

KAMUSAL MALLARIN ÖLÇÜTÜ

Lâtfi DURAN ()*

Kamu hukuku - Özel hukuk ikilisinin benimsendiği ülkelerde, Devlete ve diğer kamu tüzel kişilerine ait malların (taşınır ve taşınmaz) «kamusal» ve «özel» olmak üzere iki kümeye ayrıldığı bilinmektedir. Gerçekten, bu hukuk düzeninde, kamusal malların İdare hukuku rejimine, özel malların ise medeni hukuk kurallarına tâbi olduğu kabul edilmektedir. Ancak, konunun çok yönlü ve karmaşık olması nedeniyle, bu iki tür malın birbirinden ayırd edilmesi, hayli çetin bir sorun niteliğini taşımaktadır.

Bu sorunu ele almaktan amacımız, ona özgün ve genel bir çözüm önermek olmayıp, Yargıtay'ın ilgili içtihadında dönüşüm yapan bir ilke kararı üzerine düşüncelerimi açıklamaktan ibarettir. İncelemek istediğim Dördüncü Hukuk Dairesi'nin 20 Mayıs 1985 tarihli ve E. 1985/398 - K. 1985/5074 numaralı ilâmında¹ yargıtay, «... Devlet mallarının ayırımında, idare hukukundan kaynaklanan görüşlerin ölçü alınması gerektiğinden, Dairemizin Medenî Hukuka ağırlık veren 28.12.1979 gün ve 3010/1476 sayılı kararındaki içtihadının (Bkz. Yargıtay Kararlar Dergisi C. 6, 1980, s. 7, sh. 989 vd.) örnek bağlayıcı niteliği kalmamıştır» demek suretiyle, uygulamada yeni bir dönemin açıldığını vurgulamaktadır. Onun için de, söz konusu karar, didaktik nitelikte ayrıntılı

(*) Lâtfi DURAN, İ.Ü. Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesidir.

1) Yargıtay Kararları Dergisi (YKD), Cilt 11, Ekim 1985, Sayı 10, s. 1454-1458.

eğitsel gerekçelere dayanmakta ve geniş kapsamlı sonuçları içermektedir.

Yargıtay ilâmına konu olan olay ve uyuşmazlığı açıkladıktan (I) sonra, Dördüncü Hukuk Dairesinin, yerel mahkeme hükmünü bozmaya götüren gerekçeleri gözden geçirip (II), bu yeni içtihadı değerlendirmeye (III) çalışacağım.

— I —

Milli Eğitim Bakanlığına ait okulda öğrenci olan gencin, «beden eğitimi dersi için spor salonuna giderken, iki bina arasındaki geçitin iyi yapılmamış olması ve bu haliyle kullanılmış bulunması sonucu düşüp öldüğünü ileri sürerek», destekten yoksun kalma nedeniyle, uğradıkları maddî ve manevî zararların giderilmesi istenmiştir. Yerel «Mahkeme, olayda davalı idareyi, BK. nun 58. maddesi hükmüne dayanmak suretiyle, sorumlu kabul ederek, işin esası hakkında hüküm kurmuştur.»

Yargıtay Dairesi, kararın başında, «Davaya konu zarar(ın), **Devlete ait bir binanın kusurlu yapılması ve kullanılmasından kaynaklandığı**»nı ve sonunda da, «Olayımızda davacıların çocukları(nın), **Devlete ait okul binasının iyi yapılmaması ve o durumda kullanılması** sonucu olarak düşerek öldüğü»nü belirtmektedir. İlâmda, uyuşmazlığa yol açan durum ve olgulara ilişkin başkaca bir bilgi ve işaret bulunmamaktadır. Esasa ilişkin hüküm görev yönünden bozulmuş olduğuna göre; bu veriler davanın Adlî yargı önünde karara bağlanması için yeterli sayılabilir.

Şöyle ki, uyuşmazlıkta, içinde öğretim ve eğitim yapılan, devlete ait bir binanın yapım ve kullanımından doğan zararların ödettirilmesi söz konusu olduğundan; bu taşınmazın, İdarenin «**kamusal malı**» mı, yoksa «**özel malı**» mı olduğu sorununun çözümlenmesi için gerekli öğeler ve koşulları bulunmaktadır. Ancak, bu dava İdarî yargı tarafından ele alındığında, sorumluluğun yükleneceği kamu tüzel kişisi veya kişilerinin hangisi olduğunun ve dayandırılacağı hukukî nedenin ne türden bulunduğunun belirlenebilmesi, daha başka verilerin bilinmesine ihtiyaç gösterir. Oysa, bir binanın yol açtığı zarardan çıkan uyuşmazlığı çözümlenmekle görevli yargı yerinin saptanabilmesi için, bu taşınmazın, - «kamusal» ya da «özel» mal niteliğini belirlemede - malikinin kim ve hangi işte ve amaçla kullanıldığının bilinmesi yeterlidir.

Yargıtay Dördüncü Hukuk Dairesi, söz konusu davanın incelenmesine girerken, «Devlet malları, kamu malları ve özel mallar olmak üzere ikiye ayrılır. Bu ayırımdan hareket edildiğinde; kural olarak, Devlet mallarının kullanılması nedeniyle üçüncü kişilerin uğradığı zararlardan doğan sorumluluğunun ona göre incelenmesi gerekir», noktasından hareket etmekte ve, devamla, «Ne var ki, kamu-özel mal ayırımı, Türk Pozitif Hukukunda bir sorun olarak güncelliğini korumaktadır», demektedir.

Gerçekten, İdarenin, özel mallarına olduğu gibi kamusal mallarına da, bazı durumlarda, Medeni kanun ile Borçlar kanunu hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağı hususunda müelliflerce değişik görüş ve düşünceler ileri sürüldüğü gibi; Yargıtay'ın İçtihadı Birleştirme Kurulu ve Dördüncü dairesinin kararları arasında çelişkili içtihadlar ve tutarsız uygulamalar görülmektedir². Örneğin, Dördüncü daire, 10 Aralık 1974 tarihli, E. 10469 - K. 16657 numaralı kararında (Tandoğan, s. 185, not 148), Beden Terbiyesi Genel Müdürlüğü'nün (katma bütçeli idarî kamu kurumu) Ali Sami Yen Stadının maliki sıfatıyla BK. m. 58'e göre sorumlu tutulması gerektiğini kabul ettikten sonra; 16 Ocak 1979 tarihli, E. 78/5261 - K. 79/235 numaralı ilâmında, (Tandoğan s. 187-188 not 153), bir belediye idaresinin eski elektrik direğinin tehlike yaratmayacak biçimde bakım ve kontrolünü yapmadığından ötürü gerçekleşen zararların tanzimi davasının bir tam yargı davası niteliği taşıdığı gerekçesiyle yargı yolu bakımından reddi icap ettiğini içtihad etmiştir.

Fakat, yine bu yargıtay dairesi, yukarıda işaret edildiği gibi, incelemekte olduğum kararında sözünü ettiği 28 Aralık 1979 tarihli, E. 3010 - K. 1476 numaralı kararında, Karayolları Genel Müdürlüğüne (katma bütçeli idarî kamu kurumu) ait personel lojmanının, MK. m. 912 uyarınca Tapuya tescilli özel mal niteliğinde olması nedeniyle, yol açtığı zararların Medenî Kanununun komşuluk hukukuna ilişkin hükümleri çerçevesinde Adli yargı önünde talep ve dava edilebileceğine hükmetmiştir. Buna karşılık, aynı Dördüncü daire, 7 Temmuz 1980 tarihli, E. 1980/6843 - K. 9055 numaralı ilâmında (Tandoğan, s. 188, not 153),

2) Bu konuda yararlandığım. Prof. Haluk Tandoğan'ın «Kusura davanmayan sözleşme dışı sorumluluk» (Turhan Kitabevi, Ankara, 1981) başlıklı çok değerli eserinin 183-185 ve 193-195 sayfalarına bakınız.

bir belediyenin arızalanan su kanalının tamiri sırasında çıkan tazyikli suyun bir depo duvarını delerek, içindeki patates stokunu zarara uğratmasından doğan uyuşmazlığın tam kaza davasına konu olabileceği gerekçesiyle, Danıştay'da görülmesi gerektiğini kabul etmiştir³.

Bu kararlardan Karayolları lojman binasına ilişkin olanı, söz konusu taşınmazın, özel konutlardan farklı bir yanı bulunmadığı için, özel hukuk kurallarına tabi tutulduğu gerekçesi ile izah ve kabul edilebileceği düşünülebilir. Ancak, Yargıtay Dairesi bu kararında, «... bir kamu hizmetinin görülmesine ayrılmış olan (hastaneler, okullar, Devlet daireleri gibi) yerler de menfaati umuma ait yerlerdir. Ancak, bu gibi yerler, 1050 sayılı Muhasebe-i Umumiye Kanununun 23. maddesine göre, tescile tabi oldukları için; bu gibi yerlerin yapımı, bakımı veya muhafazasından doğan zararlara ilişkin olarak özel hukuk hükümlerinin (BK. md. 58, MK. 661-663 ve 648-651'in) uygulanması gerekir.» demektedir. Oysa, Prof. H. Tandoğan'ın ifadesi ile, «... Devlet daireleri gibi kamu hizmetine tahsis edilmiş binaların tapuya tescil edilmiş olması, bunların yapım ve bakım eksikliğinin idarî bir eylem olup olmadığı hususunu etkilemez; bu dairelerin yapımı ve bakımı hususunda Devletin fertler gibi hareket ettiği de söylenemez;...» (anılan eser, s. 195-196). Muhasebe-i umumiye kanununun 23. maddesi, devletin iç düzen kurallarından ibaret olup, Medenî Kanununun 912. maddesine esasla ilgili yeni bir hüküm eklemediğinden, Prof. Tandoğan'ın eleştirisini paylaşmamak mümkün değildir.

Yargıtay Dördüncü Hukuk Dairesi de, bu düşünceden etkilenmiş olacak ki, şimdi ele aldığım kararında, Prof. Tandoğan'ın eserinin işaret ettiği sayfalarına yollama yaparak, Karayolları lojmanı «kararındaki ayırım ve yorum yeterli görülmemiştir.» demekte; «... böyle bir ayırımın, kamu mallarının alanını çok daraltacağını ve idare hukuku kurallarıyla uyum sağlayamayacağını kabul etmek gerekir; diğer taraftan 11.2.1959 gün ve 17/15 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı da bu yargıyı güçlendirmektedir» diye eklemektedir. Bu arada, yine kararda, atıfta bulunulan merhum Ord. Prof. S. Sami Onar'ın, «Gerek Medenî Kanun bakımından hangi malların 'menfaati umuma ait mallar' sayılacağı ve gerekse Tapu Kanununun dediği 'amme hizmetine tahsis' ki-

3) Bu yöndeki içtihad uygulamalarını 1980 yılından sonra da sürdüren Yargıtay'ın daha yeni kararlarına, ileride III. bölümde değinilecektir.

lınmasının mala ne mahiyet vereceğinin tayini de içtihadı kalmış bir keyfiyettir. Binaenaleyh içtihatlar, ihtiyaçları ve âmme hizmetlerinin hususiyetlerini gözönünde tutarak bu mefhumların delâlet ettikleri mânayı ve hangi sahalarda tatbik edileceklerini, ilmî esaslara ve kriterlere göre tâyin edebilir. Buna Medenî Kanunun birinci maddesi de, idare hukukunun bünyesi de tamamen müsaittir»⁴ yolundaki mütalaasından da yararlanılmış olduğu görülmektedir.

Gerçekten, Yüksek Mahkeme kamusal ve özel malları birbirinden ayırd etmek üzere Fransız doktrininde öne sürülen ölçütleri, (malın mahiyeti, tahsis ciheti, kamunun kullanması ve yararlanması, mal ile hizmet arasındaki ilişki) S. S. Onar'ın kitabından özetleyerek, açıkladıktan sonra, «... özellikle malın tahsis şeklini ve maldan yararlanmaları esas alan görüşlerin ortaya çıkardığı çelişkileri ve sorunları büyük ölçüde gideren ve Ord. Prof. Dr. Sıddık Sami Onar'ın da benimsediği birleştirici ve tamamlayıcı görüşün (age: sh. 1311-1312) ölçü alınmasında yarar vardır.» demek suretiyle, bu karma ölçüt üzerinde karar kılmaktadır. Şöyle ki, «Bu idare hukuku ağırlıklı görüşe göre, kamu tüzel kişilerinin ellerinde bulunan mallardan, kamu tarafından yararlananlarla bir kamu hizmetine o hizmetin bir unsurunu teşkil edecek şekilde bağlanmış olanlar, kamu malıdır». «Diğer taraftan Devlete veya bir kamu tüzel kişisine ait idarî bir hizmeti gören bir birimin, özel nitelik istemiyen bir binada çalışmasının görevi ve hizmeti aksatması söz konusu değilse (örneğin, belediye zabıtasına ait bir bina gibi) veya herhangi bir kamu hizmetinin görülmesi içinde tamamlayıcı parça olarak yer almamış (memur konutları, dinlenme tesisleri gibi) binalar söz konusu ise; artık idare hukuku kuralları değil özel hukuk kuralları ile çözüm aranmalıdır». Ayrıca, «yasalarda özel hüküm bulunan hallerde (Kamu İktisadî Kuruluşlarında olduğu gibi), kamu kuruluşlarına ait binalardan doğan zararlarda özel hukuk hükümleri uygulanabileceği de unutulmamalıdır.»

Yargıtay Dördüncü Hukuk Dairesi, benimsediği bu ölçütü, incelediği olaya uygulayarak, şu sonuca varmaktadır: «Okul binaları, eğitim hizmetinin görülmesinde onun tamamlayıcı bir parçasıdır; uygun ve özel nitelikteki binalarda yapılmadıkça bu hizmetin aksaması kaçınılmazdır. Bu nedenle okul olarak yapılmış binalar, tipik kamu malıdır.

4) Sıddık Sami Onar, «İdare hukukunun umumî esasları», 3. bası, (İsmail Akgün, İstanbul, 1966), Cilt II, s. 1313.

Bunların kullanılması ve muhafazasından doğan zararlarda BK. nun 58. maddesi hükmünün uygulama alanı bulacağı düşünülmemelidir. Aksine kamu malının kullanılmasından doğan zararlarda sorumluluk, idare hukuku esaslarına göre belirlenmelidir. Bunun inceleme yeri ise, adli yargı değil, idarî yargıdır.»

Bu arada Dördüncü Daire, Medenî Hukuka ağırlık veren önceki içtihadını terkederken, «Devlet ve diğer kamu kuruluşlarının kamu malları üzerindeki haklarının niteliğini belirlemek gereğini duymuş ve egemen olduğunu söylediği şu görüşü benimsemiştir: «... Devletin kamu malları üzerinde özel mülkiyete benzemeyen ondan ayrılan bir hakkı olduğunu kabul ederler. Bu şekilde ortaya çıkan hakkın kaynağı ise idare hukukudur; çünkü Devlet bu mallar üzerinde malik sıfatıyla değil, özel hukuk dışında ve idare hukukundan kaynaklanan tasarruflar yapabilmekte, aynı zamanda bunların idare ve muhafazasında âmme kudreti söz konusu olmaktadır.»

Belirtmek gerekir ki, Yüksek Mahkeme, bu son noktada olduğu gibi, gerekçelerin hiçbirinde mevzu hukuk kurallarına yer vermemiş ve sadece doktrinden yararlanmış bulunmaktadır. Oysa Prof. Onar, hâkimin içtihad gücünden söz etmekle beraber, Medenî Kanun ile Tapu Kanununun ilgili hükümlerinden hareket edilmesini tavsiye etmiş idi.

— III —

Yargıtay dairesinin kamusal mallar konusundaki bu yeni içtihadı, esas itibariyle, doğru ve yararlı ise de; benimsenen ayırım ölçütü genellik, açıklık ve kesinlikten yoksun görünmektedir. Gerçi Yüksek Mahkeme, bir bakıma haklı olarak, «Bu yorum ve görüşün takdire (diğerlerine göre daha fazla) yer vermesi doğrudur. Ne var ki, hukukta takdir hakkının kullanıldığı pek çok alan vardır. Aslında takdir hakkının (iyi kullanıldığında) hukuku geliştirdiği ve ihtiyaçlara daha doğru ve iyi cevap verdiği de unutulmamalıdır. Bu nedenle burada ortaya çıkan 'takdir hakkını' bir sorun olarak görmemek gerekir» demek suretiyle, ölçütün belirsizliğinden ötürü farklı uygulamalara elverişli olmasının abartılmamasını istemektedir. Lâkin, söz konusu karma ölçüt, her tür kamusal mal için geçerli olmadıktan başka, kapsadığı türler bakımından da yetersiz bulunmamaktadır.

Bu hususları aydınlığa kavuşturmak açısından Türk hukukunda kamusal malların nelerden oluştuğunu ve ortak niteliklerini ortaya koymakta yarar vardır. Osmanlıdan bu yana Türk mevzu hukukunda, özel mülkiyet konusu olmayan ve buna ilişkin hükümlerden farklı ve ayrı esas ve usullere tâbi bulunan çeşitli malların mevcudiyeti kabul edilmektedir. Ancak bu malları, bir hukukî kategori olarak düzenleyen genel kuralların bulunmadığı ve mevzuatta dağınık özel hükümlerin kısmen tanzim ettiği bilinmektedir.

Osmanlı döneminde, kamusal malların bir bölümü hakkında ihtiyaca uygun ve oldukça ileri nitelikte hükümler taşıyan Arazi Kanununun, 1926 da Medenî Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra geçerliğini yitirdiği görüşü baskın ve etkili olduğundan; I. Cumhuriyet'te, bu konuda başlıca MK. m. 641 ve 912, Köy ve Tapu Kanunlarının bazı maddelerindeki düzenlemeler, pozitif hukuku teşkil etmekte idi. Bu yasal hükümler, kamu mallarının, ne genel ne de özel tanımını yapmış, «sahipsiz şeyler», «muma ait mallar», «âmme hizmetine tahsis» v.b. çeşitli kavramlar öngörüp, kimi örnekler vermiş ve sadece bunlar «devletin hüküm ve tasarrufu altındadır» demekle yetinmiştir. Bu deyim sonraları sular, maden, petrol ve daha başka konular hakkında kullanılmış; 1961 Anayasasının 130. maddesindeki «Tabii servetler ve kaynakları, Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır» kuralı ile üstün norm niteliğini kazanmıştır. Prof. Onar «1961 Anayasası da bir kısım kamu malları hakkında esasları kapsamaktadır» (anılan kitap s. 1289) demektedir ise de; bu yönde hiçbir madde zikretmemekte veya hüküm aktarmamaktadır. «Kamu malları hakkında esaslar» ibaresiyle, Anayasanın 130. maddesine atıfta bulunmak istenmiş ise; tabii servetler ve kaynakları, «kamusal mal» niteliğinde kabul edilmiş demektir.

III. Cumhuriyetin 1982 Anayasası, 130. maddenin aktarılan hükmünü, ufak bir farkla (kaynakları değil kaynaklar) 168. maddesinin başına geçirdikten başka; 43. maddesinde, «Kıyılar, Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır» hükmü ile bu deyim yeni bir alana uygulamaktadır. Ayrıca her iki anayasa da, yerleşme hürriyetinin sınırlanması nedenleri arasında, «kamu mallarını koruma» amacını saymaktadır (m. eski 18, yeni 23). Bununla beraber, ne I. ne de II. ve III. Cumhuriyet dönemlerinde çıkarılan kanunlarda, «devletin hüküm ve tasarrufu» ve «kamu malları» kavramları tanımlanmış ya da açıklanmıştır.

Türk doktrini de, bu iki kavramı doğrudan doğruya ele alıp, şimdiye kadar açıklığa kavuşturmuş değildir. Prof. Onar, genel olarak, «...

âmmе hükmî şahıslarının amme malları üzerindeki selâhiyetlerinin idare ve muhafazaya matuf geniş mânada zabıta kudretinden ibaret olduğu ve bunlar üzerinde yalnız idarî mahiyette tasarruflar yapılabileceği, ancak bunların muhafazası bakımından icabında zilyedlik, komşuluk hukuku ve saire gibi medenî hukuk selâhiyetlerinden de faydalanabilecekleri hakkındaki eski klâsik görüşten ayrılmamak... doğru ve memleketimizin an'ane ve ihtiyaçlarına da daha uygun olur» (anılan kitap, s. 1328) demektedir. Fakat daha sonra, «İdare hükmî şahısları âmmе emlâki üzerinde medenî hukukun mülkiyet hakkı mahiyetinde bir hakka sahip olmadıkları veya bu hak idare hukuku kaideleri ile tamamen tahdit edilmiş bulunduğu için bunlar üzerinde değişmez mahiyette hususî ve ferdî hukukî durumlar ihdas edilemez. ...İdarenin bunlardan temin edebileceği malî menfaatlerin mahiyet ve şumulünü aşağıda tetkik edeceğiz» (anılan kitap, s. 1390) diye eklemektedir.

Kamu malları üzerine etraflı bilgiler veren Prof. Dr. Akın Düren de⁵, «devletin hüküm ve tasarrufu» kavramını tartışmadan, «MK. md. 641/C deki 'hüküm ve tasarruf' deyimini İsviçre MK. md. 664/1 deki hakimiyet (-*Hoheit*) şeklinde yorumlamak gerekir» diyerek, açıklamalarını şöyle sürdürmektedir. «Yani devlet, İsviçre Hukukunda olduğu gibi bizde de, sahip olduğu hâkimiyete dayanarak kamu malları üzerinde kamu yararına uygun hukukî düzeni özel mülkiyet veya kamu mülkiyetini) tesis etmeye yetkilidir... devlet hâkimiyet kudretine dayanarak kamu malları kavramına giren sahipsiz mallar, orta malları ve hizmet malları üzerinde kamu mülkiyetine sahip bulunduğunu, Alman ve İsviçre Hukukundan farklı olarak tayin etmiştir. Artık Eşya Hukukunun *dominium* (-mülkiyet) ve Kamu Hukukunun yetkiler toplamı olarak nitelendirilebilecek *imperium* (-hâkimiyet) unsurlarından oluşan bu 'kamu mülkiyetine' uygulanacak kurallar özel hukuk kuralları değil, kamu hukuku kuralları olacaktır. Başka bir anlatımla idare kamu malları nedeniyle 'zilyedlik davaları', 'istihkak davası', 'komşular yararına konulmuş takyidler' ve 'semerelerin mülkiyetini elde etmek' gibi Eşya Hukuku kurumlarından yararlanabileceği gibi; kamu mallarının denetim ve gözetimi, kullandırma, yararlandırma ve işletme gibi *imperium*' dan doğan yetkileri kullanabilecektir. Bu nedenle bu kamu mülkiyeti, özel mülkiyetin bir çeşidi değildir. Özel mülkiyet ile kamu mülkiyetini birbiriyle karşılaştırmak ve kamu mülkiyetinde özel mülkiyetin niteliklerini aramak mümkün değildir.»

5) «İdare hukuku dersleri», AÜHF yayını No: 447, Ankara, 1979, s. 55-56.

Görülüyorki, kitaplarından alıntılar yaptığım her iki profesörün «devletin hüküm ve tasarrufu» kavramı hakkında söyledikleri soyut ve bulanık ifadeler olup, kamu tüzel kişilerinin kamu malları üzerinde haiz olduğu haklar ile kullandığı yetkilerin niteliği de belirsiz ve çelişkili bulunmaktadır.

Bugünkü Anayasanın 23 üncü maddesinde sözü edilen «**kamu malları**», yer aldığı hükmün konu ve amacı itibariyle, devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin, «**özel malları**» da dahil, tüm taşınmazlarını anlatmakta ve kapsamaktadır. Kıyılara ilişkin 43. maddesindeki «**devletin hüküm ve tasarrufu altındadır**» hükmü, deniz, göl ve akarsuların kıyıları ile çevresine yönelik olmak bakımından, kamusal mallar hakkında bir kuraldır. Buna karşılık, tabii servetler ve kaynaklar için 167. maddede kullanılan aynı deyim, kamu mallarını içerirse de, bunların tümü «**kamusal mal**» sayılamaz. Örneğin, madenler ve petrol ile yeraltı suları ve sıcak ve soğuk maden suları ile kaynak suları kamu mallarındandır, fakat kamusal mal niteliğinde değildir. Bunun gibi, Anayasanın 169 uncu maddesiyle, «mülkiyeti devrolunamaz», «zamanaşımı ile mülk edilemez» ve «kamu yararı dışında irtifa hakkına konu olamaz» yolundaki yasaklarla kamusal mal niteliklerine benzer koruma önlemlerine kavuşturulmuş bulunan «**devlet ormanları**», kamu mallarından olmakla beraber, «**kamusal mal**» kümesi içinde yer almaz. Çünkü, gerek yeraltı tabii servetler ve kaynaklar, gerek devlet ormanları, kamu yararı niteliğini taşımakta ise de, ne kamunun yararlanmasına bırakılır, ne her yerde kamu hizmetinin ögesini oluşturur, ne de sahipsiz mallardandır.

Şu halde, «**devletin hüküm ve tasarrufu altında**» bulunmak tek başına bir şeyin «**kamusal mal**» olmasını sağlayan ve mutlaka mülkiyet hakkını dışlayan bir hukukî durum değildir. Dolayısıyla, «**devletin hüküm ve tasarrufu**» kavramı, sadece «**hâkimiyet**» (egemenlik)i içermediği gibi, «geniş mânada zabıta kudreti»nden ibaret sayılamaz. Bu kavram, Türk hukukuna özgü ve genel olarak kamu mallarını hem bireylere ve topluluklarına, hem de devlete ve malik kamu tüzel kişilerine karşı korumayı amaçlayan ve özel mülkiyet hakkının sakıncalarından koruyan bir önlem ilkesi diye kabul edilebilir.

Kamu malları arasında toplum yararı açısından daha fazla güven ve koruma altına alınması gerekli bulunanların «**kamusal mal**» kümesine ayrılıp, farklı ve ayrıcalıklı bir hukukî statüye bağlanması zorunlu görülmektedir. İşte Türk hukukunda bu kümeye giren malların, yu-

karıda işaret edilen Medenî Kanun, Köy Kanunu, Tapu ve Tapulama Kanunları, Belediye Kanunu, II. Cumhuriyette çıkarılan ve sonradan Anayasa Mahkemesince iptal edilen Çiftçiyi Topraklandırma Kanunu ile Ön Tedbirler Kanunu ve 1982 Anayasası ile yeni dönemde yürürlüğe konan İmar ve Kıyı Kanunlarındaki örneklerden ve düzenlemelerden esinlenerek başlıca dört çeşit olduğu söylenebilir:

1 — Kamunun ortaklaşa ve serbestçe yararlandığı yerler: yollar, meydanlar, köprüler, park ve bahçeler, korular, deniz, göl ve akarsular.

2 — Kamu hizmetlerinde kullanılan mallar: askeri tesisler, bölgeler, barajlar, enerji santralleri, yalnız yetkili ve ilgililere açık binalar, araştırma ve bilgisayar merkezleri ve benzerleri.

3 — Kamu hizmetlerinde kullanılan ve kamunun hizmet dolayısıyla yararlandığı yerler: hizmete özel binalar, okul, hastahane, kara, deniz ve hava ulaşım tesisleri ve araçları, kanallar ve sulama tesisleri, müzeler, kitaplıklar, stadyum ve hipodrumlar, otoparklar, haller, posta ve telekominikasyon şebekesi, su, havagazı ve elektrik tesisat ve şebekesi ve benzerleri.

4 — Köy orta malları: otlak, yaylak, kışlak, baltalık v.b.

Bu arada, eski eserler ve anıtlara ilişkin kanunla düzenlenmiş ve korumaya alınmış olan tarihi yapıtlar ve san'at eserleri ile çeşitli kanunlarda ve milletlerarası andlaşmalarda özel hükümlere bağlanmış bulunan cami, mescit, kilise ve havra gibi mabedler, ötekilerden farklı yanlara sahip ayrı birer çeşit kamusal mal oluşturur. Bir de bunlara MK. m. 641 ile hem «devletin hüküm ve tasarrufu altında», hem de ihraz ve işgale elverişli olduğu kabul edilen «sahipsiz şeyler»i eklemek gerekir.

Böylesine değişik nitelikli ya da çok çeşitli olan kamusal malların tümünü özel mallardan ayırd etmeye yarayacak tek bir ölçüt bulmak gerçekten, olanaksız değilse, çok zordur. Ancak, kamusal ve özel mallar arasında ayırım yapma güçlüğü, daha ziyade emek ürünü, yapay (sun'i) mallar açısından söz konusu olduğundan; doğaları gereği «kamusal mal» sayılan şeylerde ciddî bir sorun oluşturmaz. Nitekim Yargıtay'ın benimsediği ölçüt de kamu hizmet ve faaliyetlerinde kullanılan ve yararlanılan yapıtların hukukî niteliklerini ayırd etmeği amaçlamaktadır.

Bununla beraber, Dördüncü Daire, ayırım ölçütünü açıklarken, «Mal kamu hizmetinin görülmesinde önemli rol oynuyorsa, kamu malıdır. Burada malın, yalnız kamu hizmetine tahsis edilmiş olması, onun kamu malı olması için yeterli değildir; bunun yanında malın hizmetin bir unsuru veya onun tamamlayıcı parçası olması da gereklidir» dediği halde; yukarıda tümü aktarılan, «kamusal mal» tanımında, buna bir de «kamu tarafından yararlanılanlar»ı eklemiş bulunmaktadır. Prof. Onar'ın yaptığı «kamusal mal» tanımı da aynı içeriktedir: «amme hükmî şahıslarının ellerinde bulunan menkul ve gayrimenkul mallardan âmme tarafından istifade edilenlerle bir âmme hizmetine o hizmetin bir unsurunu teşkil edecek şekilde bağlanmış olanlar âmme emlakidir» (anılan kitap, s. 1312). Demek oluyor ki, kamunun doğrudan doğruya yararlandığı veya kullandığı malların «kamusal» nitelikte sayılması için «önemli rol oynaması», «bir unsur» veya «tamamlayıcı parça olması» gerekmektedir. Gerçekten kıyılar, göller, akar sular, yollar, köprüler gibi kamunun yararlanmasına açık olan yerler, bir kamu hizmetinin ögesi değil, tümü ile konusudur. Daha doğrusu gelip-geçme, dolaşma ya da seyahat temel özgürlüğünün kullanıldığı mekânlardır.

Bu itibarla, «kamu hizmetinin ögesi» ölçütü, kamunun serbest yararlanmasına bırakılmış veya MK. nın deyişiyle «menfaati umuma ait olan mallar» hakkında geçerli veya uygulanabilir nitelikte değildir. Kaldı ki, Jèze ve Coquet'nin önerdikleri bu ölçüt Waline tarafından geliştirilerek, «doğası ya da yapımı ve özel tertibi itibariyle veya tarihsel ve bilimsel önemi dolayısıyla kamu hizmetine gerekli veya kamu ihtiyaçlarını karşılamada yerine başkasının konulamıyacağı eşya» diye nitelenen «kamusal mallar»ın tanımı biçimine sokulmuştur⁶. Ancak, Fransız doktrininde, İkinci Dünya Savaşı sonrasına kadar «kamu hizmetine tahsis» ölçütlerini, kamusal malları, hizmetin, aracı değil, ancak konusu olan eşyaya indirgeyen (Latournerie) bulunduğu gibi, tümü ile reddeden müellifler de (Alibert, Jansse, Maroger, Klein) ortaya çıkmıştır. Mahkeme içtihadları dolayısıyla geçerliğini yitiren bu görüşlerden sonra, Çağdaş Fransız doktrini artık yeni kuramlar geliştirmeyi gerekli görmemektedir⁷.

Gerçekten Fransa'da savaş sonrasında kurulan «Code civil'i yeniden

6) J. M. Auby et R. Ducos - Ader, «Droit administratif, Fonction - biens - travaux», 3^e - éd. 1973, Dalloz, Paris, No: 152, p. 213-214.

7) Auby et Ducos - Ader, anılan kitap, s. 214-215.

düzenleme Komisyonu», kamusal mallar konusunda, Jürisprüdansı etkileyecek olan şu hükümleri önermekte idi:

«Kamu idareleri ile kamu kurumlarının malları, kanunda aksine bir hüküm yoksa, ancak,

— ya yararlanan kamunun doğrudan doğruya emrine verilmiş veya bırakılmış,

— ya da bir kamu hizmetine özgülenmiş (tahsis edilmiş) (bu takdirde yeter ki doğası itibariyle veya özel tertibi ile hizmetin kendi amacına, münhasıran veya esaslı surette uyarlanmış olsun!)

olmak koşulu ile, kamusal mallar arasında yer alır.

Komisyonun hazırlamış olduğu ön-tasarı, bugüne kadar kanunlaşmamış bulunmasına rağmen bu esaslar, 1950'den bu yana sırasıyla Fransız Temyiz Mahkemesi, Devlet Şûrası ve İhtilâf Mahkemesince aynen benimsenip uygulanmaktadır. Ancak, aktarılan esaslardan ilkinde, yani kamunun doğrudan doğruya yararlanmasına bırakılan yerlerin kamusal mal olarak nitelenmesinde fazla güçlkle karşılaşılmasa da, ikincisinin ve özellikle de «doğası itibariyle veya özel tertibi dolayısıyla» eşyanın kamusalığının belirlenmesinde önemli ve esaslı zorluklar çıkmakta ve değişik uygulamalara yol açılmaktadır⁸.

Yargıtay içtihadına dönecek olursak, kararının bir yerinde, «hizmetin tamamlayıcı parçası» ibaresinden sonra, «uygun ve özel nitelikteki binalar» biçiminde yaptığı nitelikleme ile Fransız hukukunda uygulanan esaslardan ikincisinden esinlenmiş görünmektedir. Ne var ki, söz konusu kararın, bu deyiminden ve diğer ifadelerinden, kamusal malların kamu hizmetlerini görme yolunda yalnızca İdare tarafından kullanılmasının gözönünde tutulduğu, ilgililerin (öğrenci, hasta v.b.) yararlanmasının ise pek düşünülmediği anlaşılmaktadır. Oysa, kamu hizmetlerinin konusu veya aracı olan kamusal mallar, İdare kadar ve bazan daha ziyade hizmetten yararlananlarca kullanılır ve çıkar sağlanır. Ayrıca, kamu hizmetine tahsis edilen malların İdareyi mi, yoksa yararlan-

8) Auby et Ducos - Ader, anılan kitap, No. 163, s. 277-278; Philippe Godfrin, «Droit administratif des biens», Masson, Paris, p. 28-34.

nanları mı hedef aldığını saptamak hiç de kolay bir iş değildir⁹. Ancak bu nokta, Yüksek mahkemeye göre, kamusal malların sahibinin veya yönetici ve işleticisinin, sıfatına koşut olarak, yetki ve sorumlulukları farklı sayıldığı için, önemli ve etkili değildir.

Şöyle ki, Dördüncü Hukuk Dairesi, kararının sonunda, «yasalarda özel hüküm bulunan hallerde (Kamu İktisadî Kuruluşlarında olduğu gibi), kamu kuruluşlarına ait binalardan doğan zararlarda özel hukuk hükümleri uygulanabileceği de unutulmamalıdır» demekle, «kamusal mallar»ın nitelik ve statüsünü değil, kamu idare ve kurumlarının genel hukukî rejimini belirlemekten öteye birşey yapmamış sayılır. Çünkü Yüksek Mahkeme, önüne getirilen davaya bakmakla görevli yargı yerini saptamak için, tazmini istenen zarara yol açan şeyin hukukî niteliğini belirleme gereğini duyduğuna göre; uyuşmazlığın esasının çözümünde uygulanacak hukuk kurallarının kamusal mı, özel mi olduğu sonucuna varırken, bu şeyin malikinin sıfatı ve genel hukukî rejimi gözönüne alınmamak gerekir. Gerçekten, bir kamu iktisadi kuruluşunun bir limanı, demir yolunu, postayı, radyo-televizyon ve benzerlerini yönetip işletmekte olması ve kuruluş kanun ve statüsünün özel hukuk hükümlerine tâbi bulunduğunu öngörmesi, kamusal mal sayılan taşınmazlarına ilişkin bütün uyuşmazlıkların Adlî yargının görevine girmesini zorunlu kılmaz. Bu kuruluşlar, kamusal mallara sahip olabileceği gibi, bu tür malların işletilmesi ile görevlendirilirler. Böyle olunca, örneğin kamusal mallardan doğan zararların ödettirilmesi davasına, kamu hukuku kurallarının, İdarî yargı tarafından uygulanması gerekmez mi?

Yargıtay, bu soruya «hayır» demekte ve «... uyuşmazlık konusu olan işlerin ve tesislerin niteliğine değil, bunları yapan ve işleten kuruluşların, genellikle işlemlerinin tâbi tutulduğu hukukî rejime bakarak, yol açabilecekleri zararların özel hukuka ve Adlî yargının görevine ya da kamu hukukuna ve İdarî yargının görevine giren tazminat davalarını oluşturduğunu kabul ve içtihad etmektedir»¹⁰. Oysa, Yüksek Mahkemenin inceleme konusu kararında belirttiği «Devlet bu mallar üzerinde malik sıfatıyla değil, özel hukuk dışında ve idare hukukundan kaynak-

9) Ph. Godfrin, *anılan kitap*, s. 20-22.

10) «Yargıtay'ın kamu hukukuna değgin son kararlar üzerine müllâhazalar» *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt 18, Sayı 3, Eylül 1985, s. 47. Bu yöndeki kararları ve eleştirisi s. 47-51, 51-58.

lanan tasarruflar yapabilmekte; aynı zamanda bunların idare ve muhafazasında âmme kudreti söz konusu olmakta» bulunduğuna göre; onun yerine ve bazan aynı zamanda adına söz konusu idare hukuku işlemlerini yapan ve kamu gücünü kullanan kamu tüzel kişisi Kamu İktisadî Kuruluşlarının ellerinde bulundurduğu, kullandığı ve yararlandığı kamusal mallara, esas itibariyle, aynı kuralların uygulanması kaçınılmaz sayılmalıdır.

Yargıtay'ın kamusal malların ölçütü hakkındaki yeni içtihadını, olumlu ve yararlı bir değişim olarak karşılamakla beraber, yeterlik ve uygulanabilirlik yönlerinden doyurucu bulmadığımı vurgulamak isterim.

Mart 1986