

KAMU MALLARINA İLİŞKİN SORUNLARA UYUŞMAZLIK

MAHKEMESİNİN YAKLAŞIMI

Aydın Gülan*

I.1/ Ülkemizde kamu mallarına ilişkin genel bir kanun bulunmamaktadır. Fakat çok çeşitli kanunlarda oldukça dağınık olarak, sistemleştirilmeleri neredeyse mümkün olmayan, kimi zaman çelişkili hükümler yer almaktadır.

Yasal plandaki bu çözümsüzlüğe, doktrinde de rastlanmaktadır. Bir anlamda konunun doktrinde yeterince işlenmediği söylenebilir; çünkü sorunları ve uygulamayı ele alarak yasal planda yapılması gerekenler bakımından da yol gösterici olabilecek şekilde sistematik incelemeler yok denecek kadar azdır¹.

Bu yüzden, konunun bütün çözüm bekleyen sorunlarının yargının üzerine kaldığı söylenebilir. Yargı organları önlerine gelen davaları çözebilmek için yasal ve doktriner boşluğa ve karmaşıklığa rağmen mevzuat ve doktrinde bulabileceği dayanak noktalarından yola çıkarak ilkeler, çözümler, tanımlar, tasnifler içeren kararlar verecek; doktrin, yargının bu kararlarına öncü olamamanın verdiği 'utançla' daha sonra 'hızla' sistemleştirmeye ve temel iskeleti kurmaya girişecek; kurulan iskeleti doktrin ve yargı elbirliği ile işleyecek ve nihayet yasama ortaya çıkan bu yapıyı "yasa" laştıracaktır².

* Aydın Gülan İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisidir.

(1) İstisnalara örnek olarak: Gülan, Sait. Anayasa Mahkemesinin Kamu Mallarına Bakışı, İHİD, 1985, s.1-3,s. ; aynı yazarın, Düşünceleri Açıklama ve Yayma Aracı Olarak Kamu Malları(1991 yılı Anayasa Sempozyumuna sunulmuş basılmamış tebiğ); Kırbaş, Sadık Devlet Malları, Ankara, 1985; Yayla, Yıldızhan, Kamu Malları Üzerinde İrtifak Tesisi, İHİD, Lutfi Duran'a Armağan Sayısı

(2) "Bununla beraber belirtmek gerekir ki, bu mahkeme kararının da hukuksal açıdan değer taşıyan görüşlerle değiştirilmelerinin sağlanması, yeni içtihatların oluşumuna yol açılması, elbette mümkündür. Esasen teknolojideki ilerlemeler, sosyal ve ekonomik yapıdaki gelişmeler yeni hukuki kavramlara ve yeni yorumlara ihtiyaç duyurmaktadır. "Metin, Selahattin. Önsöz, s.5-6', in Köker/Dinç, Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları, 1988, Ankara.

2/ Kamu malları konusu özel hukukun eşya hukuku ve mülkiyet gibi müesseseleri ile yakın ilişki içindedir. Bu yüzden denilebilirki, kamu malları ile ilgili bir dava hem adli yargı hem de idari yargı düzeninin önüne (bazen de Askeri Yargı'nın bkz. Uy. Mah. E. 1988/11, K. 1988/12, RG. 8.Mayıs 1988, yargı düzenini belirleyici olması bakımından "Askeri mahal" kavramı tartışması) gidebilecektir. Hatta denilebilirki adli yargı başrolü oynayabilecektir; mesela Fransa'da mevzuatı aşarak, daha sonra Conseil d'Etat tarafından da benimsenerek uygulanan kamu malları ayırmalarını ortaya koyan adli yargı merciileri olmuştur³.

Öyleyse iki (bazen üç) ayrı yargı düzeninin önüne götürülebilecek böyle bir konunun, hele genel bir kanununun yokluğunda, sık sık Uyuşmazlık Mahkemesi'nin önüne gelmesi beklenir. Uyuşmazlık Mahkemesi de, kamu malları ile ilgili bir davada öncelikle olayı tavsif edecek, nitelendirecek ve gerekçelendirerek, hangi şartlarda adli yargının, hangi şartlarda ise idarî yargının davaya bakması gerektiğini ortaya koyacaktır. Eğer istisnai bir görev kuralı içeren bir yasal düzenleme var ise; bütün bu değerlendirmelerden sonra yasa kuralına göre karar vermesi, kural ile istisnanın altının çizilmesi bakımından da faydalı olacaktır.

Öyle mi olmuştur?

II. 1/. "Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları 1961-1984"⁴ başlığını taşıyan ve Uyuşmazlık Mahkemesi iki tetkik hakiminin hazırladığı "Uyuşmazlık Mahkemesinin kurulduğu yıl olan 1961'den 1987 sonuna kadar verdiği 4500'ü aşkın kararlarının arasından özenle seçilip, örnek nitelikte bulunan"⁵ kararlardan oluşan kitabın "kavramlara göre arama dizini"nde "Amme Emlaki" ne yönelik sekiz sayfaya yapılan atfın toplam üç karar ile ilgili olduğu görülünce, daha başlangıcında, konunun, Uyuşmazlık Mahkemesi tarafından da yeterince ele alınmamış olduğu düşünülebilir.

2/. Adı geçen derlemede, kavram endeksi atıflarına bağlı kalmadan genel olarak yapılacak bir taramada, Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarından konusu itibariyle kamu malları ile ilişkili olanlar gözönüne alınarak, bir ilk değerlendirme yapılabilir: Uyuşmazlık Mahkemesinin en fazla Orman davalarına ilişkin kararlarına rastlanmaktadır. (Örnek olarak; E. 1979/2 K.1979/1 s.127; E.1981/12, K.1981/21 s.185; E.1981/14,K.1981/23 s.192; E. 1981/15, K.1981/24 s.195; E.1981/17, K.1981/26, s.200;E.1984/11, K.1984/12, s.306; E. 1985/6, K.1985/11 s.374; E.1985/31, K.1985/37 s.415; E.1986/1,K.1986/1 s.420; E. 1990/31, K.1990/31.R.G.21 Ocak 1991) Genellikle Orman Kadastrosu çalışmaları sebebiyle çıkan bu uyuşmazlıklarda 6831 sayılı Orman Kanunu'nun ve değişiklikler yapan kanunların açıkca adli yargı düzenini veya kimi değişikliklerde de idari yargı düzenini görevli sayması sebebiyle, hep bu durumun belirtilmesi veya değişen kanun maddeleri karşısında hangisinin uygulanacağı tartışmalarıyla yetinilmiş fakat ormanların ni-

(3) Lavalie, Ch. La compétence des juridictions judiciaires dans la détermination de la domanialité publique, in Melanges Max CLUSEAU, Presse IEP, Toulouse, 1985, s.343.

(4) KÖKER, İsmet; DİNÇ, İlhan, Yargıtay Yayınları No21, Ankara 1988. Aşağıda örnek olarak verilen kararlara ilişkin sahife atıfları bu kitabdır.

(5) Adı geçen eser, Ahmet, ÇOŞAR'ın Sunuşu.

teliğine, kamunun özel malı mı yoksa kamusal nitelikte malları arasında mı yer aldığı tartışmalarına girilmemiştir.

Aynı şekilde Uyuşmazlık Mahkemesi vakıflara ilişkin kararlarında (E.1979/7, K.1980/1, S.144;E.1981/4, K.1981/14S.171; E.1981/13, K.1981/22, S.188; E.1983/7, K.1983/27, S.265; E.1984/1, K.1984/2, S.282; E.1984/25, K.1984/25, S.338), Gecekondu Kanunundan doğan uyuşmazlıkta(E.1961/1,K.1967/27 S.64) Çiftçiyi Topraklandırma Yasası, Toprak ve Tarım Reformuna ilişkin davalarda (E.1979/8, K.1979/6 S.130; E.1981/18, K.1983/2, S.205; E.1984/6, K.1984/9 S.290) kamu malları teorisine atıfta bulunmamış, kamu malları ile ilgili bir değerlendirmeye girmemiştir.

III. Oysa Kamu malları teorisi; terim birliğinin sağlanmasından başlayarak, özel kişilere ait olan mallardan ayırılması ve/veya kamunun özel ve kamusal malları ayrımı noktasında kriterlerin tesbiti, nelerin kamu malları arasına gireceği, hukuki rejimleri ve yararlanma biçimlerine kadar hemen her noktasında işlenmeye ve tartışılmaya muhtaç bulunmaktadır.

1/ Uyuşmazlığın konusu itibariyle kamu malları teorisinin kullanılması mümkün olan hatta gereken bir çok olayda Uyuşmazlık Mahkemesi konuya hiç girmemiş, başka gerekçeler, terimler kullanmıştır. Örnek olarak: (Uyş. Mah. 1961/14, K.1961/21, Huk. böl. s.46; Uyş. Mah. E.1961/15,K.1961/14, Huk. Böl. s.47); "Bir kamu ve bayındırlık işi olan" (Uyş. Mah. 1963/16, K.1963/21, Huk. Böl. s.54); "Kamu hizmetinin ifası sırasında doğan zarar "(Uyş. Mah. E.196/5, K.1967/10, Huk. Böl. S59);" Yol yapım ve onarım işi "(Uyş.Mah. 1968/6, K.1968/389, Huk. Böl. s.70); "Murat nehirin ıslahı amacıyla yatağının değiştirilmesi" (Uyş. Mah. E.1983/13, s.1984/1, Huk.Böl. s.278); "Elektrik direkleri altına yol yapımı" (Uyş. Mah. E. 1989/16, K.1989/17. Huk. Böl. R.G. 9 Ekim 1989) gibi kararlar sayılabilir.

2/Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarında Kamu malları bakımından bir terim birliği de göze çarpmamaktadır. Kamu malı, Hazineye ait taşınmaz (Uyş. Mah, E. 1990/19 K.1990/21, Hukuk Bölümü, R.G. 9 Aralık 1990 s.6) kamu emlakı, kamu arsası (Uyş. Mah . E.1990/7, K. 1990/7 Huk. Böl. R.G. 21 Nisan 1990) Devletin hüküm ve tasarrufu altında olan yerler (Örnek olarak Uyş. Mah. 1988/11, Huk. Böl R.G. 15 Nisan 1989) Belediye'nin kendisine ait mülk (Uyş. Mah. E.1968/75, K.1968/417, Huk. Böl., s.74), Askeri mahal (Uyş. Mah. E.1988/11, K.988/12. Ceza Böl. R.G. 8. Mayıs 1988), İdareye ait araç (Uyş. Mah. 1986/16, K.1986/17 s.455)hatta "kurtarılmış araç"⁶ terimlerine rastlanılmaktadır. Bunlar arasında bir birlik olmadığı gibi içerikleri bakımından da farklılıklar görülmektedir. Öyle ki; kimi zaman aynı kararda aynı terim ile ifade edilen malın hukuki rejimi bakımından oy çokluğu ile verilen karar ile karşı oy yazısında tam anlamıyla karşıt değerlendirmeler yapılabilmektedir⁷.

(6) Kıbrıs Türk Barış Kuvvetleri Komutanlığı'nın kullandığı kimi araçlar bakımından bkz Uyş. Mah. E. 1982/254, K.1984/475 Ceza Böl.,s.714

(7) Uyş. Mah. E. 1988/2, K.1989/1, R.G. 12 Nisan 1989.

3/Uyuşmazlık Mahkemesi kriter bakımından da teoriye bir katkıda bulunmamıştır. İdarenin özel mülkiyetinde olan taşınmazlarına adli yargı yerlerinde özel hukuk kuralları uygulanacağı yönündeki kararları varsa da; hangi çeşit malların İdarenin özel mülkiyetinde olduğu Uyuşmazlık Mahkemesi Üyeleri açısından berrak değildir. Kamu malları teorisinin zaten tıkanıdığı bu noktada Mahkeme değil bir çözüm getirmek, işi daha da zorlaştırmıştır. Mesela Anayasa md. 43 başta olmak üzere mevzuatımızda çok rastlanan "Devletin hüküm ve tasarrufu altında" olma formulünü değerlendirmek gerektiğinde "Devletin özel mülkiyetinde olmadığı açıkça belirtilmiştir." (Uyş. Mah. E.1988/20, K.1988/28, Huk.Böl., R.G. 28 Mart 1989 s.31) yorumunu yapan çoğunluk yanında karşı oyda, üç mahkeme üyesi; yukarıda açıklanan maddede yer alan "Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan taşınmaz malları (ibaresinden), doğrudan doğruya kamu hizmetine tahsis edilenler dışında kalan Devlet mallarının anlaşılması gerekir. Zira doğrudan kamu hizmetine tahsis edilen mallar idarenin tasarrufu ve gelir elde etmesine imkan verecek niteliğe sahip değildir. Devlet özel mülkiyetinde veya hüküm ve tasarrufu altındaki taşınmazlar özel hukuk hükümlerine tabi olurlar. Haklarında özel hukuk rejiminin uygulanması gereken taşınmaz mallar" dır(aynı karar, s.32) olduğu görüşündedirler.

Bir başka kararın karşı oyunda ise "Devletin hüküm ve tasarrufu altında ve tamamen kamu hukuku kurallarına tabi yerlerdir." (Uyş. Mah. E.1989/4, K. 1989/5, Huk. Böl., R.G 15 Nisan 1989 s.20-21) denilmektedir.⁸

4/ Zaten uygulanacak hukuki rejim bir kriter olmaktan çok sonuçtur. Fakat kamu yararı amacı gütmesi gereken İdarenin, özel mülkiyetinde olduğu söylenen taşınmazlar üzerindeki yetkisi için Uyş. Mah. E.1988/2, K.1988/16(Huk. Böl., R.G. 28 mart 1989 s.15) kararındaki gibi "İdarenin bu konuda kullanacağı yetkiler, gayrimenkul malikin esasen sahip olduğu yetkilerden farklı değildir" demek mümkün olmasa gerekir. Nitekim Uyuşmazlık Mahkemesinin bir başka kararı buna cevap teşkil eder: "Bir kamu kurumunun özel mülkiyetinde bile olsa kamunun sahip olduğu taşınmaz malların idare, tahsis ve satışı ile ilgili olup tapu ve ferağ işlemlerinden önce yapılan bütün işlemler kanunlarla düzenlenmiş idari usullere göre yapılacağından bu türlü işlemlerin idari bir işlem oldukları açıktır." (Uyş. Mah. E. 1985/5, K.1985/10 UMK s.372-373, bkz. azlık oyu s. 374). Kaldı ki İdare Hukukunda yetkisizlik asıl olduğundan, İdare, özel hukuka tabi mallarında bile bir gayrimenkul malikin sahip olduğu yetkilere aynı ölçüde sahip bulunmamakta, kimi noktalarda daha dar kimi noktalarda ise daha geniş yetkileri haiz bulunmaktadır.

5/ Kamu mallarından yararlanmanın hukuki rejimi bakımından da Uyuşmazlık Mahkemesi berraklığı sağlamaya yardımcı olmuş değildir. Mesela: Kaynak suyundan kadim yararlanma hakkının; kaynağın bulunduğu yer mer'a olmasına, uyuşmazlığın iki köy tüzelkişisi arasında bulunmasına rağmen; "dava, anılan kaynak suyundan kadim yararlanma hakkının bulunduğu iddiasına dayandığından uyuşmazlığın **Medeni Kanun Hükümleri** uyarınca görüm ve çözüme" adli yargıda kavuşturulması gerektiğine hükmetmiştir. (Uyş. Mah. E. 1989/4, K.1989/5, Huk. Böl., R.G. 15 Nisan 1985 s.16-21).

(8) Üstelik yukarıdaki üç mahkeme üyesinden biri bu görüşe de katılmıştır.

Ayrıca bir kamu malından özel istisnai yararlanma sözleşmesini "davalı idarenin özel hukuk kurallarına göre davacı ile aktettiği kira sözleşmesi" olarak vasıflandırmış ve "Uyuşmazlığın özel hukuk kuralları uygulanmak suretiyle çözümü(nün) adli yargı yerlerinin görev alanına" gördüğüne karar vermiştir. (Uyş. Mah. E. 1987/11, K.1987/20, s.533-537, İzmir Fuarı Kültürpark).

Bu kararlar yanında Uyuşmazlık Mahkemesinin Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerlerin gerçek ve tüzel kişilerce işgali halinde alınacak "ecrimisil(in) kuşkusuz kira hukukunun uygulama alanına girmediği" ve "diğer bir deyimle İdarenin vergileme tasarrufundan pek farkı "(Uyş. Mah. E. 1989/41, K.1989/42, Huk. Böl., R.G. 22 Ocak 1990 s.48-50) olmadığı yönünde kararları da bulunmaktadır. Bir kararında da TRT Lojmanından yararlanma ilişkisinde İdare ile bir özel kira sözleşmesinin bulunmadığına hükmetmiştir⁹. Uyuşmazlık Mahkemesi "İdarece ecrimisil takdiri ve istenilmesi üzerine açılan davalarla ilgili uyuşmazlıkların idari yargı yerinde görülüp çözümlenmesi gerektiğine dair ilke kararı"nda 2886 sayılı Devlet İhale Kanununun 75. maddesinde "Ecrimisil takdir ve tesbit edilirken Devletin özel mülküyle hüküm ve tasarrufu altında olan yerler bakımından bir ayırım yapılmamıştır" değerlendirmesinden sonra "özel mülkiyete konu olmayan Devletin hüküm ve tasarrufu altında olan yerler için esasen sözleşme yapma olanağı da bulunmamaktadır" denmekte ise de; burada kastedilen özel hukuk sözleşmeleri olsa gerektir, çünkü kamusal mallardan özel istisnai yararlanma bakımından idari sözleşmeler yapılması mümkündür ve uygulamada da görülmektedir.

IV. Uyuşmazlık Mahkemesine göre, "Kanun koyucunun bir görev kuralı ile aslında idari yargıya has bir anlaşmazlık türünü adli yargıya aktardabileceği hukukumuzda kabul edilmektedir. 1961 Anayasası döneminde Anayasa Mahkemesi ünlü Ortadoğu Teknik Üniversitesi Kararı ile bunun aksini belirtmiş olmasına rağmen öğretilerdeki bu görüşü destekleyecek daha kuvvetli dayanaklar bulunmaktadır"¹⁰ ancak "görevli yargı yerinin belirlenebilmesi için öncelikle davanın konusu üzerinde durulması gerekmektedir"¹¹ ve "her davada olduğu gibi bu dava(lar)ın da hukuki tavsifi mahkemeye aittir"¹². Öyleyse Uyuşmazlık Mahkemesinin önüne gelen, konuları nedeniyle kamu malları ile ilgili davalarda, sadece pozitif hukukun görev kurallarının zaman içinde uygulanışı problemi ile ilgi alanını sınırlamaması, teorik esası çok yıpranmış ve krize girmiş kamu malları teorisi bakımından yeni arayışlara ivme kazandıracak tartışmalara girmesi veya yol açması beklenir.

(9) Uyş. Mah E. 1979/13, K.1979/11, Huk. Böl. , s.132-133.

(10) Uyş. Mah E. 1988/31, K.1988/39, Huk. Böl., R.G. Nisan 1989, s.25.

(11) Uyş. Mah E. 1987/5, K.1987/11, Huk. ,Böl., R.G. 2 Temmuz 1987, s.25.

(12) Uyş. Mah E. 1988/13, K. 198/17, Huk. Böl., R.G. 2 8 mart 1989, s.13.