

YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA “KAMULAŞTIRMASIZ EL KOYMA”*

Yard. Doç Dr. Salih Şahiniz,
Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

I. Genel Olarak Kamulaştırmasız El Koyma Kavramı ve Türleri

İdarenin, özel mülkiyetteki gayrimenkullere, usulüne uygun bir kamulaştırma kararı ve maliklerinin rızası olmaksızın el koyması, “kamulaştırmasız el koyma” veya “dolaylı kamulaştırma” olarak adlandırılmaktadır¹.

Kamulaştırmasız el koyma, “hukuka uygun” olabileceği gibi, “hukuku aykırı”da olabilir. Şöyle ki: Usulüne uygun bir kamulaştırma kararı alınmasına gerek olmaksızın, 3194 sayılı İmar Kanununun 18'inci maddesi uyarınca, “imar sınırı içindeki özel mülkiyete tabi arsa ve arazilerin, idare tarafından, imar planına uygun şekilde ada ve parsellere ayrıldıktan sonra, bu şekilde bir düzenlemeye tabi tutulan (imara ve dolayısıyla şehirleşmeye uygun hale getirilen) arsa ve arazilerin belli bir bölümüne, bu dü-

* Bu makale, 3.10.2003 tarihinden önceki mevzuat esas alınarak yazılmıştır.

1 Bkz. GÜNDAY, M.: İdare Hukuku, 2. Bası, Ankara 1997, s.182; KALABALIK, H.: İmar Hukuku (Planlama, Arsa, Yapı, Koruma), Ankara 2002, s.211.

zenleme sonucunda değerlerinde meydana gelecek olan artışın karşılığı olarak, bir defaya mahsus olmak üzere, düzenleme ortaklık payı adı altında el konulması", **hukuka uygun kamulaştırmamız el koyma** olarak adlandırılmaktadır².

Yukarıda bahsedilen "düzenleme ortaklık payı alınması", idare tarafından, usulüne uygun bir kamulaştırma kararı alınmasına ve bir bedel ödenmesine gerek olmaksızın, özel mülkiyette bulunan gayrimenkullerin belli bir bölümüne, 3194 sayılı İmar Kanununun 18'inci maddesi uyarınca -yani hukuka uygun olarak- el konulmasını ifade etmektedir³. Görüldüğü üzere, bu el koyma yöntemi, usulüne uygun bir kamulaştırma kararı alınmasına ve bir bedel ödenmesine ihtiyaç olmaksızın özel mülkiyetteki gayrimenkule el konulmasına imkan vermesi bakımından, "kamulaştırma"dan ayrılmaktadır.

Buna karşılık, bir kanun hükmüne dayanmaksızın, usulüne uygun bir kamulaştırma kararı almadan ve bir bedel ödemedi, özel mülkiyette bulunan bir gayrimenkulün, tamamına veya bir bölümüne, idare tarafından el konulması, **hukuka aykırı kamulaştırmamız el koyma** olarak adlandırılmaktadır. İdare tarafından gerçekleştirilmesine rağmen, kanuni bir dayanağı bulunmadığı için, bu çeşit el koyma bir "idari eylem" olarak değil, bir "fiili yol" yani "idarenin haksız fiili" olarak kabul edilmektedir⁴. Burada, idarenin, özel mülkiyetteki bir gayrimenkule, hukuka aykırı bir şe-

2 Bkz. GÜNDAY, s.182; KALABALIK, s.211-212.

3 3194 sayılı İmar Kanununun 18'inci maddesindeki düzenlemeye ilişkin detaylı bilgi için bkz. KALABALIK, s.267 vd.; ABAMA, M.: Açıklamalı ve İçtihatlı İmar Kanunu Mevzuatı ve Uygulaması, Ankara 1996, s.412 vd.

4 Bkz. GÜNDAY, s.183; KALABALIK, s.212. YAYLA, Y.: İdare Hukuku, I, İstanbul 1990, s.142-143: "İdare tarafından yapılan bazı eylemler kişi hak ve hürriyetlerine açık ve haksız bir müdahale teşkil eder ve bir zarara yol açarlarsa, bu, idarenin haksız fiili olur ve bu fiili yapan idare Borçlar Hukuku esaslarına göre sorumlu tutulur. İdare hukukunda, idarenin haksız fiilini anlatmak için fiili yol terimi kullanılır. Fiili yol, idarenin hukuki hiçbir esasa dayanmaksızın hizmet ve faaliyet alanına yabancı bir konuda eylem yapması demektir. Bunun için, Fransız içtihadlarının geliştirdiği şu şartların birleşmesi aranır: a) Maddi bir icra bir eylem olmalıdır. Bu eylem yok hükmündeki bir işlemin icrası olabileceği gibi hiçbir işleme dayanmayan bir icra hareketi de olabilir. b) Dayanılan işlem veya yapılan eylem aşık bir hukuka aykırılığın sonucu veya ifadesi olmalıdır. O kadar ki, yapılan iş idarilik niteliğini kaybetmiştir ve sorumluluk da idare hukuku esaslarına göre değil, adli yargı önünde ve özel hukuk hükümleri uyarınca söz konusu olacaktır. Mesela, bir kimsenin taşınmazına kamulaştırma usul ve esasları izlenmeksizin el atılması veya Anayasanın

kilde ve bir bedel ödemeksizin, el koyması söz konusu olduğundan, bu el koyma yöntemi, gerek "kamulaştırma"dan gerek "hukuka uygun kamulaştırmasız el koyma"dan farklı şekilde ortaya çıkmaktadır. Bu yöntemi, "gerçek anlamda kamulaştırmasız el koyma" olarak da adlandırmak mümkündür.

Uygulamada, "kamulaştırmasız el koyma" tabiri ile, bu ikinci tür kamulaştırmasız el koyma, yani "hukuka aykırı kamulaştırmasız el koyma" kastedilmektedir. Biz de, bundan sonra, aksini belirtmedikçe, "kamulaştırmasız el koyma" tabirini, "hukuka aykırı kamulaştırmasız el koyma"yı ifade etmek üzere kullanacağız. Ve incelememizi de bu ikinci tür kamulaştırmasız el koymaya hasredeceğiz.

II. Tanım

Kamulaştırmasız el koymanın, diğer adıyla "hukuka aykırı kamulaştırmasız el koyma"nın tanımı, hukuk mevzuatımızda yapılmamıştır. Ne var ki, kamulaştırmasız el koymaya ilişkin tek kanuni düzenleme olan, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 38'inci maddesinde şu hüküm yer almaktadır: "*Kamulaştırma yapılmış, ancak işlemler tamamlanmamış veya kamulaştırması hiç yapılmamış iken kamu hizmetine ayrılarak veya kamu yararına yönelik bir ihtiyaca tahsis edilerek üzerinde tesis yapılan malın maliki, zilyet veya mirasçılarının bu taşınmaz mal ile ilgili her türlü dava hakkı yirmi yıl geçmekle düşer...*" Bu hükümden de yararlanılmak suretiyle, kamulaştırmasız el koymaya ilişkin olarak, doktrinde, benzer tanımlar verilmiştir. Şöyle ki:

ARCAK/DOĞRUSÖZ'e göre⁵, "idare, Anayasa ve yasalara uygun bir işlem oluşturmaksızın, bir kimsenin gayrimenkul malına el koyar, onun üzerinde bir tesis veya bina yapar yahut da, o gayrimenkul malı bir hizmete tahsis ederek, mal sahibinin gayrimenkulü üzerinde dilediği gibi kullanma hakkına karşı her hangi bir girişimde bulunursa, idarenin bu iş-

40.maddesinin öngördüğü, temel hak ve hürriyetler açısından kişileri zarara sokan haksız işlemler gibi. c) Nihayet, fiili yol mülkiyet hakkına veya kamu hürriyetlerine bir tecavüz teşkil etmelidir. El atmadan farklı olarak, fiili yol taşınmaz mülkiyetine tecavüzü de kapsayacak genişliktedir. Hürriyetlere tecavüze gelince, bu, özel hayatın gizliliği, konut dokunulmazlığı, din ve vicdan hürriyeti gibi çeşitli konularda olabilir".

5 ARCAK, A./DOĞRUSÖZ, E.: Kamulaştırmasız El Koyma, El Atmanın Önlenmesi ve Tazminat Davaları, Ankara 1992, s.18, s.19.

lemine, kamulaştırmaz el koyma denir. Diğere bir ifadeyle, gerek kamulaştırma kanunundaki esaslar çerçevesinde, gerekse özel yasalardaki hükümlere uyulmak suretiyle, bir kamulaştırma işlemi yapılmamış veya kamulaştırma işlemine başlanılmakla birlikte kamulaştırma oluşmamış olmasına rağmen, idare, özel mülkiyetteki gayrimenkule el koyarak bu sonucuyu kısmen veya tamamen kamu malı durumuna dönüştürmüş veya üzerinde tesisler yaptırmış ise, kamulaştırmaz el koyma söz konusu olur”.

AKAR'a göre⁶, “kamulaştırmaz el atmadan söz edilebilmesi için, kamulaştırma yetkisini haiz olan idarelerin, kamulaştırma yapmaksızın, başka şahısların taşınmaz mallarına el koymaları ve kamu yararına tahsis etmeleri veya üzerine tesis yapmaları gerekmektedir”.

DÜREN'e göre⁷, “idarenin, kamulaştırma yoluna gitmeden ya da geçici işgal koşullarını yerine getirmeden, özel mülkiyetteki bir gayrimenkule, kamu hizmetlerinin devamlılığı ve görülmesinin zorunluluğu nedeniyle el koymasına kamulaştırmaz el koyma denir. Kamulaştırmaz el koymada, gayrimenkulün zilyetliği, malik veya zilyedin rızası bulunmadan, sürekli veya geçici bir süre için idareye geçer. İdare, gayrimenkulün maliki veya zilyedi kendisiymiş gibi bazı eylemlere girişmektedir”.

Yine başka bir tanıma göre, “özel mülkiyet konusu olan bir taşınmazın, bilerek ve bilmeyerek, kamulaştırma usul ve kurallarına uygun olmaksızın ve bir bedel ödenmeden fiilen işgal edilmesi ve bu taşınmazın kamunun ortak kullanımına veya kamu hizmetine tahsis edilmesi ya da işgal edilen taşınmaz üzerinde kamu hizmetine ilişkin bir tesisin yapılmış olması halinde, kamulaştırmaz el koyma söz konusu olur⁸”.

III. “Kamulaştırmaz El Koyma”nın “Kamulaştırma” İle Karşılaştırılması

Gerek “kamulaştırma” gerek “kamulaştırmaz el koyma” aynı amaca hizmet eder. Her iki müessesenin de amacı, kamu yararı ve kamu hizmetlerindeki devamlılığın ve sürekliliğın sağlanmasıdır. Ne var ki, kamu-

6 AKAR, Z.: İçtihatlı-Açıklamalı-Gerekçeli Kamulaştırma ve Kamulaştırmaz El Atma Davaları, Cilt I-II, Ankara 2002, s.941.

7 DÜREN, A.: İdare Hukuku Dersleri, Ankara 1979, s.211.

8 GÜNDAY, s.183-184; KALABALIK, s.212-213.

laştırmada, kanunda öngörülen usullere uygun şekilde hareket edilmekte iken, kamulaştırmaz el koymada, hukuka aykırı olarak özel mülkiyetteki gayrimenkule el konulmaktadır. Kamulaştırmaz el koyma, idare tarafından bilerek gerçekleştirilebileceği gibi, bilmeyerek de gerçekleştirilebilir⁹.

Kamulaştırma ile kamulaştırmaz el koyma arasındaki bir diğer fark da, el konulan gayrimenkulün mülkiyetinin idareye geçmesinde görülür. Usulüne uygun olarak gerçekleştirilen kamulaştırmada, mülkiyet idareye, mahkemece verilen tescil kararı ile geçer¹⁰. Kamulaştırmaz el koymada ise, Yargıtaya göre, mülkiyet idareye, "idare aleyhine açılmış olan el konulan gayrimenkulün bedelinin tahsiline yönelik davada (bedel davasında) mahkemece bedele hükmedilmesi ve hükmedilen bu bedelin malike ödenmesi üzerine mahkemece idare adına tescile karar verilmesi" ya da "Kamulaştırma Kanununun 38'inci maddesinde öngörülen yirmi yıllık hak düşürücü sürenin geçmesi" ile geçer.

IV. Kamulaştırmaz El Koyma'nın Gelişimi

Türk Hukukunda, "kamulaştırmaz el koyma" kavramı, ilk olarak, idarenin, yol yapımı nedeniyle, kamulaştırma yapmadan, özel mülkiyetteki gayrimenkullere el koyması ile ortaya çıkmıştır. Bu tür kamulaştırmaz el koyma hallerinde hangi hükümlerin uygulanacağı meselesi ortaya çıkmıştır. O zamanlar, kamulaştırmaz el koymaya ilişkin hiçbir kanuni düzenleme olmadığından, mahkemelerde açılan davalarda birbirinden farklı kararlar verilmiş ve kararlar arasında çelişkiler ortaya çıkmıştır. Bu durum, doktrinde farkedilmiş ve bu konuda içtihadı birleştirme kararı verilmesinin zorunlu olduğu ifade edilmiştir¹¹.

Kamulaştırmaz el koyma davalarında mahkemeler tarafından verilen kararlar arasındaki çelişkiyi gidermek için, Yargıtay, üç tane içtihadı birleştirme kararı vermiştir. Şöyle ki:

9 KAYA, T.: Kamulaştırmaz El Koyma, İstanbul 2001, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s.27.

10 Bkz. 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 4650 sayılı Kanun ile değişik 25'inci maddesi.

11 OĞUZMAN, M. K.: Bir Gayrimenkulün İstimlak Edilmeden Amme Emlakine Kalp Edilmesi (Tevhidi İctihadı Gerektiren Bir Durum), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt XIX, Sayı 3-4'den ayrı basım, İstanbul 1954, s.5 vd.

1) 16.5.1956 gün, E.1, K.6: Usulsüz olarak taşınmaz malı yola kalp edilen şahsın ilgili kamu tüzel kişisi aleyhine el koymanın önlenmesi davası açabileceği gibi, bu eylemli duruma razı olduğu takdirde, taşınmaz malının değer karşılığının verilmesini isteyebileceği hakkında;

2) 16.5.1956 gün, E.1, K.7: Usulsüz olarak taşınmaz malı yol haline getirilen bir kimsenin açacağı bedel davasında zamanaşımının söz konusu olamayacağı hakkında;

3) 11.2.1959 gün, E.1958/17, K.1959/15: İdari mercilerin verdikleri kararlar sonucunda plan ve projelere uygun el atmadan doğan anlaşmazlıklarda görevin idare mahkemesine ait olacağı, bunun dışında haksız el atmadan doğan tazminat davalarında adli yargının görevli olacağı hakkında¹².

Bundan sonra, 5.1.1961 günü kabul edilen ve 13.1.1961 gününde yürürlüğe giren 221 sayılı "Amme Hükmi Şahısları veya Müesseseleri Tarafından Fiilen Amme Hizmetlerine Tahsis Edilmiş Gayrimenkuller Hakkında Kanun" ile, 9 Ekim 1956 tarihinden önceki bir dönemde kamulaştırma yapılmaksızın idarenin el koyduğu gayrimenkuller kamulaştırılmış sayılmıştır¹³. 9 Ekim 1956 tarihinden sonraki kamulaştırmaz el koymalarda ise, Yargıtayın yukarıda belirttiğimiz içtihadı birleştirme kararları uygulamaya yön vermiştir.

Nihayet, kamulaştırmaz el koymaya ilişkin ilk kanuni düzenleme 2942 sayılı ve 1983 tarihli Kamulaştırma Kanununun 38.maddesinde yer almıştır. 2942 sayılı Kanunun bazı maddeleri, 24.4.2001 günü kabul edilen 4650 sayılı Kanun ile değiştirilmiş ise de¹⁴, 38'inci maddede herhangi bir değişiklik olmamıştır. Bu maddede şöyle bir hüküm yer almaktadır: "*Kamulaştırma yapılmış ancak işlemleri tamamlanmamış veya kamulaştırma hiç yapılmamış iken kamu hizmetine ayrılarak veya kamu yararına yönelik bir ihtiyaca tahsis edilerek üzerinde tesis yapılan malın maliki, zilyet veya mirasçılarının bu taşınmaz mal ile ilgili her türlü dava hakkı yirmi yıl geçmekle düşer. Bu süre, taşınmaz mala el koyma tarihinde başlar*".

Kamulaştırmaz el koymaya uygulanacak hükümlerin tayininde,

12 İçtihadı birleştirme kararlarının tam metinleri için bkz. ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.80 vd.

13 221 sayılı Kanuna ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.309 vd.

14 Bu değişikliklere ilişkin olarak bkz. AKAR, Cilt I, s.5 vd.

"Yargıtayın anılan içtihadı birleştirme kararları", "2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 38'inci maddesinde yer alan hüküm" ve "Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun ve Yargıtay Hukuk Dairelerinin kararları" göz önünde bulundurulacaktır. Ve bu suretle ortaya çıkacak kurallar bütünü, "Kamulaştırmazsız El Koyma Hukuku"nu oluşturacaktır.

Aşağıda, önce, "Yargıtay içtihadı birleştirme kararları ile getirilen esaslar", daha sonra ise "2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 38'inci maddesindeki düzenleme" inceleme konusu yapılacak ve nihayet, "Yargıtay Hukuk Dairelerinin ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun kararları" da göz önünde bulundurulmak suretiyle, Kamulaştırmazsız El Koyma Hukunun kuralları ortaya konmaya çalışılacaktır.

V. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararlarında Kabul Edilen Esaslar

1. 16.5.1956 Gün ve E.1, K.6 Sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında kabul edilen esaslar

Yargıtayın bu içtihadı birleştirme kararında aşağıdaki esaslar kabul edilmiştir:

a. Usulü dairesinde verilmiş bir kamulaştırma kararı olmadan ve bedeli ödenmeden gayrimenkulü yola çevrilen şahsın, söz konusu gayrimenkul üzerindeki mülkiyet hakkı, bu fiili durum dolayısıyla hiçbir suretle ortadan kalkmaz. Bu nedenle, gayrimenkulü yola çevrilen malik adına tapu sicilinde mevcut olan kaydın, Medeni Kanunun 912'inci maddesinin (yeni 999'uncu maddesinin) ikinci fıkrası gereğince sicilden çıkarılması mümkün değildir. Ancak, usulüne uygun şekilde bir kamulaştırma işlemi gerçekleştirildikten ve kamulaştırma bedeli malike ödendikten sonradır ki, malikin muvafakatiyle, malikin muvafakat vermektan kaçınması halinde ise mahkeme kararı ile, bir gayrimenkulün sicil kaydı terkin olunabilir.

b. Mülkiyet hakkı baki kalan malik, bu hakkına dayanarak, gayrimenkulü yola çeviren idare adına, her zaman "müdahalenin men'i (el atmanın önlenmesi) davası" açmak hakkına sahiptir. Ancak, yola çevrilme sonucunda eskisi gibi istifade edilebilmekten çıkan, vasfı değişen gayrimenkulün malikinin, bu hakkını kullanacağı yerde, müdahalenin men'i davası sonucunda verilecek müdahalenin men'i kararının infazındaki güçlüğü düşünerek, dilerse, mülkiyet hakkının idareye devrine razı olarak, "gayri-

menkulün bedelini dava edebilmesi (bedel davası açabilmesi) "de mümkündür.

c. Eğer malik, "müdahalenin men'i davası" açmak yerine "bedel davası" yolunu tercih ederse, talep edebileceği bedel, "gayrimenkulün fiilen yola çevrildiği (gayrimenkule el konulduğu) tarihteki bedel" değil, mülkiyet hakkının idareye devrine razı olduğu tarihteki, yani "dava tarihindeki bedel" olacaktır.

2. 16.5.1956 Gün, E.1, K.7 Sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında kabul edilen esaslar

Yargıtayın bu içtihadı birleştirme kararında şu esaslar kabul edilmiştir:

a. Usulsüz olarak gayrimenkulü yola çevrilen bir kimsenin açacağı "bedel davası"nda, zamanaşımı söz konusu olamayacağı gibi, Borçlar Kanununun 66'ncı maddesi de uygulama alanı bulamayacaktır.

b. Medeni Kanununun 717'inci maddesinin ikinci fıkrası, kamulaştırma halinde, malikin gayrimenkul üzerindeki mülkiyet hakkının ne zaman sona ereceğinin tayinini özel kanuna bıraktığından, ancak el konulan gayrimenkulün bedelinin idare tarafından malike ödenmesi veya onun emrine bir bankaya yatırılması halinde malikin gayrimenkul üzerindeki mülkiyet hakkı sona erecektir.

3. 11.2.1959 Gün, E.1958/17, K.1959/15 Sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında kabul edilen esaslar

Bu içtihadı birleştirme kararında ise, aşağıdaki esaslar kabul edilmiştir:

a. Türkiye Kara Yolları veya D.S.İ. U. Müd. veya Belediyeler veya Hususi İdareler gibi "amme teşekülleri"nin verdikleri kararlar sonucunda ve plan ve projelere uygun olarak tesisler yaptırılmış olması veya bu tesislerin kullanılmaları veya bu tesislerin bakımları sebebiyle fertlerin uğramış oldukları zararların tazminine ilişkin olarak açılan davalar, "idari davalar"dan olduklarından, bu davalar "idare mahkemeleri"nin görev alanına girer.

b. Kamulaştırmasız el koyma dolayısıyla açılacak "tazminat davala-

rı"nda ise, yargı yetkisi "adliye mahkemeleri"ne aittir. Zira, kamulaştırmasız el koyma halinde, idare, Kamulaştırma Kanununa uygun hareket etmeksizin ferdin malını (gayrimenkulünü) elinden almış olması sebebiyle, kanuhsuz bir harekette bulunmuş durumdadır. Bu bakımdan, dava, "haksız fiil neticesinde meydana gelen zararın tazmini davası" olduğundan "adli yargı"nın görev alanına girer.

VI. 2942 Sayılı Kamulaştırma Kanununun 38'inci Maddesi ile Getirilen Hüküm

2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 38'inci maddesine göre, kamulaştırmasız el konulan taşınmazın maliki, zilyedi veya mirasçılarının, el koyan idareye karşı haiz oldukları her türlü dava hakkı yirmi yıl geçmekle düşecektir. Yirmi yıllık süre, idare tarafından gayrimenkule el koyma tarihinden itibaren işlemeye başlayacaktır.

Görüldüğü üzere, bu hüküm ile, 16.5.1956 Gün, E.1, K.7 Sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında kabul edilen esastan farklı bir düzenleme getirilmiştir. Şöyle ki: Söz konusu içtihadı birleştirme kararına göre, gayrimenkulüne el konulan kişinin açacağı "bedel davası" ve "müdahalenin men'i davası" herhangi bir zamanaşımı süresine tabi değildi; malik süresiz olarak dava açma hakkına sahipti. Ne var ki, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 38'inci maddesiyle getirilen hüküm ile, kamulaştırmasız el koyma nedeniyle açılacak "her türlü dava" -dolayısıyla da bedel davası ve müdahalenin men'i davası- yirmi yıllık hak düşürücü süreye tabi kılınmıştır¹⁵. Bu sürenin geçmesi ile, malikin her türlü dava hakkı (müdahalenin men'i, bedel, tazminat, ecrimisil davası açma hakkı) düşecektir¹⁶. Bu sürenin başlangıç tarihi ise, "idare tarafından gayrimenkule el konulduğu tarih" olarak tayin edilmiştir.

-
- 15 Bu sürenin getirilmesinin Anayasaya aykırı olduğu görüşünde: HATEMİ, (HATEMİ, H./SEROZAN, R./ARPACI, A.: Eşya Hukuku, İstanbul 1991, s.623 vd.'nda)
- 16 Aynı yönde bkz. ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.460 ve ARCAK, A./KİTİŞ, S., Açıklamalı-İçtihatlı Kamulaştırma Davaları ve Devletleştirme, Cilt II, Ankara 1992, s.2132: "...yalnız el atmanın önlenmesine, veya karşılık bedeli istemeye ilişkin dava hakkı değil, madde metninde yazılı olduğu üzere, her türlü dava hakkı düşer. Mal sahibi, bu taşınmazına el atılmasının önlenmesini isteyemez. Karşılık değerini verilmesi (bedel) veya ecrimisil (işgal karşılığı tazminat) davası açamaz. Veya zarar ziyanın, yoksun kalınan karın tazminine yönelik bir tazminat davası açamaz".

VII. Kamulaştırmasız El Koymanın Şartları

1. İdare tarafından, gayrimenkule, kamulaştırma yapılmaksızın "fiilen" el konulmuş olması

Bu şart, 16.5.1956 Gün ve E.1, K.6 Sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında yer alan "*Usulü dairesinde İstimlak muamelesine tevessül edilmek-sizin Devlet veya diğer bir amme hükmi şahsiyeti tarafından gayrimenkulü yola kalp edilen şahsın....*" şeklindeki ifadeden çıkarılabileceği gibi, yine 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 38'inci maddesindeki "*Kamulaştırma yapılmış, ancak işlemleri tamamlanmamış veya kamulaştırma hiç yapılmamış iken kamu hizmetine ayrılarak veya kamu yararına yönelik bir ihtiyaca tahsis edilerek üzerinde tesis yapılan gayrimenkulün maliki...*" şeklindeki ifadeden de çıkarılabilir.

Şu halde, "kamulaştırma işlemi hiç yapılmamış" veya "kamulaştırma işlemine başlanmış fakat tamamlanmamış" olduğu halde, idare tarafından, özel mülkiyetteki bir gayrimenkule fiilen el konulmuş olması durumunda, kamulaştırmasız el koymadan söz edilebilmesi için gerekli olan bu birinci şart gerçekleşmiş olacaktır.

Bu birinci şart da, kendi içinde iki ayrı şartı ihtiva etmektedir. Şöyle ki:

a. Usulüne uygun bir kamulaştırma işleminin hiç yapılmamış olması veya usulüne uygun şekilde kamulaştırma işlemine başlanmış fakat tamamlanmamış olması

Kamulaştırma işleminin usul ve esasları, 1983 tarih ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununda düzenlenmiştir¹⁷. Ne var ki, 2001 tarih ve 4650 sayılı Kanun ile, 2942 sayılı Kanunun bazı maddeleri değiştirilmiş, bazı maddeleri ise yürürlükten kaldırılmıştır¹⁸.

Her şeyden önce, kamulaştırma işlemi "hiç yapılmadan" veya "kamulaştırma kanunundaki usul ve esaslara uygun şekilde yapılmadan" ya da "kamulaştırma işlemine başlandıktan sonra bu işlem tamamlanmadan (kesinleşmeden)" özel mülkiyetteki gayrimenkule el konulmuş olması halinde, kamulaştırmasız el koyma söz konusu olacaktır. Örneğin mal sahibine tebligat yapılamamış veya peşin ödenmesi gereken kamulaştırma be-

17 2942 sayılı Kanuna ve uygulanmasına ilişkin detaylı açıklama için bkz. AR-CAK/KİTİŞ: Cilt I-II, s.5 vd.

18 Bu değişiklikler için bkz. AKAR: Cilt I, s.5 vd.

delinin ödenmemiş olması halinde, tamamlanmamış bir kamulaştırma söz konusu olacaktır¹⁹.

Bu konuda, Yargıtayın çeşitli kararlarında belirttiği şu hususlar örnek olarak verilebilir: "Kamulaştırmanın tekemmülü (tamamlanması) için, kamulaştırma bedelinin yatırılması ve ilgiliye kamulaştırma kanunundaki hükümlere göre tebliği zorunludur. Bu işlemler yapılmadığı için, açılmış olan kamulaştırmaz el koyma davası (bedel davası) red olunamaz²⁰". "Kamulaştırma için Belediye Encümeninin karar vermiş olması yeterli değildir. Diğer işlemlerin de oluşması ve kamulaştırmanın kesinleşmesi gerekir²¹".

b. İdare tarafından gayrimenkule "fiilen el konulmuş" olması

Kamulaştırmaz el koymadan söz edilebilmesi için gerekli olan bir diğer şart da, "kamulaştırma yapılmaksızın, özel mülkiyetteki bir gayrimenkulün fiilen işgal edilmiş ve bu gayrimenkulün kamunun ortak kullanımına veya kamu hizmetine tahsis edilmiş ya da işgal edilen gayrimenkul üzerinde kamu hizmetine ilişkin bir tesisin yapılmış olması"dır²². Diğer bir deyişle, "kamulaştırma yapılmaksızın, özel mülkiyetteki gayrimenkule el konulmuş ve kamu yararına özgülenmiş veya bu gayrimenkul üzerinde tesis yapılmış olması"dır²³.

Şu halde, idarenin, kamulaştırma işlemi yapmaksızın, kamu yararı amacıyla, özel mülkiyetteki bir gayrimenkule, **fiilen ve kalıcı (devamlı) olarak el koyması** halinde bu şart gerçekleşmiş olacaktır.

İdarenin, özel mülkiyetteki gayrimenkul üzerindeki hangi faaliyetle-

19 ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.457.

20 Yarg. 3. HD., 26.12.1978 gün, E.6852, K.7784 (ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.177) . Aynı yönde bkz. Yarg. 3. HD., 31.5.1976 gün, E.3499, K.4360 (ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.175 vd.) . Yarg. 5. HD., 12.10.1993 gün, E.1993/13648, K.1993/18307: "Kamulaştırma Kanununun öngördüğü tebligat işlemleri yapılmadan, gazete ile ilan tebligat işlemi geçersizdir" (YKD., Cilt 20, Sayı 1, Ocak 1994, s.70 vd.).

21 Yarg. 3. HD., 28.9.1976 gün, E.4835, K.6096 (ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.176 vd.).

22 KALABALIK, s.213.

23 ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.18. AKAR, Cilt II, s.941: "Kamulaştırmaz el atmadan söz edilebilmesi için, kamulaştırma yetkisini haiz olan idarelerin, kamulaştırma yapmaksızın, başka şahısların taşınmaz mallarına el koymaları ve kamu yararına tahsis etmeleri veya üzerine tesis yapmaları gerekmektedir".

rinin **"fiilen ve kalıcı (devamlı) olarak el koyma"** sayılacağına gelince: Kamulaştırma Kanununun 38'inci maddesi, bu şartın gerçekleşmiş sayılması için, gayrimenkul üzerinde bir "tesis yapılmış olması" nı aramaktadır. Bu tesis bir **"yapı (yol, bina, baraj vs)"** şeklinde ortaya çıkabileceği gibi, **"belli bir gereksinmeye sürekli özgülenme dolayısıyla, malikin, gayrimenkulünü -kanunların öngördüğü sınırlamalara uygun şekilde- kullanmasını engelleme"** şeklinde de ortaya çıkabilir²⁴.

İdarenin, bir bayındırlık faaliyetinin yürütülmesi (örneğin yol yapımı, bina yapımı) sırasında, özel mülkiyetteki bir gayrimenkulden toprak alması ya da bir gayrimenkule moloz yığılması durumunda, fiili ve kalıcı el koyma söz konusu değildir; dolayısıyla da bu gibi durumlarda "kamulaştırmamasız el koyma" dan söz edilemez²⁵. Bu gibi hallerde, "idarenin bir haksız fiili"nden ("fiili yol"dan) veya "idari eylem"den doğan bir zararın varlığı söz konusu olacak ve yerine göre "adli yargıda Borçlar Hukuku hükümleri (BK.md.41 vd.) uyarınca bir tazminat davası" ya da "idari yargıda bir tam yargı davası" açılmak suretiyle, uğranılan zararın giderilmesi talep edilecektir²⁶. Nitekim, Danıştay 12'inci Dairesinin bir kararına göre de, "kamulaştırmamasız el atmanın varlığı için, idarenin taşınmaz malda, malik veya zilyet gibi tasarrufta bulunması, hiç değilse, taşınmazı bir süre sahibinin tasarrufundan alıkoyması gerekir. Bu nedenle, Belediyeye ait bir buldozerin bir an için taşınmaza girmesi, kamulaştırmamasız el atma sayılamaz. Olay nedeniyle, malikin taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkından... doğan yetkileri bir süre için bile ortadan kalkmamış, sadece taşınmazdaki ağaçlara, su kanallarına ve duvarlara zarar verilmiş ise, bu zarar, kamulaştırmamasız el atmadan değil, idarenin bir eyleminden doğmaktadır²⁷".

Şu halde, İdare tarafından gayrimenkule fiilen el konulduğundan ve

24 Bkz. ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.456-457.

25 Bkz. 11.12.1959 Gün, E.1958/17, K.1959/15 Sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı.

26 İdari mercilerin verdikleri kararlar sonucunda plan ve projelere uygun el atmadan doğan zararların tazminine ilişkin dava "idare mahkemesinin görevine giren bir tam yargı davası"dır. Bunun dışındaki haksız el atmadan doğan zararların tazminine yönelik dava ise "adli yargının görev alanına giren, Borçlar Hukuku hükümlerine (BK.md.41 vd.) bir tazminat davası"dır (Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı, 16.5.1956 Gün, E.1958/17, K.1959/15).

27 Danıştay 12'inci Dairesinin, 6.10.1973 gün ve E.1972/144, K.1973/2349 sayılı kararı (KAYA, s.49) . Yarg. 5. HD., 17.12.1998 gün, E.1998/16682, K.19556: "Dava, taşınmaza kamulaştırmamasız el atma nedeniyle bedelinin ödenmesine ilişkindir...

dolayısıyla da kamulaştırmaz el koymanın varlığından söz edilebilmesi için, "idarenin gayrimenkule kalıcı (devamlı) olarak el koyması nedeniyle, malik, bu gayrimenkul üzerinde haiz olduğu mülkiyet hakkından doğan yetkilerini, kanundan doğan sınırlamalara uygun şekilde kullanamaz hale gelmiş, diğer bir deyişle malikin bu yetkilerini kullanması imkanının ortadan kalkmış olması" gerekir. Nitekim, Yargıtay 5. Hukuk Dairesinin bir kararında belirttiği üzere, "Taşınmaz malın güvenlik bölgesi içinde kalması, asli niteliği olan tarım arazisi olarak kullanılmasına engel değildir. Arazi niteliğindeki taşınmaz malın üzerinde, bina yapımı doğal kullanma şekli olmayacağından, bu konudaki engelleme taşınmaz mala kamulaştırmaz el atıldığını kabule hak vermez. Gözden uzak tutulmaması gereken bir diğer husus da, mülkiyet hakkının sınırsız bir hak olmadığıdır. Kamu yararına ve bu hakkın özüne dokunulmadan kanunla sınırlanabilir. Arazi niteliğindeki taşınmaz malda bina yapımının engellenmesi, mülkiyet hakkının özüne dokunan bir sınırlama olmadığından, kamulaştırmaz el atma olarak kabulü de mümkün değildir"²⁸. Yar-

davalı idarenin yol malzemesi yığmak suretiyle kamulaştırmaz el attığı bölümündeki işgalinin geçici veya daimi nitelikte olduğu tespit edilerek, işgal geçici ise sadece işgal nedeniyle ika edilen zararın tazminine (taşınmaz değerini aşmamak suretiyle) karar verilebileceği gözetilmeden eksik inceleme ile kamulaştırmaz el atılan bölüm bedeline hükmedilmesi, doğru görülmemiştir (AKAR, Cilt II, s.963) . Yarg. 3. HD., 26.2.1991 gün, E.90/15812, K.91/1863: "davada, davalı idarece davacının tapulu tarlasının bir kısmından toprak alınmak ve bir kısmına da toprak yığılmak suretiyle, kamulaştırmaz el atılarak kullanılamaz hale getirildiği iddiasıyla tazminat istemiştir. Mahkemece de olay, kamulaştırmaz el atma olarak nitelendirilip söz konusu yerlerin saptanan bedeline hükmedilmiştir. Oysa, kamulaştırmaz el atmadan söz edebilmek için, el atmanın kamusal hizmete tahsis amaçlı ve kalıcı nitelikte olması lazım gelir. Olayımızda ise, davacının dava konusu yaptığı taşınmazına vaki el atma böyle bir amaca yönelik olmadığı gibi, özellikle o yeri kullanmadığı ve eli altında bulundurmadığı cihetle, kalıcı nitelik taşıdığından söz etmek de olanaksızdır. O halde, davada.....olayın bir haksız fiil olarak kabulü ile, toprak alınan ve toprak yığılan söz konusu yerlerin eski haline getirilmesi için gerekli olan giderlerin (masrafların) usulünce saptanması ve işte bu tür zararın tazminine karar verilmesi gerekirken, bu hususların düşünülmeyerek belirtilen şekilde taşınmazın bedeline hükmedilmesi yersizdir" (ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.170-171) . Yarg.5. HD., 29.4.1999 gün, E.1999/3246, K.6995: "Dava, kamulaştırmaz el atmaya ilişkin bedel istemine ilişkindir. Dava konusu taşınmaz arsa niteliğindedir. Davalı idare, arsa niteliğindeki bu taşınmazdan, 1992 yılında bir miktar toprak almıştır. Taşınmazın aynına ilişkin kalıcı bir müdahalesi söz konusu değildir. Bu itibarla, kamulaştırmaz el atmaya dayanan, bedel istemine ilişkin davanın reddi yerine kabulüne karar verilmesi doğru değildir" (AKAR, Cilt II, s.956).

28 Yarg. 5. HD., 20.3.1994 gün, E.1994/2579, K.1994/8589 (KAYA, s.50).

gıtay 5. Hukuk Dairesinin bir başka kararına göre de, "Dava konusu taşınmaz 2.sınıf askeri yasak bölge kapsamındadır. Taşınmazın etrafı tel örgü ile çevrilmiştir... Arazi olarak kullanımının engellenmesi söz konusu değildir. Komutanlıktan izin alınmak suretiyle taşınmaz malikinin taşınmazını arazi olarak kullanmasına engel bir durum mevcut değildir. Diğer taraftan, dava konusu taşınmaz mücavir alan sınırları içinde olup, henüz imar parselasyonu da yapılmamıştır. Belirtilen bu niteliğine göre, taşınmazın sadece zirai faaliyette kullanılması mümkün olup, buna da engel olunmadığına göre, kamulaştırmasız el koymadan söz edilemez, dolayısıyla taşınmazın bedeli de istenemez²⁹". Yargıtay 5. Hukuk Dairesinin başka bir kararına göre ise, "Kamulaştırılan taşınmazın, artan kısmının kullanılmaz hale geldiğinden bahisle, tazminat (bedel) davası açılması halinde, malın bedeline hükmedilebilmesi için, idarenin bu bölüme sahiplenmek amacı ile kalıcı olarak el atmış olması gereklidir³⁰".

Yargıtaya göre, bir gayrimenkulün, imar planında, yeşil saha, yol veya park yeri olarak gösterilmesi veya ortasından yol geçirilmesi "fiilen el koyma" olarak nitelendirilemez. Dolayısıyla da, böyle bir durumda kamulaştırmasız el koymadan söz edilemez³¹. Bu husus, Yargıtayın çeşitli kararlarında ifade edilmiştir. Şöyle ki: Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin bir ka-

29 Yarg. 5. HD., 7.2.2000 gün, E.2000/391, K.2000/1260 (YKD., Cilt 26, Sayı 4, Nisan 2000, s.534-535) . Yarg. 5. HD., 4.6.1998 gün, E.1998/6732, K.8718: "Dava, kamulaştırmasız el atmaya dayalı bedel istemine ilişkindir. Kamulaştırmasız el atma nedeniyle bedel isteminde bulunulabilmesi için, idarenin taşınmaza fiilen el atması, sahibinin tasarrufunu engellemesi gerekir. Davaya konu teşkil eden taşınmazlar tapuda tarla olarak kayıtlıdır. Henüz imar düzenlemesi yapıp yapılaşma imkanı sağlanmış değildir. Bu durum itibariyle, taşınmazların sadece arazi olarak kullanılabilme imkanı mevcuttur. Davalı idare, taşınmaza fiilen el atarak, davacıların arazi olarak kullanımına engel olmamıştır. Taşınmazın tapu kaydına "Askeri Güvenlik Bölgesi" içinde kaldığının şerh edilmiş olması fiili el atma niteliğinde değildir" (AKAR, Cilt II, s.955 vd.) . Aynı yönde: Yarg. 5. HD., 28.5.1998 gün, E.1998/5605, K.8089 (AKAR, Cilt II, s.955).

30 Yarg. 5. HD., 7.6.1994 gün, E.1994/9102, K.11774 (AKAR, Cilt II, s.961) . Yarg. 5. HD., 30.3.1998 gün, E.1998/2889, K.4527: "Dava, kamulaştırmasız el atılan taşınmazın bedelinin tahsiline ilişkindir... Askeri birlik tarafından kazılan siper ve siperler arası tünellerin belirtilen askeri birlikçe devamlı olarak kullanılıp kullanılmadığı, davacının taşınmaza girmesinin engellenip engellenmediği, dava konusu taşınmaza müdahalenin devamlılık arz edip etmediği araştırılmadan eksik inceleme ile karar verilmesi doğru görülmemiştir (AKAR, Cilt II, s.961).

31 Aynı yönde: ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.25 vd.; KAYA, s.50 vd.

rarına göre, "Sadece imar planında yol olarak gösterilmek, davanın kabulü için yeterli değildir. Yol haline getirilmiş olması gerekir³²". Yargıtay 5. Hukuk Dairesinin bir kararına göre de "Dava konusu yerin, imar planında yol olarak gösterilmesi, kamulaştırma yapılmaksızın fiilen el konulmadıkça, kamulaştırmaz el koyma sayılmaz³³". Yargıtay 5. Hukuk Dairesinin başka bir kararına göre de, "Kamulaştırmaz el atmaya dayanan davalarda tazminata hükmedilebilmesi için, davalı idarenin taşınmazla fiilen el atması gerekir. Davacının tazminat istemi, dava konusu taşınmazın Belediye imar planında hükümet konağı olarak ayrılmış olması sebebiyle taşınmaz üzerinde inşaat yapamaması olgusuna dayanmaktadır. Açıklanan nedenle, davanın reddi yerine kabulüne karar verilmiş olması, doğru görülmemiştir³⁴". Malikin başvurusu üzerine inşaat ruhsatı verilmemiş olması da, kamulaştırmaz el koymanın mevcut olmadığı sonucunu değiştirmez³⁵.

2. El koymanın, "kamulaştırma yetkisine sahip idare tarafından" ve "kamu yararı için" yapılmış olması

Fiili el koymanın kamulaştırmaz el koyma sayılabilmesi için, "kamulaştırma yetkisine sahip idare" tarafından yapılmış olması gerekir. "İdare (kamu hukuku tüzel kişisi) tarafından gerçekleştirilmemiş olan" veya "kamulaştırma yetkisine sahip olmayan bir idare tarafından gerçek-

32 Yarg. 3. HD., 31.5.1976 gün, E.3498, K.4359 (ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.103) . Yarg. 3. HD., 4.5.1976 gün, E.2993, K.3817: "El konulan yer dışında kalan sahanın imar planında yeşil saha olarak gösterilmesi, bedelini tazminat olarak isteme hakkı vermez" (ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.102 vd.).

33 Yarg. 5. HD., 18.3.1983 gün, E.2515, K.2637 (ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.109) . Aynı yönde: Yarg. 5. HD., 6.2.1987 gün, E.17813, K.1223 (ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.114 vd.).

34 Yarg. 5. HD., 22.11.1999 gün, E.1999/17315, K.18536 (AKAR, Cilt II, s.956).

35 ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.25 vd. "Ancak bir kimsenin gayrimenkülü, imar hükümleri gereğince başka bir parselle ortaklaştırılmış ve yeni bir imar parseli meydana getirilmiş bulunduğu ve bu yeni imar parseli üzerine kamulaştırma yapılmaksızın kamu hizmeti tesisleri kurulmuş olduğu takdirde, yeni parselde ortak pay sahibi olan kimsenin, kendi payı oranında, kamulaştırmaz el koyma karşılığında bedel istemek hakkı vardır (Yarg. HGK., 10.19.1976 gün, E.9783-746, K.797/1392, ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.26, dn.22) . Yarg. HGK., 23.11.1979 gün, E.1978/3-748, K.1979/1392: "...imarda yapılan değişiklik sonucu, şuyulandırılmak suretiyle müstakil parsel haline getirilen taşınmazda, davalı idare, bir kısım tesisler yapmış olmakla, davacının payına kamulaştırma yapılmaksızın el koymuştur" (ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.96).

leştirilmiş” olan el koyma kamulaştırmaz el koyma oluşturmaz. Nitekim, Yargıtay 5. Hukuk Dairesi, bir kararında, “... Dava konusu taşınmazın üzerinde bulunan binanın... İl Jandarma Komutanlığında görev yapan astsubaylar tarafından kiralandığı, İl Jandarma Komutanlığının cevabi yazısından anlaşılmaktadır. Bu husus davacı tarafından da kabul edilmiştir. Dava konusu taşınmazı kiralayan şahısların, bu kira ilişkisinin dışına çıkarak, dava konusu taşınmazı kullanmış olmaları, davalı idarenin taşınmaza kamulaştırmaz olarak el attığının kabulünü gerektirmez³⁶” demek suretiyle, olayda, el koymanın kamulaştırma yetkisine sahip idare tarafından yapılmadığını, el atanların böyle bir yetkiyi haiz olmadıklarını, dolayısıyla da kamulaştırmaz el koymadan söz edilemeyeceğini belirtmiştir³⁷.

O halde, yetkisiz idare tarafından gerçekleştirilen el koyma, kamulaştırmaz el koyma olarak nitelendirilemez. Kamulaştırmanın hangi merci tarafından yapılabileceği, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununda belirtilmiştir. Yetkili olmayan merciin, kamulaştırma yapmaksızın gayrimenkule el koyması halinde, “müdahalenin men'i” talep edilebileceği gibi (MK.md.683/II), uğranılmış olan “zararın tazmini” de dava edilebilir³⁸. Bu durumda, idarenin haksız fiilinden doğan bir zararın varlığı söz konusu olacağından, uğranılan zararın tazmini, Borçlar Hukuku (BK.md.41

36 Yarg. 5. HD., 8.3.1999 gün, E.1999/1873, K.3653 (AKAR, Cilt II, s.957 ve s.941).

37 Yarg. 5. HD., 30.9.1997 gün, E.1997/10411, K.14162: “Dava, kamulaştırmaz el atmaya dayanan bedel istemine ilişkindir. Dava konusu taşınmaz 6.405.61 m2'dir. Bu taşınmazın bitişiğinde, İlçe Jandarma Bölük Komutanlığına ait bina ve müştemilata bulunmaktadır. Dava konusu taşınmazın büyüklüğüne göre oldukça küçük sayılabilecek.... Bir bölümü araç yıkama yeri olarak betonlaşmış, ve ayrıca zırhlı askeri araçların geçmesi nedeniyle, içerisinde çukurlar bulunan bir bölüm de yol haline dönüşmüştür. Taşınmaz üzerinde, üç adet de gelişe güzel taştan yapılmış nöbetçi kulübesi mevcuttur. Davacının dava konusu taşınmazdan istifade etmek isteyip bunun davalı idarece engellendiği iddia ve ispat edilmemiştir. Dava konusu taşınmazın bulunduğu yerdeki birlik görevlilerinin kendi inisiyatifleri ile boş olan arsada yukarıdaki işlemleri yapmış olmaları davalı idarenin dava konusu taşınmaza sahiplenmek iradesinin mevcut olduğunu kabul etmeye yeterli değildir. Bu itibarla....kamulaştırmaz el koymadan söz edilemez”. (AKAR, Cilt II, s.957).

38 Yarg. 3. HD., 9.5.1977 gün, E.2265, K.3089: “Kamulaştırmaz el koyan idarenin kamulaştırma yapmaya yetkisi olmalıdır. Yetkisiz idareden ancak zararın tazmini istenebilir” (ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.155 vd.) . Bu karara konu olan olayda, el koyma (haksız müdahale) sona ermiş olduğundan, müdahalenin men'i davasından söz edilmemiştir.

vd.) hükümlerine tabi olacaktır³⁹. Her iki dava da, "adli yargı"nın görev alanına girer. Yine bu durumda, kamulaştırmaz el koymadan söz edilemeyeceği için, "bedel davası" açılmayacağı gibi, açılacak olan "tazminat" ve "müdahalenin men'i" davaları da, Kamulaştırma Kanununun 38'inci maddesindeki 20 yıllık süreye tabi olmayacaklar, bu süre geçmiş olsa dahi bu davalar açılacaklardır. Zira bu durumda, bir kamulaştırmaz el koyma söz konusu olmadığından, 38'inci madde uygulama alanı bulamaz.

Öte yandan, kamulaştırmaz el koymadan söz edilebilmesi için, idarenin, gayrimenkule kamu yararı amacıyla el koymuş olması gerekir. Yani idare, kamulaştırma yapabilme imkanına sahip olduğu halde, bunu yapmamış olmalıdır. Yoksa, kamulaştırma yapma olanağına sahip olan bir idarenin, bazı "özel menfaatler için" el koyması halinde kamulaştırmaz el koymadan söz edilemez⁴⁰. Böyle bir durumda da, yine, 38'inci madde anlamında bir kamulaştırmaz el koyma söz konusu olmayacağından, "yetkisiz bir idarenin kamulaştırma yapmaksızın el koyması" haline ilişkin olarak hemen yukarıda belirtilen sonuçlar ortaya çıkacaktır.

3. El koymanın hukuka uygun olmaması

Aşağıda görüleceği gibi, idarenin, kamulaştırma yapmaksızın el koymasının hukuka uygun olduğu hallerde, "hukuka aykırı bir kamulaştırmaz el koyma"nın, diğer bir deyişle "gerçek anlamda bir kamulaştırmaz el koyma"nın varlığından söz edilemeyecektir. Dolayısıyla da, bu tip hallerde, idareye karşı, aşağıda görülecek olan davalar açılmayacaktır. Bu hallerde, "hukuka uygun kamulaştırmaz el koyma"nın varlığından söz edilir. İdarenin el koymasının "gerçek anlamda (hukuka aykırı) bir kamulaştırmaz el koyma" oluşturmadığı haller şunlardır:

39 Yarg. 5. HD., 16.12.1986 gün, E.16858, K.17085: "Kamulaştırma yetkisi bulunmayan kişilerin el atması kamulaştırmaz el koyma olarak nitelendirilemez.... Böyle olunca, tazminat istemine ilişkin dava, haksız fiilden doğmuş olacağından...." (ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.113).

40 ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.18; AKAR, Cilt II, s.724. Yarg. 3. HD., 26.2.1991, E.90/15812, K.91/1863: "Kamulaştırmaz el koymadan söz edilemek için, el atmanın, kamusal hizmete tahsis amaçlı.....olması lazım gelir" (ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.170 vd.).

a. Gayrimenkule, "düzenleme ortaklık payı" olarak el konulmuş olması

2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 35'inci maddesinin 1'inci cümlesine göre, "İmar mevzuatı gereğince düzenlemeye tabi tutulan parsellerden düzenleme ortaklık payı karşılığı olarak bir defaya mahsus olarak alınan yol, yeşil saha ve bunun gibi kamu hizmet ve tesislerine ayrılan yerler.....için eski malikleri tarafından mülkiyet iddiasında bulunulamaz ve karşılığı istenemez".

Kamulaştırma Kanununun, yukarıda belirtilen 35'inci maddesinde "imar mevzuatı gereğince" ibaresi ile atıfta bulunulan hükümler, 3194 sayılı ve 1985 tarihli İmar Kanununun 18'inci maddesinde düzenlenmiş bulunan "isteğe bağlı parsellemeye (hamur kuralına)" ilişkin hükümlerdir. 3194 sayılı İmar Kanununun 18'inci maddesinin 1'inci fıkrasında, "Belediyelerin (ve mücavir alan dışında valiliklerin), imar sınırı içinde bulunan arsa ve arazileri, maliklerinin ve diğer arsa sahiplerinin muvafakati olmaksızın, imar parseline uygun ada ve parsellere ayırmaya yetkili oldukları" hükme bağlanmış ve aynı maddenin 2'inci fıkrasında da, "bu şekilde yapılacak bir imar düzenlemesine tabi tutulan (yani imara uygun hale getirilen) arsa ve arazilerin belli bir kısmına (en fazla %35'ine), değerlerinde meydana gelecek artış karşılığında, bir defaya mahsus olmak üzere, idare tarafından, düzenleme ortaklık payı olarak el konulabileceği" hükme bağlanmıştır⁴¹.

Görüldüğü üzere, "düzenleme ortaklık payı alınması" yolu ile, usulüne uygun olarak bir kamulaştırma kararı alınmasına ve bir bedel ödenmesine gerek olmaksızın, özel mülkiyetteki gayrimenkullerin belli bir kısmına (en fazla %35'ine), 3194 sayılı İmar Kanunu gereğince el konulmaktadır. Düzenleme ortaklık payı olarak, özel mülkiyetteki gayrimenkullerin bir kısmına, kamulaştırma usul ve esaslarına uyulmaksızın el konulmasının gerekçesini ise, "belediyeler tarafından, İmar Kanunu hükümleri uyarınca yapılan düzenleme (imar parsellerinin oluşturulması) işlemi dolayısıyla bu gayrimenkullerin değerlerinde artış meydana gelmesi" oluşturmaktadır. Bu yolla, idare, yaptığı parselleme faaliyetleri (imar parselleri-

41 Bu konuda detaylı bilgi için bkz. KALABALIK, s.271; GÜLAN, A: Türk İmar Hukukunda "Hamur Kuralı" uygulaması, 3194 Sayılı İmar Kanunu'nun 18. Maddesi Uygulamasına İlişkin Teorik Bir Yaklaşım, (yayınlanmamış doçentlik tezi), İstanbul 2000; KELEŞ, R.: Kentleşme Politikası, Ankara 1990, s.196 vd.; ABAMA, M.: Açıklamalı ve İçtihatlı İmar Mevzuatı ve Uygulaması, Ankara 1996, s.412 vd.

nin oluşturulması faaliyetleri) sonucunda bu gayrimenkullerde ortaya çıkan değer artışını geri almaktadır⁴². Yani, gayrimenkulün el konulan kısmı, değer artışının karşılığını oluşturmaktadır.

İmar Kanununun 18'inci maddesinde hükme bağlanan bu uygulamanın iki açıdan önemi vardır: Birincisi, bu uygulama, imar planlarında meydan, park, otopark, çocuk bahçesi, yol, yeşil alan, cami ve karakol olarak ayrılmış alanların, bedelsiz olarak, idarenin eline geçerek kamunun hizmetine sunulmasını sağlamaktadır. İkincisi ise, imar planlarına ve mevzuatına uygun bir yapılaşmaya olanak tanıyan imar parsellerinin oluşturulması suretiyle, düzenli bir kentsel yapılaşmaya olanak sağlamaktadır⁴³.

İşte, idare tarafından, kamulaştırma yapılmaksızın el konulmasının, İmar Kanununun 18'inci maddesinde öngörülen usul ve esaslara uygun olarak yapıldığı hallerde, "hukuka aykırı (gerçek anlamda) bir kamulaştırmasız el koyma"dan söz edilemeyeceğinden, el koyan idareye karşı, aşağıda inceleyeceğimiz davalar açılmayacaktır⁴⁴.

İmar Kanununun 18'inci maddesine göre, idare tarafından bu madde uyarınca alınacak düzenleme ortaklık payının oranı, düzenlemeye tabi tutulan arazi ve arsaların düzenlemeden önceki yüz ölçümlerinin %35'ini geçemez. Düzenleme dolayısıyla, bu orandan daha fazlasının alınmasının gerekli olduğu hallerde, eksik kalan miktar, idare tarafından, "kamulaştırma" yapılmak suretiyle tamamlanacaktır. Aksi halde, %35'i aşan bölüme, kamulaş-

42 Bkz. YAYLA, Y: Şehir Planlamasının Başlıca Hukuki Meseleleri ve İstanbul Örneği, İstanbul 1975, s.166.

43 Bkz. ABAMA, s.412 vd.

44 Yarg., 5. HD., 31.10.1986 gün, E.11343, K.14434: "Dava, kamulaştırmasız el atmanın önlenmesine ilişkindir. Davalı idare vekili, bilirkişi raporuna karşı verdiği itiraz dilekçesinde, 3194 sayılı İmar Kanununun 18.maddesi uyarınca uygulama yapıldığını ileri sürmüş olmasına göre, davaya konu olan taşınmaz malın, sözü edilen madde uyarınca düzenlemeye tabi tutulup tutulmadığının ve bu yoldaki belgelerin belediyeden.....sorulması ve böylece 2942 sayılı Kamulaştırma Yasasının 35.maddesinin uygulanma olanağı bulunup bulunmadığının düşünülmesi ve sonucuna hüküm kurulması gerekirken, eksik inceleme ve araştırma ile el atmanın önlenmesine karar verilmesi..... Doğru bulunmamıştır (ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.497) . Yarg.5. HD., 16.6.1997 gün, E.1997/8461, K.9503: "2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 35.maddesi uyarınca, imar mevzuatı gereğince düzenlemeye tabi tutulan parsellerden düzenleme ortaklık payı olarak bir defaya mahsus alınan yol, yeşil saha ve bunun gibi kamu hizmet ve tesislerine ayrılan yerler için, eski malikleri tarafından mülkiyet iddiasında bulunulamayacağı gibi, karşılığı da istenemeyeceğinden, davanın reddine karar verilmesinde isabetsizlik görülmemiştir" (AKAR, Cilt II, s.709).

tırma yapılmaksızın el konulmuş sayılır ve ileride inceleyeceğimiz sonuçlar (hukuka aykırı kamulaştırmasız el koymanın sonuçları) ortaya çıkar⁴⁵.

Yukarıda bahsedilen parselleme usulü, gayrimenkul sahiplerinin istek ve muvafakatine (rızasına) gerek olmaksızın, idare tarafından kendiliğinden yapılan parsellemeye ilişkindir. Ne var ki, gayrimenkul sahiplerinin isteği doğrultusunda da parselleme yapılabilir ki, bu "isteğe bağlı parselleme" olarak adlandırılmaktadır. İsteğe bağlı parselleme, arsa ve arazi sahibinin, arsa ve arazisini kendi isteği ile parsellere ayırmasıdır. İsteğe bağlı parsellemenin gerçekleştirilebilmesi için, ilgili gayrimenkulün paydaşlarının tümünün muvafakatinin alınması ve söz konusu işlemin gerçekleştirilmesi için gerekli bilgi ve belgelerin, parselleme talebinde bulunanlar tarafından hazırlanması ve ilgili idareye sunulması gerekir⁴⁶. Burada da amaç, imar parsellerinin oluşturulmasıdır.

Bu tür parsellemenin kanuni dayanağı, 3194 sayılı İmar Kanununun 15.maddesidir. Bu tür parselleme de, imar planına uygun olarak gerçekleştirilir⁴⁷. Ve bu yapılırken de, imar planına göre, yol, meydan, yeşil saha, park ve otopark gibi umumi hizmetlere ayrılan yerlere dokunulmaz (md.15, f.1) . İşte, isteğe bağlı parselleme sonucunda, gayrimenkulün bir kısmının (en fazla %35'inin) kamu hizmet ve tesislerine ayrılması ve bu kısımlara idarece el konulması da "gerçek anlamda (hukuku aykırı) kamulaştırmasız el koyma" oluşturmaz; dolayısıyla da, aşağıda inceleyeceğimiz sonuçlara tabi olmaz.

b. El koymanın "özel parselleme"ye dayanması

İmar planı uygulaması yapılmamış yerlerde gerçekleştirilen parselleme "özel parselleme" olarak adlandırılmaktadır. 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 35'inci maddesinin 2'inci cümlesine göre, "*....özel parselleme sonucunda, malikinin muvafakati ile kamu hizmet ve tesisleri için ayrılmış bulunan yerler için eski malikleri tarafından mülkiyet iddiasında bulunulamaz ve karşılığı istenemez*".

İmar planı uygulaması yapılmamış yerlerde, gayrimenkul maliklerinin yaptıkları bu özel parselleme, iki şekilde ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki:

45 Bkz. KAYA, s.53.

46 KALABALIK, s.264.

47 KARAHASAN, M. R.: İnşaat, İmar, İhale Hukuku, Cilt II, İstanbul 1997, s.2318 vd.

Ya özel parselleme planı tapu idaresine verilerek parseller oluşturulmaktadır ki, bu, hukuka uygun olarak yapılan bir özel parsellemedir. Ya da, parselleme planı tapu idaresine verilmemekte fakat, gayrimenkul fiilen herkesin payı karşılığında parsellere ayrılmakta ve satın alanlara bağımsız bir parsel durumunda teslim etmektedir. Her iki tür özel parselleme yapılırken de, yine, parsellemeye tabi tutulan gayrimenkulün bir bölümü, yol, yeşil saha, oto park gibi kamu hizmetlerine ilişkin alanlar için ayrılmaktadır⁴⁸.

İşte, bu durumda da, kamu hizmetleri için ayrılan bu bölümlere, idarece el konulması "hukuka aykırı (gerçek anlamda) bir kamulaştırmaz el koyma" oluşturmaz ve dolayısıyla da, aşağıda göreceğimiz sonuçlara tabi olmaz⁴⁹.

48 ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.480.

49 Yarg., 5. HD., 12.2.1998, E.1997/18109, K.1998/1118: "Dava, taşınmaz mala kamulaştırmaz el atma nedeniyle bedelinin tahsiline ilişkindir.... Davacı, maliki olduğu 203 parseli özel parselasyona tabi tutarak çeşitli kişilere hisse satışı yapmış ve fiili kullanım şekline göre, davaya konu bölümleri yol olarak bırakmıştır. 2942 sayılı kanunun 35'inci maddesine göre, özel parselasyon sonucunda malikinin muvafakatiyle kamu hizmeti için ayrılmış bulunan bu yollarda mülkiyet iddiasında bulunulamayacağı göz önünde tutularak, davalı idarece asfaltlanan bu yola el atıldığı iddiasıyla açılan davanın reddine karar verilmesi gerekirken bu yerin bedeline hükmedilmesi doğru görülmemiştir" (AKAR, Cilt II, s.710) . Aynı yönde bkz. Yarg.5. HD., 29.12.1999 gün, E.1999/20929, E.21864: "Kamulaştırma Kanununun 35'inci maddesi uyarınca özel parselasyon sonunda malikinin muvafakatiyle kamu hizmet ve tesislerine ayrılmış yerler için eski malikleri tarafından mülkiyet iddiasında bulunulamaz ve karşılığı da istenemez. Bu kural, hak düşürücü nitelikte olup, davanın her safhasında mahkemece de re'sen dikkate alınmak gerekir. Davaya konu teşkil eden ve yol olarak kullanılan bölümü içine alan taşınmaz, özel parselasyona tabi tutulmuş ve yol olarak ayrılmıştır. Yol olarak ayrılan bu bölümün tapu kaydının davacı üzerinde bırakılmış olması da sonuca etkili değildir. Davanın açıklanan sebeple reddi yerine kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiştir (AKAR, Cilt II, s.711) . Yarg. 5. HD., 2.4.1999 gün, E.1998/19108, K.1999/1123: "Dava konusu taşınmaz, davacılar ile müşterekleri adına kayıtlı iken, paydaşlar arasında rızai taksim yapılmış ve davalı idarenin el atmasının önlenmesi istenilen bölüm bu rızai taksim sonucu yol olarak ayrılmıştır. Paydaşlar arasındaki taksim sonucu genel hizmetler için ayrılan yerler hakkında, eski malikler, Kamulaştırma Kanununun 35'inci maddesi uyarınca mülkiyet iddiasında bulunamaz ve karşılığını isteyemez. El atmanın önlenmesi davanın reddine karar verilmesinde bu nedenle bir isabetsizlik görülmemiştir" (AKAR, Cilt II, s.710) . Yarg. 5. HD., 11.3.1999 gün, E.1999/1844, K.3894: "Dava konusu taşınmazda davacı pay sahibidir. Taşınmaz malda özel bir parselasyon yapılmadığı gibi fiili bir taksimde yoktur. Taşınmaz üzerinde, davacı tarafından kullanılan veya üzerinde inşaat yapılan herhangi bir bölümün olmamasına karşılık, paydaş

c. El koymaya malikin önceden rıza göstermiş (muvafakat etmiş) olması

Herhangi bir kamu hizmetinin görülmesi amacıyla, idare tarafından bir tesisin yapılması (örneğin yol yapımı) sırasında, gayrimenkul maliki, bu tesisin, gayrimenkulünün tamamı veya bir kısmı üzerinde yapılmasına önceden razı olmuş ise, sonradan, gayrimenkulüne kamulaştırmasız el konulduğunu ileri süremez. Bu durumda, malikin gayrimenkulünün tamamını veya bir bölümünü idareye terk ettiğinden söz edilir ve bu halde kamulaştırmasız el koymanın varlığından bahsedilemez⁵⁰.

Nitekim, Yargıtayın bir kararında belirtildiği üzere, "maliki, kendisine yeni yapılacak bir ev karşılığında, taşınmazından yol geçirilmesini kabul etmiş ve bu edimi idare yerine getirmiş ise, artık, yol geçirilen bu yer için ayrı bir bedel davası açılmayacaktır⁵¹. Yine, Yargıtayın bir başka kararına göre, "açılacak yolun geçtiği yerde kalan taşınmazı için bir bedel ve zarar ziyan istemeyeceğini bildiren mal sahibi, bedel davası açamaz⁵²".

d. 221 sayılı Kanunun kapsamına girmesi

El koymanın kamulaştırmasız el koyma oluşturabilmesi için, 221 sayılı Kanunun kapsamına girmemesi gerekir. 5 Ocak 1961 tarihinde kabul edilen 221 sayılı Kanun ile, 9 Ekim 1956 tarihinden önce, idare tarafından

olmayan şahıslara ait yapılar da mevcuttur. Yapılaşma sırasında yol olarak kendiliğinden oluşan bölüme davalı idare asfalt dökerek el atmıştır. Bu durum karşısında, Kamulaştırma Kanununun 35'inci maddesinin olayda uygulanması mümkün değildir. Ancak, davalı idarenin kamulaştırmasız olarak el atarak yol haline dönüştürdüğü kısımda davacının payına isabet eden miktarın bedelinin tahsiline karar vermek gerektiği düşünülmeden, davacının dava konusu taşınmazın tamamındaki payına isabet eden miktar üzerinden hüküm kurulması doğru görülmemiştir" (AKAR, Cilt II, s.716).

50 Bkz. ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.25; KAYA, s.55.

51 Yarg., 5. HD., 5.12.1986 gün, E.16923, K.16447 (ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.25).

52 Yarg., 5. HD., 7.11.1974 gün, E.11322, K.10929 (ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.254) . Yarg., 5. HD., 19.12.1986 gün, E.15401, K.17319: "davalı idarenin devir konusunda yazdığı yazıya, davacı idare verdiği.....karşılıklı bedel de belirterek genelde devire muvafakat etmiştir. Böyle olunca.... El atmanın önlenmesi istemiyle açılan davanın reddine karar verilmesi doğru bulunmuştur" (ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.126 vd.).

fiili olarak el konulan ve üzerinde tesis yapılan gayrimenkuller kamulaştırılmış sayılmıştır. Buna göre, bu tarihten önce el konulan gayrimenkuller, bu Kanun uyarınca kamulaştırılmış olarak kabul edildiğinden, kamulaştırmamasız el koymadan söz edilemeyecektir. Bu tarihten sonraki el koymalar ise kamulaştırmamasız el koyma sayılacaktır.

Daha sonra, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun geçici 4'üncü maddesi ile, 221 sayılı Kanunun uygulama alanı daraltılmış ve bu Kanunun ancak "8.11.1983 tarihinden önce 221 sayılı Kanuna dayanılarak açılan davalarda" uygulanabileceği kabul edilmiştir. O halde, el koymanın "kamulaştırmamasız el koyma sayılabilmesi" için, 8.11.1983 tarihinden önce 221 sayılı Kanuna dayanılarak dava açılmamış ve kazanılmamış olması gerekir⁵³. Aksi halde, idare tarafından el konulmuş olan gayrimenkul 221 sayılı Kanun uyarınca kamulaştırılmış sayılacağından, kamulaştırmamasız el koymanın varlığından söz edilemeyecektir.

e. 20 yıllık hak düşürücü sürenin geçmiş olması

2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 38'inci maddesi, kamulaştırmamasız el koyma dolayısıyla açılacak bütün davaları 20 yıllık hak düşürücü süreye tabi kılmıştır. Söz konusu maddede yer alan hüküm şöyledir: "...taşınmaz malın malik, zilyet veya mirasçılarının bu taşınmaz mal ile ilgili her türlü dava hakkı yirmi yıl geçmekle düşer. Bu süre, taşınmaz mala el koyma tarihinde başlar".

Şu halde, gayrimenkule el konulduğu tarihten itibaren 20 yıl geçtikten sonra, artık, kamulaştırmamasız el koymaya dayanılarak hiçbir dava (müdahalenin men'i, bedel, tazminat veya ecrimisil davası) açılmayacaktır⁵⁴. Bu süre, hak düşürücü süre niteliğinde olduğundan, sürenin geçip geçmediği hakim tarafından re'sen göz önünde bulundurulacaktır⁵⁵.

53 Bu konuda daha detaylı bilgi için bkz. ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.309 vd.

54 ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.460-461; ARCAK/KİTİŞ, Cilt II, s.2132 vd.; AKAR, Cilt II, s.1021.

55 Yarg., 5. HD., 23.12.1993 gün, E.16231, K.25006: "Bir taşınmazda kamulaştırma yapılmış, ancak işlemleri tamamlanmamış veya hiç kamulaştırma yapılmaksızın kamu hizmetine ayrılma gerçekleşmişse, idarenin iyiniyetli ya da suiniyetli olmasına bakılmaksızın, zilyetliğin nizasız ve fasılasız devam etme şartı aranmaksızın, malik, zilyet ve mirasçılarının her türlü dava hakkı yirmi yıl geçmekle düşer" (ARCAK/KİTİŞ, Cilt II, s.2141).

Bu süre, idare tarafından fiilen el konulduğu tarihten itibaren işleme başlar⁵⁶. Bu süre, hak düşürücü süre olduğundan, kesilmez ve durmaz⁵⁷. Ne var ki, dava konusu taşınmazın mülkiyetinin taraflar arasında ihtilaflı olması yirmi yıllık süreyi keser⁵⁸.

- 56 Yarg., 5. HD., 21.9.1998 gün, E.1998/9803, K.12593: "Dava, kamulaştırmaz el atılan yer bedelinin tahsili istemine ilişkindir. Kamulaştırma Kanununun 38'inci maddesi uyarınca kamulaştırma yapılmadan veya kamulaştırma işlemleri tamamlanmadan kamu hizmetine tahsis edilerek üzerinde tesis yapılan taşınmazın malik ve zilyetlerinin her türlü dava hakkı, yirmi yıl geçmekle düşer. Bu süre, taşınmaza fiilen el atma tarihinden itibaren işlemeye başlar. Dava konusu taşınmazın etrafının çevrilerek okul bahçesine katılmak suretiyle el atıldığına göre, bu el atmanın hangi tarihte yapıldığı davalı idareden sorulmak ve gerektiğinde tarafların göstereceği delilleri de toplamak suretiyle kesin olarak tespit edilmek ve sonucuna göre karar vermek gerekirken, hak düşürücü süre yönünden araştırma yapılmadan işin esasına girilerek hüküm kurulması..... Doğru görülmemiştir" (AKAR, Cilt II, s.1022 vd.) . Yarg., 5. HD., 13.5.1997, E.1997/4860, K.7789: "Tanık beyanlarına göre, davaya konu yol durumuna dönüştürülen taşınmaz, 1966 yılında toprak yol iken, 1983 yılında Kartal Belediyesince asfaltlanmıştır. 1966 yılındaki toprak yolun idare tarafından el atılmak suretiyle oluşturulup oluşturulmadığının araştırılması, yol haline dönüşme keyfiyetinin bölge sakinlerinin gelip geçmesiyle kendiliğinden oluşmuş olması halinde, 1983 yılının el atma tarihi olarak kabul edilmesi suretiyle, davanın hak düşürücü süre içinde açıldığının kabulünün doğru olacağı; toprak yolun belediye tarafından yapılmış olması halinde ise, el atma ile dava tarihi arasında 20 yıllık hak düşürücü sürenin geçtiğinin kabul edilmesinin gerektiği gözetilmeden eksik inceleme ile davanın süresinde açıldığının kabulü..... Doğru görülmemiştir" (AKAR, Cilt II, s.729).
- 57 Yarg., 5. HD., 22.6.1998, E.1998/8635, K.10095: "Kamulaştırma Kanununun 38'inci maddesi uyarınca fiili el atma tarihinden itibaren 20 yıl geçmekle, taşınmaz malın malik ve zilyetlerinin her türlü dava hakkı düşer. Bu süre hak düşürücü süre olduğundan kesilmez ve tatile uğramaz. Kısmi olarak açılan ilk davada fazlaya ilişkin hakkın saklı tutulması süreyi uzatmaz. Dava konusu taşınmaza 1975 yılında davalı idare tarafından fiilen el atıldığı konusunda taraflar arasında bir çekişme mevcut değildir. 15.5.1997 tarihinde açılan ek davanın hak düşürücü süre yönünden reddine karar verilmesinde bir isabetsizlik görülmemiştir" (AKAR, Cilt II, s.737) . Yarg., 5. HD., 1.7.1997 gün, E.1997/8030, K.10983: "Kamulaştırma Kanununun 38'inci maddesinde belirtilen 20 yıllık süre, hak düşürücü nitelikte olup, taşınmaza fiilen el atma tarihinden başlar. Hak düşürücü sürelerin kesilmesi ve tatile uğraması da mümkün değildir. Ecirimisil davası açılmış olması hak düşürücü süreyi kesmez. El atma tarihinden itibaren dava tarihine kadar 20 yıllık hak düşürücü süre geçtiğinden, kamulaştırmaz el atmaya dayanan bedel davasının reddine karar verilmesinde bir isabetsizlik görülmemiştir" (AKAR, Cilt II, s.740).
- 58 Yarg., HGK., 16.6.1993, E.1993/5-153, K.460: ÖZÜ: "Dava konusu taşınmazın mülkiyetinin taraflar arasında çekişmeli olması, 20 yıllık hak düşürücü süreyi keser"

El konulan gayrimenkulün, 20 yıllık süre geçtikten sonra el değiştirmesi durumunda, yeni malik için 20 yıllık süre yeniden işlemeye başlamaz. Süre geçmiştir ve artık dava açılmaz. Aynı şekilde, el konulan gayrimenkulün, 20 yıllık süre geçmeden önce (bu süre içinde) el değiştirmesi halinde de, yeni malik için 20 yıllık süre tekrar işlemeye başlamaz. Yeni malik kalan süreden istifade eder⁵⁹.

VIII. Kamulaştırmasız El Koymanın Sonuçları

Gayrimenkule idare tarafından kamulaştırmasız el konulması, gerek "el konulan gayrimenkulün maliki", gerek "el koyan idare" bakımından bir takım sonuçlar meydana getirmektedir.

Özel mülkiyetteki bir gayrimenkule kamulaştırmasız el konulması halinde, malike iki türlü dava hakkı tanınmaktadır: a) Mülkiyet hakkına dayanan davalar (müdahalenin men'i davası, bedel davası) . b) Uğranılan zararın tazminine yönelik davalar (tazminat davası, ecrimisil davası) ⁶⁰.

Aşağıda görüleceği üzere, el konulan gayrimenkulün maliki, yukarıda belirtilen davalardan "müdahalenin men'i davası" ve "bedel davası" nı birlikte açamaz. İkisinden birini açmak zorundadır. Özellikle, el konulan gayrimenkulün üzerine kamu hizmetine yönelik bir yapının (yol, bina vs.) inşaa edilmiş olduğu hallerde, müdahalenin men'i davası değil, bedel davası açmak gerekecektir. Zira, idare tarafından, kamu hizmetine yönelik olarak yapılmış olan yapının yıktırılması, yani müdahalenin men'ine ilişkin mahkeme hükmünün icrası çok külfetli olacaktır.

Ayrıca malik, "müdahalenin men'i" veya "bedel davası" ile birlikte

(AKAR, Cilt II, s.737 vd.) . Aynı yönde: Yarg. 5. HD., 8.6.1999 gün, E.1999/8599, K.9730 (AKAR, Cilt II, s.740) . Yarg., 5. HD., 23.6.1999 gün, E.1999/9564, K.10971: ÖZÜ "Davacı idare, davalı idare aleyhine müdahalenin önlenmesi davası açtığından ve bu dava da lehe sonuçlandığından, 20 yıllık sürenin geçtiğinden söz edilemez" (AKAR, Cilt II, s.741).

59 AKAR, Cilt II, s.726. Yarg., 5. HD., 8.6.1998 gün, E.1998/7610, K.9071: "... Her türlü dava hakkı 20 yıl geçmekle düşer. Bu süre taşınmaz mala el koyma tarihinden başlar. 2942 sayılı Kanununun 38'inci maddesine göre, el koyma tarihinde davalının malik olması da gerekmez. Diğer bir deyişle, davalının el koyma tarihinden sonra taşınmazı iktisap etmiş olması sonuca etkili değildir" (AKAR, Cilt II, s.732).

60 Gerçi "ecrimisil davası", tam anlamıyla uğranılmış zararın tazminine yönelik bir dava olmasa da, tazminat davası ile birlikte anmayı uygun gördük. Bunu yapmamızın nedeni, ileride her bir dava türü incelendiğinde anlaşılacaktır.

ya da bunlardan ayrı olarak, "tazminat" veya "ecrimisil" talebinde bulunabilecektir. Örneğin, idarenin haksız müdahalesi (el koyması) sonucunda arazisindeki ekinlerin zarar görmüş olması halinde, malik, uğramış olduğu bu zararın tazminini de talep edebilecektir. Yine malik, idarenin haksız olarak gayrimenkulünü işgal etmiş olduğu süreye ilişkin olarak ecrimisil de talep edebilecektir.

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, idare tarafından kamulaştırılmasız olarak el konulan gayrimenkulün maliki, bu el koyma dolayısıyla aşağıdaki davaları açabilecektir:

- a- Müdahalenin men'i (el atmanın önlenmesi) davası
- b- Bedel davası (el konulan yerin bedelinin tahsili davası)
- c- Tazminat davası
- d- Ecrimisil davası

Aşağıda, malikin kamulaştırmasız el koyma dolayısıyla açabileceği bu davaların her biri, sırasıyla inceleme konusu yapılacaktır.

1. Müdahalenin men'i (el atmanın önlenmesi) davası

Gayrimenkulüne kamulaştırılmasız el konulan malikin, el koyan idareye karşı bu davayı açabileceği, 16.5.1956 Gün, E.1, K.6 Sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında şu şekilde ifade edilmiştir: "Mülkiyet hakkı baki kalan gayrimenkul malikinin, bu hakkına dayanarak, gayrimenkülü yola kalp eden (çeviren) amme hükmi şahsiyeti aleyhine her zaman men'i müdahale davası açmak hakkına sahip olacağı tabidir"⁶¹. Hatta, Yargıtay 5. Hukuk Dairesinin yakın tarihli bir kararına göre, "el atma-

61 Yarg., HGK., 13.11.1971 gün, E.1969/1-84, K.1971/676: "16.5.1956 gün ve 1/6 sayılı içtihadı birleştirme kararında, usulü dairesinde istimlak muamelesine tevessül edilmeksizin gayrimenkülü yola kalp edilen şahsın, esas itibariyle, gayrimenkulünü yola kalp eden amme hükmi şahsiyeti aleyhine men'i müdahale davası açmaya hakkı olduğu kabul edilmiştir. Şehir imar planının tasdik edilerek kesinleşmiş olması, idareye, vatandaşın taşınmaz malına kamulaştırma kararı almaksızın el atma hakkı vermez. Davada mülkiyet ihtilafının halli söz konusu olduğuna göre, davaya bakmak adli mahkemelerin görevi içindedir" (ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.121) . Aynı yönde bkz: Yarg., HGK., 23.1.1987, E.1986/5-531, K.1987/41 (ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.120 vd.) . Yarg., 5. HD., 26.6.1997, E.1997/8895, K.10512: "Dava, kamulaştırmasız el atmanın önlenmesi istemine ilişkindir. Dosyada bulunan kanıt ve belge-

nın önlenmesi davalı idarenin fahiş zararına neden olsa dahi, bu durum davanın kabul edilmesine engel oluşturmaz⁶².

Yine Yargıtaya göre, müdahalenin men'i davası ile birlikte, kal, taşınmazın tapu kaydındaki kamulaştırma şerhinin silinmesi ve ecrimisil talep edilebilecektir⁶³. Bu talepler, müdahalenin men'i davasından ayrı birer dava açılmak suretiyle de ileri sürülebilirler.

Bu dava, Medeni Kanununun 683'üncü maddesinin 2'inci fıkrasında düzenlenmiştir. Buradaki hükme göre, "*Malik, malını haksız olarak elinde bulunduran kimseye karşı.....her türlü haksız elatmanın önlenmesini... dava edebilir*". Bu dava, mülkiyet hakkına dayanan (aynı) bir davadır⁶⁴.

Müdahalenin men'i davası, esas olarak, "el konulan gayrimenkulün maliki⁶⁵ veya onun mirasçıları" tarafından açılır⁶⁶. Yeni Medeni Kanunun

lere, kararın dayandığı gerekçelere göre, dava konusu taşınmazlara Konak Belediyesine yapılan müdahalenin men'ine karar verilmesinde isabetsizlik görülmemiştir" (AKAR, Cilt II, s.978).

- 62 Yarg., 5. HD., 22.3.1999 gün, E.1999/3675, K.4588: "Dava, kamulaştırmaz el atmanın önlenmesi ve kal istemi ile açılmıştır. Davalı idare, kamulaştırma yapmadan davacıya ait taşınmaza köprü ayağı yapmak ve üzerine de geçit inşaa etmek suretiyle fiilen el atmıştır. Kamulaştırmaz el atılma durumunda, mülk sahibinin iki dava hakkı vardır. Bunlardan birisi el atmanın önlenmesi, diğeri de el atılan taşınmazın bedelinin tahsilini istemek hakkıdır. Davacı bu haklardan herhangi birini kullanmaya zorlanamaz. İdarenin kamulaştırma yetkisi her zaman için mevcuttur. El atmanın önlenmesinin davalı idarenin fahiş zararına neden olması olgusu davanın kabulüne engel değildir. Bu sebeple, kamulaştırmaz el atmanın önlenmesi ve kal isteminin kabulüne karar verilmesinde bir isabetsizlik görülmemiştir" (AKAR, Cilt II, s.981).
- 63 Yarg., 5. HD., 18.9.1997 gün, E.1997/10553, K.12944: "Dava, kamulaştırmaz el atılan taşınmaza vaki müdahalenin önlenmesi, kal, taşınmazın tapu kaydındaki kamulaştırma şerhinin silinmesi ve elatma nedeniyle mahrum kılınan gelirin istemine ilişkindir. Mahkemece, müdahalenin önlenmesine, kal'e ve kamulaştırma şerhinin tapudan silinmesine karar verilmesinde bir isabetsizlik görülmediğinden, davalı vekilinin temyiz talepleri yerinde görülmemiştir" (AKAR, Cilt II, s.979).
- 64 Bu davaya ilişkin detaylı bilgi için bkz. GİRİTLİOĞLU, N.: Müdahalenin Men'i (El Atmanın Önlenmesi) Davası, İstanbul 1994.
- 65 Tapuda gayrimenkulün gerçek malikten başka bir kişi adına kayıtlı olması halinde, önce bu tapu kaydının tashihi sağlanmalıdır. Davacıya, tapu kütüğünün tashihi davası açması için süre verilmeli ve bu dava bekletilici mesele yapılmalıdır (Yarg., 5. HD., 15.10.1974 gün, E.9928, K.10527, ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.52 ve s.219):
- 66 Mirasçılar, tapuda malik olarak görünen kişinin mirasçısı olduklarını, "veraset belgesi" ile ispat etmek zorundadırlar.

702'in maddesinin 4'üncü fıkrasında yer alan, iştirak halinde mülkiyette, "ortaklardan her biri, topluluğa giren hakkın korunmasını sağlayabilir. Bu korumadan bütün ortaklar yararlanır" şeklindeki hüküm uyarınca, mirasçılardan her biri, bu davayı, tek başına, yani diğer mirasçıların muvafakatini almak zorunda olmaksızın, açabilecektir. Eğer davayı kazanırsa, bu korumadan bütün ortaklar yararlanacak, fakat davayı kaybetmesi halinde diğer ortakların hakları bundan etkilenmeyecektir⁶⁷.

Dava konusu gayrimenkulün tapuda kayıtlı olmaması halinde ise, söz konusu gayrimenkulün zilyedi de, -bu yer üzerinde mülkiyet hakkını kazanmış olması şartıyla- müdahalenin men'i davası açabilecektir. Şu halde, zilyedin bu davayı açabilmesi için, bu yer üzerinde mülkiyet hakkını kazanmış olması gerekir. Bu durumda, gayrimenkulün zilyedi olan davacıya, bu yer üzerinde mülkiyet hakkını kazandığını (örneğin kazandırıcı zamaşımı ile kazandığını) ispat etmesi⁶⁸ ve hatta bu yolda bir dava açması için süre verilmeli ve bekletici mesele yapılmalıdır⁶⁹.

O halde, mülkiyet hakkını kazandığını ispat edemeyen zilyet, müda-

67 Bu arada belirtelim ki, Medeni Kanundaki bu yeni hüküm, "iştirak halinde mülkiyet hukuku" bakımından, uzun zamandır sabırsızlıkla beklenen önemli bir yenilik olduğundan, büyük bir coşkuyla karşılanmalıdır. Eski Medeni Kanunda ise böyle bir hüküm bulunmadığından, eski Kanun döneminde Yargıtay şöyle bir çözüme varmaktaydı: El konulan gayrimenkul iştirak halinde mülkiyete tabi ise, müdahalenen men'i davası bütün paydaşlar tarafından birlikte açılmalıdır. Böyle olmakla birlikte, eğer bir paydaş tek başına dava açmış ise, dava hemen reddedilmemeli, dava açan paydaşa, diğer paydaşları davaya dahil etmesi ve muvafakatlerini alması veya miras şirketine mümessil tayini davası açması için mehil verilmelidir. Aksi takdirde dava reddedilir (Yarg., 5. HD., 18.3.1998 gün, E.1997/17374, K.1998/3591, AKAR, Cilt II, s.980).

68 ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.52 vd.: "Dava konusu yer tapuda kayıtlı değilse, o yerin zilyedi ve sahibi olarak mülkiyet hakkını kazanan kimse de, hem el atmanın önlenmesini hem de bedel davasını açabilir. Ancak şu noktaları kanıtlaması gerekir: 1-Dava konusu yerin zilyetlikle mülkiyeti kazanılabilir ve özel mülkiyet konusu olabilir bir yer olduğunu (örn. mer'a, orman, vakıf mal özel mülkiyet konusu olmaz) . 2-Kazandırıcı zamaşımı süresinin dolmuş olduğunu (Medeni Kanununun 639'uncu -yeni Medeni Kanununun 713'üncü- maddesindeki koşulların oluşmuş bulunduğunu) . 3-O yerin mülkiyetini kazanmış olduğunu".

69 ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.53. Yarg., HGK., 23.2.1983, E.1982/3889, K.1983/160: "Davahı idarenin, taşınmaz el koyduğu tarihte, kazandırıcı zamaşımı ile mülkiyet edinme koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediği gereği gibi araştırılmalıdır" (ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.216 vd.) . Yarg., 5. HD., 1.1.1974 gün, E.11292, K.10801: "Kamulaştırmaz el konulan yerin bedelinin tahsili için açılan davada, davacılar,

halenin men'i davası açmak hakkına sahip olmayacaktır. Böyle bir zilyet, ancak, zilyetliğinin "gasp edildiğini" veya "tecavüze uğradığını" ileri sürerek, zilyetliğe dayanan bir "iade davası" ve/veya "tazminat davası" açabilir. Bilindiği üzere, MK.md.982 ila 984'te, zilyetliği gasp edilmiş veya tecavüze uğramış zilyede, dava yolu ile, zilyetliğini koruma imkanı tanınmıştır. Söz konusu koruma, "gasp" halinde, zilyetliğin iadesi ve tazminat davaları (MK.md.982), "tecavüz" durumunda ise "ref" (saldırının sona erdirilmesi), "men" (saldırının sebebinin ortadan kaldırılması) ve "tazminat" davası ile olur (MK.md.983) . Tazminat davası, haksız fiil kaidelerine (BK.md.41 vd.) dayanacaktır.

El konulan gayrimenkulün "müşterek mülkiyete tabi olması" halinde ise, müdahalenin men'i davasını, gayrimenkulün tamamı için, her paydaş -diğer paydaşların muvafakatini almak zorunda olmaksızın- açabilir. (MK.md.693/III) . Yukarıda da belirtildiği üzere, el konulan gayrimenkulün "iştirak halinde mülkiyete tabi olması" durumunda da, paydaşlardan her biri, bu davayı, gayrimenkulün tamamı için açabilir (MK.md.702/IV).

Davalı, gayrimenkule kamulaştırma yapmaksızın el koyan "idare"dir⁷⁰. Ne var ki, bazen, "gayrimenkule el koymak suretiyle üzerinde te-

mülkiyet haklarını ispat etmek için süre verilmelidir" (ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.219 vd.) . Yarg., 3. HD., 29.3.1976, E.2078, K.2951: "Davalı, taşınmaz mala el konulduğunu ileri sürerek, mülkiyet hakkının devrine karşılık, bedel ile birlikte yıkılan duvar nedeniyle zararını istemiştir. Davalı, tapuya dayanmamaktadır. Tapusuz yerlerin hazineye ait olmaları asıldır. Zilyetlikle iktisaba elverişli yerlerde mülkiyet hakkının kazanıldığıının ispatı zorunludur. Bu da ancak, hazine ile ilgili kamu hükmü şahsiyeti aleyhine açılacak tespit davası ile mümkün bulunmaktadır. Bu nedenle, davacının böyle bir tescil ilamı varsa ibraz etmesi istenmeli, yoksa tescil davası açmak üzere kendisine mehil verilmelidir" (ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.220) . Yarg.5. HD., 16.12.1999 gün, E.1999/19901, K.20629: "Dava, kamulaştırmaz el konularak enerji hattı geçirilen taşınmazdaki irtifak hakkı karşılığının tahsili istemine ilişkindir. Mahkemece davanın kabulüne karar verilmiş, hüküm davalı idare vekilince temyiz edilmiştir. Kamulaştırmaz el koyma nedeniyle tazminat davaları tapulu taşınmazlar için açılabilir. Kamulaştırmaz el atıldığı iddia edilen taşınmaz tapuda kayıtlı değildir. Davacı zilyetliğe dayanmaktadır. Bu durumda, davacıya, tescil davası açıp taşınmazı tapuya adına kayıt ettirmesi için mehil verilmesi, tescilin sağlanması halinde davanın esasına girilerek karar verilmesi gerektiği düşünülmüden esastan hüküm kurulması doğru görülmüştür" (AKAR, Cilt II, s.987).

70 Yarg., 5. HD., 8.10.1998, E.1998/14746, K.14290: ÖZÜ: "3202 sayılı Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğü Teşkilat ve Görevleri Hakkındaki Kanunun 2.maddesinin (d) bendi uyarınca, köy yollarının yapımı, bakımı ve onarımı Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğüne ait olduğundan, davacının taşınmazına el atarak yol haline getiren de,

sis yapan idare" ile "bu tesisten yararlanan idare" farklı olabilir. Bu durumda, davanın hangi idareye karşı açılacağı sorunu ortaya çıkar. Örneğin, bir köy yolunu, "Köy Tüzel Kişiliği" değil de, "Köy İşleri Bakanlığı" veya bu Bakanlığın bir parçası olan "Yol Su Genel Müdürlüğü" yapmış ise, husumet kime yöneltilecektir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bu konuda iki karar vermiş ve bu kararlarında, "bedelin yolu yapan idareden değil, yolun sahibi olan kuruluştan (idareden) istenmesi"⁷¹ ve dolayısıyla da davanın "el konulan yeri mülkiyetine geçiren tüzel kişilik (idare) aleyhine açılması"⁷² gerektiğine karar vermiştir.

Kamulaştırma Kanununun 38'inci maddesine göre, müdahalenin men'i davası, aynı bir dava olmasına rağmen, 20 yıllık hak düşürücü süre içinde açılabilir.

Müdahalenin men'i davası bakımından "yetkili mahkeme", HUMK.'nun 13'üncü maddesi uyarınca, "gayrimenkulün bulunduğu yer mahkemesi"dir. Görevli mahkeme ise, genel hükümlere göre tayin edilir. Yani, müdahale edilen (el konulan) yerin değerine göre görevli mahkeme

Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğü olduğundan, köy muhtarlığı aleyhine açılan davanın husumetten reddine karar verilmesi doğrudur" (AKAR, Cilt II, s.1040) . Aynı yönde bkz. Yarg., 5. HD., 17.12.1998, E.1998/17694, K.19561 (AKAR, Cilt II, s.1041); Yarg., 5. HD., 26.2.1998, E.1997/19414, K.1998/2132 (AKAR, Cilt II, s.1039) . Yarg., 5. HD., 23.9.1999, E.1999/12589, E.13771: ÖZÜ: "222 sayılı Yasaya göre Temel (İlk) Eğitim Okulları için arsa temini görevi, il özel idaresine ait olduğundan, Milli Eğitim Bakanlığı aleyhine açılan davanın husumetten reddi gerekir" (AKAR, Cilt II, s.1042) . Aynı yönde bkz. Yarg., 5. HD., 27.5.1999, E.1999/7611, K.9430 (AKAR, Cilt II, s.1042); Yarg., 5. HD., 27.5.1999, E.1999/5278, K.7494 (AKAR, Cilt II, s.1041 vd.) . Yarg., 5. HD., 11.10.1999, E.1999/13184, K.15376: "Dosyada bulunan kanıt ve delillerden, davacıya ait taşınmazın bir bölümüne Jandarma 23. Tümen Komutanlığı tarafından el atıldığı anlaşılmaktadır. Jandarma Genel Komutanlığı, 2803 sayılı Yasa uyarınca İçişleri Bakanlığına bağlıdır. Davanın İçişleri Bakanlığı aleyhine açılması gerekirken, Milli Savunma Bakanlığı aleyhine açılmış olması nedeniyle husumetten reddine karar verilmesi gerekirken işin esasına girilerek hüküm kurulması doğru görülmemiştir" (AKAR, Cilt II, s.1043 vd.) . Yarg., 5. HD., 9.11.1999, E.1999/13088, K.17583: ÖZÜ: "El atılmak suretiyle geçirilen yol ana arter niteliğinde ise, dava Büyükşehir Belediyesi aleyhine açılmalıdır; aksi takdirde davanın husumetten reddi gerekir" (AKAR, Cilt II, s.1044) . Yarg. 5. HD.'nin aynı yöndeki diğer kararları için bkz. AKAR, Cilt II, s.1045.

71 Yarg., HGK., 4.2.1976 gün, E.1975/2-1031, K.1976/185 (ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.230).

72 Yarg., HGK., 10.12.1976 gün, E.1975/5-807, K.1976 (ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.230 vd.)

tain edilecektir. Müdahalenin men'i davası, bazen, "tazminat" ve "ecrimisil" davaları ile birlikte açılır. Böyle durumlarda, tazminat, ecrimisil ve el konulan yerin dava açıldığı tarihteki değerinin toplamı göz önünde tutularak görevli mahkeme tayin edilecektir⁷³.

2. Bedel davası (el konulan yerin karşılığı olan bedelin tahsili davası)

Yargıtayın 16.5.1956 Gün, E.1, K.6 Sayılı İçtihadı Birleştirme Kararına göre, idare tarafından kamulaştırma yapılmaksızın özel mülkiyetteki gayrimenkule el konulması, malikin bu gayrimenkul üzerindeki mülkiyet hakkını sona erdirmedüğinden, malik, müdahalenin men'i davası açabileceği gibi, dilerse, gayrimenkul üzerindeki mülkiyet hakkının el koyan idareye devrine razı olarak, "gayrimenkulün karşılığı olan bedelin verilmesi"ni dava edebilir. Özellikle, müdahalenin men'i davası sonunda alınacak müdahalenin men'ine ilişkin hükmün infazında güçlük bulunduğu hallerde, "bedel davası" açmak malikin yararına olacaktır. Bedel davası ile, malik, gayrimenkulün -mülkiyet hakkının idareye devrine muvafakat ettiği tarih olan "dava tarihi"ndeki bedelinin verilmesini talep edebilecektir⁷⁴.

Şu halde, el konulan gayrimenkulün maliki, dilerse, "müdahalenin men'i davası" açmak yerine el konulan yerin bedelinin verilmesini dava edebilir, diğer bir deyişle "bedel davası" açabilir. Bedel davası açmayı tercih eden malik, gayrimenkulün mülkiyetinin idareye devrine razı olmuş demektir⁷⁵.

Yukarıda belirtilen hususlar, Yargıtayın anılan içtihadı birleştirme kararının sonuç bölümünde şu şekilde ifade edilmiştir: "Usulü dairesinde istimlak muamelesine tevessül edilmeksizin gayrimenkulü yola kalbedilen şahsın, esas itibariyle, gayrimenkulü yola kalbeden amme hükmi şahsiyeti aleyhine men'i müdahale davası açmaya hakkı olduğuna, ancak dilerse bu fiili duruma razı olarak mülkiyet hakkının amme hükmi şahsiyetine devrine karşılık gayrimenkulün bedelinin tahsilini de dava edebileceğine ve isteyebileceği bedelin de, mülkiyet hakkının devrine razı olduğu tarih olan dava tarihindeki bedeli olduğuna.....ittifakla karar verildi".

73 KAYA, s.73; GİRİTLİOĞLU, s.119.

74 Yarg., 5. HD., 17.1.1975, E.17369, K.2826: "...mal sahipleri isterlerse vaki müdahalenin men'ini, dilerlerse mülkiyet haklarını terk etmek suretiyle bedelini dava edebilirler".

75 ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.34.

Bedel davası, doğrudan bedel davası şeklinde açılabileceği gibi, müdahalenin men'i davası açıldıktan sonra bu dava bedel davasına dönüştürülebilir. Hatta, müdahalenin davası açılmış ve hüküm altına alınmış olduğu halde, bu hükmün, icrasının sağlanması için icra dairesine verilmesi yerine, ayrıca bedel davası açılabilir. Müdahalenin men'i davasının kesinleşmiş olması buna engel yaratmaz; müdahalenin men'i davası kesinleştikten sonra dahi bedel davası açılabilir⁷⁶.

Malik, önce müdahalenin men'i davası açar, mahkemeden hüküm alır ve bu hüküm kesinleştikten sonra bedel davası açar ise, el konulan yerin hangi tarihteki değerine hükmedilecektir? "Müdahalenin men'i davası açıldığı tarihteki değerinin" mi, yoksa "bedel davasının açıldığı tarihteki değerinin"mi ödenmesine hükmedilecektir? Bu konuda, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, "... Bedel davasının (ikinci davanın) açıldığı tarihteki değerine istenebileceğine" hükmetmiştir⁷⁷. Buna karşılık, eğer malik, müdahalenin men'i davası açtıktan sonra, aynı davada talebini bedele dönüştürmüş ise, bu durumda, "müdahalenin men'i davasının bedel davasına dönüştürüldüğü" tarihteki değil, "müdahalenin men'i davasının açıldığı tarihteki bedele" hükmedilmesi gerekir⁷⁸.

76 ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.36. AKAR, Cilt II, s.984: "Önce müdahale davası açan malik, dava sırasında davasını ıslah yoluyla bedele dönüştürebileceği gibi, karar kesinleştikten sonra bile bedel davası açabilir. Kesinleşmiş kararın infazı için zorlanamaz..... Bunun aksinin de mümkün olacağı kanaatindeyim. Şöyle ki; davacı önce bedel davası açmışsa, dava devam ederken, davasını tamamen ıslah edip, müdahalenin önlenmesini isteyebilir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun ıslah müessesesini düzenleyen 83-90.maddelerinde bunu engelleyen bir hüküm yoktur. Aksini düşünmek ıslah müessesesini daraltmak olur. Buna da imkan yoktur. Ayrıca Yargıtay kararlarında açıklandığı üzere davacı istediği davayı açabilir. Açacağı dava konusunda zorlanamaz prensibi de bu hususa uygundur; görüşümdedir". Yarg., HGK., 15.10.1975, E.975/5-741, K.976/2628: "El atmanın önlenmesi kararı kesinleştikten sonra bedel davası açılabilir" (ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.146 vd.); Yarg., 5. HD., 21.1.1975, E.14379, K.3342: "Kamulaştırmasız el konulan yerden, önce idarenin el atmasının önlenmesine karar verilmesi, sonradan bedel davası açılmasına engel değildir" (ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.36, dn.42).

77 Yarg., HGK., 15.10.1976, E.975/5-741, K.976/2628: "El atmanın önlenmesi davası kesinleştikten sonra bedel davası açılabilir. Bu durumda dahi, el atmanın önlenmesi davasının açıldığı tarihteki değer değil, son bedel davasının açıldığı gündeki değeri isteyebilir" (ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.146 vd.).

78 AKAR, Cilt II, s.984. Bu durumda, "davanın bedel davasına dönüştürüldüğü tarihteki bedele" hükmedilmesi gerektiği görüşünde: ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.36; KAYA, s.77.

Yine Yargıtaya göre, idarenin el koymasına önceden muvafakat eden ve bedel istemeyeceğini belirten malik, sonradan, bedel davası açamaz⁷⁹.

Bedel davasının "davacısı" da, esas olarak, el konulan yerin maliki veya onun mirasçısıdır. Dava konusu gayrimenkulün tapuda kayıtlı olmaması halinde ise, bu gayrimenkulün zilyedi de, -bu yer üzerinde mülkiyet hakkını kazanmış olmak şartıyla- bedel davası açabilecektir. Davacı zilyedin tapuda malik olarak kayıtlı olmaması halinde, kendisine, bu yer üzerinde mülkiyet hakkını kazandığını ispat etmesi ve hatta bu yolda bir dava açması için süre verilmeli ve bekletici mesele yapılmalıdır⁸⁰.

El konulan gayrimenkulün "müşterek mülkiyete" veya "iştirak halinde mülkiyete" tabi olması (örneğin miras şirketine ait bulunması) halinde, her bir paydaş veya iştirak halinde malik, toplam bedelin kendi payına isabet eden bölümünün verilmesi için dava açabilir⁸¹.

Bedel davasının "davalısı"na gelince, müdahalenin men'i davası için yapılan açıklamalar bu dava için de aynen geçerlidir.

Bedel davasında, mahkeme tarafından bedelin nasıl hesaplanacağına gelince: El konulan yerin parasal değeri, malike ödenecek bedeli oluşturacaktır. Yargıtayın yerleşik içtihatlarına göre, kamulaştırması el konulan yerin değeri parasal olarak tespit edilirken, "gayrimenkulün el koyma

79 Yarg., 5. HD., 5.12.1986, E.16923, K.16447 (ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.35).

80 Yarg., 5. HD., 16.12.1999, E.1999/19901, K.20629: "Kamulaştırma nedeniyle tazminat davaları (bedel davası), tapulu taşınmazlar için açılabilir. Kamulaştırmamasız el atılan taşınmaz tapuda kayıtlı değildir. Davacı zilyetliğe dayanmaktadır. Bu durumda davacıya, tescil davası açıp taşınmazı tapuda adına kayıt ettirmesi için mehil verilmesi, tescili sağlaması halinde davanın esasına girilerek karar verilmesi gerektiği düşünülmeyen esastan hüküm kurulması doğru görülmemiştir" (AKAR, Cilt II, s.987).

81 AKAR, Cilt II, s.983: "Müşterek veya iştirak halinde mülkiyet hükümlerine tabi taşınmazların bedelinin tahsili davalarında, eğer bir hissedar dava açmışsa ve taşınmazın bir kısmına el atılmışsa, davacının el atılan kısımdaki hissesine isabet eden yer bedelinin tahsiline karar verilecektir. Taşınmazın tamamına el atılmışsa, bu durumda, dava açan hissedarın tapudaki toplam payının bedelinin tahsiline karar verilecektir. Yani iştirak halinde mülkiyet hükümlerine tabi taşınmazın bedelinin tahsili davasını, şeriklerden biri kendi hissesi için açabilecektir. Diğer şerikleri davaya dahil ettirip, muvafakatlarını almaya veya miras şirketine mümessil tayin ettirmeye gerek yoktur". Yarg., 5. HD., 11.3.1999, E.1999/1844, K.3894: ÖZÜ: "Hisseli taşınmazın bir kısmına el atıldığında, el atılan kesimdeki davacı payına isabet eden miktarın bedeline hükmetmek gerekir" (AKAR, Cilt II, s.986 vd.) . Aynı yönde bkz. Yarg., 5. HD., 30.9.1999, E.1999/15987, K.14523 (AKAR, Cilt II, s.987).

tarihindeki nitelikleri dikkate alınarak, bu yerin dava tarihindeki değeri - uygun emsallere göre⁸² belirlenmelidir. Yani, el koyma gününden sonra dava konusu gayrimenkul üzerinde bir takım tesisler yapılmış veya değer arttırıcı öğeler oluşmuşsa, bunlar göz önünde bulundurulmayacak, el konulduğu gündeki nitelikleri olduğu gibi saptanarak, bu niteliklere göre dava günündeki değeri tespit edilecektir. Bu değerın tespiti için, mahkemece bilirkişi tayin ettirilerek, keşif yaptırılması gereklidir⁸³.

Nihayet, bedel davalarında "görevli mahkeme", genel hükümlere göre tayin edilmelidir. Böyle olunca, bedel davalarında bu davanın değeri her zaman belli olacağından, HUMK'nun 3156 sayılı Kanunla değişik 1'inci maddesi uyarınca, davanın açıldığı gündeki değeri esas alınmak suretiyle dava açılmak gerekir. Faiz, icra tazminatı ve giderler görevli mahkemenin tespitinde göz önünde bulundurulmaz⁸⁴.

82 ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.58: "Bu amaçla, mahkemece taraflara emsal sorulması ve gerekirse tapudan emsal kayıt örneği getirilmesi, emsal kayıtlarla dava konusu yerin satış tarihi ve satış değerine göre kıyaslaması yapılması aranmaktadır".

83 ARCAK/DOĞRUSUZ, s.58; AKAR, Cilt II, s.984. Yarg., 5. HD., 13.9.1999, E.1999/11483, K.12482: ÖZÜ: "Kamulaştırmaz el atmaya dayanan bedel davalarında, dava konusu taşınmazın el atma tarihindeki özelliklerine göre dava tarihindeki değerine hükmedilmesi gerekir" (AKAR, Cilt II, s.986) . Yarg., HGK., 2.7.1980, E.1978/3-747, K.1980/2111: ÖZÜ: "Dava konusu taşınmazın üzerine, el koyma tarihinden sonra konulmuş bir tesis veya getirilmiş bir hizmet söz konusu değilse, dava günündeki değer hesap edilmeli; ancak el koyma tarihinden sonra yapılmış bir tesis veya getirilmiş bir hizmet söz konusu ise, el koyma tarihinden sonra taşınmazın niteliklerinde meydana gelen bu değişiklikler, değer biçilmesinde göz önüne alınmaz" (ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.252) . Yarg., 3. HD., 22.3.1990, E.1990/1474, K.1990/2500: "Kamulaştırmaz el atılan taşınmaz malların değeri tespit edilirken, taşınmazın el koyma tarihindeki nitelikleri dikkate alınarak, dava tarihindeki değerinin uygun emsallere göre belirlenmesi gerekir" (ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.144 vd.) . Yarg., 5. HD., 27.1.2000, E.1999/21369, K.2000/452: ÖZÜ: "Taşınmazın el koyma günündeki niteliklerine göre, dava tarihindeki bedelinin, ikisi teknik, birisi de mahalli bilirkişiden oluşan üç kişilik bilirkişi kuruluna tespit ettirilmesi ve bu bedele hükmedilmesi gerekir" (AKAR, Cilt II, s.987 vd.) . Yarg., 5. HD., 3.2.2000, E.2000/76, K.1098: "Mahallinde yapılan keşif sonucu, taşınmazın el koyma günündeki niteliğine göre dava tarihindeki bedelinin, ikisi teknik ve birisi de mahalli bilirkişiden oluşan üç kişilik bilirkişi kurulunca düzenlenen rapor ile tespit edilmesi ve davalı idareden tahsiline kara verilmesi doğrudur" (AKAR, Cilt II, s.988) . Aynı yönde bkz. Yarg., 5. HD., 3.2.2000, E.1999/21473, K.1075 (AKAR, Cilt II, s.989) . Yarg., 5. HD., 1.2.2000, E.1999/21368, K.2000/1096: ÖZÜ: "Kamulaştırma Kanununun Değer biçmeye ilişkin hükümleri, kamulaştırmaz el atmaya dayanan bedel davalarında da kıyasen uygulanacaktır" (AKAR, Cilt II, s.988).

84 ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.51; KAYA, s.81 vd.

Bedel davalarında "yetkili mahkeme"de genel hükümlere göre saptanmalıdır. Kuşkusuz, bedel davası, gayrimenkulün bulunduğu yer mahkemesinde açılabilir⁸⁵. Ancak önemli nokta, gayrimenkulün bulunduğu yer mahkemesinden başka bir yer mahkemesinde, örneğin davalının ikametgahı mahkemesinde, bu davanın açılıp açılmayacağıdır. Yargıtayın yerleşik içtihatlarına göre, bedel davası, davalının ikametgahı mahkemesinde de açılabilir⁸⁶.

3. Tazminat davası

Bu dava, yukarıda görülen bedel davasından farklıdır. Bu dava ile, mülkiyet hakkının idareye devri karşılığında bir bedel talep edilmesi söz konusu değildir. Mülkiyet hakkı yine malikte kalmakta, fakat idarenin haksız müdahalesi dolayısıyla uğranılan zararın tazmini talep edilmektedir. Kamulaştırmasız el atma dolayısıyla uğranılan zararın tazmini için idareye karşı açılan bu dava, haksız fiil hükümlerine (BK.md.41 vd.) dayanan, adli yargının görev alanına giren bir tazminat davası niteliğindedir. Bu husus, 11.2.1959 Gün ve E.1958/17, K.1959/15 Sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında şu şekilde ifade edilmiştir: "İstimlaksız el atma halinde, amme teşekkülü İstimlak Kanununa uygun hareket etmeden ferdin malını elinden almış olması sebebiyle kanunsuz bir harekette bulunmuş durumdadır. Bu bakımdan dava, Medeni Kanun hükümlerine giren, mülkiyete tecavüzün önlenmesi veya haksız fiil neticesinde meydana gelen zararın tazmini davasıdır ve bakımdan adliye mahkemesinin görevi içindedir. -Bundan başka, bir amme teşekkülü tarafından bir tesisin yaptırılması sırasında Devlet Malı olmayan yerlerden toprak alınması veya böyle yerlere toprak veya moloz yığılması neticesinde el atma hakkı bulunmadığı ve plan veya projelere ve şartnamelere başkasının malına ihtiyaca göre el konulmasının önlenmesini gerektirebilecek esaslar konulamayacağı cihetle, haksız fiilden doğan bir tazminat davası sayılır".

Yine, Uyuşmazlık Mahkemesinin bir kararına göre⁸⁷, "kıymet takdiri yapıp kamulaştırma bedeli tebliğ edilmeden hafriyat dökmek suretiyle,

85 ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.52; KAYA, s.82.

86 Yarg., HGK., 28.12.1983, E.1981/3-644, K.1983/1408 (KAYA, s.83) . Yargıtayın aynı yöndeki diğer kararları için bkz. ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.215 vd.; KAYA, s.83.

87 Uyuşmazlık Mahkemesi, 8.12.1986 gün, E.1986/50, K.1986/50 (KARAVELİOĞLU, C.: İdari Yargılama Usulü Kanunu, Açıklama ve En Son İçtihatlarla, Cilt I, Kayseri 2001, s.527).

taşınmaz üzerindeki mahsule verilen zararın tazmini istemiyle açılan davanın görüm yeri adli yargı yeridir". Aynı kararın gerekçesine göre ise, "kamulaştırma işleminden önce oluşan zarar kamulaştırma işlemine bağlanamayacağından, ortada.....kamulaştırmaz el atma ve bu yüzden oluşan bir zarar ve bunun tazmini bahis konusudur. Kamulaştırmaz el atmada, idarenin bir işlem ve eylemi değil, haksız fiil söz konusu olduğundan, zararın bu esasa göre ve özel hukuk hükümleri uyarınca tazmini söz konusudur. Zira, davacının zararının, mevzuatla öngörülen ve yöntemine uygun olarak yerine getirilen bir kamu hizmetinin yürütülmesi sırasında doğduğu kabul edilemez. Ortada, davalı idarenin haksız fiil niteliğinde bir eylemi ve bunun sonucunda oluştuğu ileri sürülen bir zarar mevcuttur. Bu duruma göre, anılan zarardan, idarenin Borçlar Kanununun haksız fiile ilişkin 41.maddesine göre sorumlu olup olmadığı sorunu ortaya çıkmakta ve bu hukuki sorunun çözümünün ise, özel hukuk hükümlerini ilgilendirdiği ve binnetice olayın incelenme yerinin, Borçlar Kanununun anılan maddesini uygulayacak olan adli yargı olduğu kuşkusuz bulunmaktadır".

Görüldüğü üzere, Uyuşmazlık Mahkemesi, bu kararında, kamulaştırmaz el koyma nedeniyle uğranılan zararın tazmini için açılacak tazminat davalarının, "Borçlar Kanunundaki haksız fiil hükümleri"ne (BK.md.41) tabi olduğuna ve dolayısıyla da bu davaların görülme yerinin "adli yargı" olduğuna karar vermiştir⁸⁸.

88 Aynı yönde bkz. Yarg., 5. HD., 1.10.1984, E.7919, K.7531 (ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.211); Uyuşmazlık Mahkemesi, 14.3.1979 gün, E.1979/48, K.1979/61 (ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.203 vd.); Yarg., 5. HD., 16.9.1999, K.1999/11588, K.1999/13137: "Dava, kamulaştırmaz el atmanın önlenmesi, el atılan taşınmazın eski haline dönüştürülmesi ve tazminat istemine ilişkindir. Mahkemece, davanın idarenin işlem ve eyleminden kaynaklandığından bahisle idari yargıda görülmesi gerektiği belirtilerek görevsizlik kararı verilmiş, hüküm davacı tarafından temyiz edilmiştir. 16.5.1956 gün ve 1/6 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca davaya bakmak adli yargının görevi dahilinde olup, 11.2.1959 gün ve 17-15 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararına yanlış anlam verilerek dava dilekçesinin görev yönünden reddini karar verilmesi doğru görülmemiştir" (AKAR, Cilt II, s.1027 vd.) . Yarg., 5. HD., 15.11.1999, E.1999/18325, K.18007: "Kamulaştırmaz el atma sonucu meydana getirilen zararın tazmini istemine ilişkindir. Mahkemece, dava dilekçesinin görev yönünden reddine karar verilmiş, hüküm davacı tarafından temyiz edilmiştir. Dava dilekçesinde talep edilen tazminat kamulaştırmaz el atma sonucu meydana gelen zararın giderilmesi istemine ilişkin olup, 16.05.1959 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca davaya bakmak adli yargının görevi içerisindedir. 11.02.1959 gün ve 17-15 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararına yanlış anlam verilerek dava dilekçesinin reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir" (AKAR, Cilt II, s.1028).

Tazminat davası, "müdahalenin men'i davası ile birlikte" açılabilir gibi⁸⁹, "bedel davası ile birlikte" de⁹⁰ açılabilir. Örneğin, kamulaştırmamasız el koyan idare, gayrimenkul üzerindeki yapılara zarar vermiş ise, müdahalenin men'i veya bedel davası ile birlikte "tazminat davası" da açılacaktır. Bazen, sadece "tazminat davası" açılması da söz konusu olabilecektir⁹¹.

Tazminat davasını, müdahalenin men'i ve bedel davalarından farklı olarak, malik açabileceği gibi, "zilyet"de açabilir. Örneğin, ektiği ürünün bulunduğu yerden yol geçirilmesi sebebiyle zarara uğrayan zilyet, ekinlerin telef olması yüzünden uğramış olduğu zararın tazminini dava edebilir. Yine, yetiştirdiği ağaçlar kesilen zilyet, bu yüzden uğradığı zararın tazminini dava edebilir. Tazminat davasının davalısı ise, kamulaştırmamasız el koyan idaredir.

Tazminat davası Bk. Md. 60'daki zamanaşımı sürelerine tabi olmaktadır.

Görevli ve yetkili mahkeme, HUMK'ndaki genel kurallara tabi olmaktadır.

89 Yarg., 5. HD., 16.9.1999, E.1999/11588, K.1999/13137 (AKAR, Cilt II, s.1027 vd.).

90 Yarg., 20.9.1979, E.5181, K.5509: "Davacı, mülkiyetinin devrine karşı bedel istemişi ve yol geçirilen kısımların dışında kalan sahanın tarımsal vasıflarını yitirdiğinden ötürü de tazminat istemiştir. Hükme dayanak yapılan bilirkişi raporunda, dava konusu parselin (b) harfiyle ayrılan kısmı için de, istifade edilebilme olanağı azaldığından dolayı, diğer el atılan saha gibi değer tespit edilerek tazminat hesap edilmiştir. Mahkemece, bu kısmın devrine karar verilmediği halde, bu kısmın da mülkiyeti devredilecekmiş gibi hesaplanan tazminatın tamamının hüküm altına alınması doğru değildir. Yapılacak iş, gayrimenkulün yol geçilmesi nedeniyle verim gücünü yitiren kısmında meydana gelen zararın karşılığı tazminat olarak ayrı olarak hesap ettirilip, yola kalbedilen ve mülkiyetin devrine karar verilen kısım için takdir edilen bedelle toplanarak bulunacak miktarın hüküm altına alınmasından ibarettir" (ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.171 vd.) . Aynı yönde bkz. Yarg., 3. HD., 20.9.1979, E.5242, K.5511 (ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.156 vd.).

91 Yarg., 5. HD., 1.11.1974, E.11305, K.10812: "Kamulaştırmamasız el konulan suyun kesilmesinden ötürü tarlasındaki değer düşüklüğünün tazmini istenebilir" (ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.154 vd.) . Yarg., 3. HD., 11.5.1976, E.3031, K.3987: "Yer bedeli dışındaki zarar tazminat olarak talep edildiğinde, yer bedeline de hükmedilemez" (ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.55) . Yarg., 3. HD., 9.5.1977, E.2265, K.3089: ÖZÜ: "Kamulaştırmamasız el koyan idarenin kamulaştırma yetkisi olmalıdır. Yetkisiz idareden ancak uğranılan zararın tazmini istenebilir" (ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.155 vd.).

4. Ecrimisil (kullanma tazminatı) davası

Ecrimisil, gayrimenkulün haksız işgal edilmiş ve kullanılmış olmasından dolayı kira karşılığı verilmesi gerekli bir tazminattır. Gayrimenkule kamulaştırmaz el koyan idarenin, söz konusu gayrimenkule herhangi bir hasar veya zarar vermediği halde, sırf bu yeri işgal etmiş ve dolayısıyla da maliki bu yeri kullanmaktan alıkoymuş olması dolayısıyla ödeyeceği kira karşılığı bir tazminattır.

Kamulaştırmaz el koyma durumunda, ecrimisil davası tek başına açılabileceği gibi, müdahalenin men'i veya bedel davası ile birlikte de açılabilir⁹². Çoğu zaman, ecrimisil davası, müdahalenin men'i veya bedel davası ile birlikte açılacaktır.

Ecrimisil, bedel davası ile birlikte talep edildiği takdirde, malik, dava gününde bu yerin mülkiyetini idareye devretmeye razı olduğundan, dava gününden sonraki zaman için ecrimisil isteyemez. Bu durumda ancak, dava tarihine kadarki zaman için ecrimisil isteyebilir⁹³. Ayrıca belirtmek gerekir ki, kamulaştırmaz el koyma nedeniyle bedel davası açan malik, mahkemece saptanacak bedele dava tarihinden itibaren faiz işletilmesini de isteyebilir. Dava tarihinden öncesi için ise faiz istenemez; bu dönem

92 Bkz. ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.40; AKAR, s.977. Yarg., 5. HD., 18.9.1997, E.1997/10553, K.12944: "Dava, kamulaştırmaz el atılan taşınmaza vaki müdahalenin önlenmesi, kal, taşınmazın tapu kaydındaki kamulaştırma şerhinin silinmesi ve mahrum kalınan gelirin tahsili istemine ilişkindir..... Davalı idarece kamulaştırılmaksızın el atılan taşınmazın el atma tarihinden dava tarihine kadar getireceği kira geliri bilirkişi marifetiyle tespit ettirilerek belirlenecek miktarın davalıdan tahsiline karar verilmesi gerekirken bu yöne ilişkin istemin reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir" (AKAR, Cilt II, s.979) . Yarg., 5. HD., 17.9.1998, E.1998/9800, K.12248: "Dava konusu taşınmazın arsa niteliğindeki el atılan bölümünün yüzölçümü 2765 m2 olup, taşınmazın diğer bölümüne el atılmamıştır. El atılan bölüm dışındaki 2400 m2'lik kısmın halen ne şekilde kullanıldığına tespiti ve ecrimisil tazminatının da bu kullanım şekline göre belirlenmesi gerektiği gözetilmeden, bilirkişilerin herhangi bir tespite dayanmayan mücerret beyanlarına dayanılarak ecrimisil tazminatı miktarının tespiti ile hüküm alınması... Doğru görülmemiştir" (AKAR, Cilt II, s.977) . Yarg., 5. HD., 21.3.1987, E.16731, K.525 (ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.151 vd.).

93 ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.40. Yarg., 5. HD., 30.1.1987, E.19618, K.903: "Dava, kamulaştırmaz el atma nedeniyle uğranılan zararın ödetilmesine ilişkindir.... Davacıların, dava gününe kadar yoksun kaldığı..... Ecrimisili isteme olanağı vardır. Böyle olunca, davacıların istemi uyarınca dava gününe kadar yoksun kalınan kira karşılığı araştırılıp saptanarak sonucuna göre karar verilmek gerekir." (ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.152).

için sadece ecrimisil (ve varsa zarar) talep edilebilir⁹⁴.

Yargıtay'ın yerleşik içtihadına göre, ecrimisil davası Bk. md. 126'daki 5 yıllık zamanaşımı süresine tabi olacaktır.⁹⁵

Yargıtay 5. HD.'nin bir kararına göre, "haksız işgal karşılığı olarak istenen ecrimisil miktarının, farazi kullanım biçimlerine göre değil, emsal taşınmazların kullanım şekilleri ve davacının önceki kullanımı bakımından mahrum kaldığı yararlanmalar açıklanıp dayanakları gösterilmek suretiyle saptanması gerekir"⁹⁶.

Ecrimisil davalarında, görevli ve yetkili mahkeme, genel hükümlere göre belirlenir. Buna göre, ecrimisil davalarında genel yetkili mahkeme, "davalının ikametgahı mahkemesi"dir. Burada, gayrimenkulün aynına ilişkin bir uyumsuzluk söz konusu olmadığından, HUMK.'nun 13'üncü maddesindeki yetki kuralı uygulanmaz. Yargıtay uygulaması da bu yöndedir⁹⁷. Yine Yargıtaya göre, ecrimisil bir tür haksız fiil tazminatı olduğundan, yetki bakımından, HUMK.'nun 21'inci maddesi de bu tür davalarda uygulama alanı bulacaktır. Yani, haksız fiilin meydana geldiği yer olarak kabul edilen "gayrimenkulün bulunduğu yer mahkemeleri"de yetkilidir⁹⁸.

5. Faiz

Yargıtayın yerleşik içtihadına göre, kamulaştırma yapılmaksızın el koyma nedeniyle açılan bedel davasında, faiz, el koyma tarihinden itibaren değil, dava gününden başlatılarak yürütülmelidir⁹⁹. Yine Yargı-

94 KAYA, s.102.

95 Yarg., 5. HD., 18.9.1997, E.1997/10553, K.12944: "Davalı idarece kamulaştırılmaksızın el atılan taşınmazın el atma tarihinden dava tarihine kadar getirebileceği kira geliri, bilirkişi marifetiyle tespit ettirilerek belirlenecek miktarın davalıdan tahsiline karar verilmesi gerekirken....." (AKAR, Cilt II, s.979).

96 Yarg., 5. HD., 21.3.1985, E.2204, K.3208 (ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.151).

97 Yarg., 6. HD., 3.12.1975, E.7115, K.7573 (KARAHASAN, M. R.: Türk Eşya Hukuku, Cilt IV, İstanbul 1991, s.1210).

98 DÜZCEER, A. R.: Ecrimisil Davaları, Ankara 1997, s.144; Yarg., 3. HD., 4.4.1963, E2709, K.2703 (KARAHASAN, Türk Eşya Hukuku, Cilt IV, s.1211); Yarg., 3. HD., 25.9.1980, E.4822, K.4851 (KARAHASAN, Türk Eşya Hukuku, Cilt IV, s.1210).

99 Yarg., HGK., 18.10.1995, E.1995/18-633, K.1995/826 (KAYA, s.112, dn.287); Yarg., 5. HD., 5.2.1996, E1996/640, K.1907 (AKAR, Cilt II, s.1015 vd.); Yarg., 5. HD., 27.9.1999, E.1999/12450; K.14049 (AKAR, Cilt II, s.1016); Yarg., 5. HD., 7.2.2000, E.2000/452, K.1151 (AKAR, Cilt II, s.1017).

taya göre, ilk davanın, fazlaya ilişkin hak saklı tutulmak suretiyle açılması halinde, daha sonra açılan ek (ikinci) davada hükmedilen bedel de önceki (ilk) dava tarihine göre tespit edilen değer in arta kalan kısmı olduğundan, bedelin bu arta kalan kısmı için de, ilk davanın tarihi esas alınmak suretiyle faize hükmedilmelidir¹⁰⁰.

Şu halde, kamulaştırmaz el atma dolayısıyla açılan bedel davalarında, dava tarihinden itibaren yasal faize hükmolunacaktır¹⁰¹.

Bedel davasında, dava tarihinden öncesi için faize hükmolunamaz. Dava tarihinden önceki döneme ilişkin olarak, ancak ecrimisile hükmolunabilir¹⁰².

Bedel davasına ilişkin dava dilekçesinde faiz talep edilmemiş olduğu halde, yargılama sırasında mahkemeye sunulan bir dilekçe ile faiz talep edilip edilemeyeceğine gelince: Yargıtay 5. HD.'nin 5.12.1986 gün ve E.14436, K.16458 sayılı kararına göre, dava dilekçesinde faiz istenmemiş olduğu halde, yargılama sırasında ayrı bir dilekçe ile faiz talep edilmesi durumunda, eğer devalı buna itiraz eder ise, davanın geniş-

100 Yarg., 5. HD., 9.2.1998, E.1997/17302, K.1998/867: ÖZÜ: "Dava konusu taşınmaz ilk dava tarihi esas alınmak suretiyle değer biçildiğinden, ek davada hükmedilen bedel de önceki dava tarihine göre tespit edilen değer in arta kalan kısmı olduğundan, birinci davadaki dava tarihi esas alınmak suretiyle faize hükmedilmesi gerekir" (AKAR, Cilt II, s.1016) . Yarg., 28.10.1990, E.1999/17559, K.16716: ÖZÜ: "Dava konusu taşınmaz, ilk dava tarihi esas alınarak değer biçildiğine göre, hükmedilen bedelin tamamı için, kısmi olarak açılan ilk dava tarihinden itibaren faize hükmedilmesi gerekir" (AKAR, Cilt II, S.1017) . Aynı yönde bkz. Yarg., 5. HD., 14.10.1999/14420, K.15628 (AKAR, Cilt II, s.1017).

101 Yarg., 5. HD., 27.9.1999, E.1999/12450, K.14149: ÖZÜ: "Taşınmaz bedelinin dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte tahsiline karar verilmesi gerekir" (AKAR, Cilt II, s.1016).

102 Ecrimisil davasında faiz talep edilmesi halinde faizin hangi tarihten itibaren hesaplanacağı sorununa gelince: Yargıtayın içtihatlarına göre, faizin, ecrimisil talebinin ilişkin olduğu dönemin sonundan itibaren başlatılması ve hesabın buna göre yapılması gerekir. Ecrimisil belli bir dönemi kapsar. Dönemin bir başlangıç tarihi bir de son bulma tarihi vardır. Birkaç yıllık ecrimisil talep edilmesi halinde ise, birden çok dönem vardır. Bu durumda, faiz her dönemin son bulunduğu tarihten itibaren yürütülecektir; her dönemin başından faiz yürütülemez (DÜZCEER, s.135) . Yarg., 6. HD., 29.11.1975, E.6831, K.7551: "Füzuli işgal haksız bir fiildir. Bu itibarla, zararın gerçekleştiği günden itibaren ve belli dönemlerde, yani işgal tarihinden itibaren geçecek her senenin bitiminde faizin hesaplanması gerekir" (KARAHASAN, Türk Eşya Hukuku, Cilt IV, s.1194).

letilmesi olanağı kalmadığından faiz talebi reddedilecektir¹⁰³. Yargıtay, sorunun bir usul sorunu olduğunu kabul etmiştir. Buna göre, davacının sonradan faiz talebinde bulunması halinde, eğer davalı buna itiraz etmezse faize hükmolunabilecek, buna karşılık eğer davalı bu talebe itiraz ederse faiz talebi reddolunacaktır¹⁰⁴.

Dava dilekçesinde faiz talep edilmemiş olduğu halde, söz konusu bedel davasının yargılması sürerken, ayrı bir dava açılmak suretiyle faiz talep edilip edilemeyeceği sorununa gelince: Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun bir kararında haklı olarak belirtildiği üzere, "faiz her ne kadar fer'i nitelikte bir alacak ise de, bunun, asıl alacak davasından ayrı, başlı başına bir dava ile istenmesini engelleyen bir kanun hükmü yoktur. Bu bakımdan, önceden açılmış olan tazminat davasında faiz isteme hakkının saklı olduğunun bildirilmemiş olması da, faizin ayrı bir dava ile istenmesine mani değildir. Hak mevcut olunca onun dava dava edilmesi de kabul olunmak gerekir. BK.md.113'ün 2'inci fıkrasında kabul edilen esas, asıl borcun ödenmiş (ve dolayısıyla sona ermiş) olması ile ilgilidir. Bu madde, asıl borcun ödenmesi (ve dolayısıyla sona ermesi) sırasında işlemiş faizleri istemek hakkı saklı tutulmamışsa, artık faizin istenemeyeceğini belirtmektedir... Bir davanın açılmasından sonra, davacı, o davadaki iddiası ile bağlı olduğundan, diğer tarafın (davalının) rızası olmadıkça, iddiasını o dava içinde genişletemez. Ancak, HUMK'nun 185'inci maddesinde yer alan bu hüküm, asıl davadan ayrı olarak açılan davadaki istekler için uygulanmaz. Nasıl ki, alacağın bir bölümünün dava edilmesinden sonra, geri kalan bölümünün ayrı bir dava ile istenmesi mümkün ise ve bu durumda iddianın genişletilmesi söz konusu edilemez ise, asıl alacak için dava açılmasından sonra bu alacağı ilişkin faizin ayrı bir dava ile istenmesi de, iddianın genişletilmesi olarak kabul edilemez"¹⁰⁵.

Şu halde, dava dilekçesinde faiz talep edilmemiş olsa da, bu davanın yargılması sürerken, ayrı bir dava açılmak suretiyle faiz talep edilebilecektir. Buna karşılık, asıl alacak ödeme ile sona ermiş ve fa-

103 Kararın metni için bkz. ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.294.

104 ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.70-71; KAYA, s.114.

105 Yarg. HGK., 15.11.1961 gün, E.36, K.38 (ARCAK/KİTİŞ, Cilt I, s.1216 vd.) . Ayrıca bkz. ARCAK, A: Anayasal Değişiklikler Karşısında Kamulaştırma, Ankara 1974, s.115.

kat alacaklı işlemiş faizleri talep hakkını saklı tuttuğunu beyan etmemiş ise ve halin icabından da bu hakkın saklı tutulduğu anlaşılmıyor ise, bu durumda artık, işlemiş faiz talep edilemeyecektir. Gerçekten de, asıl alacağın ödenmesi (ve dolayısıyla sona ermesi) sırasında, evvelce işlemiş faizi talep hakkının talep edilmiş olduğu alacaklı tarafından bildirilmiş olmadıkça veya durumun özelliğinden bu hakkın saklı tutulmuş olduğu anlaşılmadıkça, söz konusu faiz talep edilemeyecektir (BK.md.113/II) ¹⁰⁶.

Faiz alacağının zamanaşımına gelince: Faiz alacağı, BK.md.126'daki 5 yıllık zamanaşımı süresine tabi olmalıdır. Faiz isteme hakkı, bedel davasının açılması ile birlikte, yani bu anda doğacağından, 5 yıllık süre de bedel davasının açıldığı tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır. ARCAK/DOĞRUSÖZ'e göre ise, "kamulaştırmatsız el koyma olgusu bir haksız fiil olduğundan, burada istenecek faizin tazminat faizi olduğu düşünülebilir. Bu takdirde, 10 yıllık zamanaşımı söz konusu olur"¹⁰⁷.

Müdahalenin men'i davası açılması halinde ise, faiz talep edilmesi düşünülemez. Bu durumda ancak, ecrimisil talep edilebilir. Ecrimisil talebi, ayrı bir dava konusu yapılabileceği gibi, müdahalenin men'i davası ile birlikte de ileri sürülebilir.

Malikin, müdahalenin men'i davası açtıktan ve bu davadaki hü-

106 Özellikle, "alacaklı, alacağı tahsil etmeden önce, idareye dilekçe vererek faiz talebinde bulunmuş" ise veya "asıl alacağın tamamı tahsil edilmeden önce, faiz için ayrı bir dava açılmış" ise, alacaklı tarafından, faize ilişkin hakkın saklı tutulduğu, dolayısıyla da bu hakkın düşmemiş olduğu sonucuna varmak gerekir (bkz. KAYA, s.117) . Yarg.5. HD., 27.4.1992, E.7007, K.11186: "Kamulaştırma bedeli alınmadan faiz davası açılmış ise, BK.md.113/II uyarınca, halin icabı gereği faiz hakkı saklı tutulmuş sayılır" (KAYA, s.117, dn.300) . Yarg., 4. HD., 18.12.2000, E.9029, K.11637: "Faiz, asıl alacağa bağlı fer'i bir haktır. Asıl alacağın ödenmesi ile birlikte faiz alacağı da sona erer. Asıl alacak devam ettiği sürece, faiz alacağının asıl alaktan ayrı olarak talep ve dava konusu edilmesi mümkündür. Aynı şekilde, faizin belli bir dönemde işleyen bölümünün de, asıl alaktan bağımsız olarak istenmesi olanaklıdır. Asıl alacağın ödenmesi için açılan davada faizin hiç istenmemiş veya kısmen istenmiş olması ve fazlaya ilişkin hakkını saklı tutulmamış bulunması, daha sonradan faiz alacağı yönünden ayrı bir dava açılmasına engel teşkil etmez. Yeter ki, faiz isteme hakkı devam etmekte bulunsun. BK.md.113/II'de düzenlenen ayırık durumun varlığı halinde de faiz isteme hakkı, asıl alacağın ödenmesinden sonra da devam eder (YKD., Cilt 27, Sayı 6, Haziran 2001, s.828 vd.).

107 ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.71.

küm kesinleştikten sonra bedel davası açması halinde, gayrimenkulün bedel davasının (ikinci davanın) açıldığı gündeki değeri talep edilebileceğinden, bu durumda, bedel davasının (ikinci davanın) açıldığı tarihten itibaren bu bedele faiz işleyecek ve faiz alacağının zamanaşımı da bu tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır¹⁰⁸. Aynı şekilde, malikin, müdahalenin men'i davasını açtıktan sonra, aynı davada talebini bedele dönüştürmesi halinde de, faiz, bedele dönüştürme talebinde bulunduğu tarihten itibaren işleyecek ve faiz alacağının zamanaşımı da bu tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır.

Bedel davalarında hükmedilecek faiz oranı ise, "yasal faiz oranı"dır. Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanunun 4489 sayılı ve 1999 tarihli Kanun ile değişik 1'inci maddesi uyarınca, bu oran "reeskont faizi oranı" olup, bu oran her 6 ayda bir değişebilecektir.

6. El konulan gayrimenkul üzerindeki mülkiyet hakkının kaybedilmesi

Doktrindeki bir görüşe göre, idare tarafından özel mülkiyete tabi bir gayrimenkule kamulaştırma yapılmaksızın el konulması halinde, malikin el konulan gayrimenkul üzerindeki mülkiyet hakkı, el koyma ile birlikte sona erer. Bu görüşe göre, malikin mülkiyet hakkı, idarenin kamulaştırmamasız el koyması ile sona erecek, fakat malik bu yüzden uğradığı tüm zararı (bedel vs.) haksız fiil hükümleri uyarınca talep edebilecektir¹⁰⁹.

Yargıtayın 16.5.1956 Gün ve E.1, K.6 Sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında belirtilen ve Yargıtay Hukuk Dairelerince de kabul gören diğer bir görüşe göre ise, "...usulü dairesinde verilmiş bir istimlak kararı olmandan ve bedel ödenmeden gayrimenkulü yola kalp edilen (çevrilen) şahsın bu gayrimenkul üzerindeki mülkiyet hakkı bu fiili durum dolayısıyla hiçbir suretle zeval bulmaz"¹¹⁰. Görüldüğü üzere, Yargıtaya göre, kamulaştırmamasız el koyma halinde, malikin gayrimenkul üzerindeki mülkiyet hakkı el koyma ile birlikte sona ermez. Yine aynı içtihadı birleştirme kararında

108 Bkz. ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.71.

109 OĞUZMAN, s.5 vd.

110 "Bu nedenle de, gayrimenkulü yola çevrilen malik adına tapu sicilinde mevcut olan kaydın, Medeni Kanunun 912'inci maddesinin (yeni 999'uncu maddesinin) 2'inci fıkrası gereğince sicilden terkinine imkan yoktur".

belirtildiği üzere, mülkiyet hakkı baki kalan malik, bu hakkına dayanarak, gayrimenkulüne el koyan idareye karşı, müdahalenin men'i davası açabileceği gibi, dilerse, mülkiyet hakkının el koyan idareye devrine razı olarak gayrimenkulün bedelini dava edebilir. Yani, dilerse bedel davası açabilir.

Malikin müdahalenin men'i davası açması halinde, mülkiyet hakkının devam ettiğinden şüphe yoktur. Ancak, eğer malik müdahalenin men'i davası açmak yerine bedel davası açmayı tercih ederse, bu durumda malikin mülkiyet hakkı hangi anda sona erecektir?

Yargıtaya göre, bedel davası açan malik mülkiyet hakkının gayrimenkule el koyan idareye devrini kendiliğinden kabul ettiğinden, yani buna razı olduğundan, bedel davasında mahkemece bedele hükmedilmesi ile birlikte, malikin el konulan gayrimenkul üzerindeki mülkiyet hakkı da sona ermektedir. Bu nedenle, bedel davasını yerinde bulup kabul eden mahkeme, aynı davada, gayrimenkulün idare adına tesciline ya da terkinine de karar vermelidir. Nitekim, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 23.2.1983 gün ve E.1982/3-889, K.1983/160 sayılı kararında bu husus şu şekilde ifade edilmiştir: "Öte yandan bu tür davalarda, hükmedilecek tazminat (bedel) mülkiyet hakkının devrine karşılıktır. Bu nedenle, tazminata hükmedilirken taşınmazın mülkiyetinin de davalı idareye devrine karar verilmesi gerekir"¹¹¹. Yani, mülkiyet idareye geçecek ise "idare adına tesciline", buna karşılık tapuya tescili söz konusu olmayan bir yer (örneğin yol) söz konusu ise, var olan "kaydın terkinine" karar verilmelidir¹¹². Mahkemece,

111 ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.64.

112 Yarg. 5. HD., 29.4.1983, E.4286, K.4381: "Mülkiyet hakkının devrine karşılık bedele hükmedildiğine göre, taşınmaz malın tapu kaydında el konulan yerin yol olarak terkinine karar verilmemesi doğru bulunmamıştır" (ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.282 vd.) . Yarg. 5. HD., 3.6.1983, E.4518, K.5369: "El konulan yerin karşılık parasının ödenmesine karar verilince, o yerin idare adına tesciline de karar verilmesi gerekir...Mülkiyet hakkının devrine karşılık bedele hükmedildiğine göre, el konulan taşınmaz malın davacılar adına olan tapu kaydının iptali ile davalı maliye hazinesi adına tesciline karar verilmesi gerektiğinin düşünülmemesi.... Doğru bulunmamıştır" (ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.283 vd.) . Yarg. 5. HD., 5.12.1986, E.14492, K.16439: "İdare adına tapuya tesciline karar verilebilecek olan garaj gibi yerler için terkinine diye karar verilemez" (ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.285 vd.) . Yarg., 5. HD., 6.2.1987, E.16847, K.1204: "İlk okul yerleri, köy veya özel idare adına tescil edilir" (ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.286 vd.) . Yarg. 5. HD., 26.5.1998, E.1998/5036, K.7932: "el atılan taşınmaz yol durumuna dönüştürüldüğünden, TMK.nun 912.maddesi uyarınca tapudan terkinine karar verilmesinde bir isabetsizlik görülmemiştir" (AKAR, Cilt II, s.1019) . Aynı yönde: Yarg., 5. HD., 5.7.1999,

ilgili tarafın üzerlerine tescil ettirmekte muhtariyetine şeklinde karar verilemez¹¹³.

ARCAK/DOĞRUSÖZ'ün haklı olarak belirttikleri üzere, bedel davası ile birlikte malikin mülkiyet hakkının sona ermesi için, hakimın bedele hükmetmesinden başka, ayrıca mahkemece hükmedilen bu bedelin malike ödenmiş veya onun adına bir bankaya yatırılmış olması gerekir. Söz konusu bedel malike ödenmedikçe veya onun adına bir bankaya yatırılmadıkça hakim tescil veya tescile karar vermemelidir¹¹⁴.

Kanaatimizce, bu konuda şöyle bir çözüme varılmalıdır: Kamulaştırma halinde malikin kamulaştırılan gayrimenkul üzerindeki mülkiyet hakkının ne zaman sona ereceği, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 4650 sayılı Kanun ile değişik 25'inci maddesinde şu şekilde hükme bağlanmıştır: "...Mülkiyetin idareye geçmesi mahkemece verilen tescil kararı ile olur". Bu yeni hükme göre, mahkemece verilecek tescil kararı ile birlikte malikin mülkiyet hakkı sona erecek ve mülkiyet idareye geçecektir. Ancak, hakimın tescile hükmedebilmesi için, kamulaştırma bedelinin malike ödenmiş veya onun adına bir bankaya yatırılmış olması gerekir. Şu halde, kamulaştırmaz el koyma halinde de, malikin kamulaştırmaz el

E.1999/11175, K.12123 (AKAR, Cilt II, s.1019) . Yarg. 5. HD., 23.9.1999, E.1999/4633, K.13794: "1050 sayılı Muhasebe-i Umumiye Kanununa göre, kamulaştırmaz el atılan taşınmazın, Hazine yerine Milli Savunma Bakanlığı adına tescilli doğru değilse de, bu yanlışın giderilmesi yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden, hüküm fıkrasında (Davalı Milli Savunma Bakanlığı adına tesciline) kelimelerinin çıkarılmasına ve yerine (davacı üzerindeki tapusunun iptali ile Hazine adına tapuya tesciline) kelimelerinin yazılmasına ve hükmün böylece düzeltilerek onanmasına." (AKAR, Cilt II, s.1020) . Yarg. 5. HD., 5.10.1999, E.1999/10600, K.14849: "... Bedelinin tahsiline karar verilen taşınmazın davalı idare adına tescili ile iktifa olunmak gerekirken ayrıca terkin kararı verilmesi doğru değilse de, bu yanlışın giderilmesi yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden, hüküm fıkrasındaki (tapudan terkinine) ilişkin bölümün çıkarılmasına ve hükmün böylece düzeltilerek onanmasına." (AKAR, Cilt II, s.1020) . Yarg. 5. HD., 8.11.1999, E.1999/15469, K.17325: ÖZÜ: "İrtifak hakkı bedeline hükmedildiğine göre, davalı idare lehine irtifak hakkının tesciline karar verilmesi gerekir" (AKAR, Cilt II, s.1020).

113 Yarg. 3. HD., 7.6.1977, E.2799, K.2763: "Kamulaştırmaz el koyma davalarında, mülkiyet hakkının devrine karşılık bedele hükmedilecektir. Bu nedenle, dava konusu taşınmazın kim adına tescili gerekeceği de kesinlikle saptanmalı ve buna da hükmolunmalıdır. Tescil yönünde ilgili tarafın üzerlerine tescil ettirmekte muhtariyetlerine şeklinde hüküm verilemez" (ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.280).

114 ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.64-65. Aynı yönde: KAYA, s.125.

konulan gayrimenkul üzerindeki mülkiyet hakkı, bedel davasına bakan mahkemenin vereceği tescil veya terkin kararı ile (bu kararın kesinleşmesi ile) birlikte sona erecektir. Ancak, hakimın tescile veya terkinde hükmedilmesi için, hükmedilen bedelin malike ödenmiş veya onun adına bir bankaya yatırılmış olması gerekir. Söz konusu bedel malike ödenmiş olmadıkça, mahkemece verilen tescil veya terkin kararı ile birlikte malikin mülkiyet hakkının sona erdiğinden söz edilemez.

Nihayet, mülkiyet hakkı, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 38'inci maddesinde öngörülen 20 yıllık hak düşürücü sürenin geçmesi ile de sona erer. Gerçekten de, söz konusu hükme göre, idarenin gayrimenkule kamulaştırmaz olarak el koyduğu tarihten itibaren 20 yıl geçmekle, malikin bu gayrimenkul ile ilgili her türlü dava hakkı düşer. Bu süre geçtikten sonra, artık malik, müdahalenin men'i, bedel, tazminat veya ecrimisil davası açamaz. Bu sürenin geçip geçmediği hakim tarafından re'sen göz önünde bulundurulur. Doktrin ve uygulamada hakim olan görüşe göre, söz konusu sürenin geçmesi ile birlikte, malikin, kamulaştırma yapılmaksızın el konulan gayrimenkul üzerindeki mülkiyet hakkı sona erecek ve mülkiyet hakkı idareye geçecektir. Dolayısıyla da idare, gayrimenkulün kendi adına tescilini veya tapudan terkinini dava edebilecektir¹¹⁵.

115 ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.462 vd.; ARCAK/KİTİŞ, Cilt II, s.2134; AKAR, Cilt II, s.1021; KAYA, s.126 vd. Yarg. 5. HD., 15.9.1986, E.15212, K.16669: "Kamulaştırma Yasasının 38'inci maddesinde...kamulaştırmaya tabi tutulmadan kamu hizmetine tahsis edilen taşınmaz malın malik, zilyet veya mirasçılarının bu taşınmaz ile ilgili her türlü dava hakkının 20 yıl geçmekle düşeceği belirtildiğine ve davacıların bu taşınmaz üzerinde herhangi bir hakkının kalmadığına göre, taşınmaz malın davacı hazine adına tesciline karar verilmesinde bir tutarsızlık görülmemiştir" (ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.473). Yarg. 5. HD., 23.9.1997, E.1997/11410, K.13463: "Kamulaştırma Kanununun 38'inci maddesi uyarınca kamulaştırma işlemleri tamamlanmadan veya hiç kamulaştırma yapılmadan el atılıp kamu hizmetine ayrılarak üzerinde tesis yapılan taşınmaza ilişkin her türlü dava hakkı 20 yıl geçmekle düşer. Milli Savunma Bakanlığının dava konusu taşınmaza dava tarihinden 20 yıl öncesinden beri el atıp taşınmaz üzerine depo inşa ettiği dosya muhtevasına uygun olarak mahkemece kabul ve takdir kılındığından, idare tarafından açılan tapu iptal ve tescil davasının kabulüne, tapu malikinin açtığı el atmanın önlenmesi davasının ise reddine karar verilmesinde bir isabetsizlik görülmemiştir" (AKAR, Cilt II, s.743). Yarg. 5. HD., 19.2.1998, E.1998/1051, K.1637: "Enerji nakil hattı 1971 yılında geçirilmiştir. Kamulaştırma Kanununun 38'inci maddesi uyarınca kamulaştırma yapılmadan veya kamulaştırma işlemi tamamlanmadan taşınmaza el atma hallerinde, el atma tarihinden itibaren 20 yıllık hak düşürücü süre geçtiğinden, mal sahibinin, el atmanın

IX. Kamulaştırmasız El Koyma Dolayısıyla Açılan Davalarda İdarenin Savunma Olarak İleri Sürebileceği Hususlar

Açılan müdahalenin men'i veya bedel davasında, davalı idare, dava konusu gayrimenkul ile ilgili olarak çeşitli hususları savunma olarak ileri sürebilir. İdare, "bu yere fiilen el koymadığını", "gayrimenkule 3194 sayılı İmar Kanununun 18'inci maddesi uyarınca düzenleme ortaklık payı olarak el konulduğunu ve dolayısıyla da 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 35'inci maddesinin 1'inci cümlesinde belirtilen durumun söz konusu olduğunu", "el koymanın 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 35'inci maddesinin 2'inci cümlesinde belirtilen özel parselasyona dayandığını", "el koymanın kendiliğinden terke dayandığını", "el koymanın 221 sayılı Kanunun kapsamına girdiğini", "20 yıllık hak düşürücü sürenin geçmiş olduğunu"¹¹⁶ savunma olarak ileri sürebilir. Bu konuların her biri yukarıda incelenmiş olduğundan, o bölümlere atıfta bulunmakla yetiniyoruz.

Öte yandan, el konulan gayrimenkulün maliki, el koymadan ötürü, ister müdahalenin men'i davası, ister bedel davası açmış olsun, eğer bu davalardan birinin açılmasından sonra idare tarafından "kamulaştırma" yapılırsa, açılmış olan dava hakkında karar verilmesine yer kalmamış demektir. Bu durumda, konusu kalmamış davanın reddine karar verilmek gerekir. Ancak, yetkili merciin (örneğin Belediye Encümeninin) kamulaştırma kararı vermesi ve hatta bu kararın onaylanması yeterli değildir. Kamulaştırma bedelinin de, bankaya yatırılması gerekir. İdare, bedeli yatırmadan "kamulaştırma yapıldığı" savunmasında bulunamaz¹¹⁷.

kapsamı ile sınırlı olarak, her türlü dava hakkı 20 yıl geçmekle düşer ve karşılığında da davacı idare lehine hak doğar... Kamulaştırma Kanununun 38'inci maddesi uyarınca davacı idarenin irtifak hakkı tesciline ilişkin talebinin kabulü gerekirken... Davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir" (AKAR, Cilt II, s.743) . Aynı yönde: Yarg. 5. HD., 24.6.1997, E.1997/9070, K.10479 (AKAR, Cilt II, s.742).

116 Yarg. 5. HD., 12.5.1998, E.1998/4580, K.7408: "... Davalı idarenin (Milli Savunma Bakanlığı'nın), 1960 yılında taşınmaz atış poligonu ve spor alanı yaparak el attığı, maliklerinin istifadesine engel olunduğu, bizzat davacı tarafından kabul edildiğine, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 38'inci maddesine göre bu el atma tarihinden 20 yıllık hak düşürücü süre geçmekle, taşınmaz malikinin, taşınmaz mal ile ilgili her türlü dava hakkı düşeceğinden, davacının taşınmazı sonradan iktisap etmesi hak düşürücü süreyi yeniden başlatmayacağından, sonucu itibariyle davanın reddine karar verilmesinde bir isabetsizlik görülmemiştir" (AKAR, Cilt II, s.726).

117 ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.67. Yarg. 3. HD., 28.9.1976, E.4835, K.6069: "Kamulaştırma için Belediye Encümeninin karar vermiş olması yeterli değildir. Diğer işlemlerin de oluşmuş ve kamulaştırmanın kesinleşmiş olması gerekir (ARCAK/DOĞRU-

Kamulaştırma yapılmış olmasından ötürü konusu kalmayan davanın reddine karar verince, ortaya, yargılama gideri ve vekalet ücretinin hangi tarafça ödeneceği sorunu çıkmaktadır. Bu konuda, kamulaştırmanın, müdahalenin men'i veya bedel davasının açılmasından önce yapılmış olup olmamasına göre bir ayırım yapılmaktadır. Şöyle ki: Kamulaştırmaz el koyma nedeniyle açılan bu davaların açıldıkları güne kadar kamulaştırma işlemi malike tebliğ edilmemiş ise, malikin söz konusu davaları açmakta haklı olduğu ve idarenin bu davalara sebebiyet verdiği görüşünden hareketle, idare, yargılama gideri ve vekalet ücreti ile sorumlu tutulmaktadır¹¹⁸.

SÖZ s.176 vd.) . Yarg. 5. HD., 24.4.1989, E.1989/1124, K.1989/8723: ÖZÜ: "Kamulaştırmaz el konulan yerin bedelinin ödenmesi için açılan dava sırasında, anılan yerin idarece kamulaştırılması durumunda, davacının davasına devam etmek istemesi üzerine, mahkemece davanın kamulaştırma bedelinin arttırılması davasına dönüştüğü kabul edildiğinden, Kamulaştırma Yasasının 11, 12, 25'inci maddelerindeki esaslar göz önünde tutularak, kamulaştırmaz el atma davasında istenen miktarı geçmemek üzere bedelin arttırılmasına karar verilmesi doğrudur" (ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.183 vd.) . Yarg. 5. HD., 24.11.1983, E.9526, K.10144: ÖZÜ: "Kamulaştırması yapılan yer hakkında, su altında kalsa bile, kamulaştırmaz el koyma nedeniyle dava açılmaz" (ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.188 vd.) . Yarg. 5. HD., 2.4.1984, E.2614, K.2872: ÖZÜ: "Kamulaştırma yapıldığı durumlarda, kamulaştırmaz el atma nedeniyle dava açılmaz" (ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.190 vd.) . Yarg. 5. HD., 4.2.1984, E.10357, K.10430: ÖZÜ: "Kamulaştırma işlemi idare bakımından mahallinde ilan yapılmak suretiyle tebligat evresine getirilmiş ise, tazminata (bedele) karar verilemez" (ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.191 vd.) . Yarg. 5. HD., 6.2.1987, E.120, K.1293: "Noter aracılığı ile tebliğ edilmemesi nedeniyle, hukuken geçerli bir kamulaştırmadan söz edilemeyeceğine göre, olayın kamulaştırmaz el atma olarak nitelendirilmesi doğru bulunmuştur" (ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.195 vd.) . Yarg. 3. HD., 26.12.1978, E.6852, K.7784: ÖZÜ: "Kamulaştırma bedelinin yatırılması ve ilgiliye tebliği gerekir. Bu işlemler yapılmadan açılmış olan kamulaştırmaz el koyma davası red olunamaz" (ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.177).

118 Yarg. 3. HD., 18.5.1976, E.3363, K.4109 (ARCAK/DOĞRUSÖZ, s.107) .