**, N° 48, s. 295.

¹¹⁶ **ŞEKER**, 2010, s. 35.

¹¹⁷ TC, 4 Temmuz 1991, *Maison des Jeunes et de la Culture Boris Vian*, Rec. Lebon (<https://www.legifrance.gouv.fr/> - Erişim Tarihi: 26 Temmuz 2018).

yokluğunu gerektirmektedir¹¹⁸. Yani, fiili yol varsa acil durumun bulunmaması gerekir¹¹⁹. Bir önceki başlık altında, ayrı bir hukuki tedbirin öngörülmesi olması durumunda idarenin icraya yönelmesinin fiili yol oluşturduğu belirtilmişti. Aciliyet halinde, ayrı bir hukuki tedbir öngörülmesi olsa bile idarenin müdahalesinin fiili yola vücut vermeyeceği kabul edilmektedir¹²⁰. Uyuşmazlık Mahkemesi, *Fauvel c/ Ville de Redon*¹²¹ kararında durumun aciliyeti gereği bireye ait kamuya el konmasının, *Préfet de Corse*¹²² kararında bombalanan bir otelin güvenlik ve aciliyet gerekçesiyle mühürlenmesi tedbirinin fiili yol oluşturmadığına kanaat getirmiştir. Dolayısıyla, aciliyet hali idarenin icraya başvurusunu mümkün kılan ve icra yetkisini genişleten bir etken olarak ortaya çıkmaktadır¹²³.

Bu bakımdan, aciliyet durumunun idarenin eyleminin fiili yol olarak nitelendirilmesini engellediği ifade edilmelidir. Bu durum, aciliyet halinde idarenin olağan zamandaki yetkilerinin kamu hizmetinin yerine getirilmesi için yetersiz kalmasından ileri gelmektedir¹²⁴. Ancak, idarenin müdahalesinin aciliyet hali dolayısıyla fiili yola vücut vermemesi halinde, bireyin zararını talep edemeyeceği sonucu çıkarılmamalıdır. Doğan zarar bakımından, idari yargı uyuşmazlığı çözmekle görevli olmaktadır.

SONUÇ

Fiili yol teorisi, idarenin tutum ve davranışlarının idari niteliğini yitirerek birer haksız fiile dönüşmesi temeline dayanmaktadır. İdarenin haksız fiil niteliğindeki tasarruflarından doğan uyuşmazlıkların adli yargı tarafından çözüme kavuşturulması

¹¹⁸ PETIT, 1995, s. 30.

¹¹⁹ CHINOT, René, *Le privilège de l'exécution d'office de l'administration*, (Doktora Tezi), Paris Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Paris, 1945, s. 114.

¹²⁰ MINET, 2007, s.190; GAJA, N°: 10, s. 63.

¹²¹ TC, 17 Ocak 1955, *Fauvel c/ Ville de Redon*, RPDA, 1955, N° 125 (Nakleden-DEBARY, 1960, s. 45)

¹²² TC, 21 Haziran 1993, *Préfet de Corse*, Rec. S.402; D.A. 1993, no:395; D.1994.37, note Muscatelliet, Pastora, RFDA, s.181.(Nakleden-ŞEKER, 2010, s. 35)

¹²³ ŞEKER, 2010, s. 34.

¹²⁴ ŞEKER, 2010, s. 34.

gerekmektedir. Ancak Fransız hukukunda fiil yol olarak nitelendirilebilecek müdahalelerden doğan uyuşmazlıkların çözüleceği yargı kolunun değişmesine yol açan yasal düzenlemeler yapılması, söz konusu teorinin hukuki rejiminin bir dönüşüme uğraması sonucunu doğurmuştur. Netice itibariyle, idarenin tutum ve davranışlarından kaynaklı her haksız fiilin, fiili yola vücut verebileceğini ifade etmek mümkün görünmemektedir. Öncelikle Fransız İdari Yargı Kodu'na eklenen hükümlerle idari yargıç, fiili yol olarak nitelenebilecek birçok eylemden doğan uyuşmazlıkları çözüme kavuşturmakla yetkili hale gelmektedir. Bunun dışında Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi de fiili yol için yeni bir tanım getirmektedir. Yüksek Mahkeme tarafından belirlenen yeni tanımda bireyin her temel hak ve özgürlüğüne müdahale edilmesi değil yalnızca bireysel hak veya özgürlüklerine müdahale edilmesi durumunda fiili yol meydana gelmektedir. Keza mülkiyet hakkına müdahale niteliğindeki her davranış değil, bu hakkı ortadan kaldıracak nitelikte ağır davranışların varlığı durumunda fiili yol durumu oluşmaktadır. Bu yüzden idarenin tasarruflarının fiili yola vücut verme ihtimalinin azaldığı ifade edilebilir. Buna ek olarak, Fransız hukukunda acil durumlarda idarenin doğrudan harekete geçmesi fiili yol olarak değerlendirilmemektedir. Aciliyet hali, idarenin fiili olarak nitelendirilebilecek eylemini idari bir davranışa dönüştürerek fiili yol olmaktan çıkarmaktadır.

Türk hukukunda ise fiili yolun hukuki rejimi konusunda Yargıtay'ın 1956 ve 1959 tarihli kararlarının geçerliliğini sürdürdüğünü ifade etmek mümkündür. Buna ilaveten fiili yolun Türkiye uygulamasında fiili yol uyuşmazlıklarının çoğunlukla kamulaştırmaz el atma şeklinde meydana geldiği görülmektedir. Dolayısıyla fiili tol teorisinin yargı kararlarında sınırlı bir biçimde uygulandığı ifade edilebilir. Bu konuda, Danıştay'ın re'sen icra yetkisini idarenin kural olarak sahip olduğu bir yetki olarak görmesinin Fransız uygulamasının hukukumuzda birebir yansımaya da engel olduğu ve fiili yolun uygulanabilirliğini daralttığı dile getirilmektedir¹²⁵. Bu durum, aynı zamanda fiili yoldan doğan uyuşmazlıklarda adli yargının görevli olmasıyla da ilişkilendirilebilir. Ancak hukukumuzda adli yargının, idari yargının geliştirdiği bu kavrama sıcak

¹²⁵ OĞURLU, 2003, s. 70.

bakmamakta olduğu ve haksız fiil kavramını tercih ettiği görölmektedir¹²⁶. Bunda yargı makamlarının kararlarında fiili yol teorisine yer vermek konusunda çekingen davranmasının da etkisinin olduğu ileri sürülebilir. Son olarak teorinin, Türkiye uygulamasında farklı bir biçimde ele alınmasının Fransa'dakine benzer bir dönüşümün hukukumuzda yaşanmasına engel olduğu ifade edilebilir. Fiili yol teorisinin korunması, buna karşın fiili yoldan doğan uyuşmazlıkların hukuki denetiminin bütünüyle idari yargıya bırakılması gerektiği düşüncesi¹²⁷ karşısında, söz konusu dönüşümün gerekliliği de sorgulanabilir. Bu konuda esas olanın dönüşümün yaşanmasının veya hukukumuza aktarılmasının değil, idarenin usul dışı işlem ve eylemlerinden doğan uyuşmazlıkların denetiminde etkililiğin artırılması olduğu düşünölmektedir.

¹²⁶ OĞURLU, 2003, s. 70.

¹²⁷ KAPLAN, 2007, s. 914-915.

KAYNAKÇA

- AUGUSTIN, Thais, “La victoire du juge administratif: le nouvel équilibre de l’emprise et de la voie de fait”, **Revue Général de Droit**, Yıl: 2016, (s. 1-12).
- AVCI, Mustafa, “Türk Hukukunda Kamulaştırmasız El Atma Sorunu Üzerine Bir İnceleme”, **International Conference On Eurasian Economies**, Yıl: 2014, (s. 1-7). (<https://www.avekon.org/papers/1144.pdf>- Erişim Tarihi: 20 Ekim 2017).
- AYANOĞLU, Taner, **Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlarına Göre İdari Eylemin Tanımlanması**, Legal Yayınevi, İstanbul, 2004.
- BLAQUIERE, Benjamin, “L’exécution forcée par la voie administrative des lois dépourvues de sanction: une nouvelle lecture de la décision Société immobilière de Saint-Just”, **Revue de droit public et de la science politique en France et à l’étranger**, N° 4 Lextenso, (2018), ss. 1037-1060.
- CHAPUS, René, **Droit Administratif Général**, Tome 1, 15. Basım, Montchrestien, Paris, 2001.
- CHINOT, René, **Le privilège de l’exécution d’office de l’administration**, (Doktora Tezi), Paris Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Paris, 1945.
- DEBBASCH, Charles, RICCI, Jean-Claude, **Contentieux administratif**, 7. Basım, Dalloz, Paris, 2001.
- DE GLINIASTY, Jeanne, “De Mme B. à Monsieur B.: La voie de fait dans l’impasse”, **Lextenso** (Les petits affiches), Yıl: 2013, S. 175, (s. 6-18).
- DE LAUBADERE, André, **Traité Élémentaire de Droit Administratif**, 5.Baskı, L.G.D.J., Paris, 1970.
- DEBARY, Michel, **La voie de fait en droit administratif**, LGDJ, Paris, 1960.
- DELVOLVE, Pierre, “Voie de fait: limitations et fondement”, **RFDA**, Yıl: 2013, (s. 1041-1050).
- DURAN, Lütfi, **İdare Hukuku Ders Notları**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1982.

- ERDOĞMUŞ, Belgin, **Hukukta Latince Teknik Terimler Sözlüğü**, 3. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2011.
- ESİN, Yüksel, **Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları**, Birinci Kitap: Usul, Balkanoğlu Matbaacılık, Ankara, 1976.
- FALGAS, Antony, **La voie de fait administrative, Recherche sur la justification d'une notion prétorienne**, Harmattan, Paris, 2015.
- FRIER, Pierre Laurent / PETIT Jacques, **Précis de droit administratif**, 4. Baskı, Montchrestien, Paris, 2006.
- GLAAB, Kerstin, **Die zwangsweise Vollstreckung von Entscheidungen der Verwaltung, Ein deutsch-französischer Vergleich**, (Thèse pour le doctorat), Paris, Université Paris 1 Panthéon Sorbonne, 2009.
- GÖKCAN, Hasan Tahsin, **Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku**, 3. Basım, Seçkin Yayınları, Ankara, 2010.
- GÖZLER, Kemal, **İdare Hukuku**, C. II, 2. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, 2009.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref / TAN, Turgut, **İdare Hukuku Cilt II İdari Yargılama Hukuku**, 5. Basım, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012.
- GÜNDAY, Metin, **İdare Hukuku**, 10. Basım, İmaj Yayınevi, Ankara, 2011.
- HAMEL, Gatien, “Voie de fait: compétence du juge administratif en l'absence de dépossession définitive”, **Dalloz Actualité**, Yıl: 2018, <https://www.dalloz-actualite.fr>- Erişim Tarihi: 18 Mayıs 2018. (s. 1-1).
- KAPLAN, Gürsel, “İdare Hukukunun Arkaik ve Anakronik bir Kurumu: Fiili Yol”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2007, C. XI, S. 1-2, (s. 887-918).
- KAPLAN, Gürsel, **İdari Yargılama Hukuku**, Ekin Yayınları, Bursa, 2016.
- KAPLAN, Gürsel, “Yeni Yasal Düzenlemelere Göre Kamulaştırmaz El Koyma Sebebiyle Doğan Tazmin Hakkının Tabi Olduğu Usul ve Esaslar”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Yıl: 2012, S. 99, (s. 125-150).

KARAHANOĞULLARI, Onur, **İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)**, 2. Basım, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012.

KUTLU, Meltem, **Kamulaştırma Hukuku**, 2. Basım, Seçkin Yayınları, Ankara, 2012.

LE RUDULIER, Nicolas, “Voie de fait : réduction de la compétence du juge judiciaire”, **Dalloz (AJDI)**, Yıl: 2015, S. 10, (s. 704-704).

LEFEBURE, Marcus, **Le pouvoir d'action unilatérale de l'administration en droit anglais et français**, LGDJ, Paris, 1961.

MINET, Charles-Edouard, **Droit de la police administratif**, Vuibert, Paris, 2007.

MOURGEON, Jacques, **La répression administrative**, Paris: LGDJ, 1967.

OĞURLU, Yücel, “İdare Hukukunda “Fiili Yol” ve Yargısal Denetimi”, **Kamu Hukuku Arşivi Dergisi**, Yıl:6, 2003, (s. 59-71).

ONAR, Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumî Esasları**, C. I, II ve III, Hak Kitabevi, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966.

PETIT, Serge, **La Voie De Fait Administrative**, Que Sais-Je?, PUF, Paris, 1995.

RICCI, Jean Claude, **Droit administratif**, 4. Basım, Paris: Hachette, 2004.

ROMIEU, Jean, “Conclusions sur TC, 2 décembre 1902, Sté immobilière de Saint-Just”, <http://www.lexinter.net>, Erişim tarihi: 30 Mart 2017), (s. 1-10).

SARICA, Ragıp, **İdari Kaza Cilt 1 İdari Davalar**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1949.

SIRAT, Charles, “L'exécution d'office, l'exécution forcée, deux procédures distinctes de l'exécution administrative”, **Semaine Juridique – Juriclassemur périodique**, I, 1440, Yıl: 1958, (s. 1-12).

SLAMA, Serge, “Le tribunal des conflits déshabille la “folle du logis””, **Actualités Droits-Libertés du CREDOF**, Yıl: 2013, <https://revdh.files.wordpress.com>, Erişim Tarihi: 14 Mayıs 2018, (s. 1-12).

- ŞEKER, Gülseven, **İdare Hukukunda Fiili Yol Teorisi ve Uygulaması**, Doktora Tezi, İstanbul, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010.
- TARHANLI, İftar B., “Uyuşmazlık Kararları Işığında Kamulaştırmasız El Atma”, **İHİD**, Yıl: 1990, C.11, S.1-3, (s. 41-47).
- TURHAL, Erhan, “Kamulaştırmasız Atma Davalarında Yargılama Sürecindeki Son Gelişmeler”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Yıl: 2016, S. 7, (s. 1107-1132).
- VEDEL, George / DELVOLVE, Pierre, **Droit Administratif**, 10 b., PUF, Paris, 1988.
- YALÇINDURAN, Türker, “6745 Sayılı Kanun ile Hukuki El Koymalara Dair Yapılan Değişiklikler ile Hukuki ve Fiili El Koymalara Uygulanacak Hükümler”, **AÜHFD**, Yıl: 2017, C. 2, S. 66, (s. 491-515).
- YELÇO, Mehmet Fatih, “Hukuksuzluğun Yükselişi – Kamulaştırmasız Kamulaştırma – 6487 sayılı Torba Kanun Madde 21 ile 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu Geçici 6. Maddesinde Yapılan Değişikliğin Değerlendirilmesi”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Yıl: 2013, C. 87, S. 4, (s. 563-576).
- YILDIZ, Hayrettin, **İdarenin Re'sen İcra Yetkisi**, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Bursa, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018.