

BİR GAYRİMENKULÜN İSTİMLÂK EDİLMEYEN ÂMME EMLÂKİNE KALBEDİLMESİ

(Tevhidi İçtihadı gerektiren bir durum)

Asistan M. Kemal Oğuzman

I. Meselenin vaz'ı. - II. Temyiz Mahkemesinin kararları. - III. Tevhidi İçtihat lüzumu. - IV. Şayanı kabul hal tarzı; A) 4. HD. kararının tenkidi, B) Fransız hukukunun hal tarzı; Dolayısıyla istimlâk, C) Kanaatimiz: Haksız fiil tazminatı. - V. Netice.

I. Medenî Kanunumuz, 618 inci maddesindeki «Bir şeye malik olan kimse, o şeyden kanun dairesinde dilediği gibi tasarruf etmek hakkını haizdir; haksız olarak o şeye vazıyed eden herhangi bir kimseye karşı istihkak dâvası ikame ve *her nevi müdahaleyi* menedebilir» hükmü ile ferdin mülkiyetini diğer fertlerin tecavüzlerine karşı koruduğu kadar idare hükmî şahıslarının tecavüzlerine karşı da korumuş bulunmaktadır.

Teşkilâtı Esasiye Kanunumuzun 74 üncü maddesi de idarenin ferdin gayrimenkulünü, «Umumî menfaatler için lüzumu, usulüne göre anlaşıl-mak» ve «mahsus kanunları mucibince değer pahası peşin verilmek» şartile istimlâk edebileceğini bildirmiş bulunmaktadır.

Şu halde idare, istimlâk usulüne riayet ettiği takdirde Teşkilâtı Esasiye Kanununun ve buna dayanan hususî bir kanunun verdiği selâhi-yeti kullanmış ve meşru bir şekilde hareket etmiş olur. Buna mukabil, şayet bu usule riayet etmeden ferdin gayrimenkulüne el koymuşsa Medenî Kanunun 618 inci maddesindeki müeyyide ile karşılaşacaktır.

Fakat idare, istimlâk etmeden ferdin gayrimenkulüne el koymuş bulunmakla beraber bunu aynı zamanda âmme emlâkine kalbetmişse acaba tatbik edilecek kaide gene MK. 618 mi olacaktır?

Filhakika, 4. Hukuk Dairesi, 15.5.1953 tarih ve 3086/2285 sayılı kararında, malikin idareden, âmme emlâkine kalbedilmiş bulunan gayri-zır neticelere varmaları ve tevhidi içtihadı gerektiren bir durum yarat-

Bu mesele, Temyiz Mahkemesinin iki hukuk dairesinin tamamen maları ile de ayrı bir ehemmiyet kazanmıştır.

menkulünün bedelini talep edemeyip müdahalenin men'i ile haksız işgal-den mütevellit zararının tazminini talep edebileceğini kabul etmiş, buna mukabil 3. Hukuk Dairesi, 17.9.1953 tarih ve 7470/5108 sayılı kararında, tam aksine olarak, malikin müdahalenin men'i ve haksız işgal tazminatı değil gayrimenkulünün bedelini talep edebileceği neticesine varmış bulunmaktadır.

Bu durumu göz önünde tutarak, önce kararları¹ görüp tevhidî içtihat zaruretini tebarüz ettirdikten sonra meselenin haline geçmeği daha uygun bulmaktayız.

II. 1) *Temyiz Mahkemesi 4. Hukuk Dairesinin 15.5.1953 tarih ve E. 3086/K. 2285 sayılı kararı :*

Dâva : Tapuda kayıtlı bulunan gayrimenkulleri hiç bir sebebe istinad etmeksizin dâvalı belediye tarafından maili inhidam diyerek yıktırılmış ve arsası kısmen yola kalbedilmiş ve istimlâk muamelesi lâzım gelirken bu lâzıme de riayet edilmemiş olduğundan bahisle yer bedeli olan 2800 liranın dâvalıdan tahsili talebinden ibarettir.

1) Temyiz Mahkemesinin meseleye temas eden kararları sadece bu iki karardan ibaret değildir. Meselâ 4. HD. 7.9.1939 tarih ve 2000/1647 sayılı kararında, Belediye dairesinin «istimlâk muamelesini kanun dairesinde ikmal etmeksizin müddeinin bahcesini yola kalbetmiş olmasına mebni tazminat ile mükellef bulunması» nı kabul ederek, Belediyeyi gayrimenkulün bedelini ödemeğe mahkûm eden Asliye Mahkemesi kararını tasdik etmiştir. Gene aynı daire, 26.9.1944 tarih ve 3162/2621 sayılı kararında da «dâva suretine göre dâvacıların ecrimisil talebine hakkı olmayıp ancak gayrimenkul istimlâk edilmiş ise istimlâk bedelini ve edilmemiş ise gayrimenkulün parka ve yola kalbedildiği tarihteki kıymetini dâva etmek lâzım geldiği düşünülmiyerek dâvanın kabulü ile ecrimisil hüküm verilmesi» ni yolsuz bulmuş ve Asliye Mahkemesi kararını bozmuştur. Keza aynı dairenin 28.3.1952 tarih ve 442/1693 sayılı kararının da yukarıdaki kararlarda kabul edilen prensibe uygun olarak verildiği görülmektedir. 4. HD. metnini yazımıza koyduğumuz 15.5.1953 tarih ve 3086/2285 sayılı kararla bu prensibinden ayrılmıştır.

Buna mukabil 3. HD. nin 11.10.1942 tarih ve 2658/2126 sayılı kararı ile 3.12.1943 tarih ve 13640 sayılı kararında — hâdisede bir âmme emlâkine kalbedilme bahis mevzuu olmak şartile —, tetkik edeceğimiz 17.9.1953 tarih ve 7470/5108 sayılı karardaki prensibin aksini tatbik etmiş bulunduğu söylenebilir.

Bizim, yazımızda 4. HD. nin 15.5.1953 tarihli ve 3. HD. nin 17.9.1953 tarihli kararlarını ele almamızın sebebi bunların en yeni kararlar olmaları, hâdiseyi iyi bir şekilde canlandırmaları ve mucip sebebe dayanmalarındır.

(4. HD. 7.9.1939 tarihli kararı için bak: Temyiz Kararları, 1939 - 1940, hukuk kısmı, Ankara 1942, sah. 254-255. 4. HD. 26.4.1944 ve 28.3.1952 tarihli kararları ile 3. HD. 11.10.1942 ve 3.12.1943 tarihli kararları için bak: Kemal Demiroğlu, Mufasssal Belediye İstimlâk Kanunu Şerhi ve Tatbikatı, Danıştay ve Temyiz İctihatları, İstanbul, 1953, sah. 252-253.)

Karar : Tafsilâtı ilâmında yazılı olduğu üzere; dâvacılara ait 556 metre murabbaı arsanın yola kalbedildiği ekli kroki ile sabit olmuş olduğundan arsanın metre murabbaı 200 kuruştan 1112 liranın dâvalıdan alınarak hisseleri nisbetinde dâvacılara verilmesine ve fazla iddianın reddine karar verildiğine dairdir.

Temyiz kararı : Dâvanın konusu; Belediyenin istimlâk kararı olmaksızın mülkiyetinde bulunan arsanın bir kısmını yola kalbettiğinden bahisle arsa bedeli olarak 2800 liranın tahsili talebine taallûk etmesine ve sözü geçen gayrimenkul tapuca dâvacı uhdesine kayıtlı oldukça dâvacının silki mülkünden çıkamıyacağından dâvacının yola kalbedilen arsa bedelini mütalebeye hakkı olmayacağına ve gayrimenkulün istimlâki hakkında bir karar mevcut olmamasına, bu hukukî durum muvacehesinde dâvacının men'i müdahale dâvası açmakta veya zararı varsa tazminat talep etmekte muhtar olmak üzere bu şekilde açılan dâvasının reddi muktazi bulunmasına binaen, ilâmda yazılı olduğu üzere mütalâa beyanile arsa bedeli olarak Binyüz liranın Belediyeden tahsiline karar verilmesi yolsuz ve usul ve kanuna muhalif ve dâvalı belediyenin bozma dileği bu itibarla varid görülmekle hükmün bozulmasına... çoğunlukla karar verildi².

2) *Temyiz Mahkemesi 3. Hukuk Dairesinin 17.9.1953 tarih ve E. 7470/K. 5108 sayılı kararı* :

Dâva : Dâvalı Belediyenin inşa ettirmekte olduğu hidroelektrik tesisatı için tapulu fındık bahçesinden 1001 metre murabbaı, sahanın su isale kanalı olarak istimlâkine karar verildiği halde, 1506 metrelik saha üzerinde hafriyat yapmış ve tesisatını temin etmiş olduğundan istimlâk harici bırakılan 505 metrelik sahanın bilirkışı tarafından takdir edilen metre karesi 110 kuruştan tutarı olan 555 lira 50 kuruşun dâvalı belediyeden tahsili istemine dairdir.

Karar : Tafsilâtı hüküm yerinde yazılı olduğu üzere; dâvacı istifadesinden mahrum kaldığı mezkûr sahanın kıymetini isteyemeyip uğradığı zararı talep edebileceğinden yerinde görülmiyen iş bu dâvanın reddine karar verildiği hakkındadır.

Temyiz kararı : Dâvalı Belediye, dâvacının arazisinden kanal geçirmiş ve bu suretle filen âmme menfaatine bir tahsis vâki olmuştur. Bu vaziyette dâvacının istimlâk edilmeyen ve fakat üzerinde mülkiyeti zeval bulan yer bedelini istemeğe hakkı vardır. Dâvalı Belediye istimlâkten hariç kalan fazla yeri istimlâk etmeyeceğini de bildirmemiştir. Bu halde

2) Adalet Dergisi, yıl 44, sayı 11, Kasım 1953, sah. 1350.

dâvacının yer bedelini talep edemiyeceği kabul edildiği takdirde müdahale nin men'ini istemesi veya senelerce mahrum kaldığı menfaatini talep etmesi icap eder. Bu hal ise fiilen vâki bir idarî bir tasarrufun yani âmmeye tahsis keyfiyetinin iptalini ve mecranın kapatılmasını intaç eyler. Bu itibarla dâvaya usulen bakılarak istimplâk harici bırakılan yer bedelinin tesbiti ve bu yerin dâvalıya temlik suretile bedelinin tahsili gerekli iken yerinde olmıyan sebep ve düşüncelerle yazılı şekilde dâvanın reddine karar verilmesi yolsuz ve bozma dileği bu bakımdan yerinde görüldüğünden kabulile hükmün bu sebepten bozulmasına ittifakla karar verildi³.

III. Görüldüğü veçhile, tevhibi içtihadı gerektiren bir durum mevcuttur. Zira:

1) Her iki karara mevzu teşkil eden hâdiseler tamamen birbirine müşabihdir. Her iki kararda da istimplâk kararı olmaksızın âmme emlâkine kalbedilen birer gayrimenkul mevcuttur. Filhakika 4. HD. kararında, istimplâk kararı mevcut olmaksızın yola kalbedilmiş bir gayrimenkul mevzubahistir. 3. HD. kararında ise istimplâk edilmemiş gayrimenkul üzerinde su tesisatı yapılmıştır.

2) Her iki hâdisede tahsisi yapan idarî organ Belediyedir ve durum 14.7.1939 tarih ve 3710 sayılı Belediye İstimlâk Kanunu muvacehesinde cereyan etmiştir.

3) 4. HD. kararına yol açan Asliye Mahkemesi kararı belediyeyi gayrimenkulün bedelini ödemeğe mahkûm etmiştir. 3. HD. kararında ise Sulh Mahkemesi, malikin bu husustaki talebini red etmiştir.

4) Gerek 4. HD., gerek 3. HD., mahkemelerin kararlarını bozarak her biri diğer dairenin bozduğu karardaki neticeyi kabul etmiştir.

Her iki görüşün mesnetlerine gelince; 4. HD. nin, malikin gayrimenkulün bedelini talep edemiyeceği hususunda istinat ettiği mucip sebep şudur: Sözü geçen gayrimenkul tapuca dâvacı uhdesine kayıtlı oldukça onun silki mülkünden çıkmıyacağına göre bu gayrimenkulün mülkiyeti dâvacı uhdesinde bulunmakta devam etmektedir. Binaenaleyh mülkiyeti sona ermediğine göre onun bu yerin kıymetini talep etmeğe hakkı yoktur. Diğer taraftan, istimplâk kararı bulunmadığına göre idarenin bu gayrimenkule tasarrufu bir tecavüz teşkil etmektedir. Binnetice dâvacı men'i müdahale dâvası açabileceği gibi zararı varsa tazminat da — haksız işgal tazminatı, ecrimisil — talep edebilecektir.

3) Nesredilmemiştir.

3. HD. ne göre ise; İstimlâk edilmemiş olsa da, bir kimsenin gayrimenkulü üzerinde belediyece su tesisatı yapılması ile bu gayrimenkul fiilen âmme menfaatine tahsis edilmiş olur. Ferdin mülkiyet hakkına istinaden açacağı men'i müdahale dâvasının kabulü, idarenin tahsis kararının iptaline müncer olacaktır. Buna cevaz verilemeyeceğine göre, ferdin mülkiyet hakkını kaybetmesi dolayısıyla gayrimenkulünün bedelini talep edebileceğini kabul etmek iktiza eder.

IV. Acaba bu iki görüşten hangisi tercihe şayandır?

A) Kanaatimizce, bir kere 4. HD. kararında gayrimenkulün dâvacı uhdesinde kayıtlı bulunmasından çıkarılan netice şayanı kabul olamaz. Zira, her ne kadar Türk hukukunda mülkiyet tapu sicilindeki duruma göre taayyün ederse de MK. 633 gereğince bunun istisnaları mevcuttur. Bunlardan biri de istimlâktir. Filhakika, bir gayrimenkulün istimlâki ile, tapu sicilinde yapılacak değişiklik arasında geçecek zaman zarfında, tapu sicilinde gayrimenkul namına kayıtlı olan şahıs mülkiyet hakkına sahip değildir. Sicilde malik görünmesine rağmen istimlâkin tekemmülü anında mülkiyet hakkı sona ermiştir (MK. 643). Şu halde 4. HD. içtihadı bu şekilde değil, «gayrimenkul henüz istimlâk edilmediği cihetle mülkiyet dâvacı uhdesinde bulunmakta devam etmektedir» tarzında ifade edilmek yerinde olur.

Kaldı ki, bu şekilde ifade edilmesi halinde dahi 4. HD. nin hal tarzı değil, 3. HD. nin hal tarzı kabule şayandır.

Bu görüş her şeyden evvel tarafların menfaatine daha uygun bulunmaktadır. Filhakika ferd müdahalenin men'ini elde etse dahi, gayrimenkulün âmme emlakine kalbi mevzuubahis olduğu ve tahsis kararı istimlâkte menâfii umumiye kararını teşkil edeceği⁴ cihetle belediye hemen gayrimenkule bir kıymet takdir edip istimlâk kararını bildirecektir. Ferd 15 gün içinde Asliye Mahkemesinde dâva açıp itirazda bulunmadığı takdirde gayrimenkul, belediyenin takdir ettiği ve belki de hakikî değerinden az olan kıymet üzerinden istimlâk edilmiş olacaktır (Belediye İstimlâk K. 9, 10, 11). Bedel kat'ileşip istimlâkin tekemmül etmesiyle mülkiyet tescilden önce belediyeye intikal edip ferd bu mülkiyeti kaybetmiş olacak (MK. 633, 643) ve artık kat'ileşmiş istimlâk bedelini kabule mecbur kalacaktır. Şayet 15 gün zarfında dâva açmışsa bu takdirde kıymet mahkeme marifeti ile takdir edilecektir.

Halbuki bu kadar dolambaçlı bir yola lüzum kalmaksızın, gayrimenkulü nasıl olsa elinden alınacak şahsın, 15 günlük sukutu hak müddetine de bağlı kalmaksızın, gayrimenkulü âmme menfaatine tahsis edildiği zaman, mahkemeden tazminat şeklinde gayrimenkulünün kıymeti ile

4) Sıddık Sami Onar, İdare Hukuku'nun Umumi Esasları, İstanbul 1952, sah. 960.

birlikte varsa munzam zararlarını da talep edebilmesi onun menfaatine bulunmaktadır.

Diğer taraftan, bu hal tarzı idarenin de, menfaatine uygundur. Zira Belediye bu yeri âmme menfaatine tahsis etmeyi arzu ettiğine ve nasıl olsa bu yerin değer pahasını ödeyeceğine göre men'i müdahale ile karşılaşması ve âmme menfaatinin tahakkukunun — meselâ yolun açılmasının — gecikmesi önlenmiş olur.

B) İşte bu faydayı göz önünde tutan Fransız mahkeme içtihatları, bir hususî mülkiyete mevzu teşkil eden gayrimenkulün henüz istimplâk edilmeden, gerek yol olarak, gerek üzerinde tesisat yapılarak âmmenin menfaatine tahsisi halinde ortaya «dolayısıyla istimplâk = expropriation indirecte» mefhumunu atmışlar ve meseleyi hal etmek üzere onun yardımından istifade etmişlerdir. Fransız içtihatlarında 1810 dan itibaren yer alan bu görüş zamanla çok inkişaf etmiş ve doktrinde de bir hayli taraftar bulmuştur⁵.

Buna göre, idarenin istimplâk etmeksizin ferdin mülkünü âmme menfaatine tahsis etmesi halinde ferd müdahalenin men'ini değil, mülkiyetin kaybı dolayısıyla bir tazminat «indemnité d'éviction» talep edebilir. Bu dâva adli mahkemede açılır ve mahkemenin tazminat kararı ile ferdin mülkiyet hakkı sona erer. Yani mahkemenin ayrıca mülkiyetin intikaline karar vermesine lüzum yoktur. Bu intikal tazminat kararında zımnen mündemiçtir. Fakat bu karar izharî değil inşaî bir karardır. Tazminat kararı ferdin mülkiyetinin sona ermesinde inşaî bir rol oynar.

C) Biz biraz değişik surette taraftar olduğumuz bu hal tarzının sadece menfaatlere uygunlukla değil, hukuk tekniği ile de izah edilebileceğine ve daha tatminkâr bir netice arzedeceğine kani bulunuyoruz.

Şöyle ki; idarenin ferdin mülkünü istimplâk etmeksizin âmme menfaatine fiilen tahsis etmesi meselâ yola kalbetmesi bir gasp teşkil eder. İdare bu gasbettiği gayrimenkülü iade ile mükellef tutulmak iktiza ederse de bu imkân mevcut değildir. Tıpkı bir şahsın menkul bir malını gasbettikten sonra onu yok eden şahsın durumunda olduğu gibi .Meselâ A, B nin menkul bir malını yakmış olsa bu halde A bu malı B ye iade imkânına sahip değildir. O ancak B nin mülkiyetine son vermiş olmak sebebiyle tazminata mahkûm edilecektir. İşte tıpkı bu durumda olduğu gibi, idare de ferdin gayrimenkulünü âmme emlakine kalbedince artık iade imkânı ortadan kalkmıştır. Zira bunun iadesi ancak tahsis kararının iptaline bağlıdır ki adli mahkeme bu hususta selâhiyetli değildir⁶. Şu halde idare,

5) Dolayısıyla istimplâk mefhumu ve tatbikatı için bak: Paul Duez et Guy Debeyre, *Traité de Droit Administratif*, Paris 1952, sah. 855, No. 1173 v. d.

6) Tahsis kararının idari mahkemece iptali de ancak şekil veya selâhiyet bakımından mevzubahis olabilir. (Bak: not 22.)

bir şahsın mülkiyet hakkına son veren takat kendisinden iade talep edilmesine imkân olmıyan gasıb'ın durumunda olduğu veçhile ancak bir tazminata mahkûm edilebilir⁷. Bu bir haksız fiil tazminatıdır⁸. Filhakika:

a) İdare, ferdin gayrimenkulünü âmme emlâkine kalbetmekle onun mülkiyet hakkına nihayet vermiş ona bir *zarar* ika etmiştir.

b) Teşkilâtı Esasiye Kanunumuzun «Umumî menfaatler için lüzumu, usulüne göre anlaşılmadıkça ve mahsus kanunları mucibince değer pahası peşin verilmedikçe hiç bir kimsenin malı istimval ve mülkü istimplâk olunamaz» diyen 74 üncü maddesi hilâfına değer pahasını peşin vermeden bir şahsın gayrimenkulüne el koyduğu ve bu elkoyma hususunda hukuka uygunluğu temin eden başka bir mesnet de bulunmadığı cihetle idarenin hareket tarzı *hukuka aykırı* bulunmaktadır⁹.

c) İdare ferdin bu gayrimenkulüne el koyarken istimplâk kararı mevcut olmadığını bildiği veya bilmek mecburiyetinde olduğu cihetle, *kusuru* da mevcuttur.

d) Ferdin uğradığı zarar, idarenin bu kusurlu hareket tarzından neş'et ettiği cihetle de hâdisede uygun bir *illiyet rabitası* da mevcuttur.

Binaenaleyh, bütün unsurları mevcut olduğuna göre idare haksız fiile müteallik hükümler¹⁰ gereğince ferdin zararını tazmine mahkûm edilecektir.

Bu hal tarzı Fransız içtihatlarınıninkinden şu bakımdan farklıdır: Orada ferdin mülkiyet hakkına mahkemenin tazminat kararının son

7) Bu hal tarzı ile, 3. HD. nin sözü geçen 17.9.1953 tarihli içtihadına yol açan Akçakoca Sulh Hukuk Mahkemesinin 20.7.1953 tarih ve 41/114 sayılı kararında ileri sürülmüş bulunan «istimplâk kararı olmadan dâvalıyı bu sahayı temellüğe icbar edercesine kıymetini tazmin ettirmek hukuki sebepten mahrum» dur şeklindeki bir itiraza da cevap verilmiş olur. Zira orta yerde idareyi bir istimplâke ve temellüğe icbar değil, ferde ika ettiği zararın tazmini mevzubahistir.

8) Tem. 4. HD. nin 28.3.1952 tarih ve 442/1683 sayılı kararında, bu tazminatın haksız fiil kaidelerine istinat edeceği ve müruruzamanın da buna ait müruruzaman (BK. 60) olacağı açıkça kabul edilmiştir. (Karar için bak: *Demiroğlu*, a. g. e., sah. 252.)

9) Hukuka aykırılık tahsis kararında değil, tahsisin tahakkukunda yani istimplâkin bulunmamasındadır. Filhakika muteber bir tahsis kararı — meselâ tasdik edilmiş şehir plânı — hiç bir şekilde idareye istimplâk muamelesi tamamlanmadan hususi mülkiyete elkoymak selâhiyeti bahsetmez.

10) İstimplâk bedelinin mamelekenden eksilmesine mani olmakla — yoksa gayrimenkulü iktisap etmiş olmakla değil, zira âmme emlâkine kalbedilen gayrimenkul idarenin mülkiyetine girmez (MK. 641) — idarenin bir haksız iktisabı bulunduğu ileri sürülse dahi, tâli bir dâva olan haksız iktisap dâvasına değil, haksız fiile istinat etmek ferdin menfaatedir. Zira biraz ileride haksız fiil sebebiyle tazminatın hesaplanmasına temas ettiğimiz zaman görüleceği veçhile bu tazminat haksız iktisapta iadeye mevzu teşkil edecek olan istimplâk bedelinden fazla olabilmektedir.

verdiği düşünölmektedir. Halbuki yukarıda izah ettiğimiz hal tarzında ferdin mülkiyeti tahsisin fiilen vukuu anında, yolun, tesisatın yapıldığı anda gayrimenkulün mülkiyet mevzuu olmaktan çıkması ile ¹¹, sona ermiştir ¹². Mahkeme ancak bunun neticelerini nazara alacaktır.

Kabul ettiğimiz hal tarzı, idarenin ferdin gayrimenkulünü âmme menfaatine tahsis vâki olmaksızın ve istimplâk etmeksizin işgal etmesi

11) Bu sebeple, hâdiseyi, yapılan yol ve tesisat dolayısıyla gayrimenkullerdeki gasben inşaat (MK. 648-650) ve menkullerdeki hukukî tağyire (MK. 699) benzeterek bu kaidelerden istifade düşünölemez. Zira bu iki halde üzerinde inşaat yapılan arsa veya işlenen mal hususî mülkiyet mevzuu olmakta devam etmektedir ve bu sebeple mülkiyetin hangi tarafa bırakılacağıнын tetkiki (MK. 650 ve 699) imkânı vardır. Halbuki mevzuumuzu teşkil eden durumlarda ise gayrimenkul âmme emlakine kalbedilmekle hususî mülkiyet mevzuu olmaktan çıkmıştır ve yeni bir idarî tasarruf bulunmadıkça, veya tahsis kararı iptal edilmedikçe kazai bir kararla hususî mülkiyet mevzuu olmasına imkân yoktur.

12) Ferdin mülkiyeti sona ermekte ise de ortada bir intikal bahis mevzuu değildir. Filhakika ferdin gayrimenkulü bir âmme emlakine kalbedilince bu gayrimenkul idarenin mülkiyetine girmiş değildir. Zira âmme emlakinin mahiyeti hususundaki nazariyelerden — (nazariyeler için bak: *Onar*, a. g. e., sah. 939 v. d.) — ister bir mülkiyet mevzuu olmadığı, ister Fransada kabul edildiği şekilde bir «idare hukuku mülkiyeti» kabul edilsin medeni hukukun anladığı mânada bir mülkiyet bahis mevzuu değildir. Ancak, Almanya ve İsviçrede kabule mazhar olan ve muhtelit hukukî rabitalar (gemischte rechtsverhältnisse) nazariyesine dayanan telâkkide âmme emlakine üzerinde idarenin medeni hukuk mülkiyetinin mevcudiyeti kabul edilebilmektedir.

Kanaatimizce MK. 641 den açıkça anlaşıldığı veçhile, menfaati umuma ait mallar devletin mülkiyeti değil, hüküm ve tasarrufu altındadır. Nitekim âmme emlakine kalbedilen gayrimenkuller mülkiyet mevzuu olmaktan çıktığı içindir ki tapu sicilinden kayıtları çıkarılmak gerekir (MK. 912).

Bu bakımdan 3. HD. nin, 17.9.1953 tarihli kararında, bir taraftan dâvacının «istimplâk edilmiyen fakat üzerinde mülkiyeti zeval bulan yer bedelini istemeye hakkı vardır» dedikten sonra, «yer bedelinin tesbiti ve bu yerin dâvalıya temlik suretile bedelinin tahsili» nden bahsetmesi tenakuz arz etmektedir.

Filhakika, ya dâvalının mülkiyeti fiili tahsis anında sona ermiştir; bu takdirde temlik bahis mevzuu olamaz. Veya bu yeri mahkeme temlik edecektir; bu takdirde fiili tahsis anında mülkiyetin zeval bulduğu kabul edilemez.

Kanaatimizce, 3. HD. nin Medeni Kanununun 912 nci maddesinin ikinci fıkrasının «sicile mukayyet bir gayrimenkul, kaydı lâzım gelmiyen bir gayrimenkule tahavvül ettikte, kaydı sicilden çıkarılır» hükmüne istinaden, mahkemenin, âmme emlakine kalbolunmuş bulunan gayrimenkulün — ki artık tapuya kaydı lâzım gelmiyen bir gayrimenkule (MK. 912/1) tahavvül etmiştir — tapudaki kaydının sicilden çıkarılmasına karar vermesinden bahsetmesi iktiza ederdi.

Tabiatle bu kararın rolü, gayrimenkulün âmme emlakine kalbedilmiş olduğunu müğahade ve tesbitten ibarettir.

halinde; ferdin, idarenin müdahalesinin men'i ve ecrimisil ödemesi hususundaki taleplerinin kabul edilmesi¹³ ile de hemahenktir. Filhakika bu durumda gayrimenkul âmme emlakine kalbedilmediği ve ferdin mülkiyet hakkı devam ettiği cihetle o, bu hakkına istinat etmekte ve vâki tecavüzün önlenmesini ve haksız işgal dolayısıyla uğradığı zararı talep edebilmektedir. Buna mukabil gayrimenkulün âmme emlakine kalbedilmiş olduğu hallerde ferdin mülkiyeti bununla sona erdiği cihetle o artık müdahalenin men'ini ve ecrimisli talep edemez¹⁴. Halbuki bu mülkiyetin mahkeme kararına kadar devam ettiği kabul edilince müdahalenin men'inin talep edilememesinin sebebini hukuk tekniği ile izah etmek imkânı kalmaz.

Kabul ettiğimiz hal tarzında, idarenin müdahalesinin men'ini talep edemiyen ferd haksız fiil tazminatı talep edebilecektir. Bu tazminat tamamen haksız fiil kaidelerine istinatla tesbit edileceği cihetle bunun miktarı istimplâk bedelinden farklı ve umumiyetle ondan yüksek bulunacaktır. Filhakika ferde verilecek tazminatta esaslı unsur o yerin kıymeti teşkil edecekse de ferdin bunun dışında ayrıca bir zararı varsa tazminatın hesabında bu da nazara alınacaktır.

Ferd talep edeceği tazminatta isterse gayrimenkule el konulduğu zamanki, isterse dâva esnasındaki kıymeti esas ittihaz edebilir¹⁵. İdarenin kusuru ağır bir kusur bulunduğu ve ferdin de müterafik bir kusuru mevzubahis olmadığı cihetle de idare zararın tamamını tazmine mahkûm edilecektir.

Bir haksız fiil tazminatı mevzubahis olduğuna göre müruruzamanın buna ait müruruzaman (BK. 60) olması¹⁶ ve selâhiyetli mahkemenin de adlî mahkeme bulunması iktiza etmektedir.

Bu ikinci nokta üzerinde biraz durmamız gerekiyor.

Fransada mahkeme içtihatları, «dolayısıyla istimplâk» şeklinde tavsif ettikleri bu durumda kıyas yolu ile istimplâk usulünü tatbik etmekte ve bedele müteallik taleplerin tetkikinde adliye mahkemelerini vazifeli kabul etmektedir: Bu hal tarzı doktrinde, bazı müelliflerce tenkit edilmekte ve idarî mahkemenin selâhiyetli olması gerektiği ileri sürülmektedir¹⁷.

13) Bir âmme emlakine kalbedilme bahis mevzuu olmamak şartile, Tem. 3. HD. nin 11.10.1942 tarih ve 2658/2126 sayılı kararı ile 3.12.1943 tarih ve 13640 sayılı kararı (bak: not 1) tasvip edilmek iktiza eder.

14) Tem. 4. HD. nin 26.9.1944 tarih ve 3162/2621 sayılı kararı (bak: not 1).

15) Andreas von Tuhr, *Partie générale du Code fédéral des Obligations* (Trad. Torrenté - Thilo) 2 e éd. Lausanne 1933, § 15, No. VII, sah. 102-105. (Cevat Edege tarafından türkçe tercümesi, sah. 117 - 121.)

16) Tem. 4. HD. nin 28.3.1952 tarih ve 442/1683 sayılı kararı (bak: not 8).

17) *Duez et Debeyre*, a. g. e., sah. 858, No. 1175.

Türk Temyiz Mahkemesi ve asliye mahkemeleri de bu hususta adli mahkemeleri selâhiyetli görmüş ve kendilerine arzedilen tazminat taleplerini tetkik eylemişlerdir¹⁸. Fakat Uyuşmazlık Mahkemesi 26.2.1953 tarihli bir kararında¹⁹, arsası istimlâk edilmeden yeşil saha olarak ayrılan gayrimenkul malikinin, arsasının bedeli hususunda açtığı dâvanın, adalet mahkemesinin görevi dışında bulunduğunu kabul etmiştir. Mucib sebep olarak da; şehir plânının Belediyece tanzimi ve İcra Vekilleri Hey'etince tasdikinin idarî bir tasarruf bulunduğuna ve malik bu idarî tasarrufla gayrimenkulü istimlâk edilmeden yeşil saha olarak ayrılması sebebiyle bedelinin tahsilini istediğine göre idarî fiil ve kararlardan hukuku muhtel olanlar tarafından açılacak dâvaların Devlet Şûrasında görüleceğini bildiren Devlet Şûrası Kanununun 23 üncü maddesinin şümulüne giren bir durum bulunduğunu ileri sürmektedir.

Doç. Dr. Lûtfi Duran'ın bu kararı tahlil eden yazısında²⁰ pek haklı olarak işaret ettiği gibi, hâdise karardan vazih olarak anlaşılacağı cihetle, kanaatimizce de bir tefrik yapılmak gerekir. Bu da tasdikli şehir plânı ile yeşil saha olarak ayrıldığı bildirilen arsanın fiilen park haline kalbedilmiş olup olmadığıdır.

a) Şayet arsa henüz fiilen park haline getirilmemişse, yani idarece ferden gayrimenkulüne el konmamışsa ortada sadece idarî bir karar olan «dolayısıyla tahsis» bahis mevzuudur²¹. Bu kararlar ferd mülkiyet hakkını henüz kaybetmiş değildir. Bu durumda da iki ihtimal düşünülebilir:

α) Olabilir ki ferd sırf bu tahsise itiraz etmek istemektedir. Bu takdirde, Şûrayı Devletde bir iptal dâvası açmak mecburiyetindedir²².

18) Tem. HUH. nin 939/43 sayılı kararı: «Haksız olarak belediyece yola kalbedilen arsa kıymetinin tazmini dâvasının rüyeti, kanuni mevzuat dairesinde tekemmül etmiş bir istimlâk kararı mevcut olmadığından mahkemeye aittir. (Demiroğlu, a. g. e., sah. 250.)

19) R. G., 13.4.1953, sayı 8384.

20) Lûtfi Duran, Uyuşmazlık Mahkemesi kararları tahlili (İstanbul Barosu Dergisi, cilt XXVII, sayı 7-8, Temmuz-Ağustos 1953, sah. 378).

Biz yapılan tefriğe iştirak etmekle beraber, varılan neticelere iştirak etmemekteyiz.

21) Onar, a. g. e., sah. 960.

22) Şehir plânının tasdiki ile bir dolayısıyla tahsis kararı tekemmül etmiştir ve bu karar istimlâkte umumî menfaat kararını teşkil eder. Onar, a. g. e., sah. 960.) Bu kararlar ise ancak şekil ve selâhiyet unsurları bakımından bir iptal dâvasına mevzu teşkil edebilir. Umumî menfaatin bulunup bulunmadığı idarenin takdirine bağlıdır (a. g. e., sah. 1111-1115). Bu görüş, Şûrayı Devletin Dâva Daireleri Umumî Heyetinin 16.3.1950 tarih ve E. 50-291/K. 51-183 sayılı kararı ile 6. Dairenin 24.3.1951 tarih ve E. 50-1982/K. 51-650 sayılı kararında açıkça kabul edilmiştir. (Saymen - Erman - Elbir, Türk İçtihatlar Külliyesi, cilt 3 (1951, I) No. 1317, 1319, sah. 784-785.

β) Yahut ferd bu tahsis dolayısıyla arsasına inşaat yapmasına müsaade edilmemek gibi bir sebeple dâva açmaktadır²³. Bu takdirde de inşaaata müsaade etmiyen kararın iptalini veya bu karar dolayısıyla uğradığı zararın tazminini talep ediyor demektir. Bu da bir iptal veya tam kaza dâvası teşkil edeceği cihetle selâhiyetli mahkeme idarî mahkemedir²⁴.

b) Uyuşmazlık Mahkemesi kararında, ferdin arsasının bedelini talep ettiği bildirildiğine göre, arsanın parka kalbedilmiş olması kuvvetle muhtemeldir. Bu, tetkik mevzuumuza uyan bir durumdur.

Kanaatimizce bu takdirde Şûrayı Devlet değil, adlî mahkeme selâhiyetlidir. Zira Devlet Şûrası Kanununun 23 üncü maddesi şümülüne giren bir durum yoktur. Ferdin gördüğü zarar, dolayısıyla tahsis yani tasdikli plândan değil, istimplâk edilmeksizin gayrimenkulüne el' konmuş bulunmasından neş'et etmektedir. Bu el koyma vâki olmasa veya istimplâk yolu ile vuku bulmuş olsa ferdin bir itirazı yoktur. Şayet itirazı tahsise aitse bu yukarıda tetkik ettiğimiz (α) şikkına girer. Şu halde fert istimplâk olmaksızın el koyma yüzünden uğradığı zararı talep ettiğine göre selâhiyetli mahkemeyi tayin bakımından, idarenin fuzulî işgali (emprise) durumundan farklı bir vaziyet yoktur. *Dolayısıyla tahsisi tazammun eden tasdikli şehir plânı, istimplâk yapmaksızın hususî mülkiyete vaz'iyet etmeğe selâhiyet bahşetmez.* İdarenin, selâhiyeti olmadan ferdin mülkünü işgal etmesi ferdin fuzulî işgalinden farklı değildir. O da mütecaviz bir ferdin tâbi olduğu kaidelere tâbi olur. Nitekim Fransız hukukunda idarenin fuzulî işgali hallerine, hususî hukuk kaidelerinin tatbiki ve bu hususta adliye mahkemelerinin selâhiyeti kabul edilmektedir. Aynı durum Türk hukuku için de varittir²⁵.

Ferdin gayrimenkulünün istimplâk edilmeden fiilen âmme emlâkine kalbedilmesi halinde idarenin durumu evvelce de izah ettiğimiz gibi bir mütecaviz durumudur. Fuzulî işgalden farklı olan ciheti gayrimenkul üzerinde ferdin mülkiyetinin sona ermiş bulunması sebebiyle müdahalenin men'i değil, tazminat olarak bedelinin talep edilebilmesidir. Nasıl fuzulî işgal hallerinde adlî mahkemelerin selâhiyeti kabul ediliyorsa bu haksız fiil tazminatı için de bu mahkemelerin selâhiyeti kabul edilmek iktiza eder. Kaldı ki, *ferdin mülkiyet hakkını ihlâl eden idarî karar ve*

23) Bu sebeple açılan bir iptal dâvası hususunda Şûrayı Devlet 6. Dairesinin 21.10.1952 tarih ve E. 51-2261/K. 52-1648 sayılı kararı ile bu kararın Doç. Dr. Bülent Köprülü tarafından tahlili için bak; İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, cilt XIX sayı 1-2, sah. 501 v. d.

24) Uyuşmazlık Mahkemesinin 11.12.1952 tarihli kararı, (R. G., 10.2.1953, sayı 8331).

25) Onar, a. g. e., sah. 406; Duran, a. g. y., sah. 378.

*faaliyetler âmme kudretinden doğsa ve idare hukuku sahasına giren neviden olsa dahi ferde verilecek tazminata medenî hukuk kaidelerinin tatbiki ve adlî mahkemelerin selâhiyeti*²⁶ kabul edilmektedir.

V. Bir gayrimenkulün istimlâk edilmeden fiilen âmme emlâkine kalbedilmesi halinde ferdin idare karşısındaki durumunu tesbit sadedinde, 4. Hukuk Dairesinin 15.5.1953 tarih ve 3086/2285 sayılı kararı ile 3. Hukuk Dairesinin 17.9.1953 tarih ve 7470/5108 sayılı kararında varılan neticelerin bir tevhidî içtihadı gerektirdiğini tebarüz ettirdikten sonra kabule şayan gördüğümüz hal tarzını belirtmeğe çalıştık. Ferdin gayrimenkulünün istimlâk edilmeden âmme emlâkine kalbedilmesinin idarenin bir haksız fiili olarak tavsif edilmesi gerektiği ve ferdin mülkiyeti fiilî tahsisle sona erdiği cihetle ancak bir tazminat talep edebileceği, bu tazminatın da haksız fiil kaidelerine göre adlî mahkemelerce tayin edileceği neticesine varmış bulunuyoruz.

M. Kemal Oğuzman

26) Onar, a. g. e., sah. 406.