

İdare Hukukunun Arkaik ve Anakronik Bir Kurumu: “Fiili Yol”

Yrd. Doç. Dr. Gürsel KAPLAN¹

Özet:

Açık bir yolsuzluk ve hukuka aykırılıkla malûl bir idari işlemle mülkiyet hakkına veya başka bir temel bir hak veya özgürlüğe bir saldırının söz konusu olması ve bunun maddi ve fiili icra yani icrai ve fiili ameliyeler ile uygulanması halinde fiili yol hali söz konusu olur. Fiili yolun bu kurucu şartlarının gerçekleşmesi halinde, gerek bu halin tespiti ve gerekse buna bağlı olarak söz konusu duruma son verilmesi ve bu durumun yol açtığı zararlı sonuçların tazminine karar verme yetkisi adli yargı yerlerine geçmektedir. Başka bir deyişle, fiili yol halinin varsayıldığı hallerde İdare, İdare Hukukunun kendisine uygulanması ayrıcalığını kaybetmekte ve tıpkı bir özel hukuk kişisi gibi adli yargı yerlerince yargılanmaktadır. Ondokuzuncu yüzyılın başlarında hazırlanan bu teori, temelde, İdari yargının tarafgirliği ve yetersizliği nedeniyle, kamu gücü karşısında kişilerin temel hak ve özgürlükleri ile mülkiyet hakkını adli yargı yerleri kadar etkili bir şekilde koruyamayacağı varsayımına dayanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: temel hak ve özgürlük, mülkiyet hakkı, ağır ve açıkça hukuka aykırı, fiili yol, adli yargı.

Une Institution Archaïque et Anachronique du Droit Administratif: “La Voie de Fait”

Resumé:

Il s'agit de voie de fait lorsque, dans l'accomplissement d'une activité matérielle d'exécution, l'administration commet une irrégularité grossière, portant atteinte au droit de propriété ou à une liberté publique fondamentale. Lorsque sont réunis les éléments constitutifs de la voie de fait, la présence de celle-ci entraîne la compétence de juridiction judiciaire pour constater la voie de fait, la faire cesser ou réparer ses conséquences dommageables. Autrement dit, l'administration, dans l'hypothèse de la voie de fait, se trouve en quelque sorte déchu des règles de protection juridictionnelle du droit administratif; elle est soumise au contrôle du juge dans les mêmes conditions qu'un simple particulier. Elaborée au début de XIX. siècle, à une

¹ Yard. Doç. Dr. Gürsel KAPLAN, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesidir.

époque où la justice administrative semblait n'offrir qu'une protection restreinte aux administrés et à la fois pour sa partialité, la théorie de la voie de fait a pour but de confier à l'autorité judiciaire le soin de défendre les droits fondamentaux contre l'éventuel arbitraire des pouvoirs publics.

Mots Clés: liberté publique fondamentale, droit de propriété, grave et manifestement illégale, voie de fait, juridiction judiciaire.

İdare Hukukunun Arkaik ve Anakronik Bir Kurumu (“Fiil Yol”)

Öğreti ve yargısal kararlarda “teaddî”², “İdarenin tamamıyla mesnedsiz işlem ve eylemleri”³, “İdarenin hukuk dışı fiilleri”⁴, “İdarenin usul dışı fiilleri”⁵, “İdarenin haksız fiilleri”⁶ gibi terimler ile de ifade edilen “fiili yol” kavram ve kurumu, İdare Hukukunun diğer birçok kavram ve kurum gibi, Fransız İdare Hukukundan alınmıştır.

Fransız İdare Hukuku literatüründe “*voie de fait*” olarak adlandırılan ve yargı yerleri tarafından “*düşünülmüş*” olmakla birlikte öğretiden sistematize edilen⁷ bu kavram ve kurumla, İdarenin apaçık bir şekilde hukuka aykırılıkla malûl olan işlem ve eylemleriyle mülkiyet hakkını veya başka herhangi bir temel hak yahut özgürlüğü ihlâl etmesi hali anlatılmak istenmektedir.⁸

Kısaca bu şekilde tanımlanabilecek olan fiili yol, İdare ve ajanının normalde idare hukuku kurallarına göre belirlenecek olan hukuki sorumluluğunun hukuksal nitelik ve temelini değiştirmekte ve bunun sonucu olarak görevli yargı yerinin de (yargı kolunun, yargı düzeninin) değişmesi gibi çok önemli birtakım hukuksal sonuçlara yol açmaktadır.⁹

² Lütfi DURAN, **İdare Hukuku Meseleleri**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul, 1964, s. 52; Lütfi DURAN, **İdare Hukuku Ders Notları**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982, s. 420; İl Han ÖZAY, **Günışığında Yönetim**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004, s. 744. “Teaddî” kelimesi, “tecavüz; saldırma; sataşma; başkasının hakkına el uzatma” anlamlarına gelmektedir. Bkz: Ejder YILMAZ, **Hukuk Sözlüğü**, Yenilenmiş Dokuzuncu Baskı, Yetkin, Ankara, 2005, s. 1200.

³ Adil ÖZKOL, **Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları Açısından İdari Yargının Görev Alanı**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Ankara, 1970, s. 56.

⁴ Kâzım YENİCE/Yüksel ESİN, **İdari Yargılama Usulü, Cilt-1**, Arısan Matbaacılık, Ankara, 1983, s. 371-372.

⁵ Celâl KARAVELİOĞLU, **İdari Yargılama Usulü Kanunu, Cilt: I**, 5. Baskı (basımevi ve yeri yok), 2001, s. 805.

⁶ Taner AYANOĞLU, **Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlarına Göre İdari Eylemin Tanımlanması**, Legal, İstanbul, 2004, s. 52.

⁷ Jean-Marie AUBY/Roland DRAGO, **Traité De Contentieux Administratif**, Tome Premier, 2. Édition, LGDJ, Paris, 1975, s. 552.

⁸ Sıddık Sami ONAR, **İdare Hukukunun Umumi Esasları, Cilt: I, II, III**, Üçüncü Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966, s. 1669-1670; A. Şeref GÖZÜBÜYÜK/Turgut TAN, **İdare Hukuku, Cilt 2, İdari Yargılama Hukuku**, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006, s. 192-193; Yıldızhan YAYLA, **İdare Hukuku I**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş İkinci Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1990, s. 142-143; Kemal GÖZLER, **İdare Hukuku, Cilt I**, Ekin Kitabevi, Bursa, 2003, s. 891, 952; Yücel OĞURLU, “İdare Hukukunda ‘Fiili Yol’ ve Yargısal Denetimi”, **KHUKA**, 1 (2003), s. 59-60 (OĞURLU’nun bu çalışmasına aynı başlık altında ve tam metin ve fakat dipnotsuz olarak, Turan YILDIRIM’ın **İdari Yargı**, Beta, İstanbul, 2008, adlı eserinin 32-51 sayfalarında da yer verilmiştir); Turgut CANDAN, **Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu**, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara, 2005, s. 495; AUBY/DRAGO, a.g.e., s. 551.

⁹ ÖZAY, a.g.e., s. 744-745.

Böyle olmakla birlikte, “*Danıştay’ın çekingenliği nedeniyle*” fiili yol kavram ve kurumunun hukukumuzda yeterince yerleşmemiş olduğu belirtilmektedir¹⁰. Bu tespit, sonucu itibariyle doğrudur. Gerçekten de, Danıştay’ın pek nadir olarak fiili yol nedeniyle görevsizlik kararı verdiği görülmektedir¹¹. Daha doğru bir deyişle, Danıştay ve Uyuşmazlık Mahkemesi’nin fiili yola ilişkin uygulamasının büyük ölçüde, “*kamulaştırmaz el atma*” şeklinde gerçekleşen mülkiyet hakkının ihlâline ilişkin uyuşmazlıklarla sınırlı kaldığı¹² söylenebilir¹³. Fakat bizce doğru olan da budur. Başka bir deyişle, Danıştay’ın fiili yol kavramına fazla hayat hakkı tanımamış olmasına olumlu bir gözle bakmak gerekir¹⁴. Çünkü bu teori, idari uyuşmazlıkların

¹⁰ GÖZÜBÜYÜK/TAN, a.g.e., s. 193; OĞURLU, a.g.m., s. 69.

¹¹ Bu itibarla belirtelim ki, Danıştay’ın bu kavram ve kuruma hiçbir ilgili bulunmayan bazı kararları da sanki öyleymişçesine eleştirilebilmektedir. Örneğin, OĞURLU anılan çalışmasında (s. 60), Danıştay 8. Dairesinin 01.12.1988 tarih ve E. 1996/1769, K. 1998/3986 sayılı kararı (**Danıştay Dergisi**, Sayı: 100, s. 371) ile Danıştay 5. Dairesinin 14.02.1995 tarih ve E. 1991/3198, K. 1995/695 sayılı kararını (**Danıştay Dergisi**, Sayı: 91, s. 430), koşulları bulunmadığı halde fiili yol kuramının uygulanmış olması nedeniyle eleştirmektedir. Oysa söz konusu kararlardan ilki, bakılan uyuşmazlığın 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun 1. maddesinin kapsamına girip girmediği diğeri ise, bir kamu iktisadi teşebbüsüne bağlı olarak çalışan personelin kurumu zarara uğratması halinde söz konusu zararın tazmini için Devlet Memurları Kanununa göre mi yoksa 399 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnameye göre mi hareket edilmesi gerektiğine ilişkin olup, haksız fiil yahut fiili yol meselesiyle bir ilgisi bulunmamaktadır.

¹² GÖZÜBÜYÜK/TAN, a.g.e., s. 195; AYANOĞLU, a.g.e., s. 60.

¹³ Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay’ın konuya ilişkin örnek kararları için bkz: CANDAN, a.g.e., s. 495-496; AYANOĞLU, a.g.e., s. 66 vd. OĞURLU, a.g.m., s. 64, vd. Mülkiyet hakkının ihlâli ile ilgili olan ve fiili yol kavramının açıkça anıldığı örnek bir karar için bkz: Danıştay 10. Dairesinin, 23.11.1993 tarih ve E. 1992/3686, K. 1993/4601 sayılı kararı, **Danıştay Dergisi**, Sayı, 89, s. 586-588.

¹⁴ Aslında Fransız Hukukunda da fiili yol teorisinin uygulaması doğrusal bir çizgi izlememiştir. Teorinin ortaya çıkışı Krallık Rejimine (*Ancien Regime*) kadar gerilere gitmekle birlikte, “*idari rejim*”in temeli sayılan “*adli makamlar ile idari makamların ayrılığı ilkesi*”ni koyan 16-24 Ağustos 1790 tarihli Kanun ile bağdaşır bulunmadığından eleştirilerin hedefi olmaktan kurtulamamış ve zaman zaman ortadan kalktığı izlenimini uyandıracak kadar uygulamasından vazgeçilmiş; fakat özellikle Birinci ve İkinci Dünya Savaşları döneminde ve izleyen yıllarda sıkça başvuru ve hukukumuza yabancı sayılabilecek olan “*dolayısıyla kamulaştırma*” ve “*usulsüz elkoyma*” kavram ve kurumları etrafında yapılan tartışma ve uygulanan çözümler ekseninde tekrar canlanmış (AUBY/DRAGO, a.g.e., s. 552-553). Çalışmamızın ilerleyen safhalarında aktaracağımız örneklerden görüleceği üzere, teorinin günümüzdeki uygulaması daha geniş bir alanı içine almakla birlikte, vergi borcu gibi sebeplerle pasaport hakkına ve dolayısıyla, seyahat özgürlüğüne yönelik ihlâl ile, izinsiz olarak ülkeye girmeye ve orada kalmaya çalışan yabancılar hakkında gerçekleştirilen çeşitli idari tedbir ve tasarruflar, bu konuların başında gelmektedir. Bu bağlamda bir fikir verebilecek örnekleri için bkz: René CHAPUS, **Droit Administratif Général, Tome 1**, 11. Édition, Montchrestien, Paris, 1997, s. 780 vd.; Charles DEBBACH/Jean-Claude RICCI, **Contentieux Administratif**, 8. Édition, Dalloz, Paris, 2001, s. 244 vd.; Gustave PEISER, **Contentieux Administratif**, 14. Édition, Dalloz, Paris, 2006, s. 87 vd.; Jean-François LACHAUME, **Droit Administratif**, 11. Édition, Puf, Paris, 1997, s. 232 vd.

idari yargı yerlerinde görülmesi gerektiği kuralına bir istisna teşkil etmektedir. Dolayısıyla, her istisnai durum gibi bunun da olabildiğince dar yorumlanması asıldır. Kaldı ki, hangi hallerde İdareden çıkan bir idari işlem veya eylemin böyle sayılması gerektiği de pek açık değildir. Çünkü her ne kadar, “açık bir yolsuzluk ve hukuka aykırılık” ile “mülkiyet hakkına veya amme hürriyetine tecavüz”ün söz konusu olması ve bunun “maddi ve fiili icra” yani “icrai ve fiili amelîyeler” ile uygulanması halinde fiili yol halinin gerçekleşeceği¹⁵ belirtilmekte ise de, bu üç koşulun hangi halde tam olarak gerçekleşmiş olduğunu söyleyebilmek pek kolay değildir.

Örneğin mülkiyet hakkı da temel hak ve özgürlüklerden biri sayıldığı halde, niçin ayrıca vurgulanmasına gerek duyulmaktadır? Oğurlu, bu durumun “Batı’da Kamu Hukukunun gelişiminde en az üç yüzyıllık tarihçesi içerisinde mülkiyet hakkına özel önem atfedilmesi ve Batı’da bu kavramın yüzlerce yıllık gelişimi ve belirli düşünce akımlarının şekillenmesinde merkez olması”¹⁶ ile açıklanabileceğini belirtmektedir. Mülkiyet hakkına ilişkin toplumsal içerikli yeni hukuksal yaklaşımlar ile bunların yansıtan anayasal ve yasal düzenlemelerin hâlâ böyle bir vurguyu haklı kılıp kılmadığı tartışmasını bir kenara bırakacak olursak, diğer “amme hürriyetleri”nden hangilerine yönelik ihlâlin –diğer koşulların da gerçekleşmesi kaydıyla- fiili yol sonucunu doğuracağı da açıklanmaya muhtaçtır.

Gerçekten de, “amme hürriyeti” kavramıyla bütün hak ve özgürlüklerin mi yoksa yalnızca “temel hak ve özgürlükler” olarak nitelendirilen belli bir kategori veya bu kategori içinde yer alan yalnızca belli bir sayıdaki hak ve özgürlüğün mü kast edildiği belli değildir. Konuyu ele alıp incelemiş olan müellifler de, bunu açıklamak yerine, genellikle birtakım somut örnekler vermekle yetinmektedirler¹⁷.

Aynı şekilde, bu konuyu ele alan müellifler, fiili yol kavram ve kurumunun “idari rejim”in yapısıyla bağdaşır bağdaşmadığı ve dahası olumsuz yön ve sonuçları üzerinde de hiç durmaksızın, yalnızca onun gerçekleşme şekli ve koşulları ile kendisine bağlanan hukuksal sonuçları sayıp sıralamakla yetinmişlerdir. Oysa Fransız

¹⁵ ÖZAY, a.g.e., s. 744; ONAR, a.g.e., s. 1668; GÖZÜBÜYÜK/TAN, a.g.e., s. 192-193; GÖZLER, a.g.e., s. 891, 952; OĞURLU, a.g.m., s. 60-61; André DE LAUBADÈRE/Yves GAUDEMET, **Traité De Droit Administratif, Tome 1**, 16. Édition, LGDJ, Paris, 2001, s. 421; Georges DUPUIS/Marié-José GUÉDON/Partice CHRÉTIEN, **Droit Administratif**, 8. Édition, Armand Colin, Paris, 2002, s. 624; AUBY/DRAGO, a.g.e., s. 552-553.

¹⁶ OĞURLU, a.g.m., s. 59. Fransız İdare Hukukunda da benzer yönde düşünceler ifade edilmektedir. Buna göre, gayri menkul mülkiyeti zenginliğin ve ekonomik gelişmenin başlıca kaynağı görüldüğü için özel olarak korunmaya lâyık görülmüştür. Bkz: PEISER, a.g.e., s. 86.

¹⁷ ONAR, a.g.e., s. 1668-1669; YAYLA, a.g.e., s. 143; ÖZAY, a.g.e., s. 744 vd.; OĞURLU, a.g.m., s. 61-62; YENİCE/ESİN, a.g.e., s. 371-372; KARAVELİOĞLU, a.g.e., s. 805 vd.; AYANOĞLU, a.g.e., s. 58-59.

Hukukunda, başından beri bu kavram ve kurumun varlığına yönelik eleştirisel ve redçi yaklaşımlar bulunduğu¹⁸ halde, bizde bu yönde hiçbir gelişme yaşanmamış olması dikkat çekicidir. Bunun başta gelen nedeninin, meseleye temas eden müelliflerin genellikle Onar'ın konuya ilişkin olarak yaptığı mükemmel ve fakat daha çok belli bir dönemdeki anlayış ve uygulamayı yansıtan anlatımlarının dışına çıkmayarak onları tekrar etmekle yetinmiş bulunmaları¹⁹ olduğunu söylemek, kendilerine yapılmış bir haksızlık olarak görülmemelidir. Fiili yol kavram ve kurumunun Fransız Hukukuna nazaran bizde daha belirsiz ve yanlış anlamalara yol açabilen bir yapıya bürünmüş olmasında bunun da payı bulursa gerektir.

İşte bu çalışmamızla, konuya bu kavram ve kurumun muhtaç olduğu bir açıdan, eleştirel bir bakış açısından yaklaşarak onun şimdiye kadar pek gündeme getirilmemiş yani ihmal edilmiş ve dolayısıyla gölgede kalmış bulunan birtakım olumsuz yön ve sonuçlarını ortaya koymaya çalışarak sorunun bütün yönleriyle ve daha net bir şekilde görülebilmesine katkıda bulunmayı deneyeceğiz.

Fiili Yol Kavram ve Kurumunun Tanımı ve Varlık (Gerçekleşme) Koşulları

Genel kabul gören²⁰ ve aynı zamanda fiili yolun varlık yahut kurucu şartlarını da kapsayan bir **tanım** vermek gerekirse, “açık bir yolsuzluk ve hukuka aykırılık” ile “mülkiyet hakkına veya amme hürriyetine tecavüz”ün söz konusu olması ve bunun “maddi ve fiili icra” yani “icrai ve fiili amelîyeler” ile uygulanmasının fiili yol halini oluşturduğunu söyleyebiliriz.

Tanımdan hareketle, fiilin yol kavram ve kurumunun kümülatif nitelikteki varlık şartlarını, başka bir deyişle, kurucu nitelikteki şartlarını şu şekilde sıralayabiliriz.

¹⁸ CHAPUS, a.g.e., s. 780; René CHAPUS, **Droit Du Contentieux Administratif**, 13. Édition, Montchrestien, Paris, 2008, s. 1440-1441; DE LAUBADÈRE/GAUDEMET, a.g.e., s. 418, 421, 425; DEBBACH/RICCI, a.g.e., s. 253-254; PEISER, a.g.e., s. 89-90; LACHAUME, a.g.e., s. 232-233; DUPUIS/GUÉDON/CHRÉTIEN, a.g.e., s. 625; Bernard PACTEAU, **Traité De Contentieux Administratif**, 1. Édition, Puf, Paris, 2008, s. 415; Jean RIVERO/Jean WALINE, **Droit Administratif**, 20. Édition, Dalloz, Paris, 2004, s. 489; Jean WALINE, **Droit Administratif**, 22. Édition, Dalloz, Paris, 2008, s. 550; Martine LOMBARD/Gilles DUMONT, **Droit Administratif**, 5. Édition, Dalloz, Paris, 2003, s. 323; AUBY/DRAGO, a.g.e., s. 552-553.

¹⁹ Bu tespiti uygun düşmeyen çalışmalar bulunmaktadır. Örneğin Gözler'in İdare Hukuku (s. 891 vd.) adlı eseri ile Celâl ERKUT'un “İdare Hukukunda Yokluk Teorisi”, (**İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Sayı: 1-3, Yıl: 9, 1988, Prof. Dr. Lûtfi DURAN'a Armağan Özel Sayısı**) başlıklı çalışmasını (s. 83-84) buna örnek gösterebiliriz. Fakat ne yazık ki, her iki yazar da konuya özet olarak değinmişlerdir.

²⁰ ÖZAY, a.g.e., s. 744; ONAR, a.g.e., s. 1668; GÖZÜBÜYÜK/TAN, a.g.e., s. 192-193; YAYLA, a.g.e., s. 142-143; GÖZLER, a.g.e., s. 891, 952; OĞURLU, a.g.m., s. 60-61; DE LAUBADÈRE/GAUDEMET, a.g.e., s. 421; Marie-Christine ROUAULT, **Contentieux Administratif**, 2. Édition, Gualino Éditeur, Paris, 2003, s. 72; AUBY/DRAGO, a.g.e., s. 551.

I- İdareye yüklenebilecek bir işlem veya eylemin bulunması gerekir. Fiili yolun başta gelen koşulu budur. Ortada İdareye mal edilebilecek bir işlem veya eylem yoksa fiili yoldan bahsetmeye imkân olmaz. Bu halde, olsa olsa kişilerin yalnızca kendilerini ilzam eden haksız fiilinden söz edilebilir²¹. Örneğin, kamu görevlisi sıfatı bulunmayan kişilerin veya bu sıfatı bulunmakla birlikte, hizmet dışında ve hizmetle herhangi bir ilişkisi kurulamayacak olan tutum ve davranışları ancak ve yalnızca kendilerini ilzam edecek bir mahiyet taşıdıklarından, bunların fiili yol ile bir ilgisi bulunmamaktadır²². Yargı mensupları geniş anlamda kamu görevlisi sayılmakla birlikte, idarenin ajanı sayılmadıklarından, bunların idari ya da yarı yargısal nitelikteki işlemlerine de hiçbir şekilde fiili yol sonucu bağlanamaz²³. Buna karşılık, bir kamu hizmetini imtiyaz yoluyla yürüten özel hukuk kişisine atfedilebilecek işlem ve eylemlere böyle bir sonucun bağlanabileceği kabul edilmektedir²⁴.

İdareye yüklenebilecek olan böyle bir işlem veya eylemin kamu gücü kullanılarak gerçekleştirilmiş olması gerekir. Çünkü İdarenin kamu gücüne dayanmadan, tıpkı bir özel hukuk kişisi gibi hareket ederek yaptığı işlem ve eylemler, başka hiçbir şart aranmadan zaten özel hukuk kurallarına tabi olacaktır. Dolayısıyla, fiili yolun bu koşulunun gerçekleşebilmesi için İdarenin kamu gücü ve kudretine dayanarak hareket etmiş olması şarttır. Bu itibarla belirtelim ki, Danıştay’ın bu konuya dikkat çeken yaklaşımı öğreti tarafından yanlış anlaşılmış ve isabetli olmayan sonuçlar çıkarılmıştır. Örneğin, Danıştay 11. Dairesinin 17.4.1980 tarih ve E. 1979/1995, K. 1980/1317 sayılı kararına²⁵ konu olan olayda böyle bir durum, yani İdarenin bir özel

²¹ Ragıp SARICA, **İdari Kaza**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Talebe Cemiyeti Yayını, İstanbul, 1942, s. 27-28, 135-138; AUBY/DRAGO, a.g.e., s. 551.

²² Örneğin bir belediye başkanının özel bir şahsa ait olan işyerinde bulunan yiyecek maddelerini alabilecekleri konusunda belde halkına yaptığı sözlü bildirim bunlar tarafından hayata geçirilmesi üzerine ortaya çıkan uyuşmazlıkta fiili yol hali değil, olaya karışan kişilerin haksız fiil işledikleri sonucuna varılmıştır. Bkz: Cass. civ., 1.er, 25 novembre 1953, JCP, 1954. II. 8015 (AUBY/DRAGO, a.g.e., s. 554).

²³ TGI (Tribunal de grande instance Nanterre), 4 juin 1982, *Jouanneaud*, JCP, 1983, II, p. 20116 (LACHAUME, a.g.e., s. 228).

²⁴ TC, 13 janvier 1992, *Affaire des Girondins de Bordeaux*, Recueil, p. 474 (LACHAUME, a.g.e., s. 228, 229); AUBY/DRAGO, a.g.e., s. 553, dipnot: 31.

²⁵ Karar şöyledir: “Dava, Malatya Belediye Başkanlığına ait taşınmaz üzerinde belediyeye gelir sağlamak amacıyla yaptırılan İnönü Kapalı Çarşı İnşaatının temelindeki suyun şehir kanalizasyonuna bağlanması sonucunda davacının evinde kullanılan suyun kesilmesi sebebiyle uğradığı 100.000 lira maddi zararın tazmini isteğine ilişkin bulunmaktadır.

Danıştay’da idare aleyhine açılacak tazminat davalarının görülebilmesi için zararın bir idari hizmetin ifasından doğmuş bulunması gerekir.

Uyuşmazlığın, mülkiyeti belediyeye ait olan taşınmaz üzerinde doğrudan bir kamu hizmeti için değil, gelir sağlamak amacıyla belediye tarafından yaptırılan kapalı çarşı inşaatının temelindeki suyun

hukuk kişisi sıfatıyla hareket ettiği bir olay söz konusu olduğundan uyuşmazlığın özel hukuk kurallarına göre ve adli yargı yerlerinde çözümlenmesi gerektiği sonucuna ulaşılmış olduğu halde, bundan Danıştay'ın fiili yol teorisi uyguladığı sonucu çıkarılmıştır²⁶.

Bunun gibi, İdarenin kamu gücü ve kudretine dayanarak hareket etmesine rağmen özel bir yasal düzenleme uyarınca uyuşmazlığın çözümü adli yargı yerlerinin görevinden sayılmış ise, bu takdirde de fiili yol teorisine değil ve fakat özel hukukun haksız fiil sorumluluğu, kusursuz sorumluluk, sebepsiz zenginleşme gibi kavram ve kurumlarına başvurulacağı açıktır. Dolayısıyla, bu durumda da İdarenin içine düştüğü hukuka aykırılığın ağırlığı, yalnızca adli yargı yerlerince hükmedilecek maddi ve manevi tazminatın tutarında göz önünde bulundurulacak bir unsur oluşturabilecek, ama fiili yol teorisine başvurulmasına izin vermeyecektir. Çünkü bu durumda da hukuksal ilişkinin üzerinde kurulduğu temel ve bundan dolayı ortaya çıkan uyuşmazlıkların özel hukuk kuralları çerçevesinde ele alınıp çözümlenmesi, yasa koyucunun iradesi ile baştan belirlenmiş ve İdare de bu doğrultu ve çerçevede hareket etmiştir. Başka bir anlatımla, bu halde “*iradi*” olarak özel hukuk kurallarına tabi olma hali söz konusudur. Oysa fiili yol halinde böyle bir durum söz konusu değildir. Çünkü fiili yol halinde İdare başta idare hukuku kurallarına göre hareket ettiği ya da etmek istediği halde, esas ya da usul yönünden içine düştüğü hukuka aykırılık hali bu durumun niteliğini bozup değiştirerek (*dénaturation*), onu haksız fiil temelinde ele alınan bir özel hukuk ilişkisine dönüştürmektedir. Dolayısıyla, bu ikinci durumda “*isteyerek*” değil ve fakat “*zorunlu*” olarak özel hukuk kurallarına tabi olma durumu söz konusudur²⁷.

II- Söz konusu işlem veya eylemin mülkiyet hakkına veya başka bir temel hak veya özgürlüğe yönelik bir saldırı niteliği taşıması gerekir. İki ayrı şekilde gerçekleşmesi mümkün olan ve aynı zamanda fiili yol teorisinin hukuksal altyapısını oluşturan koşulların başında gelen²⁸ bu koşul, fiili yolun konusu ile ilgilidir.

Buna göre, her şeyden önce, menkul yahut gayrimenkul bir malın mülkiyeti üzerindeki hakkın ihlâli bu koşulu karşılamaya yetecektir. Kavram bu yönüyle,

şehir kanalizasyonuna bağlanması sonucunda davacının evinde kullandığı suyun kesilmesinden doğan zarara ilişkin bulunması, kamu tüzel kişilerinin özel hukuk hükümleri uyarınca yapmış olduğu işler nedeniyle (haksız fiilleri nedeniyle) üçüncü kişilerin gördüğü zararlardan ötürü açılan tazminat davalarının görülmesinin ve çözümlenmesinin ise adli yargı yerinin görevi içinde olması sebebiyle davanın, görev yönünden reddine karar verildi.”, KARAVELİOĞLU, a.g.e., s. 820-821; GÖZÜBÜYÜK/TAN, a.g.e., s. 198.

²⁶ KARAVELİOĞLU, a.g.e., s.820-821; GÖZÜBÜYÜK/TAN, a.g.e., s.198; OĞURLU, a.g.m., s. 69.

²⁷ AUBY/DRAGO, a.g.e., s. 552; DEBBACH/RICCI, a.g.e., s. 254.

²⁸ AUBY/DRAGO, a.g.e., s. 553.

“elkoyma” (*emprise*)²⁹ haliyle benzerlik ve hatta kesişme oluşturmakla birlikte ondan daha geniştir; çünkü bu ikincisi yalnızca gayrimenkul mülkiyeti üzerindeki zilyedlik hakkının tecavüzü halini ifade etmektedir³⁰. Bu ayrıma dikkat edilmek kaydıyla, fiili yolun mülkiyet hakkının ihlâlüne ilişkin halini tespit etmek fazla güçlük göstermez.

²⁹ Bu kavramı “usulsüz elkoyma” (*l’emprise irrégulière*) anlamında kullanmış bulunuyoruz. Çünkü Fransız Hukukunda bunun bir de usulüne uygun elkoyma (*l’emprise régulière*) olarak adlandırılan ikinci bir hali bulunmaktadır ki, her ikisinin gerçekleşme koşulları ile yarattığı hukuksal sonuçlar birbirinden hayli farklıdır. Fransız Hukukunda da elkoyma denilince genellikle bunun usulsüz olanı kast edilmekle birlikte, yine de iki durumun birbirine karıştırılmaması için ayrıca bir niteleme yapılması da ihmal edilmemektedir. Örneğin bkz: AUBY/DRAGO, a.g.e., s. 545; CHAPUS, Droit Administratif, s. 778; DE LAUBADÈRE/GAUDEMET, a.g.e., s. 419; DEBBACH/RICCI, a.g.e., s. 241; LONG/WEIL/BRAIBANT/DELVOLVÉ/GENEVOIS, a.g.e., 409; LACHAUME, a.g.e., s. 232; PEISER, a.g.e., s. 87; WALINE, a.g.e., s. 553; Jean-Michel DE FORGES, **Droit Administratif**, 6. Édition, Puf, Paris, 2002, s. 346.

³⁰ ONAR, a.g.e., s. 1675; OĞURLU, a.g.m., s. 63; DE LAUBADÈRE/GAUDEMET, a.g.e., s. 420; PEISER, a.g.e., s. 86, 88. Öğretide kimi yazarlar (örneğin OĞURLU, a.g.m., s. 63; AYANOĞLU, a.g.e., s. 59, 61-62), elkoyma (*emprise*) halini de fiili yolun türlerinden biri olarak göstermektedir. Oysa Onar’ın (a.g.e., s. 1675 vd.) ve Fransız İdare Hukuku öğretisinin yaklaşımına göre, bu durum, kimi yönleriyle adli yargı yerlerinin görevine giren uyuşmazlıklar doğuran kendine özgü bir kavram ve kurumdur. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, fiili yol hali, menkul ve gayri menkul mülkiyeti ile bunlar üzerindeki cümle hakların açıkça hukuka aykırı bir şekilde ihlâl edilmesi durumunda uygulanabilen bir teori olmasına karşılık, elkoyma hali yalnızca özel mülkiyete tabi bulunan gayri menkuller ile bunlar üzerindeki aynı haklara ilişkin zilyedlik hakkının geçici veya daimi bir surette ihlâl edilmesi halinde uygulanabilen bir teordir. Elkoyma, daha doğrusu, usulsüz elkoyma (*l’emprise irrégulière*) halinin varsayılabilmesi için fiili yol koşullarının gerçekleşmiş olması gerekmez. Yani usulsüz elkoyma hali ile fiili yol arasında bir özdeşlik ve gerçekleşme koşulları yönünden bir eşitlik yoktur. Fakat fiili yol teşkil eden bir durum, elkoymayı da içerebilir; bu takdirde, elkoyma kurumunun değil, fiili yol teorisinin gerekleri uygulanır. Dolayısıyla, fiili yolun daha geniş bir uygulama alanına sahip olduğu söylenebilir (AUBY/DRAGO, a.g.e., s. 543-544; CHAPUS, Droit Administratif, s. 778-779; LONG/WEIL/BRAIBANT/DELVOLVÉ/GENEVOIS, a.g.e., 410; LACHAUME, a.g.e., s. 232-233; DEBBACH/RICCI, a.g.e., s. 242-243, 251; RIVERO/WALINE, a.g.e., s. 490-491; WALINE, a.g.e., s. 553; DE FORGES, a.g.e., s. 347). Mülkiyet hakkı dışındaki aynı haklar üzerindeki zilyedlik hakkının ihlâlinin de söz konusu teori kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği sorusu ise, ancak uzunca bir tereddüt ve duraksamadan sonra olumlu yönde cevaplandırılabilmiştir. Elkoyma halinin varlığı halinde de uyuşmazlığın çözümü yetkisi adli yargı yerlerine geçtiği için, her iki hukuksal kurum arasında ortak bir yön bulunmakla birlikte; fiili yol hali ile karşılaştırıldığında, adli yargı hâkiminin yetkileri çok sınırlı kalmaktadır; çünkü bu durumda, adli yargı hâkimi elkoymanın hukuka uygun olup olmadığını değerlendirme yetkisine sahip olmadığı gibi (bu yetkinin münhasıran idari yargı yerlerine ait olduğu kabul edilmektedir), elkoyma haline son verme yetkisine de sahip değildir. Adli yargı hâkiminin bu konudaki tek yetkisi, elkoyma yani zilyedlik hakkının kullanılmasına engel olunması nedeniyle meydana gelmiş bulunan zararın tazminine karar vermekten ibarettir. Bu yetkinin kullanılabilmesi de, söz konusu elkoymanın hukuka aykırı olduğu yönünde daha önce verilmiş bir idari yargı kararının varlığına bağlıdır; çünkü hukuka uygun elkoyma (*l’emprise régulière*) nedeniyle bir zarar meydana gelmiş olursa bunun tazmini dahi idari yargı yerlerine aittir (Guy BRAIBANT/Bernard STIRN, **Le Droit Administratif Français**, 7. Édition, Dalloz, Paris, 2005, s. 536; Didier TRUCHET, **Droit Administratif**, 1. Édition, Puf, Paris, 2008, s. 121; Agathe VAN LANG/Geneviève GONDOUIN/Véronique INSURGET-BRISSET, **Dictionnaire De Droit Administratif**, 2. Édition, Armand Colin, Paris, 1999, s. 123; CHAPUS, Droit Administratif, s. 779-780; LACHAUME, a.g.e., s. 233; DEBBACH/RICCI, a.g.e., s. 244; WALINE, a.g.e., s. 553; DE FORGES, a.g.e., s. 347; AUBY/DRAGO, a.g.e., s. 548-549). Elkoyma halinde, adli yargı

Fakat bu koşulun başka bir gerçekleşme biçimi olan ve temel bir hak ve özgürlüğün ihlâli şeklinde ortaya çıkan hali bakımından aynı şeyi söylemek pek kolay değildir. Çünkü yukarıda da belirttiğimiz gibi, yalnızca “*temel hak ve özgürlükler*”in ihlâli halinde mi yoksa bütün hak ve özgürlüklerin (örneğin siyasi, ekonomik ve sosyal bir hak yahut özgürlüğün) ihlâli halinde de mi fiili yol teorisinin uygulanıp uygulanmayacağı açık değildir³¹. Chapus, uygulamadaki örneklerinden hareketle bu kapsamda sayılabilecek temel hak ve özgürlüklerin bir listesini ortaya koymanın mümkün olmadığını belirtmektedir³². Bunun başta gelen nedeni ise, yargı yerlerinin Anayasa ve yasalardaki “*düzenleme ve kategorizasyon*” yahut “*katalog*”la kendilerini bağlı görmeyerek kavrama “*otonom*” bir yapı ve “*fonksiyonel*” bir nitelik kazandırmış olmalarıdır³³.

Gerçekten de, yargı yerleri, kavramın içeriğini doldurmaya çalışırken genellikle hukuksal metinlerde “*temel hak ve özgürlük*” olarak nitelendirilen hak ve özgürlükleri kendilerine referans alma eğilimi içinde bulunmakla birlikte, bu kurala her zaman uymamaktadırlar³⁴. Fransız İnsan Hakları Bildirisinde de yer alan ve yasal düzenlemelerle güvence altına alınmış bulunan ve “sert çekirdek” haklar olarak nitelendirilen hak ve özgürlükler dışında yeknesak bir uygulama olmadığı ve her yargı yerinin kendi “*kamış ve sübjektif anlayışı çerçevesinde*” ve hatta neredeyse kendi “*keyfine*” göre bir belirlemede bulunduğunu kaydeden Chapus³⁵, Uyuşmazlık Mahkemesi’ni de bu konuda çok tutarlı davranmamakla eleştirmektedir³⁶. Uygulamadaki örnekler, Chapus’un eleştirilerini haklı çıkaracak

yerlerinin zararı tazmin yetkisinin, elkoyma nedeniyle ortaya çıkan doğrudan zararlarla sınırlı olduğu; söz konusu elkoymada İdareye atfı kabil bir kusurdan doğmuş bulunan yan birtakım zararların tazminine karar verme yetkisinin ise münhasıran idari yargı yerlerine ait olduğu yolundaki çetrefil ve lüzumsuz ayırım, Uyuşmazlık Mahkemesinin 30 Haziran 1949 tarihli *Nogier* kararından bu yana terk edilmiş bulunmaktadır. Hukukumuzda yabancı sayılabilecek bu kavram ve kurum, uyuşmazlıkların çözümünü konusunda ortaya çıkardığı çetrefil görev sorunları nedeniyle Fransız Hukukunda da eleştirilmekte ve kaldırılması gerektiği ifade edilmektedir. Bkz: PEISER, a.g.e., s. 87 vd.; WALINE, a.g.e., s. 553-554; DE FORGES, a.g.e., s. 346-347; AUBY/DRAGO, a.g.e., s. 543 vd.; DUPUIS/GUÉDON/CHRÉTIEN, a.g.e., s. 624; LONG/WEIL/BRAIBANT/DELVOLVÉ/GENEVOIS, a.g.e., 404 vd.; BRAIBANT/STIRN, a.g.e., s. 536; DEBBACH/RICCI, a.g.e., s. 244; DE LAUBADÈRE/GAUDEMET, a.g.e., s. 418-421.

³¹ Michel VERPEAUX, “Voie De Fait et Liberté Fondamentale”, *Actualité Juridique- Droit Administratif*, 2008, s. 885; AUBY/DRAGO, a.g.e., s. 564-565; CHAPUS, *Contentieux Administratif*, s. 1426; CHAPUS, *Droit Administratif*, s. 785 vd.

³² CHAPUS, *Contentieux Administratif*, s. 1426. Aynı yönde bkz: AUBY/DRAGO, a.g.e., s. 564.

³³ CHAPUS, *Contentieux Administratif*, s. 1426; VERPEAUX, a.g.m., s. 885.

³⁴ AUBY/DRAGO, a.g.e., s. 564-565; CHAPUS, *Contentieux Administratif*, s. 1426; VERPEAUX, a.g.m., s. 885.

³⁵ CHAPUS, *Contentieux Administratif*, s. 1426.

³⁶ CHAPUS, *Droit Administratif*, s. 785-786.

niteliktedir. Örneğin, yer itibarıyla yasal yetkisi bulunmadığı halde bir gazetenin toplatılmasını emreden valinin bu kararı basın özgürlüğünün ihlâli³⁷, dini kuralara göre defnedilmeyen bir kişi için kilise çanlarının çalınmasını rahibe emreden belediye başkanının kararı din ve inanç özgürlüğünün ihlâli³⁸, posta ile gönderilen afiş örneklerinin muhatabına ulaştırılmayarak postada alıkonmasına ilişkin davranış haberleşmenin gizliliği ve güvenliğinin ihlâli³⁹, bir konutun mühürlenmesi konut özgürlüğünün ihlâli⁴⁰, iradesi hilâfına ve kanuna aykırı bir şekilde kişinin akıl hastanesine yatırılması kişi güvenliği ve özgürlüğünün ihlâli⁴¹ olarak sayıldığı halde; telefon aboneliğinin re’sen silinmesi⁴², mesleki bir faaliyetin yürütülmesinin engellenmesi⁴³, taksit işletme faaliyetinin durdurulması ve engellenmesi⁴⁴, yasaklılık süresi dolduğu halde av tezkeresi verilmemesi⁴⁵, bir yabancı valinin kararıyla sınır dışı edilmesi⁴⁶, yasadışı yollardan Fransa’ya girmek isteyen bir yabancı gemiden inmesine izin verilmeyerek orada kalmaya zorlanmasına ilişkin emniyet müdürlüğü kararı⁴⁷ gibi işlemler temel hak ve hürriyetlerle ilgili sayılmadığından fiili yol halinin gerçekleşmediği sonucuna ulaşılmıştır⁴⁸.

³⁷ TC, 8 avril 1935, *Action française*, Recueil, p. 1226 (LACHAUME, a.g.e., s. 226; DE LAUBADÈRE/GAUDEMET, a.g.e., s. 423; PEISER, a.g.e., s. 88; CHAPUS, Droit Administratif, s. 784).

³⁸ CE, 4 juin 1910, *Abbé Mignon*, Sirey, 1910, 3, p. 129 (PEISER, a.g.e., s. 88; DE LAUBADÈRE/GAUDEMET, a.g.e., s. 423; AUBY/DRAGO, a.g.e., s. 557).

³⁹ TC, 10 décembre 1956, *Randon*, Recueil, p. 592 (LACHAUME, a.g.e., s. 231; LAUBADÈRE/GAUDEMET, a.g.e., s. 423; PEISER, a.g.e., s. 88).

⁴⁰ CE, 10 octobre 1969, *Muselier*, RDP, 1970, p. 774 (PEISER, a.g.e., s. 88).

⁴¹ CE, 18 octobre 1989, *Mme B...*, AJDA, 1990, p. 54 (LACHAUME, a.g.e., s. 231).

⁴² TC, 15 avril 1991, *Préfet de la Région Lorraine, Préfet de la Moselle*, Gaz. Pal., 1992, no: 187-189 (PEISER, a.g.e., s. 90-91; LACHAUME, a.g.e., s. 232).

⁴³ CE, 8 avril 1961, *Dame Klein, D.*, 1961, p. 587 (PEISER, a.g.e., s. 88); TC, 21 juillet 1949, *Wolff*, Recueil, p. 614 (LACHAUME, a.g.e., s. 232). Bununla birlikte, Yargıtay yeni tarihli bir kararında mesleki faaliyeti temel hak ve özgürlüklerden sayarak, buna dokunan saldırıya da fiili yol saymıştır. Bkz: Cass. Civ. 1. ch., 22 novembre 1983, *Reymondon*, Bull., civ., 1983, I, p. 248 (LACHAUME, a.g.e., s. 232).

⁴⁴ TC, 12 janvier 1987, *Préfet Eure-et-Loir*, AJDA, 1987, p. 426 (PEISER, a.g.e., s. 88).

⁴⁵ TC, 24 février 1992, *Préfet de la Gironde*, RFDA, 1992, p. 766 (PEISER, a.g.e., s. 91).

⁴⁶ TC, 21 juin 1994, *Préfet Rhône-Alpes c/madaci et Youbo*, AJDA, 1994, p. 496; TC, 16 janvier 1995, *Diaz Carette*, LPA, 1996, no: 61, p. 8-11 (PEISER, a.g.e., s. 91).

⁴⁷ TC, 12 mai 1997, *Préfet de Police c/Ben Salem et Taznaret*, Recueil, p. 582 (DARCY/PAILLET, a.g.e., s. 38-39; WALINE, a.g.e., s. 552). Faslı iki kaçak göçmenin Fransa’ya girme teşebbüsüyle ilgili bulunan bu kararda, oyçokluğuyla fiili yol halinin gerçekleşmediğine karar verilmiş ve bu sonuç büyük bir yankı uyandırmıştır. Bu arada karardan “rahatsızlık” duyan Uyuşmazlık Mahkemesi Raportörü bu görevinden istifa etmiştir. Bkz: DARCY/PAILLET, a.g.e., s. 39; CHAPUS, Droit Administratif, s. 775-776.

⁴⁸ Bu konuda daha fazla örnek karar için bkz: LACHAUME, a.g.e., s. 231-232; LONG/WEIL/BRAIBANT/DELVOLVÉ/GENEVOIS, a.g.e., s. 295-296; AUBY/DRAGO, a.g.e., s. 564-565.

III- Saldırının maddi ve fiili icra yani icrai ve fiili ameliyeler ile gerçekleşmesi gerekir. Fiili yoldan söz edebilmek için mülkiyet hakkına ya da diğer bir temel hak veya özgürlüğe dokunan bir kararın alınmış olması tek başına yeterli değildir, kararın hayata geçirilmiş olması da gerekmektedir⁴⁹. Ayrıca eklemek gerekir ki, söz konusu icra yahut yerine getirmenin de, bizatihi İdarenin kendisi tarafından gerçekleştirilmiş olması şarttır⁵⁰. Fakat bu kural mutlak değildir. Jürisprüdans, kesin ve yakın bir uygulama tehdidini içinde barındıran⁵¹ kararlar ile, yaratabileceği sonuçlara nazaran bazı hallerde bir talebin reddi halinde de bu şartın gerçekleşmiş sayılacağını kabul etmiş bulunmaktadır⁵².

Bu koşulun doğrudan doğruya idari eylemler (salt, yalın idari eylemler) yapılması suretiyle de gerçekleşmesi mümkündür⁵³. Bu olasılıkta, ortada herhangi bir idari karar bulunmadığı halde, varmışçasına birtakım maddi ve fiili hareketlerin gerçekleştirilmesi söz konusudur⁵⁴.

Fransız Hukukunda, fiili yol halinin doğrudan doğruya işlemin kendisiyle gerçekleşmesi hali ile bu işlemin icra edilmesine ilişkin idari eylem veya bir işleme dayanmayan salt idari eylemle gerçekleşmesi hali arasında, tabi olacakları hukuki rejim bakımından bir ayırım yapılmaktadır. Buna göre, fiili yolun doğrudan ve yalnızca işlemde kaynaklanması halinde, söz konusu işlemin yokluğunun tespiti davasında adli ve idari yargı yerleri birlikte görevli olabildiği halde⁵⁵, diğer durumlarda idari

⁴⁹ TC, 20 avril 1959, *Dame Peghein*, Recueil, p. 867 (Anılan karar ve başka kararlar için bkz: LACHAUME, a.g.e., s. 228); DUPUIS/GUÉDON/CHRÉTIEN, a.g.e., s. 624; WALINE, a.g.e., s. 550.

⁵⁰ TC, 29 mai 1967, *Dame veuve Barsi*, Recueil, p. 635 (LACHAUME, a.g.e., s. 228); AUBY/DRAGO, a.g.e., s. 553-554. Ayrıca, Fransız Yargıtayı'nın yukarıda (22 no'lu dipnotta) yer alan kararına bakınız.

⁵¹ ONAR, a.g.e., s. 1668; AUBY/DRAGO, a.g.e., s. 569. TC, 18 décembre 1947, *Hilaire*, JCP, 1948, II, p. 4087 (PEISER, a.g.e., s. 88); TC, 25 mai 1950, *S.N.P.E.*, Recueil, p. 660 (DE LAUBADÈRE/GAUDEMET, a.g.e., s. 421); TC, 20 avril 1959, *Dame Peghein*, Recueil, p. 867 (LACHAUME, a.g.e., s. 228).

⁵² LACHAUME, a.g.e., s. 228; DUPUIS/GUÉDON/CHRÉTIEN, a.g.e., s. 624; WALINE, a.g.e., s. 550-551.

⁵³ AUBY/DRAGO, a.g.e., s. 558; PEISER, a.g.e., s. 89; DUPUIS/GUÉDON/CHRÉTIEN, a.g.e., s. 624; YAYLA, a.g.e., s. 142.

⁵⁴ CE, 22 juillet 1977, *Haffersas*, Recueil, p. 365 (PEISER, a.g.e., s. 89); AUBY/DRAGO, a.g.e., s. 558.

⁵⁵ Danıştay'ın da fiili yol teşkil eden yoklukla malül işlemlerin bu halini tespit etmekte kendisini görevli saydığı ve hatta bazen bir adım daha ileri giderek bu tür işlemlerin "iptaline" dahi karar verdiği belirtilmektedir. Bkz: ONAR, a.g.e., s. 330; Metin GÜNDAY, *İdare Hukuku*, 9. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2004, s. 151-152; ERKUT, a.g.m., s. 75, dipnot: 48 ve 49 ve s. 90, d.pnot: 150; Aydın H. TUNCAY, "Giriş" in *Yüzyıl Boyunca Danıştay*, İkinci Baskı, Danıştay Matbaası, Ankara, 1986, s. 27; Ali Sıtkı GÖKALP, "İdari Dava Türleri" in *Yüzyıl Boyunca Danıştay*, İkinci Baskı, Danıştay Matbaası, Ankara, 1986, s. 442; SARICA, İdari Kaza (1942), s. 141;

yargı yerlerinin hiçbir yetkisi bulunmamaktadır⁵⁶.

IV- Saldırımın ağır ve açık olması gerekir. Bu koşul, işlemin bizatihi kendisinin açıkça hukuka aykırı olması nedeniyle gerçekleşebileceği gibi, hukuka uygun olan bir işlemin hukuka aykırı bir şekilde icra edilmesi şeklinde de gerçekleşebilir. Hatta ikisinin karması, yani açıkça hukuka aykırı bir işlemin yine tamamen usul dışı fiillerle icra edilmesi şeklinde de gerçekleşmesi mümkündür⁵⁷. Başka bir anlatımla, bu koşulun “*hukuk*” ve “*usul eksikliği*” olmak üzere iki şekilde gerçekleşebilmesi mümkündür⁵⁸.

Hauriou tarafından ortaya konan ve öğretide birçok yazar tarafından da kabul gören⁵⁹ bir yaklaşıma göre, bu iki durum aynı zamanda fiili yolun türleri olarak da

GÖZÜBÜYÜK/TAN, a.g.e., s. 333 vd. Fakat idari yargı yerlerinin böyle bir yetkisinin bulunup bulunmadığı meselesi öğretide tartışmalıdır. Örneğin ONAR (a.g.e., s. 333), SARICA İdari Kaza (1942, s. 141), GÖKALP (a.g.m., s. 442), GÖZÜBÜYÜK/TAN (a.g.e., s. 335) ve GÜNDAY (a.g.e., s. 151) idari yargı yerlerinin böyle bir yetkisinin bulunduğunu kabul ederken, TUNCAY (a.g.m., s. 27) bunun mümkün ve doğru olmadığını ileri sürmektedir. GÖZLER (a.g.e., s. 900-902) ise, yoklukla malûl işlemlerin idari yargı yerleri önünde dava konusu yapılabileceğini fakat, Türk İdare Hukukunda tespit davası şeklinde bir idari dava türü bulunmadığından bunun ancak iptal davası şeklinde açılacağı görüşündedir. Konuya ilişkin çeşitli görüş ve yargısal kararlar için bkz: GÖZÜBÜYÜK/TAN, a.g.e., s. 333-337; GÖZLER, a.g.e., s. 900-914; ERKUT, a.g.m., s. 73 vd.

⁵⁶ TC, 27 juin 1966, *Guignon*, Recueil, p. 830; CE, 13 juillet 1966, *Guignon*, Recueil, p. 476 (LONG/WEIL/BRAIBANT/DELVOLVÉ/GENEVOIS, a.g.e., s. 298); BRAIBANT/STIRN, a.g.e., s. 536; WALINE, a.g.e., s. 552; AUBY/DRAGO, a.g.e., s. 555.

⁵⁷ Fransız Hukukunda bu duruma ilişkin olarak genellikle Uyuşmazlık Mahkemesinin 8 Nisan 1935 tarihli “*Action française*” kararı ile Conseil d’État’ın 18 Kasım 1949 tarihli “*Carlier*” kararı örnek verilmektedir. Söz konusu kararların metni ve analizi için bkz: LACHAUME, a.g.e., s. 226 vd.; LONG/WEIL/BRAIBANT/DELVOLVÉ/GENEVOIS, a.g.e., s. 293 vd.; DURAN, İdare Hukuku Meseleleri, s. 58 vd.

⁵⁸ TRUCHET, a.g.e., s. 120; LONG/WEIL/BRAIBANT/DELVOLVÉ/GENEVOIS, a.g.e., s. 294-295, 297; DUPUIS/GUÉDON/CHRÉTIEN, a.g.e., s. 624; DE LAUBADÈRE/GAUDEMET, a.g.e., s. 422; LACHAUME, a.g.e., s. 228-229.

⁵⁹ ONAR, a.g.e., s. 1671; GÖZÜBÜYÜK/TAN, a.g.e., s. 192-193; OĞURLU, a.g.m., s. 61; KARAVELİOĞLU, a.g.e., s. 805-806; DE LAUBADÈRE/GAUDEMET, a.g.e., s. 422; CHAPUS, a.g.e., s. 784; PEISER, a.g.e., s. 88; BRAIBANT/STIRN, a.g.e., s. 536; WALINE, a.g.e., s. 550-551; DEBBASH/RICCI, a.g.e., s. 245; LONG/WEIL/BRAIBANT/DELVOLVÉ/GENEVOIS, a.g.e., s. 294-295; VAN LANG/GONDOUIN/INSERGUET-BRISSET, a.g.e., s. 289-290. Fakat, Fransız Hukukunda gerek bu dipnotta belirtmiş ve gerekse fazla yer işgal etmemesi için belirtmemiş olduğumuz yazarların, bazen bu ayrımı açık ve net olarak yaptıklarını bazen de bizim de katıldığımız şekilde bir unsurun değişik gerçekleşme veya somutlaşma biçimleri şeklinde sorunu ortaya koyduklarını da eklemek gerekir. Buna en açık örnek olarak, Auby/Drago’nun açıklama ve anlatımlarını verebiliriz. Nitekim diğer yazarlara nazaran fiili yol konusuna daha geniş ayırmış bulunan bu yazarlar (a.g.e., s. 551-570), kesinlikle “fiili yolun türleri” şeklinde bir ayırım ve açıklama yapma yoluna gitmemiş, bunun yerine, “ağır ve açıkça hukuka aykırılık” koşulunun değişik gerçekleşme biçimleri şeklindeki bir tasnif ve anlatım yolunu benimsemiş bulunmaktadırlar.

gösterilmekte ise de, bizce bu doğru değildir. Zira “*hukuk*” veya “*usul eksikliği*”ni fiili yolun varlık yahut kurucu nitelikteki şartlarından biri olarak gördükten sonra bunları aynı zamanda fiili yolun türlerinden biri olarak da göstermek doğru olmasa gerektir. Doğru olabilmesi için, bu unsurun, fiili yolun diğer koşulları bulunmaksızın tek başına ya da onlardan farklı diğer birtakım koşulların bulunmasıyla birlikte ayrı bir fiili yol halini oluşturabilmesi gerekir. Oysa yukarıdan beri açıklaya geldiğimiz gibi, fiili yoldan söz edebilmek için dört kurucu koşulun aynı anda bir arada bulunması zorunlu olup; “*hukuk eksikliği* veya “*usul eksikliği*” şeklinde gerçekleşebilen ağır ve açıkça hukuka aykırılık da kurucu nitelikteki şartlardan bu biridir. Eğer bir koşulun değişik gerçekleşme biçimlerinden her biri başlı başına fiili yolun ayrı bir halini teşkil edebiliyorsa, o takdirde diğer koşulların da değişik şekillerde gerçekleşebileceği olgusundan hareketle, söz konusu türlere yenilerinin de eklenmesi mümkündür. Örneğin işlemlerle veya eylemlerle gerçekleşen fiili yol türleri yahut sadece işlemin tesisi veya ancak işlemin icrası ile gerçekleşebilen fiili yol türleri gibi değişik birtakım fiili yol türlerinden bahsedilebilir. Fakat bütün bunlar, fiili yolun dört temel yahut kurucu şartından birinin değişik gerçekleşme (tezahür) biçimlerinden biri olduğundan, her birini fiili yolun ayrı bir türü olarak göstermek doğru olmaz. Kısacası, bir hukuki kurumun *kümülatif* nitelikteki şartlarından o kurumun türlerini türetmenin doğru olmayacağını düşünüyoruz.

Diğer taraftan, hangi durumlarda bir işlemin bizatihi kendisinin veya icrasının ağır, açık ve bariz bir hukuka aykırılıkla malul bulunduğunu söyleyebilmek pek kolay olmadığından⁶⁰, tespiti en fazla güçlük gösteren koşul da budur⁶¹. Meseleye *esas yönünden hukuka aykırılık yani “hukuk eksikliği”* noktasından yaklaşacak olursak şu sorunlarla karşılaşmaktayız. Conseil d’État’ın “*Carlier*”⁶² ve Uyuşmazlık Mahkemesi’nin “*Perin*”⁶³ kararı ile ortaya konulan ve istikrar kazanmış bulunan yaklaşıma göre bu koşulun gerçekleşmiş sayılabilmesi için, sıradan ya da alelade bir hukuka aykırılık yetmemekte; bunun özellikle ağır, açık, bariz ve kesin yahut tartışmasız bir nitelik taşıması gerekir. Aksi takdirde, idari iptal davası ve hatta idari yargının varlık sebebi inkâr edilmiş olur⁶⁴. Burada ister istemez hemen şu soru akla

⁶⁰ GÖKALP, a.g.m., s. 441-442.

⁶¹ CHAPUS, Droit Administratif, s. 784; DEBBACH/RICCI, a.g.e., s. 246.

⁶² CE, 18 novembre 1949, *Carlier*, Recueil, p. 490 (LONG/WEIL/BRAIBANT/DELVOLVÉ/GENEVOIS, a.g.e., s. 297; PEISER, a.g.e., s. 88; DURAN, İdare Hukuku Meseleleri, s. 58 vd.

⁶³ TC, 11février 1947, *cons. Perin*, Recueil, p. 501 (CHAPUS, Droit Administratif, s. 784; DE LAUBADÈRE/GAUDEMET, a.g.e., s. 422).

⁶⁴ AUBY/DRAGO, a.g.e., s. 554; CHAPUS, Droit Administratif, s. 790; DEBBACH/RICCI, a.g.e., s. 245-246. Fakat Uyuşmazlık Mahkemesi (9 juin 1986, *Eucat*, Recueil, p. 301, DE FORGES, a.g.e., s. 348; CHAPUS, Droit Administratif, s. 790; DE LAUBADÈRE/GAUDEMET, a.g.e., s.

gelecektir: Acaba ne gibi işlemler böyle sayılabilecektir? Fransız Hukukundaki uygulamaya ve Conseil d’État’ın⁶⁵ eşanlamlı olarak kullandığı ifadelere göre, “herhangi bir yasa ya da düzenleyici işleme dayanmayan” yahut “açıkça İdarenin yeki ve görev alanı dışında kalan” (=İdarenin yetki, görev ve faaliyet alanına bağlanamayan) işlem ve eylemler bu nitelikte sayılabilecektir⁶⁶. Chapus’a göre, ilkinde nazaran daha açık anlamlı ve uygulanması nispeten kolay olan bu ikinci ifade yahut kriterle⁶⁷ kast edilen, genel olarak idari fonksiyonun sınırları değil ve fakat bu sınırlar içinde olmak kaydıyla Anayasa ve kanunlarla somut olarak İdareye verilmiş ve yüklenmiş olan yetki ve görevlerin anlaşılması gerekir. Yazara göre, yoksa bununla genel anlamda idari görev ve işlev (örneğin kamu düzeninin sağlanması ve korunması, kamu hizmetlerinin yürütülmesi gibi) kast edilmiş değildir. Yazar, Uyuşmazlık Mahkemesi ile Devlet Şûrası’nın da anılan kriteri kural olarak bu şekilde anlayıp uyguladığını belirtmektedir⁶⁸.

Anılan nitelikteki işlemlerin, aynı zamanda, genellikle yok hükmünde sayıldığı bilinmektedir. Başka bir anlatımla, İdarenin Anayasa ve kanunlarla kendisine tanınan görev ve yetki alanı dışına çıkararak yahut bu alan içinde kalmakla birlikte çeşitli bakımlardan açıkça bu kurallara ters düşecek mahiyet ve surette tesis etmiş olduğu işlemler, kural olarak, “yok hükmünde” sayılmakta yani, “hukuk âleminde hiç doğmamış” sayılmak gibi bir hukuksal sonuç kendilerine bağlanmaktadır⁶⁹. Bu

422) ile Yargıtay’ın nadiren de olsa bu kuraldan uzaklaştığı belirtilmektedir. Chapus, özellikle ilk derece adli yargı yerlerinin çoğu zaman bu hususu göz ardı ederek sıradan yahut basit sayılabilecek bir hukuka aykırılıkla malûl işlemleri dahi “yok hükmünde” sayarak fiili yol koşullarının oluştuğu sonucuna vardıklarını fakat, duruma göre Yargıtay veya Uyuşmazlık Mahkemesi’nin muhalefeti ile karşılaştıklarını ve geri adım atmamak zorunda kaldıklarını belirtmektedir. Örneğin, ülkeye yasadışı bir şekilde girmeye çalışan bir yabancının hava alanında transit geçiş merkezinde tutularak ülkeye girişinin engellenmesi, Paris Asliye Hukuk Mahkemesince “hiçbir şekilde İdarenin görev ve yetki alanına girmeyen bir karar ve fiil” olarak değerlendirilerek fiili yol hali bulunduğu sonucuna ulaşılmıştır. Söz konusu karar ve aynı yönde başka kararlar ile bunların eleştirisi için bkz: CHAPUS, Droit Administratif, s. 785-787, 790; DE LAUBADÈRE/GAUDEMET, a.g.e., s. 422.

⁶⁵ CE, 18 novembre 1949, *Carlier*, Recueil, p. 490 (LONG/WEIL/BRAIBANT/DELVOLVÉ/GENEVOIS, a.g.e., s. 297; PEISER, a.g.e., s. 88; DEBBACH/RICCI, a.g.e., s. 245).

⁶⁶ AUBY/DRAGO, a.g.e., s. 554-55; CHAPUS, Droit Administratif, s. 784; DUPUIS/GUÉDON/CHRÉTIEN, a.g.e., s. 624; DE FORGES, a.g.e., s. 348; LACHAUME, a.g.e., s. 229; DEBBACH/RICCI, a.g.e., s. 244-245; DE LAUBADÈRE/GAUDEMET, a.g.e., s. 421-422.

⁶⁷ CHAPUS, Droit Administratif, s. 784. Türk Uyuşmazlık Mahkemesi’nin de, “İdarenin tamamen mesnedsiz işlem ve eylemleri yahut faaliyetleri” şeklinde bir ifade kullanarak bu kriterlerden ikincisine başvurduğu belirtilmektedir. Bkz: ÖZKOL, a.g.e., s. 63. Yazar (a.g.e., s. 56 vd), Uyuşmazlık Mahkemesi’nin ağırlıkla bu kriteri uyguladığını örnekler vererek açıklamaktadır. Aynı yönde bkz: Vahap DARENDELİ, *Adli Yargı Yerlerinde Görülen İdari Uyuşmazlıklar ve Davalar*, Yetkin, Ankara, 2004, s. 73; AYANOĞLU, a.g.e., s. 54-55.

⁶⁸ CHAPUS, Droit Administratif, s. 789-790.

⁶⁹ Celâl ERKUT, *İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği*, Danıştay Yayını, Ankara, 1990, s. 150; ERKUT, a.g.m., s. 71-72; AUBY/DRAGO, a.g.e., s. 554-

nedenle, yokluk ile fiili yol hali arasında bir kesişme ve örtüşme olduğu söylenebilir⁷⁰. Ancak, yanlış bir anlaşılmaya meydan vermemek için hemen belirtelim ki, bize göre, bu iki durum arasında kaçınılmaz yahut zorunlu bir örtüşme ve özdeşlik hali yoktur. Daha açık bir deyişle, yoklukla malûl bir işlemin bulunduğu her durumda fiili yol halinin de bulunduğu söylenemez⁷¹. Buna karşılık, fiili yol hali eğer doğrudan doğruya bir idari eylemden (salt, yalın idari eylem) değil de bir işlem den ileri gelmişse bu takdirde bu işlemin yoklukla malûl olduğu veya öyle sayılması gerektiğini söyleyebiliriz⁷². Dolayısıyla, ikisi arasındaki örtüşme ve özdeşlik hali, ancak mülkiyet hakkı veya başka bir temel hak veya özgürlüğe hanel getiren yok hükmündeki bir işlemin aynı zamanda icra edilmesi halinde ortaya çıkabilir. Çünkü yukarıda da açıkladığımız gibi, yoklukla malûl derecesinde dahi olsa hukuka aykırı bir işlemin varlığı tek başına mülkiyet hakkını veya başka bir temel hakkı yahut özgürlüğü ihlâl etmeye yeterli gelmeyebilir⁷³.

Kısmi ve nispi de olsa, her iki hukuksal kurum arasındaki bu örtüşme yahut neden sonuç ilişkisi, yokluk hali ile ilgili kısa bir açıklama yapmayı zorunlu kılmaktadır. Acaba bir idari işlemin hangi unsurlarına ilişkin ve ne gibi hukuka aykırılıklar onun yoklukla malûl sayılmasını gerektirecektir? Cevabı kolay olmayan bu soru karşısında öğretici ve uygulamada hiçbir zaman görüş birliği sağlanamamıştır⁷⁴. Teorinin “sübjektif” ve “soyut” bir nitelik taşıdığına ve “hiçbir somut kriterinin bulunmadığı”na işaret eden Erkut⁷⁵, bu nedenle nesnel ve kuşatıcı bir tanım vermenin imkânsız olduğunu belirtmektedir. Böyle olmakla birlikte, öğretici ve uygulamada genellikle işlemin yetki, şekil ve konu unsurlarında işlenen ağır ve açık hukuka aykırılıkların onun yoklukla malûl sayılmasını gerektireceği kabul edilmektedir. Örneğin yetki

555; DUPUIS/GUÉDON/CHRÉTIEN, a.g.e., s. 625; DEBBACH/RICCI, a.g.e., s. 251-252; DE FORGES, a.g.e., s. 261-262; DE LAUBADÈRE/GAUDEMET, a.g.e., s. 575-576.

⁷⁰ AUBY/DRAGO, a.g.e., s. 554-555.

⁷¹ ERKUT, a.g.m., s. 83-84; AUBY/DRAGO, a.g.e., s. 554-555; DUPUIS/GUÉDON/CHRÉTIEN, a.g.e., s. 624; DEBBACH/RICCI, a.g.e., s. 252; DE FORGES, a.g.e., s. 348. Karşı fikir için bkz: GÖZLER, a.g.e., s. 891.

⁷² GÖZLER, a.g.e., s. 891.

⁷³ ERKUT, a.g.m., s. 83-84; OĞURLU, a.g.m., s. 68; DE FORGES, a.g.e., s. 261, 348; DEBBACH/RICCI, a.g.e., s. 250; DE LAUBADÈRE/GAUDEMET, a.g.e., s. 423; AUBY/DRAGO, a.g.e., s. 564.

⁷⁴ Örneğin işlemin bütün unsurlarında bu durumun gerçekleşebileceğini ileri sürenler bulunduğu gibi, bunun yalnızca işlemin yetki ve konu unsurunda ortaya çıkabileceğini savunanlar da bulunmaktadır. Bu konudaki tartışma ve değişik görüşler ile yargısal karar örnekleri için bkz: ONAR, a.g.e., s. 328-335; ERKUT, a.g.m., s. 71 vd; ERKUT, a.g.e., s. 149 vd.; GÜNDAY, a.g.e., s. 152-154. Fransız Hukukundaki tartışma ve değişik görüşler için bkz: DE LAUBADÈRE/GAUDEMET, a.g.e., s. 575-576.

⁷⁵ ERKUT, a.g.m., s. 72-73; ERKUT, a.g.e., s. 150. Aynı yönde bkz: DE LAUBADÈRE/GAUDEMET, a.g.e., s. 575; DE FORGES, a.g.e., s. 261.

İdare Hukukunun Arkaik ve Anakronik Bir Kurumu (“Fiil Yol”)

unsuru yönünden “fonksiyon” veya “yetki gasbı” ile malûl idari işlemler ile “ağır ve bariz yetki tecavüzü” ile malûl işlemler bu nitelikte sayılmaktadır⁷⁶.

İşlemin yetki unsurunda ortaya çıkabilecek bu tür sakatlıkların ağır ve açık bir hukuka aykırılık teşkil ettiği açık olmakla birlikte, her ikisinin aynı kefeye konulması da pek isabetli olmasa gerektir. Çünkü fonksiyon (görev) gasbı halinde İdarenin Yasama yahut Yargı Organlarının görev ve yetkisine giren bir alan ve konuda işlem tesis etmesi söz konusu olduğundan, kuvvetler ayrılığı ilkesine açıkça ters düşen bu durumun yokluk yaptırımını ile karşılanması yerindedir⁷⁷.

Bunun gibi, İdari hiyerarşi dışında bulunan yani İdareye tamamen yabancı olan kişilerce yahut İdare adına hiçbir konuda irade açıklamasında bulunma yetkisine sahip olmayan kamu görevlilerince İdare “adına” yapılan irade açıklamaları da –“fiili memur teorisi”nin gerekleri de göz önünde bulundurulmak kaydıyla- aynı hukuki esaslara tabi tutulabilir⁷⁸.

Buna karşılık, merkezi idare makamlarının mahalli idare makamları yerine geçerek karar alması veya tersi durumun gerçekleşmesi yahut bir kamu tüzel kişiliğinin bir diğerinin yetki ve görev alanına bir konuda karar alması haline de aynı hukuksal sonuçların bağlanmasını doğru bulmuyoruz. Öğreti ve yargısal kararlarda “ağır ve bariz yetki tecavüzü” olarak da adlandırılan bu sakatlık halini, bundan öncekilerle bir aynı ve bir saymak mümkün değildir⁷⁹. Çünkü bu durumda, öncekilerden farklı olarak, genel anlamda idari görev ve yetki sahasının dışına çıkılmamış ve işlem de idari hiyerarşi içinde karar alma yetkisi ile mücehhez bir kişi, organ yahut kurul tarafından gerçekleştirilmiştir. Dolayısıyla, bu durumda, işlemin kurucu unsurlarının bulunmadığı söylenemeyeceğinden, kendisine yokluk yaptırımının bağlanması da doğru olmayacaktır. Kaldı ki, öyle sayılsa bile, bu durumdan, uyumsuzluğun çözümünün mutlaka adli yargı yerlerinin görevine gireceği sonucu çıkarılamaz. Çünkü sorun bütünüyle idari iptal davası ilke ve kuralları çerçevesinde çözümlenebilecek bir özellik ve niteliktedir. Dolayısıyla, böyle bir sorunun, bu soruna ve onun tabi

⁷⁶ ONAR, a.g.e., s. 331-333, 1671; SARICA, İdari Kaza (1942), s. 27-28, 136 vd; Ragıp SARICA, **İdari Kaza, Cilt I, İdari Davalar**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul, 1949, s., 56-58; GÖKALP, a.g.m., s. 441-442; GÜNDAY, a.g.e., s. 130-131; GÖZLER, a.g.e., s. 685, 692, 697, 709; CANDAN, a.g.e., s. 122 vd.; DE FORGES, a.g.e., s. 261.

⁷⁷ ONAR, a.g.e., s. 332; GÜNDAY, a.g.e., s. 130; SARICA, İdari Kaza (1949), s. 58-59; GÖZLER, a.g.e., s. 691 vd.; ERKUT, a.g.e., s. 151; ERKUT, a.g.m., s. 75-76; CANDAN, a.g.e., s. 123 vd.; DE LAUBADÈRE/GAUDEMET, a.g.e., s. 422; DE FORGES, a.g.e., s. 261, 348.

⁷⁸ ERKUT, a.g.m., s. 81-82.

⁷⁹ Karşı fikir için bkz: SARICA, İdari Kaza (1942), s. 140-141; SARICA, İdari Kaza (1949), s. 57-58; ONAR, a.g.e., s. 332; GÜNDAY, a.g.e., s. 131; GÖZLER, a.g.e., s. 709, 890.

olacağı kurallara büyük ölçüde yabancı olan bir yargıcın önüne götürülmesinde ne kişisel ve ne de kamusal bir yarar bulunmaktadır.

Konu unsurundaki kimi sakatlıkların da işlemin yoklukla malûl sayılmasını gerektirdiği söylenebilir ise de, bunların da daha çok “fonksiyon gasbı” yahut “kanunsuz idare” veya “tam kanunsuzluk hali” denilen ve “geniş anlamda yetkisizlik” halinden başka bir şey olmadığı⁸⁰ söylenebilir⁸¹.

İşlemin şekil ve usul unsuruna gelince, burada ortaya çıkan kimi ağır ve açık hukuka aykırılıklara da yokluk yaptırımını bağlanmakta ve bunun sonucu olarak bir dizi hukuki sonuçtan söz edilmekte⁸² ise de; yukarıda diğer unsurlar bakımından ifade ettiğimiz güçlük ve olumsuzluklar bu halde de baş göstermektedir. Başka bir anlatımla, bir idari işlemin şekil ve usul unsurunda ortaya çıkabilecek ne gibi hukuka aykırılıkların onun yok hükmünde sayılması gerektiğini ortaya koymak her zaman kolay olmadığı⁸³ gibi, böyle bir durumun “varsayıldığı” hallerde bunun gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti ile, uygun ve gerekli yaptırımların uygulanması görevinin adli yargı yerlerine bırakılmasında da yarar ve isabet yoktur⁸⁴.

Yukarıdaki bütün durumlar için genel olarak söylemek gerekirse, bizce hukuka aykırılığın derecesi ve bunun yaptırımlarından biri olan “yokluk” ya da “yok hükmünde sayılma” halinin bizatihi kendisi, otomatik bir şekilde görev (yargı yolu) konusundaki kuralların değişmesi sonucunu doğuramaz. Bugüne kadar aksi yönde bir uygulama ve kabulün ortaya çıkmış olmasının başta gelen nedeninin de, genel olarak fiili yol halinde olduğu gibi, daha ziyade idari yargı yerleriyle ilgili tarihsel sebepler ile, ağır ve açıkça hukuka aykırılıkla malûl işlemleri, “kamu düzeni”nden sayılan ve nispeten kısa tutulan idari dava açma süresinin “koruyucu” şemsiyesinden mahrum bırakarak ilgilileri daha iyi bir şekilde “korumak” olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. İdari yargı yerlerinin de yoklukla malûl işlemlere karşı bir süreyle bağlı olmaksızın her zaman dava açılabilirliğini kabul ettikleri ve kendilerine dair olarak “tam bir mahkeme olmadıkları” yolundaki yaklaşımların da günümüzde bir geçerliliğinin kalmamış olduğu gerçeği göz önünde bulundurulduğunda, en açık ve

⁸⁰ ONAR, a.g.e., s. 316.

⁸¹ Nitekim konuya ilişkin olarak verilen örnekler ve gösterilen yargısal kararlar da genellikle bu şekildedir. Örneğin bkz: ONAR, a.g.e., s. 311 vd.; ERKUT, a.g.m, s. 76 ve dipnot: 54; GÖZÜBÜYÜK/TAN, a.g.e., s. 560 vd.; GÜNDAY, a.g.e., s. 144 vd.; GÖZLER, a.g.e., s. 809 vd.

⁸² SARICA, İdari Kaza (1942), s. 148-149; ONAR, a.g.e., s. 331 vd.; GÖZLER, a.g.e., s. 728 vd.; CANDAN, a.g.e., s. 130. Karşı fikir için bkz: ERKUT, a.g.e., s. 151; ERKUT, a.g.m., s. 74-75.

⁸³ GÜNDAY, a.g.e., s. 135-136; WALINE, a.g.e., s. 409-410; DE LAUBADÈRE/GAUDEMET, a.g.e., s. 575.

⁸⁴ ERKUT, a.g.e., s. 152-153; ERKUT, a.g.m., s. 89 vd.

ağır hukuka aykırılıkla malûl işlemlerin de münhasıran bu yargı yerleri önünde dava konusu yapılamaması için haklı bir neden göremiyoruz.

Dolayısıyla, biz yoklukla malûl işlemlerle ilgili uyuşmazlıkların adli yargı yerlerinin görevinde olduğu şeklindeki yaklaşımı doğru bulmuyor ve terk edilmesi gerektiğini düşünüyoruz. Yokluk hali ile yargı yolunun değişmesi arasında da zorunlu ve kaçınılmaz bir ilişki görmüyoruz. Aksi yönde ortaya çıkmış bulunan pratik ise, fiili yol teorisinin ortaya çıkış nedenleriyle büyük ölçüde aynı sebeplere yani, bir ihtiyacı karşılama şeklindeki birtakım sebeplere dayanmaktadır. Yukarıda belirttiğimiz gibi, söz konusu nedenler ortadan kalkmış olduğuna göre, işlemin yoklukla malûl olması halinde uyuşmazlığın çözümünün adli yargı yerlerinin görevine gireceği şeklindeki düşünce ve uygulamanın olabildiğince terk edilmesi gerekir.

Nitekim bu nedenle, Conseil d’État da fiili yol teorisinin uygulama alanını olabildiğince daraltmak için normalde yoklukla malûl sayılabilecek işlemleri iptal edilebilirlikle malûl sayma eğilimi içindedir⁸⁵ ki, bizce de doğru olan budur. Çünkü normal ve doğru olan, idari nitelikteki bir uyuşmazlığın idari yargı yerlerince çözümlenmesidir.

Bu koşulun “*usul eksikliği*” yönünden ağır ve açıkça hukuka aykırılık unsurunun ya da halinin gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti meselesine gelince, bunu tespit etmenin diğerine nispeten daha kolay olduğu söylenebilir. Çünkü genel kabul gören bir yaklaşıma göre, İdarenin aldığı kararı re’sen icra etme yetkisine sahip bulunmadığı halde aksine hareket etmesi veya böyle bir yetkisi bulunmakla birlikte, bunu ilgili yasal düzenlemelere açıkça aykırı bir şekilde kullanılmış olması hallerinden birinin varlığı bu koşulun gerçekleşmesi için yeterli sayılmaktadır⁸⁶. Başka bir anlatımla, ister hukuka uygun isterse aykırı olsun, yasal yetkisi bulunmamasına rağmen bir kararın İdarece re’sen icra edilmesi hali tek başına bu koşulu karşılamaya yetmektedir. Dolayısıyla, bu durumda içine düşülen hukuka aykırılığın ağır ve açık olması şartı aranmamaktadır; çünkü re’sen icra yetkisi bulunmadığı halde varmış gibi hareket edilmiş olması hali tek başına bu koşulun gerçekleşmiş sayılması için yeterli sayılmaktadır. İdarenin böyle bir yetkisinin bulunduğu hallerde de, söz konusu yetkinin tabi bulunduğu kurallara açıkça aykırı kullanılmış olması bu koşulun gerçekleşmiş sayılması için yeterli görülmektedir⁸⁷.

⁸⁵ DEBBACH/RICCI, a.g.e., s. 246.

⁸⁶ AUBY/DRAGO, a.g.e., s. 560-562; CHAPUS, Droit Administratif, s. 784; DE LAUBADÈRE/GAUDEMET, a.g.e., s. 422-423; ROUAULT, a.g.e., s. 72.

⁸⁷ CHAPUS, Droit Administratif, s. 784, 787; AUBY/DRAGO, a.g.e., s. 558 vd.; DE LAUBADÈRE/GAUDEMET, a.g.e., s. 422-423; ROUAULT, a.g.e., s. 72; DE FORGES, a.g.e., s. 348.

Duran⁸⁸, Danıştay’ın hiçbir kayıt ve koşul koymaksızın İdarenin icrai nitelikteki her kararını re’sen icra etme yetkisine sahip olduğu yanılığısı içine düştüğünden, fiili yol olarak bilinen uygulamanın bizde zayıf kaldığını belirtmektedir. Oysa Fransız Hukukunda, fiili yol halinin daha çok bu şekilde gerçekleştiği belirtilmektedir⁸⁹.

Fakat Fransız Hukukunda, “*olağanüstü koşullar*”ın varlığı halinde, diğer birtakım koşulların bulunmasına rağmen, fiili yol halinin gerçekleşmeyeceği kabul edilmektedir⁹⁰. Başka bir anlatımla, fiili yol teorisi “zaruret hali” ya da “fevkalâde hal” teorisi ile yumuşatılmıştır. Buna göre, yasal bir yetkisi bulunmamakla birlikte, işin önem ve aciliyeti bir kararın derhal ve re’sen icra edilmesini zorunlu kılıyorsa İdarenin bu amaçla giriştiği ameli faaliyetler fiili yol olarak kabul edilmeyecektir. Yargı yerleri, kişi yararı ile kamu yararı arasında bir denge gözetmek amacıyla bu sonuca ulaşmış bulunmaktadırlar⁹¹.

Fiili yola ilişkin uygulamanın hayli daralması sonucunu doğuran bu yaklaşımın hukukumuzda da ifadesini bulduğuna dair bir ize rastlamak güç görünmektedir. Nitekim fiili yol konusuna temas eden müellifler, buna dair bir açıklama ve uygulamadan örneklere hiç yer vermemektedirler. Bunda, başından beri açıklamaya çalışma geldiğimiz gibi, ülkemizde fiili yol teorisinin eleştirel bir açıdan ele alınmamış olmasının payı büyük olsa gerektir.

Fiili Yol Halinin Gerçekleşmesi Halinde Uyumuzluğun Çözümü Yetkisinin Adli Yargı Yerlerine Ait Olacağı Düşüncesinin Temeli Nedir?

Fransa’da idari yargı yerlerinin henüz tam bir “*mahkeme*” yetkisini haiz olmadığı ve dolayısıyla, adli yargı yerlerine nazaran oldukça sınırlı birtakım yargılama teknik ve enstrümanlarına sahip olduğu bir dönemde yani Ondokuzuncu Yüzyıl başlarında, ahvali şahsiye halleri ile mülkiyet hakkı ve birtakım temel hak ve özgürlükler gibi, diğer alan ve konulara göre daha “*önemli*” görüldükleri için adli yargı hâkiminin koruması altına alınarak tam bir güvenceye kavuşturulmaya “*lâyük*” görülen kimi konulara

⁸⁸ DURAN, Ders Notları, s. 420.

⁸⁹ PEISER, a.g.e., s. 89; DEBBACH/RICCI, a.g.e., s. 246; DE FORGES, a.g.e., s. 348.

⁹⁰ ONAR, a.g.e., s. 1670. CE, 28 février 1919, *Dames Dol et Laurent*, Recueil, p. 208 (Kararın metni ve analizi için bkz: LACHAUME, a.g.e., s. 235 vd.); TC, 2 décembre 1902, *Soc. Immobilière de Saint-Just* (kararın analizi için bkz: CHAPUS, Droit Administratif, s. 1061); TC, 27 mars 1952, *Dame de la Murette*, D., 1954, p. 291 (PEISER, a.g.e., s. 89); CHAPUS, Droit Administratif, s. 787, 1060 vd.; DE LAUBADÈRE/GAUDEMET, a.g.e., s. 423; ROUAULT, a.g.e., s. 72; WALINE, a.g.e., s. 551. Konuya ilişkin çok sayıda örnek yargısal karar için bkz: LACHAUME, a.g.e., s. 237; DEBBACH/RICCI, a.g.e., s. 247-249; CHAPUS, Droit Administratif, s. 787-788, 1060-1063.

⁹¹ DEBBACH/RICCI, a.g.e., s. 247-248; DE LAUBADÈRE/GAUDEMET, a.g.e., s. 423; CHAPUS, Droit Administratif, s. 787-788; 1060 vd.

ilişkin idari uyuşmazlıkları adli yargı yerlerinin görevine dâhil eden birtakım yasal düzenlemelerin⁹² gerçekleştirilmesiyle başlayan hukuksal süreç, jürisprüdansın⁹³ söz konusu yasal düzenlemelerden kişi güvenliği ve özgürlüğü ile mülkiyet hakkına ilişkin konularda bu alanların “koruyucu”su olan adli yargı yerlerinin genel görevli olduğu şeklinde bir “genelleme”ye varmasıyla sonuçlanmıştır⁹⁴.

Kişi özgürlüğü ve güvenliği konusunda adli yargı hâkimini görevli sayan 1958 Anayasasının 66. maddesi, söz konusu yaklaşım yahut “genelleme”yi “Anayasal prensip” düzeyine çıkarmış bulunmaktadır. Bu süreç, Anayasa Konseyi’nin “doğası gereği adli yargı yerlerinin görevine giren alanlar” bulunduğu şeklindeki yaklaşımıyla hukuki temelini daha da sağlamlaştırmış bulunmaktadır⁹⁵. “Doğası gereği” adli yargı yerlerinin “mahfuz” görev alanına giren söz konusu konular ise, ya ilgili yasal düzenlemelerden ya da elkoyma ve fiili yol denilen ve yargısal içtihatların ürünü olan durumlardan ileri gelmektedir⁹⁶.

Fransız Hukuku esas alınarak yapılan bu açıklamaların, Türk Hukuku bakımından da büyük ölçüde geçerli olduğu açıktır. Bu nedenle, münhasıran Fransız Hukukuna özgü olan ilgili Anayasal ve kimi yasal düzenlemeler ile elkoyma halini bir yana bırakıp yalnızca inceleme konumuzu teşkil eden fiili yol hali bakımından söyleyecek olursak, bu durumda adli yargı yerlerinin görevli sayılması düşüncesinin arkasında başlıca üç neden bulunmaktadır.

⁹² Bu konuda birçok kanun bulunmakla birlikte, bunların başında, yerini 1977 tarihli yeni yasal düzenlemelere bırakmış olan ve kamulaştırma bedeli ile ilgili uyuşmazlıklar hakkındaki 1810 tarihli bir kanun gelmektedir. Bir diğeri ise, kişi özgürlüğüne ilişkin uyuşmazlıklarda münhasıran adli yargı yerlerinin görevli olduğu ve bu halde İdare tarafından görev (yargı yolu) uyuşmazlığı çıkarılamayacağına ilişkin Ceza Muhakemesi Kanununun 136. maddesi hükmüdür. Bkz: AUBY/DRAGO, a.g.e., s. 516 vd.; CHAPUS, Droit Administratif, s. 769 vd.; DEBBACH/RICCI, a.g.e., s. 239-240; DUPUIS/GUÉDON/CHRÉTIEN, a.g.e., s. 622-623; DE LAUBADÈRE/GAUDEMET, a.g.e., s. 415-417; WALINE, a.g.e., s. 549-550.

⁹³ TC, 18 décembre 1947, *Hilaire*, JCP, 148, II, no: 4087 (RIVERO/WALINE, a.g.e., s. 486; DE LAUBADÈRE/GAUDEMET, a.g.e., s. 415; CHAPUS, Droit Administratif, s. 765); AUBY/DRAGO, a.g.e., s. 525.

⁹⁴ RIVERO/WALINE, a.g.e., s. 486; DE LAUBADÈRE/GAUDEMET, a.g.e., s. 415; LACHAUME, a.g.e., s. 232- 233; DARCY/PAILLET, a.g.e., s. 39; WALINE, a.g.e., s. 549; CHAPUS, Droit Administratif, s. 765-766.

⁹⁵ CHAPUS, Droit Administratif, s. 764 vd.; RIVERO/WALINE, a.g.e., s. 486; DARCY/PAILLET, a.g.e., s. 39; LACHAUME, a.g.e., s. 232; WALINE, a.g.e., s. 549; DEBBACH/RICCI, a.g.e., s. 239.

⁹⁶ RIVERO/WALINE, a.g.e., s. 486-487; DE LAUBADÈRE/GAUDEMET, a.g.e., s. 415; ROUAULT, a.g.e., s. 72; LACHAUME, a.g.e., s. 233-234; DUPUIS/GUÉDON/CHRÉTIEN, a.g.e., s. 623; DEBBACH/RICCI, a.g.e., s. 239-240; WALINE, a.g.e., s. 549.

Bunlardan birincisi, İdarenin içine düştüğü hukuka aykırılığın niceliği ile ilgilidir. Laferrière, Hauriou, Bonnard ve özellikle Desgranges gibi önde gelen hukukçularca ileri sürülmüş⁹⁷ olan bu fikre göre, İdarenin esas ya da usul yönünden içine düştüğü hukuka aykırılık, gerçekleştirilen tasarrufu idari olmaktan çıkarıp onu alâlede bir muamele veya fiile dönüştüreceği için, İdarenin idare hukuku kurallarına göre ve idari yargıç tarafından yargılanma ayrıcalığı son bulmaktadır⁹⁸.

Fiili yol teorisinin hayli geniş bir şekilde uygulanabilmesine yol açan bu yaklaşım Duguit ve diğer bazı yazarlarca doğru bulunmadığından, söz konusu ağır ve açık hukuka aykırılığın mülkiyet veya başka bir temel hak yahut özgürlüğü ihlâl etmesi şartına tabi kılınması suretiyle uygulama alanı daraltılmak istenmiş ise de, bu sonuncuların da neyi kapsayıp neyi dışladığı tam olarak ortaya konulamadığından, uygulama yere ve zamana göre kaçınılmaz olarak değişebilmektedir⁹⁹.

Chapus'un “*düş kurma yetisi*” (*la folle du logis*)¹⁰⁰ olarak nitelendirdiği bu düşüncenin arkasında yatan asıl mantık, görüldüğü gibi, deyim yerindeyse, içine düştüğü ağır ve açık hukuka aykırılık nedeniyle İdarenin “*cezalandırılması*”dır. Çünkü böylece, İdare kendisini daha iyi “*anlayabilecek*” olan idari yargıç tarafından ve idare hukuku kurallarının uygulanması suretiyle yargılanmak “*ayrıcalığı*”ndan yoksun kalacak, adliye yargıç tarafından ve bir özel hukuk kişisinden farksız olarak özel hukuk kurallarına göre yargılanma durumuyla karşılaşacaktır¹⁰¹.

İdare Hukuku kurallarına göre başlatılan ve öyle de devam edip sonuçlanması istenen bir hukuksal sürecin, içine düşülen hukuka aykırılıklar nedeniyle, failinin iradesi ve isteği hilâfına yön ve mahiyet değiştirip bambaşka bir hukuksal ilişkiye bürünmesine yol açan ve “*bozulma teorisi*” (*théorie de dénaturation*) olarak da adlandırılan bu durum, “*idari rejim*” ve onun zorunlu unsurlarından birini oluşturan idari yargının kabul edilmiş olduğu bir sistemde kolayca kabullenilebilecek bir sonuç değildir¹⁰². Çünkü bununla, bir bakıma, nicelik nitelikten üstün tutulmuş olmaktadır. Böyle bir durumda, “*nicel değişikliğin nitel dönüşüme yol açmış olduğu*” şeklindeki

⁹⁷ AUBY/DRAGO, a.g.e., s. 552.

⁹⁸ TC, 2 décembre 1902, *Sté immob. de Saint-Just*, Recueil, p. 713, DARCYPAILLET, a.g.e., s. 38; DEBBACH/RICCI, a.g.e., s. 253; WALINE, a.g.e., s. 550; LOMBARD/DUMONT, a.g.e., s. 321; ROUAULT, a.g.e., s. 72.

⁹⁹ AUBY/DRAGO, a.g.e., s. 552-553.

¹⁰⁰ CHAPUS, *Droit Administratif*, s. 780.

¹⁰¹ DEBBACH/RICCI, a.g.e., s. 253; WALINE, a.g.e., s. 550; LACHAUME, a.g.e., s. 233; LOMBARD/DUMONT, a.g.e., s. 321; LAUBADÈRE/GAUDEMET, a.g.e., s. 425; DARCYPAILLET, a.g.e., s. 38.

¹⁰² DEBBACH/RICCI, a.g.e., s. 253; AUBY/DRAGO, a.g.e., s. 552-553.

bir kabulün hukuksal değeri ise tartışmasız ve mutlak değildir; aksine izafî ve ütöpiktir. Zira böyle bir değerlendirme, kaçınılmaz olarak soyut ve sübjektif olmaya mahkûmdur. Kaldı ki, bir an için öyle olduğu kabul edilse bile, bu durumu ve bunun yol açtığı hukuksal sonuçları değerlendirip uygun ve gerekli yaptırımları uygulamak konusunda sahip oldukları hukuk formasyonu bakımından idari yargı hâkimi adli yargı hâkimine nazaran daha donanımlı değil midir? Bu yargı yerlerince yapılacak bir yargılamada, hukuka aykırılığın derecesi de göz önünde bulundurularak ona göre bir karar verilemez mi?

Bu soruların herkesçe olumlu yönde cevaplandırılacağı açık olmasına karşın, İdarenin içine düştüğü birtakım hukuka aykırılıklardan hâlâ böyle hukuksal sonuçlar çıkarmaya devam etmenin altında yatan asıl neden, sahip oldukları yargılama teknikleri ve başvurabilecekleri yaptırımlar karşılaştırıldığında adli yargı yerlerine duyulan “*haklı*” bir güven ve buna karşılık idari yargı yerlerine karşı duyulan güvensizliktir. Dolayısıyla, fiili yol veya onun daha spesifik bir nitelemesini ifade eden “*bozulma teorisi*” (*théorie de dénaturation*) aslında, idari yargı yerlerinin, İdarenin birtakım temel hak ve özgürlüklere vâki saldırıları karşısında etkisiz ve çaresiz kalmalarından dolayı, sorunu adli yargı yerleri önüne götürme şeklinde ortaya çıkmış bulunan bir ihtiyaca meşruiyet kazandırabilme çabasından başka bir şey değildir. Çünkü böylece, aksine bir yasal düzenleme bulunmadıkça idari faaliyetlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların idari sayılacağı ve idari yargı yerlerince çözümleneceği yolundaki kurula aykırı düşen bir durum hukuken “*izah*” edilmiş sayılacaktır¹⁰³.

İkincisi ise, Ondokuzuncu Yüzyıl liberallerinin idari yargı yerlerinin (yahut bu yetkiyi kullanabilen birim ve kuruluşların) tarafsızlığından duyduğu kuşkudur¹⁰⁴. Fiili yol teorisinin ortaya çıktığı iki yüz yıl öncesi koşullarda, yani “*tutuk adalet*” usulünün geçerli olduğu ve idari yargı yerlerinin henüz tam anlamıyla birer mahkeme sayılmadığı bir dönemde meşruiyeti bulunan bu kuşkunun, idari yargı yerlerinin günümüzde ulaşılmış buldukları yetkin bir bağımsızlık ve tarafsızlık karşısında

¹⁰³ DEBBACH/RICCI, a.g.e., s. 253-254.

¹⁰⁴ DEBBACH/RICCI, a.g.e., s. 254. Bu durum, başka bazı yasal düzenleme ve uygulamalara da kaynaklık etmiştir. Örneğin biz de geçerli olan, kamulaştırma bedeline karşı adli yargı yerlerine başvurma şeklindeki uygulamanın kökeni Fransız Hukukunda 8 Mart 1810 tarihli bir kanuna dayanmaktadır. Chapus’un belirttiğine göre, bizatihi Napoléon’un özel ve kişisel isteği üzerine çıkarılan bu kanunla, gayri menkulleri kamulaştırılan kişilere adli yargı yerlerine yani, o zamanki algılanışıyla “hâkime” başvurma imkânı tanınmak suretiyle özel mülkiyet hakkının hâkim güvencesi altında olduğu gösterilmek istenmiştir. Ne var ki, Chapus’un deyimiyile, idari yargı yerleri de çoktan mahkeme yahut hâkim sıfat ve hüviyetini kazanmış olmalarına rağmen aynı düzenleme yeni yasal düzenlemelerde de yerini almıştır. Oysa kamulaştırma işlemine karşı idari yargıda, bedel ve maddi hatalara ilişkin uyuşmazlıklarda da adli yargı yerlerini görevli saymanın artık hiçbir haklı mantığı ve gerekçesi bulunmamaktadır. Bkz: CHAPUS, Droit Administratif, s. 768.

artık bir geçerliliği bulunmasa gerektir. Başka bir deyişle, oluşum süreci göz önünde bulundurulduğunda yani, idari yargı düzeninin yeni ortaya çıktığı tarihlerde göz ardı edilemeyecek olan bu kuşkunun geçen zaman zarfında yaşanan pratikle çoktan aşılması beklenir ve gerekir¹⁰⁵.

Üçüncüsü ise, idari yargı yerlerinin gerek oldum olası yavaş çalışmaları ve gerekse ilgilileri etkin bir şekilde koruyabilecek yargılama teknik ve imkânlarından yoksun bulunmalarındır¹⁰⁶. Kanaatimizce, fiili yol teorisinin kendisini değilse bile, söz konusu teoriden söz edilebildiği hallerde adli yargı yerlerinin görevli sayılmasını meşru kılan en güçlü argüman da budur. Gerçekten de, özellikle Türk Hukuku bakımından söyleyecek olursak, çok sıkı kayıt ve koşullara bağlanmış bulunan yürütmenin durdurulması kararını verebilme imkânı bir yana bırakılırsa, idari yargıcın elindeki imkânların dava konusu işlemin iptali ile uğranılan zararın tazminine hükmetmekten ibaret kalmaktadır ki; adli yargıcın yetkileri ile karşılaştırıldığında, bunların ilgilileri etkili ve yeterli bir biçimde koruyabilme gücünden yoksun olduğu kolayca görülebilmektedir. Çünkü adli yargıcın elinde tarafları ve dava konusu edilen şeyi koruyabilecek mahiyette çeşitli ihtiyatî tedbir kararları verme imkânı bulunduğu halde, idari yargıç bunlardan hiçbirine sahip değildir. Bunlara, adli yargıcın haksız müdahalenin önlenmesi ve durdurulmasına karar verebilmesi yetkisi ile dava konusu edilen şeyin aynen iadesi veya tazminine emir ve karar verebilmesi yetkisi de eklendiğinde, her iki yargıcın sahip olduğu yetkiler bakımından ne denli önemli birtakım farklılıklar bulunduğu kendiliğinden ortaya çıkmaktadır. Fransız Hukukunda, 30 Haziran 2000 tarihli kanunla ivedi yargılama usulleri denilen bir yargılama tekniği ve tek yargıçla karar verilebilen hallerin arttırılmasını öngören yasal düzenlemeler hayata geçirilerek¹⁰⁷ söz konusu olumsuzluğun önüne geçmeye ve böylece fiili yol halinin varlık nedenini ortadan kaldırmaya dönük gelişmeler kaydedilmiş ise de, aşağıda belirteceğimiz gibi, beklenen başarı henüz sağlanamamıştır¹⁰⁸.

¹⁰⁵ DEBBACH/RICCI, a.g.e., s. 254; LACHAUME, a.g.e., s. 232-233.

¹⁰⁶ CHAPUS, Droit Administratif, s. 780; AUBY/DRAGO, a.g.e., s. 565 vd.; DUPUIS/GUÉDON/CHRÉTIEN, a.g.e., s. 626; TRUCHET, a.g.e., s. 121; LAUBADÈRE/GAUDEMET, a.g.e., s. 417; DE FORGES, a.g.e., s. 349.

¹⁰⁷ Söz konusu düzenlemeler için bkz: Ali ULUSOY, "Fransız İdari Yargı Reformu", in **Danıştay Dergisi**, Yıl: 31, Sayı, 103, 2001, s. 22-29; Erdoğan BÜLBÜL, "Fransız İdari Yargılama Hukukunda İvedi Yargılama Usulleri Reformu", in **Danıştay ve İdari Yargı Günü**, Sempozyum, 134. Yıl, Ankara 10-11 Mayıs 2002, Danıştay Başkanlığı Yayını, Ankara, 2002, s. 63-95; PEISER, a.g.e., s. 142, 147 vd.; CHAPUS, Contentieux Administratif, s. 1423 vd.; PACTEAU, a.g.e., s. 408 vd.

¹⁰⁸ CHAPUS, Droit Administratif, s. 780-781; AUBY/DRAGO, a.g.e., s. 566-570; LOMBARD/DUMONT, a.g.e., s. 321; DUPUIS/GUÉDON/CHRÉTIEN, a.g.e., s. 626; WALINE, a.g.e., s. 552; LAUBADÈRE/GAUDEMET, a.g.e., s. 417; PEISER, a.g.e., s. 89;

Fiili Yol ile Yola Devam mı?

Yukarıdaki açıklamalardan anlaşılacağı üzere fiili yol teorisinin temel esprisi, açıkça hukuka aykırı davranmış bulunan İdareyi idari yargı hâkimine nazaran daha güçlü yetkilere sahip bulunan adli yargı hâkimi önüne çıkararak ve özel hukuk kurallarına tabi tutarak bir nevi kendisini “*cezalandırma*” şeklindeki bir temele dayanmaktadır. “*Cezalandırma*” yahut ağır ve açık hukuka aykırılık halini yaptırımsız bırakmama amacı, dava açma süresinin uzun tutulmuş olmasıyla da kendisini göstermektedir. Çünkü fiili yol halinin söz konusu olduğu hallerde nispeten kısa tutulmuş bulunan idari dava açma süreleri uygulanmayacağından davacının, süresiz değilse bile¹⁰⁹, daha geniş bir zaman zarfında uyuşmazlığı yargı yerleri önüne götürebilmesi olanağının bulunması da yine aynı amacı taşımaktadır¹¹⁰.

Ne var ki, dava açma süresi konusunda kendisini gösteren olumlu yön bir yana bırakılırsa, hukuka uygun davranmasını sağlamak için İdareyi idare hukuku kurallarından ve idari yargıcın yargılaması “*ayrıcılığı*”ndan yoksun bırakarak kendisini “*terbiye*” etme düşüncesi çoğu zaman amacına aykırı ve zararlı birtakım sonuçlara yol açabilmektedir. Çünkü İdareyi bu şekilde “*cezalandırarak uslandırma*” amacı, idari dava ve uyuşmazlıkların çözümünü daha karmaşık bir hale getirebileceği gibi, yol açabileceği görev (yargı yolu, yargı kolu) uyuşmazlıkları nedeniyle zaten uzun süren uyuşmazlıkların çözüm sürecinin daha da uzamasına sebep olmak suretiyle gerçekte davacının cezalandırılmasına dönüşebilmektedir¹¹¹.

Bu nedenledir ki, pratik bazı yararlarına karşılık, beraberinde getirdiği bu sorunlar nedeniyle, fiili yol kavram ve kurumu Fransız Hukukunda daima tartışma konusu olmuş ve bazı “*Hükümet Komiserleri*” ile yazarlar bu uygulamaya tamamen son verilmesi gerektiği yönünde “*düşünce*” (*conclusions*) ve görüş bildirmişlerdir¹¹².

¹⁰⁹ Fiili yol ve buna yol açabilecek nedenlerden biri olarak kabul edilen işlemin yoklukla malûl olması halinde bir süreyle bağlı olmaksızın her zaman dava açılabilmesi genel olarak kabul görmekte ise de, kanaatimizce bu durum, hangi yargı yerinde açılmış olursa olsun, yalnızca yokluğun tespiti davası için geçerli olabilir. Tazminat davasının ise, Özel Hukuk kurallarının haksız fiil davaları için öngördüğü zaman zarfında açılması şarttır. Zira bu ikincisinin dahi hiçbir süreye tabi olmayacağını söylemek, fiili yol ve kendisine bağlanan hukuksal sonuçlarla ilgili olarak yapılan açıklamalarla bağdaşmaz.

¹¹⁰ DE LAUBADÈRE/GAUDEMET, a.g.e., s. 575; DUPUIS/GUÉDON/CHRÉTIEN, a.g.e., s. 625.

¹¹¹ DEBBACH/RICCI, a.g.e., s. 254; DE LAUBADÈRE/GAUDEMET, a.g.e., s. 425; LACHAUME, a.g.e., s. 233; PEISER, a.g.e., s. 89; LOMBARD/DUMONT, a.g.e., s. 321; CHAPUS, Droit Administratif, s. 780; WALINE, a.g.e., s. 552.

¹¹² PEISER, a.g.e., s. 90; VAN LANG/GONDOUIN/INSERGUET-BRISSET, a.g.e., s. 290; WALINE, a.g.e., s. 552-553; DE LAUBADÈRE/GAUDEMET, a.g.e., s. 418, 425. Türk Hukukunda ise, daha önce de belirttiğimiz gibi, fiili yol kavram ve kurumu ile kendisine bağlanan hukuksal sonuçların eleştirisi ve reddi yönünde herhangi bir düşünce ileri sürülmemiştir. Fakat, diğer koşullarında bulunması kaydıyla, fiili yola yol açabilecek durumlardan biri olarak görülen işlemin yoklukla

Fiili yol kurumu ve uygulamasının Fransız Hukukunda halen işgal etmekte olduğu yere bakılırsa, söz konusu görüş ve düşünce sahiplerinin henüz galip gelemedikleri görülmektedir. Ne var ki, bizdekinden farklı olarak, Fransız Hukukunda bu yönde sürekli ve sistemli bir çabanın bulunduğu dikkatlerden kaçmamaktadır. Örneğin gerek Uyuşmazlık Mahkemesi ve gerekse Devlet Şûrası, bir yandan fiili yolun uygulama alanı olabildiğince daraltmaya çalışırken diğer yandan da, bazı hallerde idari yargı yerlerini de adli yargı yerleriyle birlikte görevli sayma eğilimi içine girmiş bulunmaktadırlar. Nitekim Uyuşmazlık Mahkemesinin, yoklukla malûl bir idari işlemin bu halinin idari yargı yerlerince de tespit edilebileceği¹¹³ şeklinde attığı adım, Conseil d'État'ın bu halde söz konusu işlemin yol açtığı zararların dahi aynı yargı yerlerince tazmin edilebileceği şeklindeki yaklaşımıyla¹¹⁴ tamamlanmak istenmiş ise de, bu ikincisi Uyuşmazlık Mahkemesinin¹¹⁵ muhalefeti nedeniyle hayat hakkı bulamamış ve terk edilmiştir¹¹⁶. Uyuşmazlık Mahkemesine göre, fiili yolun varlığı halinde zararın tazminine karar verme yetkisi münhasıran adli yargı yerlerine ait bulunmaktadır¹¹⁷.

Conseil d'État ile Uyuşmazlık Mahkemesi'nin bu uğurda sarf ettikleri çabaya, adli yargı yerlerinden beklenen destek gelmemiştir. Nitekim, ilgililerin daha kolay ve süratli bir şekilde sonuç alabilecekleri düşüncesiyle giderek daha fazla fiili yol halini ileri sürüp adli yargı yerlerine başvurmaları ve söz konusu yargı yerlerinin de bu tür başvurular karşısında esnek bir yaklaşım sergileyerek¹¹⁸, onları olabildiğince kabul

malûl olması halini ve buna bağlanan hukuksal sonuçları ele alan Erkut, bizim de bütünüyle katıldığımız eleştirel bir bakış sergileyerek söz konusu teori ile kendisine bağlanan hukuksal sonuçları tehlikeli ve zararlı bulmakta ve uygulanmasının da kolay olmadığını belirtmektedir. Bkz: ERKUT, a.g.m., s. 89 vd.; ERKUT, a.g.e., s. 151 vd.

¹¹³ TC, 27 juin 1966, Guignon, Recueil, p. 830 (PEISER, a.g.e., s. 90; DEBBACH/RICCI, a.g.e., s. 251; DUPUIS/GUÉDON/CHRÉTIEN, a.g.e., s. 625; LONG/WEIL/BRAIBANT/DELVOLVÉ/GENEVOIS, a.g.e., s. 298); TRUCHET, a.g.e., s. 121; WALINE, a.g.e., s. 552; CHAPUS, Contentieux Administratif, s. 217-218. Hukukumuzda da böyle bir uygulama ve bunu doğru bulan görüşler bulunduğu yukarıda (dipnot: 55) işaret etmişik

¹¹⁴ CE, 4 novembre 1966, *Ministre de l'Intérieur c/Société le Témoignage chrétien*, Recueil, p. 584 (PEISER, a.g.e., s. 90; LONG/WEIL/BRAIBANT/DELVOLVÉ/GENEVOIS, a.g.e., s. 298); WALINE, a.g.e., s. 552.

¹¹⁵ TC, 30 juin 1969, *SCI des Praillons*, AJDA, 1969, p. 699 (LACHAUME, a.g.e., s. 234).

¹¹⁶ CE, 10 octobre 1969, *Consorts Muselier*, AJDA, 1969, p. 699; CE, 20 novembre 1974, *Dame Manrot Le Goarnic*, Recueil, p. 572, AJDA, 1975, p. 185 (LACHAUME, a.g.e., s. 234).

¹¹⁷ LACHAUME, a.g.e., s. 234; DUPUIS/GUÉDON/CHRÉTIEN, a.g.e., s. 625; WALINE, a.g.e., s. 552-553; AUBY/DRAGO, a.g.e., s. 566.

¹¹⁸ Bir kamu görevlisinin görevden alınmasına, bir diğerinin ise görev yerinin değiştirilmesine ilişkin idari işlemlerin şekil ve usul kurallarındaki hukuka aykırılık gerekçesine dayanarak ortada fiili yol bulunduğunu kabul eden adli yargı yerlerinin bu tutumunu eleştiren Chapus, söz konusu yargı yerlerinin "keyfilik" derecesine varacak ölçüde fiili yol kurumuna başvurduklarını belirtmektedir. İlgili kararlar ve geniş açıklama için bkz: CHAPUS, *Droit Administratif*, s. 785; CHAPUS, *Contentieux Administratif*, s. 1441.

etme eğilimi içine girmeleri karşısında¹¹⁹, İdareyi temsilen valilerin Uyuşmazlık Mahkemesine yaptığı başvurular neticesinde verilen kararlar¹²⁰ üzerine fiili yol olarak kabul edilen hallerin uygulamasında bir daralma olmuşsa da¹²¹ sorun istendiği boyutta çözülemediğinden, Yasama Organı harekete geçmek zorunda kalmış ve 30 Haziran 2000 tarihli kanunla ivedi yargılama usullerini¹²² yürürlüğe sokarak bir bakıma bu durumun önüne geçmeye çalışmıştır. İdari Yargı Kodunun (*Code de Justice Administrative*) 521-2. maddesi olarak mevzuatta yer alan düzenlemeyle (*référé-liberté*), idari yargıç temel bir hak veya özgürlüğün¹²³ hukuka açıkça aykırı ve ağır bir biçimde ihlâl edildiği veya bu şekilde mutlak bir ihlâl tehdidi altında bulunduğu hallerde bunun önlenmesi ve durdurulması için İdareye para cezası yaptırımını ile desteklenmiş emir verme yetkisine sahip kılınmıştır. Bu yetki çerçevesinde alınan kararlar geçici nitelikte olmakla birlikte, idari yargıcın bugüne kadar sahip olmadığı ve bunun için fiili yol teorisi çerçevesinde adli yargı yerlerine başvurmayı meşru kılan birer eksiklik olarak düşünüldüğünde, önemi küçümsenmemelidir¹²⁴. Söz konusu yasal düzenlemeler idari yargıcın yetkilerini arttırdığından, bunun zımni olarak fiili yol halini ortadan kaldırdığı veya en azından bu yolun “*de facto*” bir

¹¹⁹ DE LAUBADÈRE/GAUDEMET, a.g.e., s. 418, 422; VAN LANG/GONDOUIN/INSERGUET-BRISSET, a.g.e., s. 290; CHAPUS, Droit Administratif, s. 780; CHAPUS, Contentieux Administratif, s. 1441.

¹²⁰ PEISER, a.g.e., s. 90-91. Örneğin telefon aboneliğinin re’sen silinmesi (TC, 15 avril 1991, *Préfet de la Région Lorraine, Préfet de la Moselle*, Gaz. Pal., 1992, no: 187-189), yasak süresi dolduğu halde av tezkeresi verilmemesi (TC, 24 février 1992, *Préfet de la Gironde*, RFDA, 1992, p. 766), bir yabancının valinin kararıyla sınır dışı edilmesi (TC, 21 juin 1994, *Préfet Rhône-Alpes c/madaci et Youbo*, AJDA, 1994, p. 496; TC, 16 janvier 1995, *Diaz Carette*, LPA, 1996, no: 61, p. 8-11) gibi işlemler temel hak ve hürriyetlerle ilgili sayılmadığından fiili yol halinin gerçekleşmediği kabul edilmiştir. Anılan örnek kararlar ve daha fazlası için bkz: PEISER, a.g.e., s. 91; LACHAUME, a.g.e., s. 231-232; LONG/WEIL/BRAIBANT/DELVOLVÉ/GNEVOIS, a.g.e., s. 295-296.

¹²¹ Özellikle yabancılar polisinin kaçak mültecilere karşı aldığı tedbir ve giriştiği uygulamaların fiili yol sayılamamaya başlandığı kaydedilmektedir. Bkz: DUPUIS/GUÉDON/CHRÉTIEN, a.g.e., s. 625 (özellikle dipnot:1); PEISER, a.g.e., s. 90-91; CHAPUS, Droit Administratif, s. 780.

¹²² ULUSOY, a.g.m., s. 22-29; BÜLBÜL, s. 72 vd.; PEISER, a.g.e., s. 142, 147 vd.; CHAPUS, Contentieux Administratif, s. 1423 vd.; PACTEAU, a.g.e., s. 408 vd.

¹²³ Fiili yol halinde olduğu gibi burada da “temel hak ve özgürlük”ten ne anlaşılması gerektiği tartışmalıdır. Verpeaux, idari yargı yerlerinin kavramı “otonom” olarak kabul ettiklerini ve Anayasa yahut yasalardaki nitelemelerle kendilerini bağlı görmediklerini ve yerleşik yargısal içtihatlarda fiili yol için kabul gören kriter yahut örnekler ile de kendilerini bağlı saymadıklarını kaydetmektedir. Bkz: VERPEAUX, a.g.m., s. 885-886. Aynı yönde kimi değerlendirmeler ve konuya ışık tutması için uygulamadan hareketle çıkarılmış bir liste için bkz: PACTEAU, a.g.e., s. 411-413; CHAPUS, Contentieux Administratif, s. 1428 vd.

¹²⁴ BÜLBÜL, a.g.m., s. 72; TRUCHET, a.g.e., s. 121; DE LAUBADÈRE/GAUDEMET, a.g.e., s. 418; CHAPUS, Contentieux Administratif, s. 1425 vd.; PACTEAU, a.g.e., s. 408-409.

şekilde ortadan kalkacağı düşünülmüş¹²⁵ ise de, jürisprüdansiyel¹²⁶ gelişme beklentileri boşa çıkarmıştır¹²⁷. İdarenin temel bir hak yahut özgürlüğü hukuka aykırı bir şekilde açıkça ihlâl etmesi halinde ivedi yargılama usulü (*référé-liberté*) yoluyla korunması imkânının tanınmış olmasına rağmen, fiili yol uygulamasının tamamen terk edilmemiş olmasının nedeni, fiili yolun, idari faaliyetin idari nitelik ve karakterini bütünüyle kaybettiği hallere inhisar ettiği ve *référé-liberté* usulünün bunu kapsamadığı şeklindeki bir gerekçeye dayandırılmaktadır¹²⁸.

Görüldüğü üzere, henüz istenen bir noktaya gelinmemiş olmakla birlikte, Fransız Hukukunda fiili yol teorisini terk etme anlayış ve iradesi daima güncelliğini korumuştur. Çünkü kişileri İdarenin açıkça kanunsuz ve keyfi işlem ve eylemlerine karşı korumak amacıyla düşünülmüş bulunan bu teori, gerek sübjektif değerlendirmelere açık olması nedeniyle gerçekleşme koşullarının tespiti bakımından gösterdiği güçlük ve gerekse İdare Hukukunun birçok temel ilkesine ters düşen hukuki sonuçlar doğurması nedeniyle göz ardı edilemeyecek sorunlara kaynaklık teşkil etmektedir¹²⁹. Dava açma süresi yönünden ilgiler lehine doğurduğu olumlu sonuç bir yana bırakılırsa, başka açılardan sağladığı bir fayda ve katkı yoktur. Fayda ve katkı şöyle dursun, görev (yargı yolu) uyumsuzluğunun yol açabileceği sorunlar nedeniyle, dava açabilme hakkının kaybı da dâhil olmak üzere, çeşitli olumsuz sonuçları beraberinde getirmesi kaçınılmazdır. Dolayısıyla, kanımızca yapılması gereken, İdare Hukukunun yapısı ve prensipleriyle bağdaşmayan bu arkaik ve anakronik¹³⁰ kurumun varlığını benimseyip koruyarak İdareyi kendisine yabancı bir yargıç ve hukukla baş başa bırakmak değil; idari yargıcın yargılama sürecinde

¹²⁵ PACTEAU, a.g.e., s. 408.

¹²⁶ TC, 23 octobre 2000, *M. Boussadar c/Ministre des Affaires Étrangères*, AJDA, 2001, p. 143; TC, 23 mai 2005, *Haut-Commissaire de la République en Polynésie française*, AJDA, 2005, p. 1151 (WALINE, a.g.e., s. 550); CE, 15 novembre 2006, *Ministre Transports, Équipement*, Recueil, p. 464; CC (La Cour de cassation, Civ. 1.), 28 novembre 2006, *Cne de Saint-Maur-des-Fossés*, Bull. Civ., no: 529; TC, 19 novembre 2007, *Préfet Val-de-Marne c/Maire de Limeil-Brévannes*, Recueil, p. 366 (PACTEAU, a.g.e., s. 415-416). Aynı yönde daha fazla karar için bkz: PACTEAU, a.g.e., s. 415-416.

¹²⁷ DEBBACH/RICCI, a.g.e., s. 254; PACTEAU, a.g.e., s. 415; WALINE, a.g.e., s. 550; TRUCHET, a.g.e., s. 121. Fakat bu usulün yürürlüğe girişiyle (1 Ocak 2001) birlikte, fiili yol teorisine daha az başvurulduğu kaydedilmektedir. Bkz: PEISER, a.g.e., s. 91.

¹²⁸ CHAPUS, *Contentieux Administratif*, s. 1440-1441; DUPUIS/GUÉDON/CHRÉTIEN, a.g.e., s. 624; TRUCHET, a.g.e., s. 121.

¹²⁹ CHAPUS, *Droit Administratif*, s. 780; DEBBACH/RICCI, a.g.e., s. 245-246.

¹³⁰ DEBBACH/RICCI, a.g.e., s. 254; CHAPUS, *Contentieux Administratif*, s. 1440; DELAUBADÈRE/GAUDEMET, a.g.e., s. 418.

İdare Hukukunun Arkaik ve Anakronik Bir Kurumu (“Fiil Yol”)

başvurabileceği hukuksal olanaklar ile hükmedebileceği yaptırımları arttırmak ve çeşitlendirmektir¹³¹.

Bunlar gerçekleşebildiği ölçüde, İdareyi adli yargı hâkimi ve özel hukuk kuralları marifetiyle yargılama tehdidiyle “*hizaya*” getirme yahut “*terbiye*” etme veya fiili yol gibi yapay hukuksal kurumlara başvurma ihtiyacının hukuksal altyapısı da kendiliğinden ortadan kalkacaktır.

¹³¹ Örneğin, Odyakmaz’ın İYUK’ta yer almasını önerdiği “idari eylemin men’i davası” da bu bağlamda düşünülebilecek çarelerden biridir. Yazar, aynen şöyle demektedir: “İdare mahkemelerinde idari işlemlerden dolayı iptal davası, idari eylem ve işlemlerden dolayı hak ihlâli halinde tam yargı davası açabilmekte, ancak idari eylemlerin men’i davası açılmamaktadır. Bireylere bu davayı açma hakkı da tanınmalıdır. Örneğin; tam idari işlem veya eylem olarak nitelendirilemeyen belediyenin vatandaşa ait yer üzerinden yol geçirmesi durumunda davacı adli yargıya başvurduğunda uyuşmazlık adli yargıya ait olduğu gerekçesiyle reddedilmektedir. İdari yargıya başvurduğunda ise, ortada bir idari işlem olmadığı için idare mahkemesi reddetmek durumunda kalmaktadır.”, bkz: Zehra ODYAKMAZ, “İdari Yargı İle İlgili Öneriler”, in **İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü**, Sempozyum, Ankara 11-12 Mayıs 2001, 133. Yıl, Danıştay Başkanlığı Yayını, Ankara, 2003, s. 147.

KAYNAKÇA

- AUBY, Jean-Marie/DRAGO, Roland, **Traité De Contentieux Administratif**, Tome Premier, 2. Édition, LGDJ, Paris, 1975.
- AYANOĞLU, Taner, **Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlarına Göre İdari Eylemin Tanımlanması**, Legal, İstanbul, 2004.
- BRAIBANT, Guy/STIRN, Bernard, **Le Droit Administratif Français**, 7. Édition, Dalloz, Paris, 2005.
- BÜLBÜL, Erdoğan, “Fransız İdari Yargılama Hukukunda İvedi Yargılama Usulleri Reformu”, in **Danıştay ve İdari Yargı Günü**, Sempozyum, 134. Yıl, Ankara 10-11 Mayıs 2002, Danıştay Başkanlığı Yayını, Ankara, 2002.
- CANDAN, Turgut, **Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu**, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara, 2005.
- CHAPUS, René, **Droit Administratif Général**, Tome 1, 11. Édition, Montchrestien, Paris, 1997.
- CHAPUS, René, **Droit Du Contentieux Administratif**, 13. Édition, Montchrestien, Paris, 2008.
- DARCY, Gilles/PAILLET, Michel, **Contentieux Administratif**, Armand Colin, Paris, 2000.
- DARENDELİ, Vahap, **Adli Yargı Yerlerinde Görülen İdari Uyuşmazlıklar ve Davalar**, Yetkin, Ankara, 2004.
- DE FORGES, Jean-Michel, **Droit Administratif**, 6. Édition, Puf, Paris, 2002.
- DE LAUBADÈRE, André/GAUDEMET, Yves, **Traité De Droit Administratif**, Tome 1, 16. Édition, LGDJ, Paris, 2001.
- DEBBACH, Charles/RICCI, Jean-Claude, **Contentieux Administratif**, 8. Édition, Dalloz, Paris, 2001.
- DURAN, Lûtfi, **İdare Hukuku Meseleleri**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul, 1964.
- DURAN, Lûtfi, **İdare Hukuku Ders Notları**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982.
- DUPUIS, Georges/GUÉDON, Marié-José/CHRÉTIEN, Partice, **Droit Administratif**, 8. Édition, Armand Colin, Paris, 2002.
- ERKUT, Celâl, “İdare Hukukunda Yokluk Teorisi”, **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, Sayı: 1-3, Yıl: 9, 1988 (Prof. Dr. Lûtfi DURAN’a Armağan Özel Sayısı).
- ERKUT, Celâl, **İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği**, Danıştay Yayını, Ankara, 1990.

İdare Hukukunun Arkaik ve Anakronik Bir Kurumu (“Fiil Yol”)

GÖKALP, Ali Sıtkı, “İdari Dava Türleri” in **Yüzyıl Boyunca Danıştay**, İkinci Baskı, Danıştay Matbaası, Ankara, 1986.

GÖZLER, Kemal, **İdare Hukuku, Cilt I**, Ekin Kitabevi, Bursa, 2003.

GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref/TAN, Turgut, **İdare Hukuku, Cilt 2, İdari Yargılama Hukuku**, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006.

GÜNDAY, Metin, **İdare Hukuku**, 9. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2004.

KARAVELİOĞLU, Celâl, **İdari Yargılama Usulü Kanunu, Cilt: I**, 5. Baskı (basımevi ve yeri yok), 2001.

LACHAUME, Jean-François, **Droit Administratif**, 11. Édition, Puf, Paris, 1997.

LOMBARD, Martine/DUMONT, Gilles, **Droit Administratif**, 5. Édition, Dalloz, Paris, 2003.

LONG, Marceau/WEIL, Prosper/BRAIBANT, Guy/DELVOLVÉ, Pierre/
GENEVOIS, Bruno, **Les Grands Arrêts De La Jurisprudence Administrative**, 11. Édition, Dalloz, Paris, 1996.

ODYAKMAZ, Zehra, “İdari Yargı İle İlgili Öneriler”, in **İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü**, Sempozyum, Ankara 11-12 Mayıs 2001, 133. Yıl, Danıştay Başkanlığı Yayını, Ankara, 2003.

OĞURLU, Yücel, “İdare Hukukunda ‘Fiili Yol’ ve Yargısal Denetimi”, **KHUKA**, 1 (2003).

ONAR, Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları, Cilt: III**, Üçüncü Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966.

ÖZAY, İl Han, **Günışığında Yönetim**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004.

ÖZKOL, Adil, **Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları Açısından İdari Yargının Görev Alanı**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Ankara, 1970.

PACTEAU, Bernard, **Traité De Contentieux Administratif**, 1. Édition, Puf, Paris, 2008.

PEISER, Gustave, **Contentieux Administratif**, 14. Édition, Dalloz, Paris, 2006.

RIVERO, Jean/WALINE, Jean, **Droit Administratif**, 20. Édition, Dalloz, Paris, 2004.

ROUAULT, Marie-Christine, **Contentieux Administratif**, 2. Édition, Gualino Éditeur, Paris, 2003.

SARICA, Ragıp, **İdari Kaza**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Talebe Cemiyeti Yayını, İstanbul, 1942.

SARICA, Ragıp, **İdari Kaza, Cilt I, İdari Davalar**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul, 1949.

TRUCHET, Didier, **Droit Administratif**, 1. Édition, Puf, Paris, 2008.

TUNCAY, Aydın H., “Giriş” in **Yüzyıl Boyunca Danıştay**, İkinci Baskı, Danıştay Matbaası, Ankara, 1986.

ULUSOY, Ali, “Fransız İdari Yargı Reformu”, in **Danıştay Dergisi**, Yıl: 31, Sayı, 103, 2001.

VAN LANG, Agathe/GONDOUIN, Geneviève/INSURGET-BRISSET, Véronique, **Dictionnaire De Droit Administratif**, 2. Édition, Armand Colin, Paris, 1999.

WALINE, Jean, **Droit Administratif**, 22. Édition, Dalloz, Paris, 2008.

VERPEAUX, Michel, “Voie De Fait et Liberté Fondamentale”, **Actualité Juridique-Droit Administratif**, 2008.

YAYLA, Yıldızhan, **İdare Hukuku I**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş İkinci Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1990.

YENİCE, Kâzım/ESİN, Yüksel, **İdari Yargılama Usulü, Cilt-1**, Arısan Matbaacılık, Ankara, 1983.

YILDIRIM, Turan, **İdari Yargı**, Beta, İstanbul, 2008.

YILMAZ, Ejder, **Hukuk Sözlüğü**, Yenilenmiş Dokuzuncu Baskı, Yetkin, Ankara, 2005.