

KAMU MALI ÜZERİNDE İRTİFAK TESİSİ

Yıldızhan YAYLA (*)

"Hocam, Prof.Dr. Lûtfi Duran'a derin saygılarımla..."

İdare lehine, malikin rızası veya kamulaştırma suretiyle özel mallar üzerinde irtifak tesisi mümkün ise de, böyle bir yükümlülüğün kamu malları hakkında da geçerli olup olamayacağı meselesi zaman zaman gündeme gelmiş ve tartışılmıştır.

Günümüzde, özellikle toplu konut ve turizm yatırımlarının gerçekleştirilmesi; büyük çaplı diğer inşaat, ulaşım ve dağıtım gibi alt yapı projelerinin özel hukuk kişileri tarafından uygulamaya konması olayları hukukçuları, bu meseleyi biraz daha açıklığa ve çağımızın ihtiyaçlarına cevap verecek çözümlere kavuşturmaya yöneltmektedir. Sözgelimi, İdare, mevzii imar planına uygun bulunduğu ve ruhsat verdiği bir projenin gereği olarak yola terkedilen arazi parçasının altından merkezi ısıtmanın gerektirdiği boruların geçirilmesine; daha sonraki dönemlerde de, zaman zaman bu boruların bakımı için zorunlu ameliyelerin maliklerce yapılmasına izin vermek durumunda kalabilir. Gerçekten de, bir toplu konut veya turizm yatırımında; bir büyük alışveriş merkezinin, otopark, dinlenme ve eğlence tesisleriyle birlikte yapımında, böyle ihtiyaçlarla karşılaşılmaktadır. Şüphesiz, gelecekte yol olarak kullanılacak yani kamu malına dönüşecek bir arazi parçasının altındaki işlerin yapılabilmesi amacıyla, çevredeki taşınmazlar lehine bu arazi üzerinde irtifak tesisi, malikler için ciddi bir güvencedir.

Ama, acaba, böyle bir irtifak etkisini kamu malı üzerinde de gösterebilecek midir? Ayrıca, İdare böyle bir irtifak tesisini kabule yetkili midir?

I. Türk Hukukunda Genel Durum

Yukarıda sıraladığımız ve çözüme yardımcı olacak şekilde cevaplarını aradığımız iki soru bakımından, sadece ana hatlarıyla Türk hukuku ne durumdadır, özetlemeye çalışalım.

1. İlk olarak şu belirleme yapılabilir: İdarenin özel malı ile kamu malı arasında bir ayırım kabul edilmiştir. Gerçekten, İdarenin, özel hukuka tabi malları üzerinde, ihale esaslarına uymak; kamulaştırma amacının gereğini yerine getirmek şeklindeki bazı kayıtlamalar dışında, herhangi bir malik gibi tasarrufta bulunabileceği kabul edilmektedir⁽¹⁾.

(1) A.DÜREN - İdare Malları, Ankara 1975 s. 89.

2. İkinci belirleme: Türk İdari yargı kararları, soruna açıklık getirebilecek örneklere sahip değildir. Ayrıca, 1929-1980 dönemini kapsayan Danıştay işitşari kararları arasında da, kamu malı üzerinde kişi lehine irtifak tesisi konusunu aydınlatacak açıklamalara rastlanmamaktadır. Nitekim, doktrinde de, Türk idari yargı içtihatlarına yollama yapılamamıştır.

3. Bir başka belirleme de şudur: Türk mevzuatında ve uygulamasında, bazı örnekler vardır.

(1) Kamu hizmeti gören ve ihtisas esaslarına göre çalışan kamu kurumlarından bir kısmına (P.T.T., İ.E.T.T., İSKİ gibi) ve imtiyazlı şirketlere, kanun veya idari sözleşme gereği, kamu mallarından tekel şeklinde ve özel (mahsus) yararlanma imkanı tanınmaktadır. Mesela, 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu m.12: "PTT İdaresi, kendi nâkil ve kablolarının tesis ve vazı için umuma ait arazi ve tarikleri işbu arazi ve tarik üzerinde mürur ve ubura sureti daimede hâlel gelmemek üzere istimal etmek hak ve selahiyedini haizdir. Meydanlar, köprüler, sahilleri de dahil olduğu halde umumi sular dahi tariki âm addü itibar olunur..." diyor. Bugünkü deyişle, PTT İdaresi, görevini yerine getirebilmek için, kamuya ait ve kamu malı olduğu açık bulunan, yol, meydan, köprü, kıyı gibi yerlerden, iletişim tesis ve kablolarını geçirebilmek yetkisine sahip kılınmıştır. Kanunla kabul edilen bu irtifakın sınırı ise, sözkonusu kamu mallarından gelip geçişi sürekli olarak engellemek tarzında ifade olunmuştur. Ancak, bu gibi örneklerde, kamu mallarından yararlanma ve bunları kullanma yetkisi, gene kamu hizmeti gören veya ona katılan kişilere tanınmaktadır.

(2) Buna karşılık, 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanununun 8. maddesi, taşınmaz malların turizm amaçlı kullanımını öngörürken, ormanları da kapsamına almıştır. Nitekim, Kamu Arazisinin Turizm Yatırımlarına Tahsisi Hakkında Yönetmelik de, 2. maddesiyle: "... turizm bölge, alan ve merkezlerinde, imar planları ile turizme ayrılmış taşınmaz malların, kamulaştırma, Bakanlığa tahsis, tapuya tescil, yatırımcılara tahsis, kiralama, irtifak hakkı tesis işlemleri ile bu işlemlere ilişkin süre, bedel, hakların sona ermesi..."ni düzenlemiştir; 4. maddesinin (g) bendinde ise: "tahsis, kamu arazisinin müteşebbise ön izin yoluyla ayrılmasını ve yatırımcılara kira veya irtifak hakkı tesisi yoluyla kullanma hakkının devrini" öngörmüştür. Bu düzenlemenin kapsamına, "kira" da girdiğine, kamu malının da kira konusu olmaması gerektiğine bakılırsa, maddede geçen "kamu arazisi" deyiminin, idarenin özel mallarını ifade ettiği düşünülebilir. Bu taktirde, tabiidir ki, kamu malı üzerinde irtifak tesisi konusunu aydınlatabilecek bir örnekten sözedilemez. Ancak, ilgili kanun ve yönetmelik, yukarıda değindiğimiz gibi, ormanları da kapsamına almıştır. Ormanların ise, kamu malı olduğu; mülkiyetinin özel kişilere devredilemeyeceği, hatta tabii servetlerden olduğu Anayasa ve Anayasa Mahkemesince kabul edilmektedir (Anayasa Mahkemesi, 10.3.1966-E.1965/44 - K.1966/14 R.G. 4.6.1966). Bu durumda, "imar planlarında turizme ayrılan taşınmaz mallar, müteşebbüse irtifak hakkı, tesisi yolu ile tahsis edilebilir" diyen Yönetmelik m. 21'in ormanlar bakımından da geçerli olduğu; aynı Yönetmeliğin 7. maddesinde: "turizm alan ve merkezlerinde imar planları ile turizme ayrılan taşınmaz mallardan, Bakanlığın tasarrufuna alınmasına karar verilen ormanların bu kısımlarının Bakanlığa tahsisi, Tarım ve Orman Bakanlığından talep edilir" denildiği; gene bu yönetmeliğin 4/f hükmünde: "kamu arazisi kanun uyarınca tahsis edilen Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerlerle, Hazineye

ait taşınmaz malları ve orman arazisini" ifade eder tanımı dikkate alındığında, turizmi teşvik amacıyla, bazı kamu malları üzerinde, bir çeşit kanuni irtifak hakkının tesis edilebileceği anlaşılmaktadır.

4- Nihayet, Türk doktrininde, kamu malı niteliğindeki mallar üzerinde, özel kişi lehine irtifak hakkı tesisi mümkün olamayacağı şeklinde bir kanaat bulunduğu söylenebilir⁽²⁾. Özellikle, bu konuda daha ayrıntılı bilgi veren ONAR- Fransız doktrinine de dayandırdığı açıklamalarında, Medeni Kanun hükümleriyle kamu hukuku ilkelerinin bağdaştırılmasına çalışmaktadır. Senai Olgaç da, "kamu emlakı ile ilgili olarak, özel hukuk hükümlerine göre bir aynı hakkın tesis edilip edilemeyeceğini kamu hukuku belli eder. Kamu emlakının tahsis yönü ile bağdaşmayan aynı hakların tesisi yoluna gidilemez" sonucuna varmaktadır⁽³⁾. Bununla birlikte, kamu malları üzerinde irtifak tesisinin veya devamının mümkün olup olmadığı; mümkünse şartları ve bundan doğabilecek uyumsuzlukların mercii konularının Türk doktrin ve içtihadlarında henüz kesin cevaplarının verilemediği bellidir. Ancak, Türk doktrininin, kamu malının tahsis amacına uygun kalmasını engellemeyen bir çözümü (böyle bir çözümü bulmak çoğu zaman kolay olmasa da) niç değilse reddetmediği kabul edilmek gerekir. "Çözüm" demek de doğrudur, çünkü, yukarıda değindiğimiz üzere, yeni ihtiyaçlar, ister istemez, bu tür meseleleri Türk hukuk hayatının gündemine getirecektir. Çevre kirliliğiyle mücadelenin zorunlu kıldığı ve uzaklaştırma faaliyetinin yürütülmesi; kültürel değerlerin halkın yararlanmasına açılması ihtiyaçları gibi.

Kanaatimizce, Türk doktrin ve uygulamasının, İdare hukukumuzda önemli ölçüde yardımcı teşkil eden Fransız sistemini bu aşamada bir kere daha hatırlaması yararlı olacaktır.

II. Fransa'daki Sistem ve Çözüm

Fransa'da, içtihadların ortaya çıkardığı bir çözümden sözedilebilir. Bu sebeple, konuya ilişkin bazı önemli Temyiz Mahkemesi ve idari yargı kararlarını, özetle de olsa anmak gerekir.

1- 8 Kasım 1909 tarihli "Canal du Midi" kararı (4).

Fransa'nın Midi bölgesindeki su ulaşım kanalları, bazı özel kişilere daimi olarak 14. Louis döneminde tahsis edilmiş.

1807 yılında çıkarılan bir karamame ile Midi kanalına veya bu kanalı besleyen yataklara akan suların, bütünüyle kanalın hizmetinde olduğu ve bu suların, ancak her zaman geri alınabilir imtiyaz ve tahsislere konu olabilecekleri; kanaldaki ulaşımın da, esasen, kanalın beslenmesini gerektirdiği belirtilmiş;

(2) ONAR - S.S. İdare Hukununun Umumi Esasları, İst. 1966 - c.II. s. 1324-1326; ayrıca, s.1336-1337; s. 1321 ve 1352; EROĞLU-H. İdare Hukuku, Ank. 1984 s. 303-307; DÜREN-A.A.g.e. s. 81 vd.

(3) OLGAC - S. İchtihatlar - Türk Medeni Kanununun Şerhi-Ank. 4. Baskı s. 728.

(4) Sirey, 1912 s. 521 vd. ile Aynı yerde, Prof. Achille Mestre'in bu karara ilişkin notu.

bu durumda, Midi kanalına bağlanan derenin sularından yararlanan kıyı sakinlerinin bu yararlanmalarının bir irtifak hakkı teşkil etmediği gerekçesiyle, sözkonusu sakinlerden birinin açtığı dava reddedilmiş; bu kararın temyizi üzerine de, Fransız Temyiz Mahkemesi, 8 Kasım 1909 tarihinde bozma istemini reddetmiştir.

"Canal du Midi" kararına ilişkin notunda, Achille Mestre, özetle şu hususlara işaret etmektedir:

- Özel hukuk, aynı mal üzerinde hem kişinin özel mülkiyet, hem de idarenin kamu malı üzerindeki türden bir hakkı bulunmasını kabul edemez ama, acaba, kendisine tahsis şeklinde imtiyaz tanınmış olan kişinin bu durumunu tahlil etmek suretiyle, bu ilişkinin, kanalın kamu malı niteliğiyle bağdaşabilir bir aynı hak olduğu söylenemez mi?

- Günümüzün doktrin ve içtihatları, özel kişilerin kamu mallarıyla ilişkilerini evvelce olduğu gibi sadece basit bir "idari hoşgörü" olarak görmemekte; bu ilişkilere aynı hak görüntüsü tanıyabilmektedir. Nitekim, yola bakan binalarda yaşayanlara tanınan kolaylıklar bir idari irtifak olarak görülebilmiştir. İbadet edenlerin kiliselerden yararlanmaları, kamu malı sayılan mezarlıklar üzerinde sürekli imtiyazı bulunan kişilerin hakları gibi. İşte, kanal üzerinde sürekli imtiyaz hakkı bulunan kişinin de hukuki durumu bu örneklerdekine benzemektedir. Aralarında üç ortak nokta vardır:

(1) Hepsi kamu malı eklentileriyle ilgilidir.

(2) Yararlananlar özel kişilerdir.

(3) Bu kişiler, kamu hizmetine tahsis edilmiş olan malın tahsis cihetine uymak ve ona ters düşmemek kaydıyla bu haklardan yararlanabilmektedirler.

- Denilebilir ki, bir kamu malı üzerinde sürekli yararlanma imkanı tanınması ve bunun bir çeşit idari aynı hak kabul edilmesi, kamu malının devredilmezliğine, dokunulmazlığına ters düşer. Ancak, bu ilkenin amacı, kamu malının tahsis cihetinde kalmasını güvence altına almak ve özel kişilerin, özel menfaatleri içinde bu tahsisle bağdaşmayacak haklar elde etmesini engellemektir. Bu yüzden ki, kamu malı, özel mülkiyete, özel hukuk irtifaklarına, ipoteklere konu olamaz. Ancak, örneğimizde özel hukuktaki türden bir aynı hak değildir sözkonusu edilen. Onun için, kamu malından sürekli yararlanma hakkı, devredilmezlik ve dokunulmazlık ilkesiyle çelişmez. Mesela, mezarlıklar, genellikle kamu malı kabul edilir ama buralarda özel kişiler sürekli imtiyaz elde ederler ve bu durum, mezarlıklar mevcut oldukça devam eder. Hatta, mezarlıklar mezarlar nakledildiğinde, imtiyaz da yeni mezarlığa transfer olur. Esasen, geçici imtiyazla sürekli olan arasındaki tek fark süre bakımındandır. Yoksa, hukuki durum bakımından farkları yoktur. Kamu malı niteliğiyle bağdaşmayan, geçici bile olsa, bunlar üzerinde özel bir hak tesisidir; bir özel hukuk irtifakı, bir ipotek gibi. Demek ki, önemli olan, bu mallar üzerindeki işgal veya yararlanma haklarının süreleri değil, mahiyetleri (türleri) dir. Eğer, bir kamu malı üzerinde geçici imtiyaz

söz konusu olabiliyor ve bu malın devredilmezliği -dokunulmazlığı ile söz konusu geçici imtiyaz bağdaşabiliyorsa, sürekli imtiyaz neden reddedilsin! Zira, o da bağdaşabilecek demektir.

İşte, Achille Mestre, bu görüşlerden hareketle, şu sonuçlara varmaktadır:

- kanal bir kamu malıdır.

(1) Devletin, diğer kamu malları üzerinde olduğu gibi bu kanal üzerinde de kolluk yetkisi vardır.

(2) Kanallar, sürekli imtiyaz konusu da olsalar süre aşımıyla elde edilemezler.

(3) Devlet, eğer bu imtiyaz yüzünden su ulaşım hizmeti yeterince yerine getirilemiyorsa, imtiyazın düştüğüne karar verebilir.

- İmtiyaz sahibi sürekli bir yararlanma hakkına sahiptir. Bu itibarla:

(1) İmtiyaz sahibinin "İus fruendi"si vardır.

(2) Üçüncü kişiler lehine, kanalın tahsisıyla bağdaşabilir aynî haklar ve irtifaklar tesis edebilir.

(3) İmtiyaz sahibi hakkından vazgeçebilir (5).

2- 11 Mayıs 1959 tarihli DAUPHIN kararı (6).

Bay Dauphin eski bir manastırın malikidir ve orada oturmaktadır. 1937 yılına kadar, bay Dauphin binaya rahatça girebildiği bir ağaçlı gezinti yolunu kullanmaktadır. Ancak, 1937'de başlayan bir uygulamayla, söz konusu ağaçlı yol, etrafındaki tarihi tesislerle birlikte bir sit olarak değerlendirilip, önce iki uçtan zincirle beton babalara bağlanarak, sonra da parmaklıkla araç geçişine kapatılıyor.

Bu durum karşısında, bay Dauphin ilgili il idare kuruluna (sonra idare mahkemesi) başvurarak: zincirin kaldırılmasına ve yararlanmasına engel olduğu için kendisine tazminat ödenmesine karar verilmesini istemiştir.

İdare Mahkemesi, bu olayda, öncelikle, davacının kamu malı üzerinde bir irtifak veya yararlanma hakkına sahip olup olmadığı; kamunun kullanımına tahsis edilmiş mallarla böyle bir irtifakın bağdaşıp bağdaşmayacağı hususlarının çözümlenmesi gerektiğine; oysa bu konuda kendisinin görevli olamayacağını belirterek davayı reddetmiştir.

Bu red kararı Fransız Devlet Şurası (Conseil d'Etat)'nın önüne getirildiğinde de, Yüksek İdare Mahkemesi:

(5) Fransız Temyiz Mahkemesinin 19 Mayıs 1926 tarihli "Viala" kararı da, "su kanalına bağlanan yoldan geçme şeklinde özel kişilere tanınan irtifakın varlığını tespit yetkisi adli yargıya aittir ama İdare, malın tahsis cihetine uymayan kullanımları yasaklarsa bu hususta adli yargı karar veremez" sonucuna varmıştır.

(6) Dallos 1959, s.314 vd. ile aynı yerde, kanun sözcüsü Mayras'nın vargıları.

- Gezinti yeri netiliğindeki bir ağaçlı yolun zincirle ve parmaklıkla araç trafiğine kapatılmasının bir bayındırlık işi olduğuna;

- Bu itibarla, mahalli idare mahkemesinin, böyle bir faaliyetten doğan zararın tazmini istemiyle açılmış davada kendisini görevsiz saymasının doğru olmadığına;

- Kültürel ve turistik nitelikte bir kamu hizmetine tahsis edilmiş ve gene bu amaçla bazı düzenlemelere konu olmuş ağaçlı gezinti yolunun mahalli idareye ait kamu malının bir parçası addedilmesi gerektiğine;

- Dava konusu yer genel ulaşım ve trafiğe açık bulunmadığından, yolun bir kenarında oturan kişinin bu sıfatla buraya mutlaka otomobiliyle girmesi hususunda bir hakkı olamayacağına;

- Ama, eğer bir kişi, sözkonusu yolun kamu malları arasına girmesini sağlayan bayındırlık işinden önce buraya arabasıyla girmesine imkân veren bir irtifak hakkına sahip ise, tazminat isteyebileceğine;

- Ancak, böyle bir irtifakın var olup olmadığını tespit hususunda idarî yargı görevli değildir. Onun için, Devlet Şurası, kesin kararın adliye mahkemesinden çıkacak karara göre verilmesini sağlamak amacıyla bu durumun bekletici mesele sayılmasına karar vermiştir.

Kanun sözcüsü Mayras da, yukarıdaki karara yardımcı olan düşüncelerinde şunları söylüyor: Kamu malları üzerinde özel hukuktaki irtifaklar tesis edilemez ama kamu malı haline gelmeden yani tahsisten önce sahip olunan irtifaklar devam eder. Hatta, irtifak hakkının kullanımı tahsisi cihetiyle bağdaşmasa ve bu yüzden kullanıma imkân kalmasa bile bu böyledir. Ancak, tabii, artık irtifak hakkı kullanılamayacak, kullanımdan yoksun kalana bu zararın hakkaniyet gereği ödenmesi gerekir (7).

Bu alıntılardan ve Fransız doktrininden çıkan sonuçlara göre, Fransa'daki sistem şöyle özetlenebilir:

- Kamu malına yaklaşımda, devir ve ferağ edilmezlik ve buna bağlı olarak ipotek, haciz ve benzeri işlemlere tabi tutulmamak esasları hakimdir. Ancak, Waline göre, bu ilkenin hiçbir yasal temeli yoktur, tamamen içtihatların ürünüdür (8).

- Bu ilke, kamu malı üzerinde, özel hukuktaki genişlik ve kuvvette aynî haklar tesisine de engel teşkil etmektedir (9).

- Ancak, dikkat edilecek olursa, sınırlamalar kamu malı hakkındadır. Bu sebeple:

(7) Bu içtihatlar doğrultusunda, ayrıca bkz. C.E. DUPEUTY kararı 19 Mayıs 1961- A.J.D.A. 1961 S. 328-329; C.E.GUE kararı, 29 Kasım 1968, A.J.D.A. 1968 S. 470-471.

(8) WALINE (M.). *Traité Élémentaire de Droit Administratif*-Paris 1939 s. 566.

(9) De LAUBADERE (A). *Traité Droit Administratif*, Paris 1975 c. II s. 171-172.

(1) Bir yerin, henüz kamu malı haline gelmeden irtifak konusu olabileceği;

(2) Kamu malı haline geldikten sonra da, daha önce tesis edilmiş olan irtifakın, tahsis cihetine uygun olmak kaydıyla devam edebileceği;

(3) Tahsis cihetiyle bağdaşma mümkün değilse, irtifak hakkı sahibinin, bu yüzden uğradığı zararın tazminini İdareden talep edebileceği;

(4) İrtifakın varlığı konusunun adliye mahkemesinde;

(5) Tahsisle bağdaşabilirlik konusu ile tahsisle bağdaşamama halinde istenebilecek tazminattan doğan uyuşmazlığın İdare Mahkemesinde, çözümlenebileceği kabul edilmektedir.

VARGI

Türk hukukunda, kamu malları üzerinde, en azından evvelce mevcut, yani söz konusu mal bu statüyü kazanmadan önce ihdas edilmiş irtifakların, tahsise aykırı olmasalar dahi son bulacağına ilişkin herhangi bir kural bulunmamaktadır. Hatta, aksine, Türk Medeni Kanunu bu imkânı saklı tutmakta; doktrin de, "kamu malı ile bağdaşma" şartını öne sürebilmektedir. Şu halde, Fransa'da benimsendiği gibi;

(1) Kamu malı haline gelmeden önceki irtifaklar;

(2) Kamu malı haline gelen taşınmazın tahsis amacına ters düşmemeleri şartıyla Türk hukukunda da kabul edilebilir. Belki de, özellikle kabul edilmek gerekir, çünkü bu tür çözümlere duyulan ihtiyaç giderek artmaktadır.

Hatta, çevre koruma kuralları ve İdareye (başta, belediye, İSKİ gibi kuruluşlara) bu yönde verilen ödevler dikkate alınır, günümüzde, tahsise uygun olmak -üstelik, tahsisin amacını daha etkili bir şekilde gerçekleştirmek- üzere, kamu malı niteliği kazanıldıktan sonra da, kişilere irtifak veya benzeri hukukî imkânlar tanınması ihtiyacı vardır da denilebilir. Gerçekten, toplu konut alt yapı projelerinin uygulanması; doğal gaz dağılımı, arıtma tesislerinin yapımı gibi bayındırlık işlerinin, her zaman ve mutlaka kamu kurum ve kuruluşlarınca yürütülmesi beklenemez. aksi halde, bütün maliyet İdareye yüklenecek; kişilere ise sadece katılma payları şeklinde bir yükümlülük yansıyacaktır. Oysa, bizatihi tahsisin gereği olan alt yapı tesislerinin bu tesislerden yararlanacak olanlar tarafından inşası, bakımı ve onarımı, gene tahsisle ve medeni hukuktaki anlamda değil de, hiç değilse İdare Hukuku ilkeleriyle bağdaşır bir irtifak veya benzeri güvencelerle teşvik edildiği takdirde, İdarenin yükü de azalacaktır. Kaldı ki, böyle bir yorum ve uygulama, planlı yerleşim ve çevre koruma terimleriyle özetlenebilecek bugünkü mevzuatımızın sevk amacına da, meseleye bir bütün olarak bakıldığında, fiilen ve hukuken de uygundur.

Nihayet, böyle bir yorum, İdarenin kamu malı üzerindeki yetkilerini kısıtlar nitelikte de değildir. Çünkü İdare, cihetinde değişiklik yaparak, irtifakın bağlayıcılığından kurtulabilir. Ancak, tabii, sırf bu amaçla hareket bir usul veya yetki saptırması teşkil edebilir. Zira, İdarenin, bir malın tahsis cihetini değiştirmesi sebepli bir işlemdir. Uygun ve gerçek bir sebep bulunmadığı halde, sadece irtifakın bağlayıcılığından kurtulmak için tahsisin değiştiril-

mesi sakat olur.

Açıklamalarımızı ve vargımızı, uygulamada görülen ve yukarıda değindiğimiz örnekten hareketle tamamlayalım.

Toplu konut inşaatı yapılmakta olan bir alanda, mevzi plân gereği, belediyeye terk edilen yollar vardır. Ancak, bu yolların altından sitenin merkezî ısıtması için zorunlu borular ve hatlar geçirilecek; ilerde bu tesislerin bakımı ve tamiri gerekecektir. Baştaki sorumuzu, açıklamalarımız ışığında şöyle cevaplamak mümkündür:

Yol yapılmak üzere belediyeye terk edilen arazi parçası henüz "yol" değildir. Bunun için, sözkonusu arazi üzerinde bir takım bayındırlık işleri yapılacaktır; Fransa'da kullanılan deyimle, burası, yol olarak sınıflandırılacaktır. Böyle bir tahsis yapılmadıkça, bir kamu malından değil, İdareye ait, şartlı veya şartsız bağışlanmış, bazan da, İmar Kanunu gereği tek taraflı idarî kararlarla özel mülkiyetten aktarılmış bir özel mal sözkonusudur.

Nitekim, kamulaştırma kanununa göre, bir taşınmaz, kamu yararı kararı gereğince (m.1.5) veya bu karar yerine geçen imar plânı veya projeleri uyarınca (m.6/son) kamulaştırılır. Ama, bu kadar sıkı kayıt ve şartlarla İdareye aktarıldığı halde -bazı istisnalar dışında sözkonusu taşınmaz henüz kamu malı sayılmaz. Esasen, kamulaştırma bedelinin kesinleşmesi tarihinden itibaren beş yıl içinde, kamulaştırmayı yapan İdarece, kamulaştırma ve devir amacına uygun bir işlem veya tesisat yapılmaz veya kamu yararına yönelik ihtiyaca tahsis edilmeyerek taşınmaz olduğu gibi bırakılırsa, mal sahibi veya mirasçuları kamulaştırma bedelini kanuni faiziyle birlikte ödeyerek taşınmazı geri alabilir (m.23). Eğer, plân gereği ya da kamu yararı kararı uyarınca İdareye intikal eden taşınmaz derhal tahsis edilmiş ve kamu malı haline gelmiş sayılsa idi, devir ve ferağ yasağı, eski malikin geri almasına imkân bırakır mı idi? Ayrıca, Kanun, tarafların anlaşmasıyla da kamulaştırmadan vazgeçme imkânı vermiş ve aynı esası kabul ettiğini göstermiştir. Prof. ONAR, bu konuda şunları söylüyor: "Şu suretle, gayrimenkulü, istimplâktan sonra tahsis veya nafia eserleri vücuda getirmek suretiyle amme emlâkine kalp veyahut istimplâk maksadına uygun bir surette kullanmak hususunda İdareye beş senelik bir müddet, bir nevi muhayyerlik bırakılmış bulunmaktadır... Doğmasından itibaren bir sene içinde kullanılmayan geri alma hakkı düşer ve İdare gayrimenkule dilediği gibi tasarruf eder" (10).

Demek ki, böyle örneklerde, sözkonusu arazi parçaları üzerinde kişi lehine irtifak tesis edilebilecektir. Zira, henüz bu yerler kamu malı haline gelmemiştir. Ancak, bu taşınmazlar kamu hizmetine tahsis edildikten sonra da, tahsis cihetiyle bağdaşabilecek, hatta hizmetin daha iyi işlemesine imkân verecek irtifakların devam edeceği de kabul edilebilir. Bu suretle, kamu hizmetlerinin gereklerine ters düşmeksizin, kişilere güven verecek ve onları çağdaş gelişme yönünde teşvik edecek bir sistem oluşabilecek; Achille Mestre'nin 1912 yılında söylediği gibi, 1990'ların Türkiye'sinde de kamu yararı ve hizmeti ile kişi hakları; İdare Hukuku ilkeleri ile Medeni Hukuk kuralları bağdaştırılmış olacaktır.

(10) ONAR, S.S. A.g.e. c. III. s. 1566