



**FİİLİ YOL**

**2022  
YÜKSEK LİSANS TEZİ  
KAMU YÖNETİMİ**

**Feyza BAHADIR**

**Danışman  
Dr. Öğr. Üyesi Emin HÜSEYİNOĞLU**

**FİİLİ YOL**

**Feyza BAHADIR**

**Dr. Öğr. Üyesi Emin HÜSEYİNOĞLU**

**T.C.**

**Karabük Üniversitesi**

**Lisansüstü Eğitim Enstitüsü**

**Kamu Yönetimi Anabilim Dalında**

**Yüksek Lisans Tezi**

**Olarak Hazırlanmıştır**

**KARABÜK**

**Haziran 2022**

## İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER .....	1
TEZ ONAY SAYFASI .....	5
DOĞRULUK BEYANI.....	6
ÖNSÖZ .....	7
ÖZ .....	8
ABSTRACT .....	9
ARŞİV KAYIT BİLGİLERİ.....	10
ARCHIVE RECORD INFORMATION .....	11
KISALTMALAR.....	12
ARAŞTIRMANIN KONUSU.....	13
ARAŞTIRMANIN AMACI VE ÖNEMİ.....	13
ARAŞTIRMANIN YÖNTEMİ .....	13
ARAŞTIRMANIN HİPOTEZLERİ/ PROBLEM.....	14
KAPSAM VE SINIRLILIKLAR/KARŞILAŞILAN GÜÇLÜKLER.....	14
1.BİRİNCİ BÖLÜM.....	15
İDARİ SORUMLULUK KAVRAMI, İDARİ SORUMLULUĞUN TARİHSEL GELİŞİMİ, FİİLİ YOL KAVRAMI, FİİLİ YOLUN TARİHSEL GELİŞİMİ ..	15
1.1. İdari Sorumluluk Kavramı .....	15
1.2. İdarenin Sorumluluğunun Tarihsel Gelişimi .....	17

1.2.1.Fransız Hukuku .....	17
1.2.1.1. Devletin Sorumsuz Olduğu Dönem .....	17
1.2.1.2.Yumuşatılmış Sorumsuzluk Dönemi .....	19
1.2.1.3.Devletin Sorumlu Olduğu Dönem.....	20
1.2.1.3.a.Kusur Sorumluluğuyla İlgili Blanco Kararı .....	21
1.2.1.3.b.Kusursuz Sorumlulukla İlgili Cames Kararı .....	22
1.2.2.Türk Hukuku .....	23
1.2.2.1.Osmanlı Dönemi.....	23
1.2.2.2. Cumhuriyet Dönemi.....	25
1.2.2.2.a. 1924 Anayasası.....	25
1.2.2.2.b. 1961 Anayasası.....	26
1.2.2.2.c. 1982 Anayasası .....	27
1.3. Fiili Yol Kavramı.....	28
1.4. Fiili Yolun Tarihsel Gelişimi.....	30
1.4.1. Fransız Hukuku .....	30
1.4.1.1. Rousseau kararı.....	31
1.4.1.2. Postes Et Telegraphes Kararı .....	31
1.4.1.3. Pelletier Kararı.....	32
1.4.1.4. Refere Liberte.....	33
1.4.1.5. Bergoend Kararı .....	35
1.4.2. Türk Hukuku .....	37
1.4.2.1. İstimlak Kanunu .....	37
1.4.2.2. 1956 Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı.....	38
1.4.2.3. 1959 Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı.....	39
2.İKİNCİ BÖLÜM .....	41

<b>FİİLİ YOLUN UNSURLARI, FİİLİ YOLUN TÜRLERİ, FİİLİ YOLUN SONUÇLARI, FİİLİ YOLA BENZER KURUMLAR, FİİLİ YOLUN İHLAL ETTİĞİ İLKELER.....</b>	<b>41</b>
<b>2.1. Fiili Yolun Unsurları .....</b>	<b>41</b>
2.1.1. İdareye Ait Eylem .....	41
2.1.2. Hukuka Ağır ve Açık Aykırılık .....	44
2.1.3. Mülkiyet Hakkı veya Temel Hak ve Özgürlüklere Saldırı.....	47
2.1.3.1. Mülkiyet Hakkına Saldırı .....	48
2.1.3.1.a. Kamulaştırmazsız Elatma .....	48
2.1.3.1.a.a. Kamulaştırmazsız Elatmanın Temel Unsurları .....	50
2.1.3.1.a.a.a. Taşınmazın Özel Hukuk Kişisine Ait Olması .....	51
2.1.3.1.a.a.b. Kamulaştırma Yapılmaksızın Fiilen Elatılması ....	51
2.1.3.1.a.a.c. Kamu Yararı Amacı Olması.....	52
2.1.3.1.a.a.d. Hukuka Aykırı Olması .....	54
2.1.3.1.a.b. Kamulaştırmazsız Elatmanın Türleri .....	54
2.1.3.1.a.b.a Fiili Elatma.....	55
2.1.3.1.a.b.b. Hukuki Elatma .....	56
2.1.3.1.a.c. Kamulaştırmazsız Elatmanın Hukuki Denetimi .....	61
2.1.3.1.b. Yıkım Kararı Olmadan Bir Yapının Yıkılması.....	62
2.1.3.2. Temel Hak ve Özgürlüklere Saldırı.....	64
<b>2.2. Fiili Yolun Türleri .....</b>	<b>66</b>
2.2.1. Hukuk Eksikliği .....	66
2.2.2. Usul Eksikliği .....	67
<b>2.3. Fiili Yolun Sonuçları .....</b>	<b>68</b>
2.3.1. Eylemin İdarilik Niteliğinin Değişmesi .....	68

2.3.2. Sorumluluğun Değişmesi .....	69
2.3.2.1. TBK'ya Göre Haksız Fiil Sorumluluğu .....	70
2.3.2.2. TMK'ya Göre Haksız Fiil Sorumluluğu .....	71
2.3.3. Fiili Yolun Yargısal Denetiminde Adli Yargının Tam Yetkili Olması	71
<b>2.4. Fiili Yola Benzer Kurumlar .....</b>	<b>73</b>
2.4.1. Hizmet Kusuru .....	74
2.4.1.1. Hizmet Kusuru Kavramı .....	74
2.4.1.2. Hizmet Kusuru ve Fiili Yol .....	76
2.4.2. Kişisel Kusur .....	79
2.4.2.1. Kişisel Kusur Kavramı .....	79
2.4.2.2. Kişisel Kusur ve Fiili Yol .....	81
2.4.3. Yokluk .....	83
2.4.3.1. Yokluk Kavramı .....	83
2.4.3.2. Yokluk ve Fiili Yol .....	85
<b>2.5. Fiili Yolun İhlal Ettiği İlkeler .....</b>	<b>86</b>
2.5.1. Ölçülülük İlkesi .....	86
2.5.2. Hukuk Devleti İlkesi .....	89
<b>SONUÇ .....</b>	<b>91</b>
<b>KAYNAKÇA .....</b>	<b>94</b>
<b>ÖZGEÇMİŞ .....</b>	<b>103</b>

## TEZ ONAY SAYFASI

Feyza BAHADIR tarafından hazırlanan “FİİLİ YOL” başlıklı bu tezin Yüksek Lisans Tezi olarak uygun olduğunu onaylarım.

Dr. Öğr. Üyesi Emin HÜSEYİNOĞLU .....

Tez Danışmanı, Kamu Yönetimi Anabilim Dalı

Bu çalışma, jürimiz tarafından Oy Birliği ile Kamu Yönetimi Anabilim Dalında Yüksek Lisans tezi olarak kabul edilmiştir. 13/06/2022

**Ünvanı, Adı SOYADI (Kurumu)**

**İmzası**

Başkan: Dr. Öğr. Üyesi Abdülazim İBRAHİM ( KBÜ) .....

Üye: Dr. Öğr. Üyesi Emin HÜSEYİNOĞLU ( KBÜ) .....

Üye: Dr. Öğr. Üyesi Nazım AKSOY ( MAKÜ) .....

KBÜ Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Yönetim Kurulu, bu tez ile, Yüksek Lisans derecesini onamıştır.

Prof. Dr. Hasan SOLMAZ .....

Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Müdürü

## **DOĞRULUK BEYANI**

Yüksek lisans tezi olarak sunduğum bu çalışmayı bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı herhangi bir yola tevessül etmeden yazdığımı, araştırmamı yaparken hangi tür alıntılarım intihal kusuru sayılacağını bildiğimi, intihal kusuru sayılabilecek herhangi bir bölüme araştırmamda yer vermediğimi, yararlandığıım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu ve bu eserlere metin içerisinde uygun şekilde atıf yapıldığıını beyan ederim.

Enstitü tarafından belli bir zamana bağlı olmaksızın, tezimle ilgili yaptığım bu beyana aykırı bir durumun saptanması durumunda, ortaya çıkacak ahlaki ve hukuki tüm sonuçlara katlanmayı kabul ederim.

**Adı Soyadı: Feyza BAHADIR**

**İmza :**



## ÖNSÖZ

Tezimin her aşamasında tecrübesi, fikirleriyle ve emekleriyle bana rehberlik eden, cesaret veren, manevi desteğini hiçbir zaman eksik etmeyen kıymetli tez danışmanım Sayın Dr. Öğretim Üyesi Emin HÜSEYİNOĞLU hocama sonsuz teşekkürlerimi sunarım.

Tez yazım sürecinde gerek maddi gerekse manevi her zaman yanımda duran bana güç veren canım anneme ve kıymetli aileme teşekkür ederim. Son olarak bu yola birlikte çıktığımız sevgili arkadaşım Şevval GÖKTAŞ' a yardımlarından dolayı teşekkür ederim.

## ÖZ

Hukuk devleti ilkesi sadece bireylerin değil, idarenin de hukuk kurallarına uymasını gerektirmektedir. Hukuk devletinde, idarenin hukuk kurallarını ihlal ederek bireylere zarar vermesi idarenin mali sorumluluğunu doğurur. Anayasanın 125. maddesine göre idare kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olup, idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır. Bu maddeye göre, idarenin işlem ve eylemlerine karşı açılan davalar kural olarak idari yargıda görülmektedir. Ancak idarenin “fiili yol” olarak adlandırılan eylemlerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar idari yargıda değil, adli yargıda çözülmektedir. Çünkü fiili yol halinde eylem idarilik niteliğini kaybederek idare ile ilişkilendirilemeyecek duruma gelmektedir.

Fiili yol kavramı, ilk olarak Fransız Danıştayının 1827 tarihli Rousseau kararı ile ortaya çıkmıştır. Daha sonraları ise Türk hukukunda da benimsenmiştir. Fiili yol, herhangi bir mevzuat hükmüne dayanmaksızın idarenin ağır ve açık bir şekilde bireylerin temel hak ve özgürlüklerine müdahale etmesi olarak tanımlanmaktadır. Fiili yol kavramı Yargıtayın 1956 tarihli içtihadı birleştirme kararı ile hukuk sistemimize girmiştir. “İdarenin haksız fiili” olarak da tanımlanan fiili yola ilişkin yargı kararları incelendiğinde, bu kararların büyük çoğunluğu kamulaştırmасız elatma davaları olduğu görülmektedir. Kamulaştırmасız elatma kavramının fiili elatma ve hukuki elatma şeklinde iki türü bulunmaktadır. Kamulaştırmасız elatma dışında hakim kararı olmaksızın mektuplara elatılması, yıkım kararı olmaksızın bir yapının yıkılması, yetkili makamın kararı olmadan bir derneğin yönetimine elatılması veya dolaşım özgürlüğünün kısıtlanması gibi faaliyetler de fiili yol kapsamında değerlendirilmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** Fiili Yol; İdarenin Haksız Fiili; İdarenin Sorumluluğu; Kamulaştırmасız Elatma; Hukuki Elatma; Fiili Elatma

## ABSTRACT

The principle of the rule of law requires not only individuals but also the administration to comply with the rules of law. In a state of law, the administration's harming individuals by violating the rules of law develops the financial responsibility of the administration. According to Article 125 of the Constitution, the administration is obliged to pay the damage arising from its own actions and transactions, and judicial remedy is open against all kinds of actions and transactions of the administration. According to this article, lawsuits filed against the administration's actions are heard in the administrative judiciary. However, disputes arising from the actions of the administration, which are called de facto means, are resolved not in administrative jurisdiction but judicial jurisdiction. Since, in the case of a de facto road, the action loses its administrative quality and becomes unable to be associated with the administration.

The concept of the de facto route first emerged with the Rousseau decisions of the French Council of State in 1827. It was later adopted in Turkish law. The de facto road is defined as the administration's heavy and open interference with individuals' fundamental rights and freedoms without relying on any legislative provision. The concept of the de facto route entered the Turkish legal system with the decision of the Supreme Court to unify the jurisprudence of 1956. In examining the judicial decisions regarding the de facto course, which is also described as the "tortious act of the administration", most of these decisions are confiscation cases without expropriation. There are two types of sequestration without expropriation, de facto sequestration and legal sequestration. However, other than confiscation without expropriation, activities such as confiscating letters without a judge's decision, demolishing a building without a demolition decision, taking over the management of an association, or restricting the freedom of movement are also considered within the scope of de facto action.

**Keywords:** De Facto Way, Negligent Act Of The Administration; Responsibility Of The Administration; Sequestration Without Expropriation; Legal Sequestration; De Facto Sequestration

## ARŞİV KAYIT BİLGİLERİ

Tezin Adı	Fiili Yol
Tezin Yazarı	Feyza Bahadır
Tezin Danışmanı	Dr. Öğr. Üyesi Emin HÜSEYİNOĞLU
Tezin Derecesi	Yüksek Lisans
Tezin Tarihi	2022
Tezin Alanı	Kamu Yönetimi Anabilim Dalı
Tezin Yeri	KBÜ/LEE
Tezin Sayfa Sayısı	103
Anahtar Kelimeler	Fiili Yol; İdarenin Sorumluluğu; Kamulaştırmaz Elatma; Hukuki Elatma; Fiili Elatma

## ARCHIVE RECORD INFORMATION

Name of the Thesis	De Facto Way
Author of the Thesis	Feyza Bahadır
Advisor of the Thesis	Dr. Öğr. Üyesi Emin HÜSEYİNOĞLU
Status of the Thesis	High License Theme
Date of the Thesis	2022
Field of the Thesis	Department of Public Administration
Place of the Thesis	KBU/LEE
Total Page Number	103
Keywords	De Facto Way; Negligent Act Of The Administration; Responsibility Of The Administration; Sequestration Without Expropriation; Legal Sequestration; De Facto Sequestration

## KISALTMALAR

<b>ABD</b>	: Amerika Birleşik Devletleri
<b>AİHM</b>	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
<b>C.</b>	: Cilt
<b>D.</b>	: Daire
<b>DMK</b>	: Devlet Memurları Kanunu
<b>E.</b>	: Esas
<b>HB</b>	: Hukuk Bölümü
<b>HD</b>	: Hukuk Dairesi
<b>HGK</b>	: Hukuk Genel Kurulu
<b>İYUK</b>	: İdari Yargılama Usul Kanunu
<b>İBK</b>	: İçtihadı Birleştirme Kararı
<b>İDDK</b>	: İdari Dava Daireleri Kurulu
<b>K.</b>	: Karar
<b>KT.</b>	: Karar Tarihi
<b>m.</b>	: madde
<b>s.</b>	: sayfa
<b>S.</b>	: Sayı
<b>T.</b>	: Tarih
<b>TBK</b>	: Türk Borçlar Kanunu
<b>TMK</b>	: Türk Medeni Kanunu
<b>Y.</b>	: Yıl

## **ARAŞTIRMANIN KONUSU**

Çalışmanın konusunu, idarenin hukuk dışı faaliyetlerinden biri olan fiili yol oluşturmaktadır. Fiili yol kavramı, idari sorumluluk türleri kapsamında değerlendirilmektedir. Bu sebeple çalışmanın birinci bölümünde idarenin sorumluluğu, idarenin sorumluluğunun tarihsel gelişimi, fiili yol kavramı ve fiili yol kavramının tarihsel gelişimi ele alınmıştır. İkinci bölümde ise fiili yolun unsurları, fiili yolun türleri, fiili yolun sonuçları, fiili yola benzerliği bulunan diğer kavramlar ve fiili yolun ihlal etmiş olduğu ilkelere detaylı bir şekilde yer verilmiştir.

## **ARAŞTIRMANIN AMACI VE ÖNEMİ**

Anayasa ve kanunlarda tanımı bulunmayan fiili yol kavramının mahiyeti, niteliği tartışma konusu oluşturmaktadır. Fiili yol konusunda çok fazla bilimsel çalışma bulunmamaktadır. Doktrinde fiili yola ilişkin örneklerin yalnızca kamulaştırmасız elatmalarla sınırlı olmadığı, fiili yol niteliğinde başka örneklerinde bulunduğu ifade edilmektedir. Ancak uygulamada fiili yola ilişkin kararlara oldukça az rastlanılmaktadır.

Yargı kararları incelendiğinde fiili yol kavramının idarenin sorumluluğu kavramı ile karıştırıldığı görülmektedir. Bu sebeple fiili yol kavramının, idarenin gerçekleştirmiş olduğu diğer usul dışı faaliyetlerle karıştırılması mümkündür. Bu karışıklığı gidermek adına fiili yol kavramıyla benzerlik gösteren diğer kurumların, içtihatlar doğrultusunda karşılaştırmalı olarak incelenmesi büyük önem arz etmekte olup, Türk hukukuna katkı sağlayacaktır.

## **ARAŞTIRMANIN YÖNTEMİ**

Araştırmanın oluşturulması sırasında fiili yol, idari sorumluluk, hizmet ve kişisel kusur, yokluk, kamulaştırmасız elatma (hukuki ve fiili elatma) gibi konuların yer aldığı kitap, dergi, makale, tez, internet kaynakları ve içtihat programları tarama ve inceleme yöntemi tercih edilerek yapılmıştır.

## **ARAŞTIRMANIN HİPOTEZLERİ/ PROBLEM**

İdarenin yapmış olduğu eylem ve işlemler neticesinde birtakım zararlara sebebiyet vermesi araştırma hipotezinin temelini oluşturmaktadır. Buna göre idari sorumluluk ve fiili yol kavramların ne zaman ve hangi koşullar sonucunda ortaya çıkıp günümüzdeki halini aldığı, fiili yol ile ilişkilendirilen diğer kurumlar ve fiili yol niteliğindeki örnekler doktrin ve içtihatlar doğrultusunda incelenerek ele alınmıştır.

## **KAPSAM VE SINIRLILIKLAR/KARŞILAŞILAN GÜÇLÜKLER**

Çalışmada, idari sorumluluk ve fiili yol kavramlarından başlayarak Fransız ve Türk hukukundaki tarihsel gelişim süreçleri, fiili yolun unsurları, fiili yolun türleri, kamulaştırmasız elatma, fiili yolun sonuçları, fiili yola benzer kurumlar ve fiili yolun ihlal ettiği ilkelerden bahsedilmiştir.

Fiili yol konusunda çok az sayıda bilimsel çalışma bulunmaktadır. Doktrinde bu kavramın yeteri kadar tartışılmadığı, Yargıtay, Danıştay ve Uyuşmazlık Mahkemesi içtihatlarında ise fiili yolun kişisel kusur ve hizmet kusuru kavramlarıyla karıştırıldığı görülmektedir. Yargıtay, Danıştay ve Uyuşmazlık Mahkemesi kararları ile gelişmekte olan fiili yol konusunda içtihat farklılıklarının bulunması, mevzuatta fiili yol kavramının tanımlanmamış olması ve kaynak yetersizliği bu konuda bilimsel çalışma yapılmasını zorlaştırmaktadır.



# 1.BİRİNCİ BÖLÜM

## İDARİ SORUMLULUK KAVRAMI, İDARİ SORUMLULUĞUN TARİHSEL GELİŞİMİ, FİİLİ YOL KAVRAMI, FİİLİ YOLUN TARİHSEL GELİŞİMİ

### 1.1. İdari Sorumluluk Kavramı

İdare fonksiyonu idari eylem ve işlemler ile yerine getirilmekte<sup>1</sup> olup, idarenin yerine getirmiş olduğu eylem ve işlemler hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak hukuka aykırı olamaz.<sup>2</sup> Ancak idare, idari yetkilerinin kullanılması sırasında isteyerek veya istemeyerek, kusurlu veya kusursuz yapmış olduğu eylem ve işlemler sonucunda birtakım zararlara sebep olabilmektedir.<sup>3</sup> Ortaya çıkan bu zararlar sonucunda idarenin yargılanması ile yalnızca eylem ve işlemlerin düzeltilmesi değil, bunların mali değeri olan kişisel haklar üzerinde yarattığı etkilerin de karara bağlanması amaçlanmaktadır.<sup>4</sup> Bu noktada idarenin faaliyetlerinden dolayı kişilerin uğramış olduğu zararların idarece tazmin edilmesi idari sorumluluk kavramı ile ifade edilmektedir.<sup>5</sup>

İdarenin sorumluluğu, teknik anlamda kamusal üstünlük ve ayrıcalıkları kullanırken idarenin kamu yararı veya doğrudan bir kamu hizmetinin yürütülmesi sürecinde ortaya çıkan zararın tazmin edilmesidir.<sup>6</sup>

---

<sup>1</sup> Mahmut GÖKPINAR, “Danıştay Kararlarında Hizmet Kusuru- Kişisel Kusur Ayrımı”, *İstanbul Barosu Dergisi*, 80 (5), (2006), s. 1941.

<sup>2</sup> Kemal GÖZLER, *İdare Hukuku: C. II*, (Bursa: Ekin Basım Yayın, 3. Baskı, Mayıs, 2019), s. 1035.

<sup>3</sup> Ramazan ÇAĞLAYAN, *İdari Yargılama Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 13. Baskı, 2021), s. 626; Türk hukuk sözlüğüne göre idarenin sorumluluğu, kamu idare ve kurumlarının gerek kamu hizmetlerinin görülmesi dolayısıyla gerekse kişisel emlakın idaresi ve birer hükmi şahıs marifetiyle bireysel hukuktaki tasarruf ve fiilleri sebebiyle üçüncü kişilere karşı yaptıkları zararlardan doğan mali sorumluluk, zarar ve ziyan borçlarıdır. Türk Hukuk Lügatı, (*Başbakanlık Basımevi*, 3. Baskı), s. 144.

<sup>4</sup> Hasan Nuri YAŞAR, “İdarenin Sorumluluğu Üzerine Düşünceler”, *Journal of Istanbul University Law Faculty*, 66.1: 201-219, (2008), s. 205.

<sup>5</sup> Fatma Ebru GÜNDÜZ / Hakan GÜNDÜZ “İdare Hukukunda Destekten Yoksun Kalma Tazminatı”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 15.3: 225-258, (2011), s. 226.

<sup>6</sup> Ender Ethem ATAY, *İdare Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, 2022), s. 371.

İdarenin eylem ve işlemleri sonucunda ortaya çıkan bu zararlar, bireylerin malvarlığına yönelik olabileceği gibi kişilik varlığına yönelik de olabilmektedir. Ortaya çıkan zararların giderilmesi idari sorumluluk kavramını gündeme getirmektedir.<sup>7</sup> İdarenin vermiş olduğu zararların giderilmesi idarenin mal varlığından bazı değerlerin, zarar gören kişinin mal varlığına cebri olarak aktarılması yoluyla tazmin edilmektedir.<sup>8</sup> Burada dikkat edilmesi gereken konu, idarenin yapmış olduğu bir faaliyet sonucunda ortaya bir zararın çıkmasının gerekli olduğudur. Ortaya çıkan bu zararın gerçek ve kesin olması şarttır. Ayrıca zarara uğrayan kişinin mal varlığında iradesi dışında azalma meydana gelmelidir. Buradaki amaç bireyin mal varlığında veya kişilik haklarına yönelik kendi iradesi veya rızası dışında ortaya çıkan eksilme veya kesin bir artışın engellenmesidir.<sup>9</sup>

Doktrine göre idarenin sorumluluğundan bahsedebilmek için öncelikle bir zararın varlığı idarenin kusurlu veya kusursuz davranışı sonucu meydana gelmeli ve idarenin yapmış olduğu faaliyetler ile zarar arasında bir ilişki, yani illiyet bağı bulunmalıdır.<sup>10</sup> İdarenin yapmış olduğu faaliyet sonucunda ortaya çıkan zararlar bu faaliyet arasında herhangi bir ilişki bulunmadan bu zarardan idarenin sorumlu tutulabilmesi söz konusu değildir. Ancak idarenin kusursuz sorumluluğu ilkesinin alt ilkesi olan sosyal risk ilkesinde istisnai olarak illiyet bağı aranmamaktadır.<sup>11</sup>

İdare yapmış olduğu eylem ve işlemler sonucunda zarara sebebiyet vermişse ve bu zararı kendi rızası ile gidermemesi durumunda, zararın tazmini idari yargı organlarının verdikleri kararlarla sağlanır. Yani idari sorumluluk halinde, zararın giderilmesini karara bağlama yetkisi idari yargı yerlerine aittir.<sup>12</sup> Fiili yol teorisi ise idarenin yapmış olduğu eylem ve işlemlerin idari yargıda denetlenmesinin bir istisnasıdır.<sup>13</sup>

---

<sup>7</sup> ÇAĞLAYAN, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 626.

<sup>8</sup> GÖZLER, *İdare Hukuku: C.II*, s. 1041.

<sup>9</sup> Ender Ethem ATAY, *İdari Yargılama Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, 2021), s. 295.

<sup>10</sup> Şenel SARİKOĞLU, “İdarenin Mali Sorumluluğu Açısından Zarar Kavramı”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 65, S. 4, (2016), s. 2391.

<sup>11</sup> Kürşat AKÇA, “Toplumsal Olaylar Nedeniyle Oluşan Zararlardan İdarenin Sorumsuzluğu”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı C: 2*, (2015), s. 991-998.

<sup>12</sup> GÖZLER, *İdare Hukuku: C.II*, s. 1041.

<sup>13</sup> Yücel OĞURLU, “İdare Hukukunda Fiili Yol ve Yargısal Denetimi”, *Kamu Hukuku Arşivi*, Y. 6, (2003), s. 64.

## 1.2. İdarenin Sorumluluğunun Tarihsel Gelişimi

Modern hukukta idarenin sorumluluğu Fransa’da ortaya çıkmış olup, daha sonraları Türkiye’nin de dahil olduğu diğer ülkeler tarafından kabul edilmiştir.

### 1.2.1.Fransız Hukuku

İdari sorumluluğun ortaya çıkıp günümüzdeki halini almasında üç aşamalı bir süreçten bahsetmek mümkündür.<sup>14</sup> Birinci evre olan 1789 Fransız İhtilali öncesi dönemde “devletin sorumsuzluğu ilkesi” geçerlidir.<sup>15</sup> Fakat daha sonraları kamu çalışanlarının artması, hukuk devleti anlayışının gelişmesi ve liberal devletten sosyal devlete geçilmesi gibi olaylar sonucunda devletin sorumsuzluğu düşüncesinden yavaş yavaş uzaklaşmıştır.<sup>16</sup>

1789 ile 1872 yılları arasındaki ikinci evrede kural olarak devletin sorumsuzluğu ilkesi varlığını korumakla birlikte birtakım konularda idari sorumluluğun kabul edildiği görülmektedir. Bundan dolayı bu evre “yumuşatılmış sorumsuzluk dönemi” olarak da adlandırılmaktadır. İdari sorumluluğunun kabul gördüğü olan üçüncü evrede ise Fransız Danıştayına idare ile kişiler arasındaki uyuşmazlıklar için kesin karar verme yetkisinin tanındığı 1872 tarihi ile başlamaktadır. Bu dönemde Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi 1873 tarihli Blanco kararı ile idarenin kusur sorumluluğu ve Fransız Danıştayının 1895 tarihli Cames kararı ile ise idarenin kusursuz sorumluluğu kabul edilmiştir.<sup>17</sup>

#### 1.2.1.1. Devletin Sorumsuz Olduğu Dönem

19. yüzyılın başlarına kadar devam eden dönemde kural olarak devletin sorumsuzluğu hakimdi.<sup>18</sup> Dönemin siyasal yapısı “egemen devlet” ilkesine

---

<sup>14</sup> Canan YAVUZ, “Yargı Kararlarında İdarenin Hukuki Sorumluluğu ve Hizmet Kusuru”, (Yüksek Lisans Tezi, Trakya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi Anabilim Dalı, Edirne, 2019), s. 6.

<sup>15</sup> ÇAĞLAYAN, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 628.

<sup>16</sup> Müzeyyen EROĞLU DURKAL, “İdarenin Sorumluluğunun Ortaya Çıkışı ve Temeli”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (2019), 23.1: 159-189, s. 164.

<sup>17</sup> ÇAĞLAYAN, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 628-629.

<sup>18</sup> YAVUZ, s. 6.

dayanmaktadır.<sup>19</sup> Egemen devlet ilkesi gereğince yasama, yürütme ve yargı erkleri tek bir yöneticinin elinde bulunmakta, kamu görevlileri de yöneticinin verdiği emirleri birebir yerine getirmekle yükümlüdür.<sup>20</sup> Kamu görevlileri yöneticinin emrine uygun hareket ettiği sürece, faaliyetlerinden dolayı devletin hukuki sorumluluğu bulunmamaktadır.<sup>21</sup> Ancak kamu görevlileri, kralın emirleri dışına çıkar ve bu faaliyetlerden dolayı zarar ortaya çıkarsa, zarardan kamu görevlisi bizzat sorumludur.<sup>22</sup> Hatta bu dönemde kamu görevlilerine karşı dava açılabilmesi sınırlı tutulmuştur. Bu dönemde kamu görevlisine karşı ancak Fransız Danıştayının onayı üzerine dava açılabilmiştir.<sup>23</sup> Bu durumda zarar gören kişinin, gerçek anlamda bu olanaktan yani hakkını dava yoluyla arama olanağından, yararlandığını söylemek oldukça zordur.<sup>24</sup>

19. yüzyılın ilk yarısına kadar devletin sorumluluğu ilkesi, sadece özel bir kanun ile öngörüldüğü durumda kabul edilmekteydi.<sup>25</sup> Egemen güç olan devlet, denetime tabi olmadığından dolayı herhangi bir hesap verme yükümlülüğü altında bulunmamaktadır.<sup>26</sup> Ülkedeki “kral kötülük edemez” anlayışı gereğince devletin sorumlu tutulması uzun süre engellenmiştir.<sup>27</sup> Bu ilkedен hareketle kralın kişilere herhangi bir zarar vermeyeceği, dolayısıyla tazminata da gerek olmadığı kabul edilmekteydi.<sup>28</sup> Ayrıca bu dönemde devletin bireye zarar vermesi durumunda bile mahkemeler kamu otoritesini denetleyebilme yetkisine sahip değildi.<sup>29</sup>

---

<sup>19</sup> Reşit GÜRBÜZ, *İdare Hukuku*, (Ankara: Hür Yayıncılık, 1. Baskı, Kasım, 2015), s. 522.

<sup>20</sup> YAVUZ, s. 6.

<sup>21</sup> GÜRBÜZ, *İdare Hukuku*, (Ankara: Hür Yayıncılık, 1. Baskı, Kasım, 2015), s. 522.

<sup>22</sup> EROĞLU DURKAL, s. 164-165.

<sup>23</sup> Mehmet GÜNEŞ / Mustafa GÜNDÜZ, “Kamu Görevlisine Rücu Edilmesinde Hukuki Sorunlar ve İdari Yargı Kararları Işığında Güncel Bir Değerlendirme”, *Ufuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, C. 4, S. 7, (2015), s. 8.

<sup>24</sup> GÜRBÜZ, *İdare Hukuku*, (Ankara: Hür Yayıncılık, 1. Baskı, Kasım 2015), s. 522.

<sup>25</sup> LEMOTHE A. L. G. Dutheillet de- Çeviren: DERBİL S., “İdarenin Haksız Fiil Dolayısıyla Mesuliyeti Konusunda Fransız Kamu Hukukundaki Gelişmeler”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 17(1), (1960), s. 113.

<sup>26</sup> EROĞLU DURKAL, s. 164.

<sup>27</sup> DERBİL, s. 113.

<sup>28</sup> GÖZLER, *İdare Hukuku: C. II*, s. 1045.

<sup>29</sup> Muharrem BALCI, Ömer ANIK, Abdullah KAYAN, Ümmügülsüm KILINÇ, “Devletin (İdarenin) Hukuki Sorumluluğu”, *Ekim* (2018), s. 6.

Bu anlayışa göre, ortak yararı gerçekleştirebilmek adına devletin bazı kişilere zarar vermesi olağan bir durum olup, zarara uğrayanlar bu zarara kendileri katlanmak durumundadır.<sup>30</sup> Çünkü kral toplumun refah ve mutluluğu için her türlü tedbiri almakla yükümlüdür.<sup>31</sup> Devletin sorumsuzluğu ilkesi, egemenlik ilkesinin uzantısı niteliğindedir.<sup>32</sup>

Bu dönemde devletin sorumsuzluğu ilkesi sanıldığı gibi büyük sorunlara sebep olmamıştır. Çünkü dönemin hakim olan liberal devlet anlayışına göre devlet; savunma, güvenlik, adalet, diploması gibi belirli alanlarda faaliyet göstermekte olup, bu alanlarda devletin bireye zarar verme ihtimali oldukça azdır.<sup>33</sup>

### 1.2.1.2.Yumuşatılmış Sorumsuzluk Dönemi

1789 ile 1872 yılları arasındaki dönem idarenin sorumluluğu açısından “yumuşatılmış sorumsuzluk dönemi” olarak adlandırılmaktadır. 1789 yılında Fransız İhtilali gerçekleşmiş, İnsan ve Vatandaş Hakları Beyannamesi yayımlanmıştır.<sup>34</sup> İhtilal sonrasında otorite kullanan kişiler eski alışkanlıklarının devamı olarak kamu idaresinin yargılanmasını olumlu karşılamamıştır.<sup>35</sup> Örneğin, Beyannamenin 15. maddesinde toplumun, kamu görevlerinden görevleriyle ilgili hesap sorma hakkı olduğu belirtilmiştir. Ancak bu madde devletin sorumluluğu yerine kamu görevlilerinin sorumluluğu düşüncesini geliştirmekten öteye gidememiştir.<sup>36</sup> Yani devletin sorumsuzluğu ilkesi yalnızca merkezi idare için geçerli olmakla birlikte yerel yönetimler, egemen olmadıkları için görevleri nedeniyle oluşan zararlardan dolayı sorumlu tutulmuştur.<sup>37</sup>

---

<sup>30</sup> EROĞLU DURKAL, s. 164-165.

<sup>31</sup> Ömer ANAYURT, Türk Hukukunda İdarenin Kusura Dayalı Sorumluluğu, (Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 1989), s. 11-12.

<sup>32</sup> GÖZLER, *İdare Hukuku, C. II*, s. 1045.

<sup>33</sup> GÖZLER, *İdare Hukuku, C. II*, s. 1045.

<sup>34</sup> YAVUZ, s. 6-7.

<sup>35</sup> BARDAKÇI, s. 23

<sup>36</sup> YAVUZ, s. 6-7.

<sup>37</sup> EROĞLU DURKAL, s. 164-165.

1789 Fransız İhtilali'nden sonra kurucu meclis ile krala ait olan egemenlik hakkı millete geçerek önceki dönemde geçerli olan kralın sorumsuzluğu ilkesi, idarenin sorumsuzluğu sonucunu doğurmuştur. Çünkü önceki dönemde geçerli olan egemenlik görüşü değişmemiş, yalnızca şekil değiştirmiştir.<sup>38</sup> Kralın kişiliği ile temsil olunan egemenlik, halk egemenliği ile temsil edilmeye başlamıştır. Buna göre ortak yarar için hareket eden halkın, özel kişilere zarar vermesi olağan bir durumdur. Bu nedenle idarenin sorumsuzluğu ilkesi egemenlik ilkesinin bir uzantısı olarak kabul edilebilir.<sup>39</sup>

Fransız İhtilalinden önceki dönemde uygulanan idarenin sorumsuzluğu ilkesi, bu dönemde tam olarak uygulanmamakla birlikte ilkenin bazı istisnaları bulunmaktadır. Örneğin idarenin sorumsuzluğu ilkesi, idarenin yaptığı sözleşmeler alanında geçerli değildi. İdarenin taraf olduğu bir sözleşmenin ihlalden kişiler zarar görürse, bu zararları idare tazminle yükümlü tutulmaktaydı. Ayrıca bu dönemde, idarenin sorumsuzluğu ilkesine kanunla istisna getirilebileceği kabul edilmişti.<sup>40</sup>

Özetle bu dönemde Fransız İhtilali'nden sonra egemen devlet ilkesi geçerliliğini kaybetmiş olsa bile idarenin sorumsuzluğu ilkesi varlığını sürdürmeye devam etmiştir.<sup>41</sup>

### **1.2.1.3.Devletin Sorumlu Olduğu Dönem**

19. yüzyıla gelindiğinde sorumsuz devlet ilkesi birtakım etkilerle yavaşça sarsılmaya başlamış ve devletin sorumluluğuna doğru adımlar atılmaya başlanmıştır. Bu yeni gelişmelerin temelinde yatan en önemli nedenlerden birisi kuşkusuz siyasi, felsefi ve ekonomik düşüncelerde meydana gelen köklü değişimlerdir.<sup>42</sup> Çünkü bu dönemde artık idarenin faaliyetleri oldukça geniş alana yayılmış durumdadır. Dolayısıyla idarenin özel kişilere zarar verme ihtimali de artmıştır. Böyle bir durumda idarenin özel kişilere verdiği zararın giderilmemesi haksız ve adaletsiz uygulama olarak görülmeye

---

<sup>38</sup> Buse SAKAR, “İdarenin Kusursuz Sorumluluğu Kapsamında Sosyal Risk İlkesi”, (Yüksek Lisans Tezi, Başkent Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku, Ankara, 2020), s. 42.

<sup>39</sup> GÖZLER, *İdare Hukuku: C: II*, s. 1045.

<sup>40</sup> Özlem EROL, “İdari Yargı Kararları Işığında İdarenin Kusursuz Sorumluluğu ve Sosyal Risk İlkesi”, (Yüksek Lisans Tezi, Karadeniz Teknik Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Yönetimi Anabilim Dalı, Trabzon, Eylül, 2013), s. 18.

<sup>41</sup> GÖZLER, *İdare Hukuku: C: II*, s. 1045.

<sup>42</sup> ANAYURT, s. 13.

başlamıştır. Böylece idarenin sorumluluğu hakkaniyetin ve sosyal ihtiyaçların bir gereği olarak ortaya çıkmıştır.<sup>43</sup>

Bu dönemden sonra “kral kötülük edemez” anlayışı yerini “herkes neden olduğu zararı gidermek zorundadır” şeklinde ifade edilen devletin sorumluluğu ilkesi önem kazanmaya başlamıştır.<sup>44</sup> Buna göre hukuk devleti gereğince idarenin hukuka uygun hareket etmesi ve hukuka aykırı faaliyetler sonucu doğan zararların giderilmesi zorunlu tutulmuştur.<sup>45</sup>

Hak ve özgürlüklerin ortaya çıkması ve gelişmesiyle birlikte idare hukukunun ortaya çıktığı ülke olan Fransa’da idari sorumluluk ve bu sorumluluğun sonucunda zarar görenlere tazminat ödenmesi konusunda birtakım gelişmeler yaşanmıştır.<sup>46</sup> Blanco ve Cames kararları ile birlikte Fransa’da idari sorumluluğa ilişkin uyuşmazlıklar sonucunda zarara uğrayan kişiler lehine kararlar alınmaya başlanmıştır.<sup>47</sup> Bu kararlarda, sorumluluğun diğer hukuki sorumluluktan farklı olduğu, kendine özgü kurallarının bulunduğu ve idari yargı hakiminin görevli olduğu belirtilmiştir.<sup>48</sup> Bu görüş Fransa’dan sonra diğer Kara Avrupası ülkeleri, ABD, İngiltere ve İsviçre’de kabul edilerek idari sorumluluk kavramı günümüze kadar ulaşmıştır.<sup>49</sup>

### **1.2.1.3.a.Kusur Sorumluluğuyla İlgili Blanco Kararı**

19. yüzyılın ortalarına kadar Fransa’da devletin sorumluluğu, esas olarak özel bir kanunla gerekli görüldüğü hallerde kabul edilmekteydi. Fakat 1873 tarihli Fransız Uyuşmazlık Mahkemesinin Blanco kararı ile idarenin haksız fiillerinden dolayı

---

<sup>43</sup> GÖZLER, *İdare Hukuku, C. II*, s. 1047.

<sup>44</sup> EROĞLU DURKAL, s. 160

<sup>45</sup> Ahmet BOZDAĞ, “İdare Hukukunda İdarenin Hizmet Kusuru ve Danıştay Uygulaması”, *Türk İdare Dergisi*, 468: 33-48, (2010), s. 33.

<sup>46</sup> GÜNEŞ/GÜNDÜZ, s.8; YAVUZ, s. 7.

<sup>47</sup> Muhammed Ali AYDIN, “İdarenin Hizmet Kusurundan Doğan Sorumluluğu”, (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Şehir Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Haziran, 2015), s. 81.

<sup>48</sup> Musa SAĞLAM, “Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi 2015 Reformu: Değişiklikler ve Gereçekleri”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, (2015), 5: 667-706, s. 673.

<sup>49</sup> YAVUZ, s. 7; Amerika’da da 1946 tarihli kanunla bazı durumlarda idarenin sorumluluğu kabul edilmiştir. (ONAR, s. 1691).

sorumluluğu ilkesi kabul edilmiştir.<sup>50</sup> Bu karar idarenin sözleşme dışı sorumluluğunun ve tazminat sorumluluğunun kabulünü sağlamakla birlikte idari sorumluluk ile özel hukuk sorumluluğunu ayırmaktadır.<sup>51</sup>

Blanco kararına konu olayda, devlet tarafından emanet usulüyle işletilen tütün işletmesinde dört işçinin yönlendirmiş olduğu bir vagonun devrilmesi sonucunda beş yaşındakiANGES Blanco ağır şekilde yaralanmıştır.<sup>52</sup>ANGES'in babası Fransız Medeni Kanununa göre iş verenin sorumluluğuna yönelik kararlara dayanarak idareye karşı tazminat davası açmıştır. Vali tazminat davasının idari yargıda değil, adli yargıda açılacağını ileri sürerek davaya karşı görev uyuşmazlığı kararı vermiştir. Bunun üzerine Uyuşmazlık Mahkemesi, kamu hizmetlerinin yürütülmesinde kamu görevlileri tarafından verilen zararlardan dolayı idarenin sorumluluğuna karar vermiştir. Ancak mahkeme bu kararın genel ve mutlak olmadığını da belirtmiştir.<sup>53</sup>

Fransız Uyuşmazlık Mahkemesinin bu kararı, genel kabul gören anlayışı sarsmış ve sorunu çözen sonuçlar doğurmuştur. Mahkeme; bu durumlarda görevli yargı yerinin idari yargı olduğunu belirlemiş, idarenin sözleşme dışı tazminat sorumluluğunun varlığını ortaya çıkarmış ve idari yargı yetkisi ile idare hukukunun içeriği arasında kesin bağ kurmuştur.<sup>54</sup>

### **1.2.1.3.b.Kusursuz Sorumlulukla İlgili Cames Kararı**

Fransız Danıştay, kusursuz sorumluluk ilkesini ilk kez 1895 tarihli Cames kararıyla benimsemiştir. Bu karar, mesleki bir kaza nedeniyle devletin istihdam ettiği bir işçinin uğramış olduğu zararın tazmine ilişkindir.<sup>55</sup> Karara konu olan olayda, idareye ait bir tersanede demir döverken demir parçasının kopması sonucunda işçi sakatlanmıştır. İşçi, idareye karşı Danıştayda dava açmıştır. Davalı idare, olayda herhangi bir kusurunun olmadığını, bu sebeple tazminat kararı verilemeyeceğini ileri

---

<sup>50</sup> DERBİL, s. 113.

<sup>51</sup> Aysema Pelin ŞAŞMAZ, “İdarenin Sorumluluğu ve Danıştay Kararlarındaki Görünümüne Genel Bakış”, *Ekonomi İşletme Siyaset ve Uluslararası İlişkiler Dergisi*, (2016), 2.2: 211-235, s. 215.

<sup>52</sup> GÖZLER, *İdare Hukuku, C.II*, s. 1046; BALCI/ ANIK/ KAYAN/ KILINÇ, s. 6.

<sup>53</sup> GÖZLER, *İdare Hukuku, C.II*, s. 1046-1047.

<sup>54</sup> YAŞAR, “İdarenin Sorumluluğu Üzerine Düşünceler”, s. 203.

<sup>55</sup> Hayrettin YILDIZ, “İdarenin Sosyal Risk Sorumluluğunda İlliyet Bağı Meselesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (2015), 116: 135-178, s. 146.



sürmüştür. Mahkeme, olayda işçinin herhangi bir tedbirsizlik veya dikkatsizlik halinin bulunmadığını, devletin kamu görevlilerini risklere karşı korumakla yükümlü olduğunu belirterek zararın idarece tazmin edilmesine karar vermiştir.<sup>56</sup> Bu kararla birlikte, risk ilkesi ve kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesini bünyesinde barındıran kusursuz sorumluluk ile sorumluluk hukuku somut bir niteliğe kavuşmuştur.<sup>57</sup>

Cames kararı sonucunda kamu görevlilerinin mesleki risklerden dolayı zarar görmeleri halinde zararın tazminine ilişkin 1898 tarihli İş Kazaları Hakkında Kanun çıkartılmıştır. Bunun sonucunda kamu kurumlarında çalışan işçiler ve kamu görevlilerine yönelik çeşitli sosyal güvenlik kurumları oluşturulmuş olup, çalışanlar mesleki risklere karşı sosyal güvence altına alınmıştır.<sup>58</sup>

## **1.2.2.Türk Hukuku**

### **1.2.2.1.Osmanlı Dönemi**

Osmanlı hukukunda padişahlar, Avrupa'daki krallardan farklı olarak sadece yürütme konusunda kamu yararı ile sınırlandırılan geniş yetkilere sahipti.<sup>59</sup> Devletin padişah ve padişahın ailesinden ayrı hukuki bir varlığı bulunmakla birlikte<sup>60</sup>, padişahlar yeryüzünde dinin ve devletin temsilcisi olarak görülmekteydi.<sup>61</sup>

Padişahın yapmış olduğu faaliyetler şer'i hükümlere uygun olmalıydı. Ancak bu faaliyetleri denetleyecek ya da faaliyetler sebebiyle padişahı yargılayacak bir kurum mevcut değildi. Bu nedenle kural olarak padişahın ve devletin sorumsuzluğu kabul edilmekteydi.<sup>62</sup>

Dönemin hakim görüşü olan egemen devlet anlayışı, Osmanlı Devleti'nin teokratik devlet anlayışı ile uyum içindeydi. Bu sebeple kamu görevlileri görevlerini

---

<sup>56</sup> EROĞLU DURKAL, s. 168.

<sup>57</sup> YILDIZ, "İdarenin Sosyal Risk Sorumluluğunda İlliyet Bağı Meselesi", s. 146.

<sup>58</sup> Ramazan ÇAĞLAYAN, "Risk İlkesi Gereğince İdarenin Kusursuz Sorumluluğu Bağlamında Sosyal Risk İlkesi", *Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu*, (2009), 28: 29, s. 466.

<sup>59</sup> Bahtiyar AKYILMAZ/ Murat SEZGİNER/ Cemil KAYA, *Türk İdari Yargılama Hukuku*, Ekim, s. 513.

<sup>60</sup> Halil CİN/ Ahmed AKAGÜNDÜZ, *Türk Hukuk Tarihi*, (Osmanlı Araştırmaları Vakfı, 2012), s. 224.

<sup>61</sup> AKYILMAZ/ SEZGİNER/ KAYA, s. 513.

<sup>62</sup> AKYILMAZ/ SEZGİNER/ KAYA, s. 513.

yürütürken verdikleri zararlardan dolayı sorumsuz olduğu anlayışı başlangıçta Osmanlı Devleti'nde kabul görmüştür.<sup>63</sup> Yani padişahın mutlak olarak sorumsuz olması esastı.<sup>64</sup>

Bütün güçler padişahın kişiliğinde toplanmış olup, sorumluluk ancak Allah'a karşıdır. Bir yandan eski egemenlik anlayışına, bir yandan da islam siyaset ilkelerine dayanan özellikler padişaha kamu hukukunda ayrı ve üstün bir yer vermektedir.<sup>65</sup> Padişah adına devlet işlerini yürüten kamu görevlileri, yaptıkları işlem ve eylemlerden dolayı yönetilenlere hesap vermek zorunda değillerdi.<sup>66</sup> Padişaha bağlı oldukları için kamu görevlileri, sadece padişahın verdiği görev dışındaki faaliyetlerinden sorumlu tutulmaktaydı. Bu kamu görevlilerinin kişisel sorumluluğu olduğu için devletin sorumluluğuna gidilemezdi.<sup>67</sup> Benimsenmiş olan sorumsuzluk ilkesinin tek istisnası devletin özel hukuk işlemlerini oluşturmaktaydı.<sup>68</sup>

İslam devletlerinde adaletin yerine getirilmesi padişahın en büyük görevi sayılmaktaydı. Bu amaçla halkın şikayetleri dinlenip çözüme kavuşturulurdu.<sup>69</sup> Ancak bu noktada bir yargılamadan daha çok idare aleyhine yapılan şikayetlerin çözümlenmesi esastı.<sup>70</sup> 1789 Fransız İhtilali tüm dünyayı etkisi altına almış olduğu gibi Osmanlı Devleti'ni de etkilemiştir. Bunun sonucunda hak ve özgürlük anlayışı sınırlı bir şekilde Tanzimat Fermanı ile ortaya çıkmıştır.<sup>71</sup>

1839 yılına kadar varlığını koruyan devletin sorumsuzluğu ilkesi<sup>72</sup>, Tanzimat döneminde yargı usulünde nizami mahkemelerin kurulması ile birlikte yargı erki gün geçtikçe şer'i mahkemeler aleyhine genişlemiş ve devletin sorumluluğu ilkesi gündeme gelmeye başlamıştır.<sup>73</sup>

---

<sup>63</sup> YAVUZ, s. 9.

<sup>64</sup> Ahmet KILINÇ, "Hizmet Kusuru ve Fiili Yol (İdarenin Haksız Fiili)", (www.turkhukusitesi.com/makale\_120.htm, Erişim Tarihi: 04.05.2022).

<sup>65</sup> ANAYURT, s. 16.

<sup>66</sup> GÜRBÜZ, *İdare Hukuku*, (Ankara: Hür Yayıncılık, 1. Baskı, Kasım, 2015), s. 523.

<sup>67</sup> YAVUZ, s. 9.

<sup>68</sup> KILINÇ, (www.turkhukusitesi.com/makale\_120.htm).

<sup>69</sup> Halil İNALCIK, *Osmanlı'da Devlet Hukuk Adalet*, (İstanbul: Eren Yayıncılık, 2. Baskı, 2005), s. 76

<sup>70</sup> EROĞLU DURKAL, s. 174.

<sup>71</sup> YAVUZ, s. 9.

<sup>72</sup> EROĞLU DURKAL, s. 174.

<sup>73</sup> İlber ORTAYLI, *Türkiye Teşkilat ve İdare Tarihi*, (Ankara: Cedit Neşriyat, 6. Baskı, 2017). s. 415.

Yaşanan yeniliklerin ardından 1868 yılında günümüzdeki ismi Danıştay olan Şurayı Devletin kurulması idare hukuku alanındaki yenilik hareketlerinden biri olmuştur.<sup>74</sup> Devletin sorumluluğu anlayışı, Şurayı Devletin kurulmasından sonra hız kazanmıştır. Bu döneme kadar kısmen de olsa özel hukuk esasları çerçevesinde düşünülen devletin sorumluluğuna, ancak bu tarihten sonra kamu hukuku hükümleri uygulanmaya başlanmıştır.<sup>75</sup> Devletin sorumluluğunun idarenin yargısal sorumluluğuna bağlandığı bu dönemde, bireysel hak ve özgürlükler anayasada yer almasına rağmen, yargısal denetim konusunda herhangi bir gelişme sağlanamamıştır.<sup>76</sup>

1876 Kanuni Esasi'ye göre, bireyler ile devlet arasında ortaya çıkacak olan uyuşmazlıkları karara bağlama yetkisi Şurayı Devletin değil, genel mahkemelerin görev alanına girmektedir. Buna bağlı olarak idarenin kişilere vermiş olduğu zararlara karşı zarara uğrayanların özel hukuk kurallarına dayanarak adli yargıda dava açmaları mümkün hale gelmiştir. Yani bu dönem için idarenin kamu hukuku sorumluluğu değil, özel hukuk sorumluluğundan bahsetmek mümkündür.<sup>77</sup>

### **1.2.2.2. Cumhuriyet Dönemi**

#### **1.2.2.2.a. 1924 Anayasası**

1924 Anayasası'nda idarenin mali sorumluluğu hakkında herhangi bir hüküm bulunmamaktadır.<sup>78</sup> Ancak 1924 Anayasası'nın 51. maddesi ile Danıştay (Şurayı Devlet), ilk kez yüksek mahkeme olarak kurulmuş ve idari yargı fonksiyonunu yürütmekle görevlendirilmiştir.<sup>79</sup> 1925 tarihli Şurayı Devlet Kanunu'nun 15.

---

<sup>74</sup> YAVUZ, s. 9.

<sup>75</sup> AKYILMAZ/ SEZGİNER/ KAYA, s. 513.

<sup>76</sup> ANAYURT, s. 17; Arife ÖNDER, “İdarenin İdari Eyleminden Doğan Sorumluluğu”, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, 2006), s. 14; 1876 Anayasası'nın 85. maddesine göre idare ile kişiler arasında ortaya çıkan davaların adli yargıda görüleceği düzenlendiği için idari kusur kavramı bu dönemde gelişmemiştir. (Yasin SÖYLER, “Yargıtay Kararları Işığında Kişisel Kusur”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (2010), 14.2: 555-592, s. 561-562).

<sup>77</sup> GÖZLER, *İdare Hukuku: C. II*, s. 1047.

<sup>78</sup> KILINÇ, ([www.turkhukuk sitesi.com/makale\\_120.htm](http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_120.htm)).

<sup>79</sup> AKYILMAZ/ SEZGİNER/ KAYA, s. 513; 1924 Anayasasının 51. maddesine göre, “İdari dava ve ihtilafları rüyet ve hal, Hükümetçe ihzar ve tevdi olunacak kanun layihaları ve imtiyaz mukavele ve şartnameleri üzerine beyanı mütalaa, gerek kendi kanunu mahsus ve gerek kavanini saire ile muayyen vezaifi ifa etmek üzere bir Şurayı Devlet teşkil edilecektir. Şurayı Devletin rüesa ve azası vezaifi

maddesinde Danıştayın idari davalara bakacağı ve bunları karara bağlayacağı belirtilmektedir.<sup>80</sup> Şurayı Devlet Kanunu'nun 123. maddesinde ise adli yargının bakmakla görevli olduğu uyuşmazlıklar dışında, idarenin eylem ve işlemlerinden dolayı zarara uğrayanlar tarafından açılacak davalara Danıştay Dava Dairelerinin bakmakla görevli olduğu hüküm altına alınmıştır.<sup>81</sup> Bu düzenleme ile idarenin sorumluluğunun hukukumuzda tamamen kabul edildiği söylenebilir. Yani idari sorumluluğun gerçek anlamda doğuşu ve gelişimi Cumhuriyet döneminde, Şurayı Devletin fiilen çalışmaya başladığı 1927 yılından sonra olmuştur.<sup>82</sup>

#### **1.2.2.2.b. 1961 Anayasası**

1961 Anayasası'nın hazırlanmasındaki temel amaç demokratik bir hukuk devleti gerçekleştirme düşüncesidir. 1961 Anayasası'nın 2. maddesinde Cumhuriyetin niteliklerinden biri olarak sayılan hukuk devletini gerçekleştirmeye yönelik bir düzenlemeye gidilmiştir.<sup>83</sup> Bu bağlamda idari sorumluluk ile ilgili köklü değişim 1961 Anayasası'nın 114. maddesi ile gerçekleşmiştir. Anayasanın 114. maddesine göre, "İdare kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararları ödemekle yükümlüdür". Bu madde ile idari sorumluluk, anayasal bir ilke halini gelmiş ve sorumluluğun düzenlenmesine dair önemli bir adım atılmıştır. Bu madde ile sorumluluğun kapsamı yargısal içtihatlarla belirlenen sınırı aşarak anayasa kuralı haline gelmiştir.<sup>84</sup>

1964 tarihli Danıştay Kanunu'nun 30. maddesine göre, idarenin eylem ve işlemlerinden dolayı zarara uğrayanlar tarafından açılacak tam yargı davaları idari dava türleri arasında sayılmıştır. Böylece ilk olarak, Türk hukukunda idarenin kişilere karşı verdiği zararlardan dolayı sorumluluğu hiçbir şüpheye yer bırakmayacak biçimde yazılı bir hukuk kuralı olarak anayasa kuralına bağlanmıştır.<sup>85</sup>

---

*mühimmede bulunmuş, ilim, ihtisas tecrübeleri ile mütemeyyiz zevat meyanından Büyük Millet Meclisince intihap olunur".*

<sup>80</sup> ANAYURT, s. 21.

<sup>81</sup> 30 Aralık 1938 tarihli Devlet Şurası Kanunu, (www.resmigazete.gov, Erişim Tarihi: 15.03.2022).

<sup>82</sup> ÇAĞLAYAN, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 629.

<sup>83</sup> ANAYURT, s. 23.

<sup>84</sup> ÖNDER, s. 18.

<sup>85</sup> ANAYURT, s. 24.

1965 tarihli DMK'nın 13. maddesi ile de idari sorumluluk açısından önemli bir düzenleme getirilmiştir. Kanunun 13. maddesine göre,

Kişiler kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar. Ancak, Devlet dairelerine tevdi veya bu dairelerce tahsil veya muhafaza edilen para ve para hükmündeki değerli kağıtların ilgili personel tarafından zimmete geçirilmesi halinde, zimmete geçirilen miktar, cezai takibat sonucu beklenmeden Hazine tarafından hak sahibine ödenir. Kurumun, genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır.

Bu madde ile kamu görevlilerinin idare adına yaptıkları faaliyetlerden üçüncü kişilerin zarara uğraması halinde, idare idari sorumluluğa tabi tutulacaktır.<sup>86</sup>

### 1.2.2.2.c. 1982 Anayasası

1961 Anayasası'nın Cumhuriyetin niteliklerinden biri olarak saydığı hukuk devleti ilkesi, 1982 Anayasası'nda da varlığını korumuştur. Dolayısıyla idarenin yargısal denetimini sağlayıcı hükümler aynen bu anayasada da tekrarlanmıştır.<sup>87</sup>

1982 Anayasası'nın 125. maddesinde idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yoluna başvurulabileceği konusu düzenlendikten sonra, bu eylem ve işlemlerden dolayı ortaya çıkacak olan zararların yine idare tarafından karşılanacağı öngörülmüş, idarenin sorumluluğu anayasal bağlamda koruma altına alınmıştır.<sup>88</sup> Madde ile hukuk devleti gereğince idarenin mali sorumluluğu kabul edilmiştir.<sup>89</sup> Ancak Anayasa'nın 125. maddesine göre, sorumluluğun hizmet kusuruna mı, yoksa kusursuz sorumluluğa mı dayandığı konusunda bir netlik bulunmamaktadır. Bu madde idarenin sorumluluğunu genel olarak düzenlemekte ve sorumluluk sebeplerinin anayasal dayanağını oluşturmaktadır.<sup>90</sup>

Anayasanın 129/5. maddesine göre, kamu görevlileri yetkilerini kullanırken sebep oldukları zararlardan dolayı zarara uğrayanların idare aleyhine dava açması

---

<sup>86</sup> ONAR, s.1692.

<sup>87</sup> ANAYURT, s. 25.

<sup>88</sup> Batuhan AKTAŞ / Serkan SEYHAN, "Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları Işığında İdari Yargının Görev Alanının Belirlenmesine İlişkin Bir İnceleme", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (2019) (144), S. 105-172, s. 106-107.

<sup>89</sup> SÖYLER, s. 555-556.

<sup>90</sup> Yargıtay 4. HD, T. 22.12.2014, E. 2014/13589, K. 2014/17550, (www.sinerjimevzuat.com, Erişim Tarihi: 02.12.2021); ÖNDER, s. 22; YAVUZ, s. 12; AKÇA, s. 990.

gerekmektedir.<sup>91</sup> Ancak bu kural mutlak olmayıp, idari işlem ve eylem niteliğini yitirmemiş faaliyetlerle sınırlıdır. Örneğin, haksız bir eylemde bulunan kamu görevlisi anayasanın bu güvencesinden yararlanamayacaktır.<sup>92</sup> Ayrıca Anayasanın 40. maddesine göre,

Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkanının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir. (...) Kişinin, Resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır.

Bu maddeye göre, idarenin re'sen icra faaliyetleri nedeniyle bireylerin zarara uğraması ve sorumluluk esasları ilk olarak kusur sorumluluğu ilkeleri kapsamında değerlendirilmektedir. Ancak bu şekilde zarara uğrayanlar tazmin edilmiyorsa ve şartlar gerçekleşmişse, idare tarafından hukuka uygun gerçekleştirilen icra faaliyetleri kapsamında kusursuz sorumluluk ilkelerine göre idarenin mali sorumluluğuna gidilebilir. Bunun yanında, istisnai sorumluluk türü olan fiili yol sonucu bireylerin zarara uğraması halinde, bu zararlar idare tarafından tazmin edilebilmektedir.<sup>93</sup>

Özetle, ilk defa 1921 Anayasası'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte idari dava ve uyuşmazlıklar, idare mahkemeleri tarafından çözümlenmeye başlamıştır. İdarenin sorumluluğu özel hukuktaki kusur kavramından ayrılarak idare hukukuna özgü kusur kavramı gelişmeye başlamıştır. 1965 yılına kadar hizmet ve kişisel kusur ayrımı hakkında doktrinde tartışmalar bulunmakla birlikte DMK'nın yürürlüğe girmesiyle bu ayrıma yönelik tartışmalar hız kazanmıştır. Daha sonrasında 1982 Anayasası ile birlikte öngörülen düzenlemeler ve bu çerçevedeki tartışmalar günümüze kadar devam etmiştir.<sup>94</sup>

### **1.3. Fiili Yol Kavramı**

Genel olarak fiili yol kavramı, idarenin idari eylemlerinden kaynaklanan özel hukuk fiilleri ve idarenin haksız fiilleri olarak ifade edilen, mülkiyet veya temel hak ve özgürlüklere yönelik ağır ve açık bir şekilde hukuka aykırılık içeren eylemleri olarak

---

<sup>91</sup> YAVUZ, s. 12.

<sup>92</sup> İl Han ÖZAY, *Günüşiğinde Yönetim*, (İstanbul: Filiz Kitabevi, Ekim, 2004), s. 747.

<sup>93</sup> BUĞDAYCI, s. 224.

<sup>94</sup> SÖYLER, s. 562.

tanımlanmaktadır.<sup>95</sup> İdarenin bu eylemleri hiçbir idare hukuku esasına dayanmamakla birlikte hizmet ve faaliyet alanına tamamen yabancısıdır.<sup>96</sup> Ayrıca uygulamada fiili yol daha çok kanunun açık izinleri dışında, genel olarak idarenin zor kullanırken uyması gereken usullere uymamasından kaynaklanan usul hataları şeklinde karşımıza çıkmaktadır.<sup>97</sup>

Türk hukukunda fiili yol ile ilgili Onar'ın 1960'lı yıllarda yaptığı tanım halen geçerliliğini sürdürmektedir.<sup>98</sup> Onar'a göre, fiili yol idarenin kanunlara aykırı olarak yapmış olduğu eylemler olup, bu eylem ve işlemler bireyin mülkiyet hakkına ve kişisel özgürlüklerine saldırı niteliğindedir. Fiili yol idarenin ağır bir şekilde usul dışı harekette bulunması, usul dışı sayılacak eylem ve işlemlerin bireyin mülkiyet hakkını veya temel hak ve özgürlüğünü ihlal etmesidir.<sup>99</sup>

Doktrinde fiili yol konusunda günümüzde benzer tanımlar yapılmaktadır. Kaplan'a göre fiili yol, idarenin açıkça hukuka aykırılıkla sakat olan işlem ve eylemiyle mülkiyet veya başka bir temel hak ve özgürlüğün ihlal edilmesidir.<sup>100</sup> Gözübüyük/Tan'a göre, idarenin re'sen icra yetkisini hukuka aykırı bir şekilde kullanması fiili yol olarak adlandırılmaktadır. Fiili yol, idarenin mülkiyet hakkına veya kamu özgürlüklerine ağır bir şekilde, hukuk dışı tutumda bulunmasıyla oraya çıkmaktadır.<sup>101</sup> Gözler de fiili yol kavramını, idarenin herhangi bir idari işlem yapmaksızın ve açık bir şekilde hukuka aykırı özel hukuk kişilerinin mülkiyet haklarına müdahale etmesi olarak ifade etmektedir.<sup>102</sup> Bu tanımlara uygun olarak günümüzde fiili yol uygulamaları genel olarak

---

<sup>95</sup> Fatma Ebru GÜNDÜZ, "Fiili Yol Olarak Kabul Edilen Eylemlerin İdari Yargı Mercileri Tarafından Denetlenebilirliği", *Atılım Üniversitesi, Ankara, C. 1, Eylül*, (2020), s. 502.

<sup>96</sup> AYDIN, "İdarenin Hizmet Kusurundan Doğan Sorumluluğu", s. 21.

<sup>97</sup> Hayrettin YILDIZ, "Fransız Hukukunda Fiili Yolun Yeni Hukuki Rejimi ve Fiili Yolun Türkiye Uygulaması", *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 8(2), (2018), s. 307.

<sup>98</sup> Murat ŞAŞI, "Mülkiyet Hakkı Bağlamında Türk ve Fransız Uyuşmazlık Mahkemelerinin Güncel Fiili Yol İçtihadı", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 43: 79-96, (2020), s. 80; ONAR, s. 1668.

<sup>99</sup> ONAR, s.1668.

<sup>100</sup> KAPLAN, "İdare Hukukunun Arkaik ve Anakronik Bir Kurumu ('Fiil Yol')", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XI, S.1-2*, (2007), s. 889.

<sup>101</sup> GÖZÜBÜYÜK/ TAN, *İdare Hukuku C: II, (İdari Yargılama Hukuku)*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 3. Baskı, 2008), s. 206.

<sup>102</sup> GÖZLER, *İdare Hukuku, C. II*, s. 1054-1055.

mülkiyet hakkının ihlal edilmesi ve buna yönelik idarenin hukuka uygun olmayan davranışları sonucunda başvurulmuş hukuki bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>103</sup>

Fiili yola ilişkin yapılmış olan tüm açıklamalarda, idarenin mülkiyet hakkı ve kamu hürriyetlerine yönelik bir saldırının varlığı aranmaktadır. Yapılan bu saldırı, usul ve yasalara aykırı olup, bireyin sahip olduğu haklara yönelik idari bir eylem ile gerçekleşmelidir.<sup>104</sup> “İdarenin haksız fiili” olarak da ifade edilen fiili yol halinde, idarenin re’sen icra kapsamında başvurduğu eylemin niteliğinde değişiklik meydana gelmektedir. İlk başta hukuka uygun bir kararın uygulanması olarak ortaya çıkan re’sen icra, idarenin hukuki temelden yoksun şekilde bireylerin hak ve özgürlüklerine veya mülkiyet hakkına saldırı şeklinde değişmekte ve fiili yola dönüşmektedir.<sup>105</sup>

## **1.4. Fiili Yolun Tarihsel Gelişimi**

### **1.4.1. Fransız Hukuku**

Fransa’da ortaya çıkan ve günümüzde de uygulanan fiili yol kavramı, batı devletlerinde mülkiyet hakkına ve kamu özgürlüklerine verilen önemin bir göstergesi olarak ortaya çıkmıştır.<sup>106</sup> Kavramın gelişimi yüzyıllar süren belli başlı fikir akımlarıyla birlikte şekillenmiştir.<sup>107</sup>

Fransız hukukunda fiili yol kavramının ortaya çıkışı krallık rejimine kadar dayandırılabilir.<sup>108</sup> Kavramın ortaya çıkış sürecinde idarenin mülkiyet hakkına yaptığı saldırılar yoğun olmasına rağmen, daha sonraki dönemlerde temel haklara ilişkin saldırılar mahkeme kararlarında etkili olmuştur.<sup>109</sup> Ortaya çıktığı dönemden bugüne birçok tartışmaya yol açan ve çok sayıda bilimsel incelemeye konu olan bu kavram uygulamada da istikrarı sağlayamamıştır.<sup>110</sup>

---

<sup>103</sup> ŞAŞI, s. 81.

<sup>104</sup> ŞAŞI, s. 81.

<sup>105</sup> YILDIZ, “Fransız Hukukunda Fiili Yolun Yeni Hukuki Rejimi ve Fiili Yolun Türkiye Uygulaması”, s. 305.

<sup>106</sup> ÖZCAN, s. 4.

<sup>107</sup> OĞURLU, “İdare Hukukunda Fiili Yol ve Yargısal Denetimi”, s.59.

<sup>108</sup> KAPLAN, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 79.

<sup>109</sup> ŞEKER, “İdare Hukukunda Fiili Yol Teorisi ve Teorinin Türkiye Uygulaması”, s. 106.

<sup>110</sup> KAPLAN, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 79.



Fransız doktrininde, kamulaştırma veya geçici işgal usullerine başvurulmadan özel mülkiyetin işgal edilmesi, yıkılması, eskimiş bir binanın usul ve yollar uygulanmaksızın yıkılması, yetkili makamın kararı olmadan valiliğin gazeteleri toplatması, haberleşmeyi engelleyecek nitelikte müdahalelerde bulunulması, bir derneğin yönetimine elatılması, pasaport talebinin reddi veya dolaşım özgürlüğünü kısıtlayıcı engellemeler fiili yola örnek olarak verilmektedir.<sup>111</sup>

#### **1.4.1.1. Rousseau kararı**

Fiili yol kavramı, ilk olarak Fransız Danıştayının 1827 tarihli Rousseau kararında<sup>112</sup> belirtilmiş ve bu kararda fiili yol halinde adli yargının görevli olduğu ifade edilmiştir. Bu kararla birlikte Danıştay fiili yol hakkında nitelendirme yetkisini kendi yapmıştır. Fakat, adli yargı zamanla nitelendirmeyi de kendisi yaparak fiili yol konusunda tek yetkili merci olmuştur.<sup>113</sup>

#### **1.4.1.2. Postes Et Telegraphes Kararı**

Fiili yol niteliğindeki bir diğer karar, Fransız Uyuşmazlık Mahkemesinin verdiği 1884 tarihli Postes Et Telegraphes kararıdır. Karara konu olan olayda valilik, kapalı olan telefon ve posta idaresine yetkisinin dışına çıkarak girmiştir. Uyuşmazlık Mahkemesi bu uyuşmazlığın çözümünün adli yargının görev alanına girdiğine karar vermiştir. Kararda “fiili yol” ifadesi geçmemiş, ancak idarenin yetkisinin dışına çıkması uyuşmazlığın adli yargı yerine taşınması konusunda bir ölçüt olarak kullanılmıştır.<sup>114</sup>

---

<sup>111</sup> ÜSTÜN, “İdarenin Usul Dışı Fiillerinden: Fiili Yol”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 13, S. 1-2, (2007), s. 213.

<sup>112</sup> KAPLAN, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 79.

<sup>113</sup> YILDIZ, “Fransız Hukukunda Fiili Yolun Yeni Hukuki Rejimi ve Fiili Yolun Türkiye Uygulaması”, s. 306.

<sup>114</sup> ŞEKER, “İdare Hukukunda Fiili Yol Teorisi ve Teorinin Türkiye Uygulaması”, s. 15.

### 1.4.1.3. Pelletier Kararı

Fransız Uyuşmazlık Mahkemesinin 1873 tarihli Pelletier kararı ile hizmet kusuru ve kişisel kusur ayrımı ortaya konulmuştur.<sup>115</sup> Bu karardan önceki dönemde Fransa’da 1799 ile 1870 tarihleri arasındaki dönemde müsaade sistemi uygulanmıştır. Bu sisteme göre kamu görevlisi aleyhinde kişisel kusurlarından dolayı tazminat davasının açılabilmesi ve mahkemenin bu davaya bakabilmesi için Fransız Danıştayından kamu görevlisinin adliyede takip edilebilmesi konusunda bir izin alınması zorunluydu.<sup>116</sup> Bu sistem, Fransa’da 1870 tarihli kanun hükmünde kararname ile kaldırılmıştır. Sistemin kaldırılmasının ardından Uyuşmazlık Mahkemesi tarafından Pelletier kararı ile 1870 tarihli kararnamenin anlamı ve sınırları tespit edilmiştir.<sup>117</sup>

Karara konu olan olayda, Pelletier isimli kişi bir gazete çıkarmış, sıkıyönetim komutanı ise bu gazetenin ilk sayısını toplatmıştır. Sıkıyönetim komutanı aleyhine hukuk mahkemesinde gazetelerin iadesi ve uğradığı zararın giderilmesi için tazminat davası açılmıştır. Bunun üzerine vali tarafından görev uyuşmazlığı çıkarılmıştır. Uyuşmazlık Mahkemesi sıkıyönetim komutanının herhangi bir kişisel kusurunun bulunmadığına, dolayısıyla onun kişisel sorumluluğuna hüküm vermek için özel hukuk hükümlerine göre adliye mahkemelerinde dava açılmayacağına, bu olayda ancak bir hizmet kusuru bulunabileceğine ve bu kusurdan dolayı da idareye karşı dava açılabileceğine karar vermiştir.<sup>118</sup> Bu kararla birlikte kamu görevlilerin hizmet kusuru sayılan eylem ve işlemlerinden dolayı kamu görevlisine değil, idareye karşı idari yargıda tazminat davası açılabileceği kabul edilmiştir.<sup>119</sup> Pelletier kararında kişisel kusur kavramının ortaya konmasının ardından fiili yol kavramı terkedilmeyerek varlığını

---

<sup>115</sup> ŞEKER, “İdare Hukukunda Fiili Yol Teorisi ve Teorinin Türkiye Uygulaması”, s. 16.

<sup>116</sup> Ragıp SARICA, “Fransa’da Ajan ve Memurlar Alevlinde Açılan Tazminat Havaalarında, Şikayeti Mucip Fillin Şahsi Bir Kusur Mu Yoksa Bir Hizmet Kusuru Mu Teşkil Ettiğini Tayin İşinin İhtilaf Mahkemesine Ait Bulunduğu Hususunda İhtilaf Mahkemesinin Pelletier Kararından Beri Şaşmaz İçtihadı ve Buna Karşı Serdedilen Bazı Tenkitler”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 13.1: 23-62, (2011) s. 23.

<sup>117</sup> SARICA, “Fransa’da Ajan ve Memurlar Alevlinde Açılan Tazminat Havaalarında, Şikayeti Mucip Fillin Şahsi Bir Kusur Mu Yoksa Bir Hizmet Kusuru Mu Teşkil Ettiğini Tayin İşinin İhtilaf Mahkemesine Ait Bulunduğu Hususunda İhtilaf Mahkemesinin Pelletier Kararından Beri Şaşmaz İçtihadı ve Buna Karşı Serdedilen Bazı Tenkitler”, s. 24.

<sup>118</sup> GÖZLER, *İdare Hukuku, C. II*, s. 1025.

<sup>119</sup> Jülide Gül ERDEM, “İptal Kararlarının Uygulanmaması ve Bundan Doğan Tazminat Davaları”, (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, 2005), s. 71.

devam ettirmiştir. Bu kararlar birlikte fiili yol kavramının kişisel kusurla aynı anlama gelmediği ortaya çıkmıştır.<sup>120</sup>

#### 1.4.1.4. Refere Liberte

Son dönemlerde Fransa’da yapılan çalışmalar sonucunda fiili yola ilişkin davalarda idari yargının görev alanı genişlemekte ve adli yargının görev alanı daralmaktadır.<sup>121</sup> Bu durum davaya hangi yargı kolunun bakacağı konusunda uyuşmazlıklara neden olmakla birlikte dava sürelerini de uzatmaktadır. Ayrıca dava sürelerinin uzamasına bağlı olarak tazminat ödenmek zorunda kalınmaktadır.<sup>122</sup> Bunun sonucunda Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay, fiili yolun uygulama alanını daraltmaya çalışmakta ve bazı hallerde yargı kollarının birlikte görevli sayılmasına yönelik çalışmalarda bulunmaktadır.<sup>123</sup>

Bu sebeplerden dolayı fiili yol teorisinin çok geniş bir biçimde uygulanmasının önüne geçmek amacıyla düzenlemeler yapılmıştır.<sup>124</sup> 2000 yılında yapılan yeni düzenlemeler ile birlikte ivedi yargılama usulü getirilmiştir.<sup>125</sup> Buna göre idarenin temel hak ve özgürlükleri ihlal etmesi sonucunda ortaya çıkan uyuşmazlıklarda, idari yargı hakimi görevli sayılmıştır.<sup>126</sup> Düzenleme ile birlikte Fransa’da zaman içerisinde “tutuk adalet ilkesi”<sup>127</sup> terk edilerek idari yargının güçlendirilmesi amaçlanmıştır.<sup>128</sup> Fransız idari yargısının daha etkili olmasına yönelik yapılan değişiklikler, idari yargının varlık

---

<sup>120</sup> ŞEKER, “İdare Hukukunda Fiili Yol Teorisi ve Teorinin Türkiye Uygulaması”, s. 16.

<sup>121</sup> YILDIZ, “Fransız Hukukunda Fiili Yolun Yeni Hukuki Rejimi ve Fiili Yolun Türkiye Uygulaması”, s. 307.

<sup>122</sup> ŞAŞI, s. 90-91.

<sup>123</sup> KAPLAN, “İdare Hukukunun Arkaik ve Anakronik Bir Kurumu (‘Fiil Yol’)", s. 912.

<sup>124</sup> ŞEKER, “İdare Hukukunda Fiili Yol Teorisi ve Teorinin Türkiye Uygulaması”, s. 32

<sup>125</sup> Ramazan ÇAĞLAYAN, “Fransız ve Türk İdari Yargılama Hukuklarında İvedi Yargılama Usulü”, *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 18.3-4: 1-41, (2014), s. 3.

<sup>126</sup> YILDIZ, “Fransız Hukukunda Fiili Yolun Yeni Hukuki Rejimi ve Fiili Yolun Türkiye Uygulaması”, s. 307; Memduh Cemil ŞİRİN, “Yargı Mensuplarına Maske Temin Eden İdarenin Avukatlara da Maske Temin Etmesi Gerekir mi? Fransız Danıştay’ının 20 Nisan 2020 tarihli Kararı’nın İncelenmesi”, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, 19: 103-114, (2021), s. 109.

<sup>127</sup> Fransız hukukunda mahkemelerin vermiş olduğu kararların, kralın onayına sunulduktan sonra hüküm ifade etmesi “tutuk adalet ilkesi” olarak tanımlanmaktadır. (Begüm İSBİR, “İdari Yargıda İptal Davasının Tarihsel Gelişimi”. *Journal of Istanbul University Law Faculty*, (2011), 69.1-2: 951-966, s.953).

<sup>128</sup> ŞAŞI, s. 91.

sebebini ve hedefini giderek karmaşık hale getirerek idareyi daha iyi denetlemektedir. Bu sayede idari faaliyetlerin gerekleri karşısında bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin uzmanlaşmış hakimlerden oluşan bir yargı teşkilatı ve usulü ile daha iyi korunması amaçlanmaktadır.<sup>129</sup>

Fransız İdari Yargılama Kanunu'nun 521-2. maddesi ve mevzuattaki yasal düzenleme ile birlikte idari hakim, temel hak veya özgürlüğün hukuka açık bir şekilde aykırı olması veya bu hak ve özgürlüğe karşı mutlak bir tehdidin varlığı halinde bunun önlenmesi ve durdurulması için idarenin para cezası yaptırımını ile emir verme yetkisine sahiptir.<sup>130</sup> İdari hakim talepleri uygun görmesi halinde idareye yönelik olarak yargısal emir şeklinde kararlar verebilmektedir. Kural olarak başvurular tek hakim tarafından incelenmekte<sup>131</sup> ve hakim kararını 48 saat içerisinde vermesi gerekmektedir.<sup>132</sup> İdari hakimin vermiş olduğu karar 15 gün içerisinde Danıştayda temyiz edilebilmektedir.<sup>133</sup> Ayrıca bu Kanununun 3. maddesine göre, aciliyet bulunması ve talep edilmesi halinde, idari karar alınmadan önce ivedi yargılama hakimi işlemin uygulanmasının durdurulması dışında diğer gerekli tedbirlere karar verebilmektedir.<sup>134</sup>

Yapılan yeni düzenlemeye göre, idari faaliyetlerin temel hak ve özgürlüklerin ihlal edilmesi ile oluşan uyuşmazlıkların idari yargı hakimi tarafından çözümlenmesi, fiili yol kurumunun ortadan kalkacağı veya adli yargının bundan sonra fiili yola ilişkin uyuşmazlıkların çözümüne bakamayacağı şeklinde yorumlara neden olmuştur.<sup>135</sup> Ancak kanundaki bu düzenlemeye rağmen, bu usulün yürürlüğe girmesiyle fiili yol kavramının terk edilip edilmediği Fransız doktrininde tartışılmıştır.<sup>136</sup> Uygulamada bu kavrama belli ölçülerde başvurulmaya devam edilmiştir.<sup>137</sup>

---

<sup>129</sup> ŞEKER, “İdare Hukukunda Fiili Yol Teorisi ve Teorinin Türkiye Uygulaması”, s. 178.

<sup>130</sup> KAPLAN, “İdare Hukukunun Arkaik ve Anakronik Bir Kurumu (‘Fiil Yol’)”, s. 913; ÇAĞLAYAN, “Fransız ve Türk İdari Yargılama Hukuklarında İvedi Yargılama Usulü”, s. 5.

<sup>131</sup> ŞİRİN, s. 109.

<sup>132</sup> YILDIZ, “Fransız Hukukunda Fiili Yolun Yeni Hukuki Rejimi ve Fiili Yolun Türkiye Uygulaması”, s. 307.

<sup>133</sup> YILDIZ, “Fransız Hukukunda Fiili Yolun Yeni Hukuki Rejimi ve Fiili Yolun Türkiye Uygulaması”, s. 307.

<sup>134</sup> ÇAĞLAYAN, “Fransız ve Türk İdari Yargılama Hukuklarında İvedi Yargılama Usulü”, s. 5.

<sup>135</sup> ŞAŞI, s. 91; KAPLAN, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 79.

<sup>136</sup> ŞEKER, “İdare Hukukunda Fiili Yol Teorisi ve Teorinin Türkiye Uygulaması”, s. 32

<sup>137</sup> KAPLAN, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 80.

Temel hak ve özgürlüklerin idare tarafından hukuka aykırı olarak açık bir şekilde ihlal edilmesi, ivedi yargılama usulü yoluyla korunmasına rağmen, fiili yol kavramının uygulanmasının terk edilmemesinin nedeni, idarenin faaliyetinin idari nitelik ve karakterini tamamen ortadan kaldırdığı durumlara ve Refere-Liberte usulünün bunu kapsamadığı gerekçesine dayandırılmaktadır.<sup>138</sup>

#### 1.4.1.5. Bergoend Kararı

Fransız Uyuşmazlık Mahkemesinin verdiği Bergoend kararı fiili yol konusunda bir dönüm noktasıdır.<sup>139</sup> Bu kararla birlikte fiili yol uygulamasının kurucu unsurlarına yeni bir tanım getirilerek uygulama alanı daraltılmıştır.<sup>140</sup> Fransız Uyuşmazlık Mahkemesinin 2013 yılına kadar vermiş olduğu kararlarda, fiili yol niteliğindeki idare tarafından yapılmış olan eylemlerin yargısal denetimi adli yargıya aitti.<sup>141</sup> Ancak 2013 yılında ki Fransız Uyuşmazlık Mahkemesinin kararıyla birlikte, idarenin mülkiyet hakkı dışındaki haksız fiillerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar adli yargıda değil, idari yargıda çözümlenmektedir.<sup>142</sup>

Fransız Uyuşmazlık Mahkemesine konu olan olayda, Bergoend 1990 yılında bir Fransız elektrik şirketinin 1983 yılında direk kurduğu bir arsayı kararnamede öngörülen usule uymadan satın almıştır. Karara göre, bir kamu yapısının haksız olarak kurulması veya idarenin işgalci konumda olması durumunda, idarenin sahip olduğu yetkiye dayanarak haksız işgali veya haksız olarak kurduğu yapı fiili yol olarak nitelendirilemeyecektir.<sup>143</sup> Çünkü idarenin hukuken gerekli olan usullere göre hareket etmemesi, söz konusu eylemin idarenin görev ve faaliyet alanının dışında olduğunu göstermemektedir.<sup>144</sup>

---

<sup>138</sup> KAPLAN, “İdare Hukukunun Arkaik ve Anakronik Bir Kurumu (‘Fiil Yol’)”, s. 914.

<sup>139</sup> GÖZLER, *İdare Hukuku: C: I*, s. 1136.

<sup>140</sup> KAPLAN, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 80.

<sup>141</sup> ŞAŞI, s. 91.

<sup>142</sup> ŞAŞI, s. 82.

<sup>143</sup> ŞAŞI, s. 92.

<sup>144</sup> Ahmet Töresin ODLUYURT, “Yargı Kararları Işığında Hukuki El Atma”, (*Yüksek Lisans Tezi, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, Erzincan, 2021*), s. 107.

Bergoend kararı ile birlikte ortaya çıkan yeni tanıma göre hem temel hak ve özgürlüklerin, hem de mülkiyet hakkının ihlal edilmesi fiili yolun kapsamını daraltmaktadır.<sup>145</sup> Karara göre artık iki durumda fiili yol teorisine başvurulabilecektir<sup>146</sup>. İlk olarak tüm hak ve hürriyetlere değil, sadece bireysel hürriyetlere müdahaleler fiili yol niteliğindedir<sup>147</sup>. Bu karardan önceki uygulamalarda “kişisel hak ve özgürlükler” unsuru yerine “kamusal nitelikte bir hak veya özgürlük” unsuruna başvurulmaktaydı.<sup>148</sup> Örneğin, önceki içtihatlarda fiili yol olarak kabul edilen gazetelere elatılması durumu, Bergoend kararından sonra kişisel hak ve özgürlüklere değil, basın özgürlüğüne saldırı niteliğinde olduğu için artık fiili yol olarak değerlendirilmemektedir.<sup>149</sup>

İkinci olarak, mülkiyet hakkı temel bir hak olarak kabul edilmiş ve mülkiyet hakkıyla ilgili her müdahale değil, bu hakkı tamamen ortadan kaldıran müdahaleler fiili yol olarak kabul edilmiştir.<sup>150</sup> Bu hak ihlalinin ağır ve açık olması şartı getirilmiştir. Bergoend kararından önce ihlalin ağır ve açık olması şartı aranmamaktaydı.<sup>151</sup>

Bergoend kararı ile birlikte Fransız yargı yerlerinde de değişikliğe gidilmiştir. Bergoend kararından önce idarenin fiili yol niteliğindeki faaliyetlerinden doğan uyuşmazlıklar adli yargı tarafından çözüme kavuşturulmaktaydı.<sup>152</sup> Ancak bu kararlar birlikte daha önceden adli yargının denetimine tabi olan fiili yola ilişkin uyuşmazlıklar idari yargının denetimine dahil edilmiştir.<sup>153</sup>

Fransa’da fiili yol bakımından önemli olan bu değişikliğin Türk hukukundaki fiili yol teorisine etki edip etmediğini söyleyebilmek şimdilik mümkün değildir. Çünkü

---

<sup>145</sup> YILDIZ, “Fransız Hukukunda Fiili Yolun Yeni Hukuki Rejimi ve Fiili Yolun Türkiye Uygulaması”, s. 309.

<sup>146</sup> KAPLAN, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 80.

<sup>147</sup> GÖZLER, *İdare Hukuku: C: I*, s. 1136.

<sup>148</sup> KAPLAN, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 80.

<sup>149</sup> YILDIZ, “Fransız Hukukunda Fiili Yolun Yeni Hukuki Rejimi ve Fiili Yolun Türkiye Uygulaması” s. 310-311. Fransız hukukunda Bergoend kararından önce fotoğraf plakalarının ele geçirilmesi, ölümü üzerine bir generalin kişisel belgelerinin mühür altında siyasi içerik, posterlerinin saklanması, bir kmau görevlisinin evinden çıkarılması, cesetlerin mezardan çıkarılması fiili yol kapsamında değerlendirilmekteydi. Ancak Bergoend kararından sonra bu tür faaliyetler fiili yol olarak değerlendirilmemektedir. (YILDIZ, s. 310-311).

<sup>150</sup> GÖZLER, *İdare Hukuku: C: I*, s. 1136.

<sup>151</sup> KAPLAN, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 80.

<sup>152</sup> YILDIZ, “Fransız Hukukunda Fiili Yolun Yeni Hukuki Rejimi ve Fiili Yolun Türkiye Uygulaması”, s. 309.

<sup>153</sup> ŞAŞI, s. 91.

bu karar ile birlikte Türk hukukunda fiili yolun karakteristik örneği olarak gösterilen kamulaştırmaz elatma neredeyse fiili yol olarak değerlendirilemeyecektir. Çünkü kamulaştırmaz elatma durumunda idare, mülkiyetin konusunu ortadan kaldırmayı değil, aksine elde etmeyi amaçlamaktadır.<sup>154</sup>

## 1.4.2. Türk Hukuku

Fransız hukukunun etkisi ile de ülkemizde uzun zamandır uygulanan bir hukuki kurum olan fiili yol, herhangi bir mevzuat hükmüne dayanmaksızın yüksek mahkeme kararları ile uygulanma imkanı bulmuştur.<sup>155</sup> Türk hukukunda maddi ya da usul dışı fiil olarak adlandırılan fiili yol kavramı, kamulaştırmaz elatma dışında daha çok haksız fiil niteliğindeki kolluk müdahalelerini ifade etmek için kullanılmaktadır.<sup>156</sup>

### 1.4.2.1. İstimlak Kanunu

Cumhuriyetin ilanından sonra daha çok kamu hizmetinin hayata geçirilmesi amacıyla yol, okul, hastane gibi bazı yapılara idare tarafından kamulaştırma yapılmaksızın ve bedel ödenmeksizin elatılmıştır.<sup>157</sup> Hukuka aykırı bu faaliyetlere çözüm bulmak adına 1956 tarihinde kamulaştırma ile ilgili hükümleri düzenleyen İstimlak Kanunu yürürlüğe girmiştir.<sup>158</sup> İstimlak Kanununu yürürlüğe girmeden önce kamulaştırma ile ilgili hükümlerin yer aldığı diğer kanunlar arasında bir birlik

---

<sup>154</sup> ODLUYURT, s. 107.

<sup>155</sup> GÜNDÜZ, “Fiili Yol Olarak Kabul Edilen Eylemlerin İdari Yargı Mercileri Tarafından Denetlenebilirliği”, s. 501; ÜSTÜN, “İdarenin Usul Dışı Fiillerinden: Fiili Yol”, s. 213.

<sup>156</sup> Hasan Nuri YAŞAR, *İdare Hukuku: Genel Esaslar*, (İstanbul: Dr. Yayınları, 3. Baskı, 2016), s. 582.

<sup>157</sup> Mehmet Ali GÖLCÜKLÜ, *Hukuk Davaları C. III: Kamulaştırma İşlemine İlişkin Davalar*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ocak, 2019), s.895.

<sup>158</sup> Yunus Emre YILMAZOĞLU/ Özgür DUMAN, “Acele Kamulaştırmanın Mülkiyet Hakkı Bakımından Yol Açtığı Meseleler: Anayasa Mahkemesi’nin “Ali Ekber Akyol ve Diğerleri” İle “Ali Hıdır Akyol ve Diğerleri” Kararlarının Analizi”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, (2018), 11: 513-583, s. 524.

bulunmamaktadır. Bu durum uygulamada karışıklıklara neden olmuştur.<sup>159</sup> İstimlak Kanunu bu karışıklığın giderilmesi amacıyla yürürlüğe konulmuştur.<sup>160</sup>

1956 tarihli İstimlak Kanunu kamulaştırmanın konusunu, şartlarını, usul ve yöntemlerini düzenlemektedir. Ancak İstimlak Kanunu geçmişte yapılan kamulaştırma işlemlerini değil, 1956 tarihinden sonra yapılan kamulaştırma işlemlerini düzenlemektedir.<sup>161</sup>

1956 tarihli İstimlak Kanununun yeterli olmaması üzerine, 1961 tarihinde Amme Hükmi Şahısları veya Müesseseleri Tarafından Fiilen Amme Hizmetlerine Tahsis Edilmiş Gayrimenkuller Hakkında Kanun yürürlüğe girmiştir. 1961 tarihli bu Kanunun 1. maddesine göre,

6830 sayılı İstimlak Kanununun yürürlüğe girdiği tarihe kadar, kamulaştırma işlerine dayanmaksızın, kamulaştırma kanunlarının gözönünde tuttuğu maksatlara fiilen tahsis edilmiş olan gayrimenkuller ilgili amme hükmi şahsı veya müessesesi adına tahsis tarihinde kamulaştırılmış sayılır.

Bu madde ile birlikte 1956 tarihinden önce yapılan kamulaştırma olmaksızın idarece elatılan yapılar kamulaştırılmış sayılmıştır.<sup>162</sup>

#### **1.4.2.2. 1956 Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı**

Uygulamada fiili yol genel olarak bir taşınmaza kamulaştırma olmaksızın elatılması, taşınmazın işgal edilmesi veya mülkiyetin ortadan kaldırılması durumlarında uygulanmaktadır.<sup>163</sup>

Türk hukukunda fiili yol kavramının izlerine kamulaştırmaksız elatma ile ilgili olan Yargıtayın 1956 tarihli içtihadı birleştirme kararında rastlanmaktadır. Ancak bu kararda fiili yol terimi kullanılmamıştır. Kamulaştırmaksız elatma kavramı ilk defa

---

<sup>159</sup> Şeref GÖZÜBÜYÜK, “Yeni İstimlak Kanunu”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C:11, S.4 (158-169), (1956), s.158.

<sup>160</sup> Yunus Emre YILMAZOĞLU/ Özgür DUMAN, “Acele Kamulaştırmanın Mülkiyet Hakkı Bakımından Yol Açtığı Meseleler: Anayasa Mahkemesi’nin “Ali Ekber Akyol ve Diğerleri” İle “Ali Hıdır Akyol ve Diğerleri” Kararlarının Analizi”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, (2018), 11: 513-583, s. 524.

<sup>161</sup> GÖLCÜKLÜ, *Hukuk Davaları C. III*, s.895.

<sup>162</sup> YILDIZ, “Fransız Hukukunda Fiili Yolun Yeni Hukuki Rejimi ve Fiili Yolun Türkiye Uygulaması”, s. 322.

<sup>163</sup> SAŞI, s. 81.



tanımlayan<sup>164</sup> 1956 tarihli Yargıtay içtihadı birleştirme kararına göre, taşınmazına kamulaştırma olmaksızın elatılan malik idareye karşı men'i müdahale davası açabileceği gibi mevcut duruma razı olarak taşınmaz bedelinin tazminini de isteyebilmekte ve ayrıca bu davalarda zamanaşımı söz konusu olmamaktadır.<sup>165</sup> Yargıtayın aynı tarihte, aynı yönde vermiş olduğu bir adet içtihadı birleştirme kararı daha bulunmaktadır<sup>166</sup>.

Bu karar ile belirlenen esaslar Yargıtay, Danıştay ve Uyuşmazlık Mahkemelerince benimsenerek günümüzde de geçerliliğini korumaktadır.<sup>167</sup>

### 1.4.2.3. 1959 Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı

Yargıtayın 1959 tarihli kararına göre,

İstimlaksiz el atma halinde açılacak mülkiyete tecavüzün önlenmesi veya haksız fiil neticesinde meydana gelen zararın tazmini; bir amme teşekkülü tarafından bir tesisin yaptırılması sırasında devlet malı olmayan yerlerden toprak alınması veya böyle yerlere toprak veya moloz yığılması neticesinde meydana gelen zararların tazmini; yapılan işlerin plan veya projelere aykırı olarak yapılması halinde açılacak davalara bakma görevi adli yargıdadır.<sup>168</sup>

Karara göre, bayındırlık faaliyeti sonucunda ortaya çıkan zarar ve değer kaybı hakkında tazminat istenebilmesi için idarenin plan ve projeye aykırı davranışından kaynaklanan bir zararın olması gerekmektedir. Plan ve projeye uygun yapılan işlere ilişkin özel mülkiyete ait taşınmazda oluşan değer kaybı da dahil olmak üzere oluşan zararlar, haksız fiil hükümlerince tazmin edilememektedir.<sup>169</sup>

---

<sup>164</sup> KULAKLI, s.187.

<sup>165</sup> ÇABRİ, "Kamulaştırmasız El Atma Kavramının Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 15.12.2010 Tarihli Kararı Doğrultusunda Tanımlanması", *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 15.1-2: 77-104, (2011), s. 84; ŞEKER, s.131; Yargıtay İBK, T. 16.05.1956, E.1956/1, K. 1956/7: "gayrimenkulü, istimlak edilmeksizin, yola kalbedilen malikin mülkiyet hakkı zeval bulmayıp baki kaldığı cihetle bu hakkına dayanarak her vakit meni müdahale davası açabileceği gibi, bunun yerine mülkiyet hakkının gayrimenkulünü yola kalbeden amme hükmi şahsiyetine devrine razı olarak, gayrimenkulünün bedelini de dava edebilir. Dava edeceği bedel gayrimenkulü üzerinde mülkiyet hakkının devrine karşılık olduğuna göre de mülkiyet hakkına dayanılarak açılacak olan bir davada müruruzamanın bahis mevzuu olamayacağı (...) neticesine varılmıştır". (www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 20.05.2022).

<sup>166</sup> Yargıtay İBK, T. 16.05.1956, E.1956/1, K. 1956/6, (www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 20.05.2022).

<sup>167</sup> ŞEKER, s. 124.

<sup>168</sup> Yargıtay İBK, T. 11.02.1959, E. 1958/17, K. 1959/15, (www.turkhukuk sitesi.com, Erişim Tarihi: 16.02.2021).

<sup>169</sup> ŞAŞI, s. 85.

Fiili yolun temelini oluşturan 1959 tarihli Yargıtay içtihadı birleştirme kararında da “fiili yol” kavramı yerine “haksız fiil” kavramının kullanıldığı görülmektedir.<sup>170</sup>

Türk hukukunda fiili yol teorisi uygulamada çok yer almamış ve daha çok kamulaştırmaz elatmayla sınırlı kalmıştır. Fiili yol teorisine ilişkin mahkeme kararlarında belirtilen kriterlerde içtihadı bir gelişme olmamış, konuyla ilgili kararlarda 1959 tarihli karara atıf yapılmaya devam edilmiştir.<sup>171</sup>

Özetle fiil yol kavramı, Fransız hukukundan alınmış olmasına rağmen teoriye ilişkin esaslar benimsenmemiştir. Fiili yolun Türk mahkeme kararlarında uygulanmış biçimi Türkiye’ye özgüdür.<sup>172</sup> Bunun yanında yürürlükteki yasal düzenlemeler ve yargı kararları, malikin haklarını zarara uğratan fiili yol uygulamalarının önüne geçebilecek nitelikte düzenlemeler yapmakla birlikte tam anlamıyla bir güvence sağlayamamaktadır.<sup>173</sup>

---

<sup>170</sup> YILDIZ, “Fransız Hukukunda Fiili Yolun Yeni Hukuki Rejimi ve Fiili Yolun Türkiye Uygulaması”, s. 316.

<sup>171</sup> ŞEKER, “İdare Hukukunda Fiili Yol Teorisi ve Teorinin Türkiye Uygulaması”, s. 106.

<sup>172</sup> ŞEKER, “İdare Hukukunda Fiili Yol Teorisi ve Teorinin Türkiye Uygulaması”, s. 106

<sup>173</sup> Murat TEZCAN, “Kamulaştırmaz El Atma Davalarından Kaynaklanan İlamın Yerine Getirilmemesi Sorunu ‘Anayasa Mahkemesinin 2013/711 E. Sayılı Bireysel Başvuru Kararının İncelemesi’”, *Ankara Barosu Dergisi*, (2015), 1, s. 457.

## İKİNCİ BÖLÜM

### FİİLİ YOLUN UNSURLARI, FİİLİ YOLUN TÜRLERİ, FİİLİ YOLUN SONUÇLARI, FİİLİ YOLA BENZER KURUMLAR, FİİLİ YOLUN İHLAL ETTİĞİ İLKELER

#### 2.1. Fiili Yolun Unsurları

İdari bir fiil ve hareketin usul dışı sayılarak fiili yol oluşturabilmesi için birkaç unsurun bir araya gelmesi gerekmektedir.<sup>174</sup> İlk olarak bir eylemin varlığı şarttır. Bu eylem yok hükmündeki bir işlemin icrası şeklinde gerçekleşebileceği gibi hiçbir işleme dayanmayan bir icra hareketiyle de gerçekleşebilir. İkinci olarak eylemin açıkça hukuka aykırı olması gerekmektedir ki,<sup>175</sup> bu durumda idarenin hukuka uygunluk karinesinden yararlanılamaz.<sup>176</sup> Son olarak fiili yolun oluşabilmesi için bu eylemin mülkiyet hakkına veya temel haklara saldırı niteliği taşıması gerekmektedir.<sup>177</sup> Bu unsurların üçünün bir arada bulunması fiili yolun varlığı için şarttır. Herhangi bir unsurun eksik olması halinde fiili yoldan bahsedilemeyecektir.

#### 2.1.1. İdareye Ait Eylem

Fiili yol, genel olarak idarenin hukuka açık bir şekilde aykırı icrai eylemi ile mülkiyet veya başka bir temel hak ve hürriyetlerin ihlali olarak tanımlanmaktadır.<sup>178</sup> Bu tanıma etkin özelliğini veren unsurlardan biri, idarenin icrai eylemidir.<sup>179</sup> Fiili yol

---

<sup>174</sup> ONAR, s. 1668; BUĞDAYCI, s. 235.

<sup>175</sup> ŞEKER, “İdare Hukukunda Fiili Yol Teorisi ve Teorinin Türkiye Uygulaması”, s. 39.

<sup>176</sup> ŞAŞI, s. 81.

<sup>177</sup> SÖYLER, s. 580.

<sup>178</sup> OĞURLU, “İdare Hukukunda Fiili Yol ve Yargısal Denetimi”, s. 60.

<sup>179</sup>GÜNDÜZ, “Fiili Yol Olarak Kabul Edilen Eylemlerin İdari Yargı Mercileri Tarafından Denetlenebilirliği” s. 504.

açısından icrailik, eylemin uygulama aşamasına geçmiş olması, dış dünyaya yansımaları anlamına gelmektedir.<sup>180</sup>

İdari eylem, hukuki konularda veya dış dünyada hukuki sonuçlar doğuran, olumlu veya olumsuz hareket biçimleri olarak ifade edilmektedir.<sup>181</sup> Yargıtaya göre idari eylem, kamu görevlerine ilişkin idarenin, hukuki kurallara göre yaptığı olumlu veya olumsuz davranışlardır. İdari işlem ise kanunlara dayanılarak yapılan tutumlardır.<sup>182</sup>

İdari eylem, bir idari işleme dayanmadan doğrudan ortaya çıkabileceği gibi bir idari işlemin uygulanmasıyla da ortaya çıkabilmektedir.<sup>183</sup> İdari işlemdeki ağır sakatlık halinde işlemin icra aşamasına geçilmiş olması veya icraya dönük eylemlere konu olması durumunda fiili yoldan söz edilebilir. Bu nedenle eylem veya işlemdeki ağır sakatlık ancak icra aşamasına geçilmiş olmasıyla mümkündür.<sup>184</sup> İdarenin kararını uygulama tehdidinin varlığı fiili yolun oluşması için tek başına yeterli değildir. Çünkü sadece bir tehdidin varlığı ile zarar ortaya çıkmaz. Bu nedenle idarenin sorumluluğunu gerektirmez. İdarenin almış olduğu kararı uygulanmak üzere icra aşamasına geçmesi gerekmektedir.<sup>185</sup>

Hukuka aykırı kararın açık bir şekilde uygulanması veya hukuka uygun idari kararın hukuka aykırı bir şekilde yerine getirilmesi fiili yol olarak kabul edilebilir. Fiili yolun oluşması için idarenin maddi olarak yerine getirdiği bir faaliyetinin bulunması gerekmektedir.<sup>186</sup> Fiili yol için idari bir karar varlığı yeterli olmayıp<sup>187</sup>, idare tarafından icra edilmesi gerekmektedir.<sup>188</sup> Ortada idareye atfedilebilecek bir faaliyet yoksa fiili

---

<sup>180</sup> ODLUYURT, s. 104.

<sup>181</sup> Atıla ERKAL, “Kamulaştırmazsız El konulan Taşınmazın İdarenin Mülkiyetine Geçmesinden Sonra Eski Mal Sahibinin Taşınmazına Tekrar Kavuşması”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, (2021), 79.3: 963- 999, s. 16.

<sup>182</sup> Yargıtay HGK, T. 29.01.2021, E. 2017/1410, K. 2019/33, (www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 18.04.2022).

<sup>183</sup> SÖYLER, s. 580.

<sup>184</sup> GÜNDÜZ, “Fiili Yol Olarak Kabul Edilen Eylemlerin İdari Yargı Mercileri Tarafından Denetlenebilirliği”, s. 504.

<sup>185</sup> BUĞDAYCI, s. 236.

<sup>186</sup> OĞURLU, “İdare Hukukunda Fiili Yol ve Yargısal Denetimi”, s. 60.

<sup>187</sup> YAŞAR, *İdare Hukuku: Genel Esaslar*, s. 582.

<sup>188</sup> ŞEKER, “İdare Hukukunda Fiili Yol Teorisi ve Teorinin Türkiye Uygulaması”, s. 41; Eylemi yapan kişinin bir kamu görevlisi ya da fiili memur olarak kabul edilecek bir kişi olması gerekmektedir (OĞURLU, “İdare Hukukunda Fiili Yol ve Yargısal Denetimi”, s. 60).

yoldan söz edilemez. Kamu görevlisi olmayan kişilerin veya kamu görevlisi sıfatı bulunmakla birlikte, hizmet dışında ve hizmet ile herhangi bir bağı bulunmayan davranışları fiili yol oluşturmayacaktır.<sup>189</sup> Örneğin Fransız Yargıtayı 1953 tarihli Cavarrol kararında, belediye başkanının izin vermesiyle halktan kişilerin özel bir kişiye ait mağazadaki yiyeceklere elatmasını özel hukuk kişilerinin haksız fiili olarak nitelendirmiş ve fiili yol olamayacağına karar vermiştir.<sup>190</sup>

İdareye ait eylemin fiili yol oluşturabilmesi için aranan bir diğer özellik de eylemin kamu gücü kullanılarak gerçekleştirilmesidir. İdareye ait olmakla birlikte idare tarafından herhangi bir kamu gücü kullanmadan gerçekleştirilen eylemler fiili yol oluşturmayacaktır. Buna göre, fiili yol olarak değerlendirilen idareye ait kamu gücü kullanılarak gerçekleştirilmiş olan eylemlerin idarilik özelliklerini kaybettikleri için bu eylemler birer idari eylem olarak değil, idarenin eylemi olarak nitelendirilmektedir.<sup>191</sup>

Danıştay kararları incelendiğinde haksız fiile ilişkin kararlarda genellikle fiili yolun bulunduğu düşünülebilir.<sup>192</sup> Ancak burada dikkat edilmesi gereken konu, icrai eylem sonucunda hizmetten yararlananların mağdur olması gerekmektedir.<sup>193</sup> Yani hizmetten yararlananların haksız fiilleri nedeniyle ortaya çıkan uyuşmazlıklar fiil yol oluşturmamaktadır.<sup>194</sup>

Mağdurun idare olduğu özel kişilerden kaynaklanan uyuşmazlıklar fiili yol değildir. Çünkü ortada bir haksız fiil bulunmasına rağmen mağdur idare olduğu için fiili yoldan söz edilemeyecektir.<sup>195</sup> Ancak davalı ve davacının kamu tüzel kişiliğine sahip

---

<sup>189</sup> KAPLAN, “İdare Hukukunun Arkaik ve Anakronik Bir Kurumu (‘Fiil Yol’)”, s. 893.

<sup>190</sup> ŞEKER, “İdare Hukukunda Fiili Yol Teorisi ve Teorinin Türkiye Uygulaması”, s. 41.

<sup>191</sup> GÜNDÜZ, “Fiili Yol Olarak Kabul Edilen Eylemlerin İdari Yargı Mercileri Tarafından Denetlenebilirliği”, s. 504.

<sup>192</sup> OĞURLU, “İdare Hukukunda Fiili Yol ve Yargısal Denetimi”, s. 60.

<sup>193</sup> ÜSTÜN, “İdarenin Usul Dışı Fiillerinden: Fiili Yol”, s. 214.

<sup>194</sup> ÖZCAN, s. 42.

<sup>195</sup> OĞURLU, “İdare Hukukunda Fiili Yol ve Yargısal Denetimi”, s. 70; Danıştay 8. D, T. 01.12.1998, E. 1996/1769, K.1998/3896: “Davacının belediyeye ait bariyerleri tahrip etmesi sonucu ortaya çıkan zararın dava konusu ödeme emri ile istenildiği anlaşılmaktadır. Belediye sınırları içindeki caddelerin plan ve programa uygun olarak tanzim edilmesi ve iyi bir halde bulundurulması 1580 sayılı Yasanın 15.maddesinin 31. bendi ile belediyelere verilen görevler kapsamında olup kamu hizmeti niteliğindedir. Bu durumda, bu hizmetin uygulanmasından doğan alacağın 6183 sayılı Yasanın 1.maddesi kapsamında olması nedeniyle ödeme emri yolu ile tahsil edilmesinde hukuka aykırılık bulunmadığından, idare mahkemesince belediye zararının özel hukuk kurallarına göre tahsil edilmesi gerektiği gerekçesiyle dava konusu işlemin iptal edilmesinde hukuka uyarlık bulunmamaktadır”. (www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 29.05.2022).

olması durumunda bu kural geçerli değildir. Kamulaştırma Kanunu'nun 30. maddesi dikkate alındığında, bir kamu tüzel kişinin başka bir kamu tüzel kişinin malına usul dışı olarak elatması halinde haksız fiilin varlığı söz konusudur. Böyle bir durumda malına elatılan kamu tüzel kişisi diğer kamu tüzel tüzel kişisine karşı adli yargıda men'i müdahale ve tazminat davası açabilmektedir.<sup>196</sup>

Uyuşmazlık Mahkemesinin kararına konu olan bir olayda, Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü bünyesinde faaliyet gösteren müteahhit firma tarafından Karayolları Genel Müdürlüğüne ait bir yol kapatılıp, izinsiz olarak kazı çalışması yapılmıştır. Uyuşmazlık Mahkemesine göre, bu hareketin kamu tüzel kişileri tarafınca icra edilmesi eylemin idari nitelikte olduğunu göstermemektedir. Dolayısıyla herhangi bir izin alınmaksızın, devir yapılmaksızın, irtifak hakkı ve geçit hakkı tesis edilmeksizin idare tarafından idarenin sorumluluğunda olan karayolunda çalışma yapması fiili yol niteliğindedir.<sup>197</sup>

### **2.1.2. Hukuka Ağır ve Açık Aykırılık**

Fiili yol için bir hukuksuzluğun var olması gerekir. Fakat sadece hukuka aykırılığın olması idari eylemin fiili yol sayılması için yeterli değildir.<sup>198</sup> Hukuka aykırılık açık ve tereddütsüz bir şekilde görünebilecek ve eylemin niteliğini değiştirecek derecede ağır olmalıdır.<sup>199</sup> Burada idareye ait bir yetkinin kullanılması söz konusu değildir. Bu durum kanunilik ilkesi dışında kalarak hukuka aykırıdır. Ancak fiili yolun gerçekleşebilmesi için idari davranışın “suç” olması şart değildir. Hukuka aykırı bir eylemin varlığı fiili yol için yeterlidir.<sup>200</sup>

Hukuka aykırılığın ağır, açık ve tartışmasız bir şekilde net olması durumu eylemin idarilik niteliğini değiştirmekte ve ortadan kaldırmaktadır.<sup>201</sup> Bu şart, eylemin dayandığı idari işlemin açık bir şekilde hukuka aykırı olmasıyla ortaya çıkabileceği gibi

---

<sup>196</sup> GÖZLER, *İdare Hukuku: C. II*, s. 1015-1016.

<sup>197</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi HB, T. 28.01.2019, E. 2018/696, K. 2019/26, (www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 12.02.2022).

<sup>198</sup> ONAR, s. 1669.

<sup>199</sup> Hamide ZAFER, “Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK M.257)”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 25, S. 2, Aralık, (2019), s. 1574.

<sup>200</sup> YAŞAR, *İdare Hukuku: Genel Esaslar*, s. 582-583.

<sup>201</sup> BUĞDAYCI, s. 236.

hukuka uygun bir işlemin hukuka aykırı bir şekilde yerine getirilmesiyle de gerçekleşebilir. Hatta bu iki şart kümülatif bir şekilde de ortaya çıkabilir. Açıkça hukuka aykırı bir işlem tamamen usul dışı eylemler ile yerine getirilebilir.<sup>202</sup>

İlk durumda idarenin hukuka aykırı bir re'sen icrası mevcuttur. Çünkü bu durumda idari işlemin kendisi hukuka aykırıdır. Basit bir hukuka aykırılık olduğunda idare bunu tazmin ederek sorumluluğu üstlenmektedir. Fakat bazı durumlarda daha ağır hukuka aykırılıklar ortaya çıkabilir. Bu gibi durumlarda idarenin hukuka aykırı kararı uygulaması kişinin mülkiyet hakkına veya diğer temel hak ve hürriyetlerine müdahale niteliği taşımaktadır. Hem temel bir hakkı ihlal etmesi, hem de idarenin hukuka aykırı kararlarının icrasına olanak bulunmaması sebebiyle bu tarz idari davranışlar “fiili yol” olarak tanımlanmıştır.<sup>203</sup> Zaten fiili yolun varlık sebebi de idarenin elinden çıkmış olan usul dışı ve ağır saldırı niteliğindeki ihlalleri önlemektir.<sup>204</sup>

İkinci durumda ise hukuka uygun bir işlem hukuka aykırı bir şekilde icra edilmektedir. Buna göre re'sen icra için gereken koşullar bir araya gelmediğinden dolayı re'sen icranın hukuka aykırı olduğu kabul edilir. Bu durumda eylemin bir mülkiyet hakkını veya başka bir temel özgürlüğü ihlal etmesi fiili yol olarak değerlendirilebilir. İlk durumda olduğu gibi idare hem zararı tazmin etmek, hem de edimi yerine getirmekle yükümlüdür.<sup>205</sup>

Fiili yol durumunda oluşan aykırılık o denli açık ve önemlidir ki, idari fonksiyon ve kamu hizmeti ile arasındaki hukuki bağ kalkarak fiili bir durum ortaya çıkmaktadır.<sup>206</sup> Örneğin, yazılı bir idari eylem veya işlemin yöneldiği kişinin kimliğinin, öznel bir değerlendirmeye yer bırakmayacak şekilde açık ve kesin olarak kararda yer alması gerekmektedir. İdari işlem veya eylemin yöneldiği kişinin kimliğini içermeyen bir işlem veya eylem yürütülemez. Kişinin kimliğini içermeyen işlem veya eylemin yürütülmesi, fiili yol olarak kabul edilmektedir. Danıştay vermiş olduğu bir kararda, idari karar metninin uygulanacak kişinin adını taşıması gerektiğini ifade etmiş ve 5917 sayılı

---

<sup>202</sup> KAPLAN, “İdare Hukukunun Arkaik ve Anakronik Bir Kurumu (‘Fiil Yol’)”, s. 899.

<sup>203</sup> BUĞDAYCI, s. 95.

<sup>204</sup> OĞURLU, “İdare Hukukunda Fiili Yol ve Yargısal Denetimi”, s. 70.

<sup>205</sup> BUĞDAYCI, s. 96.

<sup>206</sup> YILDIZ, “Fransız Hukukunda Fiili Yolun Yeni Hukuki Rejimi ve Fiili Yolun Türkiye Uygulaması”, s. 317.

Kanuna göre verilen men'i müdahale kararında uyuşmazlığın tarafları arasında gösterilen fakat karar metninde kendisinden söz edilmeyen kişiye bu kararın uygulanması şeklinde ortaya çıkan eylemi, "fiili yol" olarak kabul etmiştir.<sup>207</sup>

Uygulamada fiili yol, acil durumlar ve yasadaki açık izinler dışında genel olarak, idarenin zor kullanırken uyması gereken usullere uymamasından kaynaklanan usul hataları şeklinde karşımıza çıkmaktadır.<sup>208</sup> Bu durumda idari eylemlerdeki basit hukuka aykırılıklar ve usulsüzlükler fiili yol oluşturmayacaktır.<sup>209</sup> Ağır bir saldırı derecesine varmayan usulsüz fiiller ise idari olma niteliklerini koruduklarından idari yargı kapsamındadır.<sup>210</sup> İdarenin bir kararı, eylemi esas alan sakat bir işlem niteliğindeyse, bu kararın idarilik niteliği kaybolmayacağından idari işlem, idari yargı tarafından denetlenir. Bu durumda, işlemin unsurları üzerinden denetim yapılabilir ve eylemden kaynaklanan sorumluluk yine idari yargıda belirlenir.<sup>211</sup>

Fransa'da gerçekleşen bir olayda, bir kişi kamuya açık alanın fotoğrafını çekerken kolluk görevlisi tarafından karakola götürülmüş ve çekmiş olduğu fotoğraflara elatılmıştır. Bu durum fiili yol olarak kabul edilmiştir. Çünkü kolluk görevlisinin davranışı idarenin faaliyetleri dışına çıkarak idareye tamamen yabancı konumdadır. İdare, askeri bölgeler gibi belirli yerlerin fotoğrafının çekilmesini yasaklayabilir. Fakat kamusal alanın fotoğrafının çekilmesi nedeniyle herhangi bir vatandaş gözüaltına alamaz veya fotoğraflara elatamaz. Bu durumda fiili yolun açık ve derhal görünebilecek hukuka aykırılık şartı gerçekleşmiş olur.<sup>212</sup> Başka bir olayda ise, tarihi binanın fotoğrafını çekmek için çan kulesine çıkmak isteyen biri polis müdahalesiyle engellenmiştir. Bu durum kişinin temel hak ve özgürlükleri ihlal ettiği için idarenin haksız fiili kapsamında değerlendirilmiştir.<sup>213</sup> Ancak yasak olmasına rağmen müzede fotoğraf çeken bir kişiye 800 TL idari para cezası uygulanması gerekirken 1500 TL idari para cezası uygulanması durumunda eylem idarilik niteliğini kaybetmemektedir. Bu durumda idare kanun ile

---

<sup>207</sup> Danıştay 12. D, T. 05.10.1971 E. 1971/381, K. 1971/2129: Hasan DURSUN, "İdari Usul ve Şekil İlkeleri ile Genel İdari Usul Yasası Öntasarısına Eleştirel Bir Yaklaşım", *Türk İdare Dergisi, Eylül* (2007), S. 454, 219-244, s. 227-228.

<sup>208</sup> OĞURLU, "İdare Hukukunda Fiili Yol ve Yargısal Denetimi", s. 61.

<sup>209</sup> ZAFER, s. 1574.

<sup>210</sup> OĞURLU, "İdare Hukukunda Fiili Yol ve Yargısal Denetimi", s.61.

<sup>211</sup> ZAFER, s. 1574.

<sup>212</sup> ÖZCAN, s. 43.

<sup>213</sup> BUĞDAYCI, s. 95.



kendisine tanınan yetkiyi hukuka aykırı olarak kullanmıştır. Bu örnekteki hukuka aykırılık fiili yolla ilişkilendirilecek derecede ağır olmadığı için ortaya çıkan zarar idari yargı tarafından çözümlenmektedir.<sup>214</sup>

### 2.1.3. Mülkiyet Hakkı veya Temel Hak ve Özgürlüklere Saldırı

Fiili yol idarenin, idari olamayacak derecede çirkin ve ağır bir uygulamaya girişmesidir. Ancak bu uygulamalar sonucunda fiili yolun ortaya çıkabilmesi için sadece ağır bir hukuka aykırılık yeterli değildir. İdarenin kişi güvenliği, konut dokunulmazlığı veya mülkiyet hakkı gibi temel hak ve özgürlükleri ihlal etmesi gerekmektedir.<sup>215</sup>

İdarenin yapmış olduğu usul dışı eylemler mülkiyet hakkına veya temel hak ve hürriyetlere saldırı niteliği taşıyorsa fiili yol olarak değerlendirilememektedir. Bu tür eylemler idarilik niteliğini korumakta olup, bunlardan çıkacak uyuşmazlıklar idari yargının görev alanına girmektedir.<sup>216</sup>

Doktrinde fiili yol konusunda, diğer temel hak ve özgürlüklere oranla mülkiyet hakkının üzerinde daha fazla durulmuştur. Bunun nedeni mülkiyet hakkına verilmiş olan önemden kaynaklanmaktadır.<sup>217</sup> Fiili yol teorisi, daha çok mülkiyet hakkının korunmasına yönelik kaygıların sonucunda ortaya çıkmış ve genişlemiştir.<sup>218</sup>

Ülkemizde fiili yola ilişkin yargı kararlarının büyük çoğunluğu kamulaştırmasız elatma davalarından oluşmaktadır.<sup>219</sup> Fiili yol, mülkiyet hakkını ihlal etmesi sebebiyle kamulaştırmasız elatma ile benzerlik içinde olmakla birlikte daha geniş bir niteliğe sahiptir. Çünkü kamulaştırmasız elatma sadece taşınmaz mülkiyeti üzerindeki zilyetlik hakkının ihlali ile sınırlıdır.<sup>220</sup> Fiili yol ise mülkiyet hakkı dışındaki temel bir hak ihlalinin yanı sıra bir saldırı niteliği de taşımaktadır. Taşınır veya taşınmaz mülkiyetine

---

<sup>214</sup> ÖZCAN, s. 43.

<sup>215</sup> ÖZCAN, s. 44; Re'sen icra yetkisine sahip idare, tek taraflı işlemleriyle veya eylemleriyle çok açık bir şekilde mülkiyet hakkı veya bir kamu hürriyeti ihlal edilebilmektedir. (ŞAŞI, s. 90).

<sup>216</sup> ONAR, s. 1670.

<sup>217</sup> BUĞDAYCI, s. 250.

<sup>218</sup> YAŞAR, *İdare Hukuku: Genel Esaslar*, s. 582.

<sup>219</sup> GÜNDÜZ, "Fiili Yol Olarak Kabul Edilen Eylemlerin İdari Yargı Mercileri Tarafından Denetlenebilirliği", s. 505.

<sup>220</sup> KAPLAN, "İdare Hukukunun Arkaik ve Anakronik Bir Kurumu ('Fiil Yol')", s. 895.

herhangi bir şekilde fiilen saldırı, bireysel haklara veya basın, mezhep, vicdan, çalışma, seyahat özgürlükleri gibi temel haklara saldırı fiili yol oluşturmaktadır.<sup>221</sup> Yani anayasanın yalnızca ek güvence ile koruma altına aldığı temel hak ve özgürlüklere yönelik ağır ve açık müdahaleler fiili yol olarak değerlendirilmektedir.<sup>222</sup>

Fiili yolun tanımındaki “hak ve özgürlükler” kavramı ile bütün hak ve özgürlükleri mi, yoksa sadece “temel hak ve özgürlükler” olarak nitelendirilen belli bir kategoriyi veya bu kategori içinde yer alan yalnızca belli bir sayıdaki hak ve özgürlükten mi söz edildiği açıkça belirtilmemiştir.<sup>223</sup>

Bir taşınmazın karayolu ile ulaşımının kesilerek kamu düzeninin bozulması, mülkiyet hakkına saldırı niteliği taşıdığından dolayı fiili yol olarak değerlendirilebilir. Uyuşmazlık Mahkemesine göre,

Birecik Barajında yapılan kamulaştırma nedeniyle taşınmazın bulunduğu Kasaba köyünde çevrenin sosyal, ekonomik ve yerleşme düzeni bozulması nedeniyle görevli yargı yeri adli yargıdır. Dava konusu taşınmazın kullanılmasına neden olan asıl engel taşınmaza karayolu ile ulaşımın kesilmesi olup yapılan kamulaştırma nedeniyle yolların su altında kalması, Kasaba köyünde yerleşim ve verimli arazilerin su altında kalması ve kamulaştırılması nedeniyle kasaba köyünde sosyal, ekonomik ve yerleşme düzeninin bozulmasıdır.<sup>224</sup>

Özetle, fiili yoldan bahsedebilmek için mülkiyet hakkı veya diğer bir temel hak ve özgürlüğe yönelik kararın uygulama aşamasına geçilmiş olması gerekmektedir. Ayrıca, söz konusu kararın hayata geçirilmesi bizzat idare tarafından yapılmalıdır.<sup>225</sup> İdare tarafından uygulama aşamasına geçilmeyen fiili yol niteliğindeki kararlar bu kapsamda değerlendirilmeyecektir.

### **2.1.3.1. Mülkiyet Hakkına Saldırı**

#### **2.1.3.1.a. Kamulaştırmasız Elatma**

Mülkiyet hakkını güvence altına alan Anayasanın 35. maddesine göre, “Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla

---

<sup>221</sup> ONAR, s. 1670.

<sup>222</sup> BUĞDAYCI, s. 252.

<sup>223</sup> KAPLAN, “İdare Hukukunun Arkaik ve Anakronik Bir Kurumu (‘Fiil Yol’)”, s. 891.

<sup>224</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi HB, T. 20.02.2017, E. 2016/529, K. 2017/16, (www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 19.10.2021).

<sup>225</sup> KAPLAN, “İdare Hukukunun Arkaik ve Anakronik Bir Kurumu (‘Fiil Yol’)”, s. 898.

sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz". Anayasanın 46. maddesinde<sup>226</sup> ise özel mülkiyete ait mallara, devlet ve kamu tüzel kişilerinin sadece malın bedelini peşin ödeyerek kamulaştırma yaptıktan sonra elatmaları gerektiği belirtilmiştir. Aynı yönde hükümler Kamulaştırma Kanunu'nda da bulunmaktadır.<sup>227</sup> Ancak anayasada dayanağı bulunmaksızın haksız fiil olarak kabul edilen kamulaştırmaz elatma, temel insan haklarından olan mülkiyet hakkına müdahalenin bir örneğidir.<sup>228</sup>

Kamulaştırmaz elatma, idarenin, özel hukuk kişisine ait bir taşınmazı bilerek veya bilmeyerek kamulaştırmayla ilgili usul ve kurallarına uymaksızın ve bir bedel ödemeksizin işgal ederek kamu hizmetine tahsis etmesidir<sup>229</sup>. İdarenin kamulaştırma kararı olmaksızın özel mülkiyetteki taşınmazlara müdahale etmeleri ve bu taşınmaz üzerinde kişinin zilyetliğine son vermesine yönelik müdahalesi, idari bir karara dayanmadığı için idari eylem olarak değil, idarenin haksız eylemi olarak nitelendirilmektedir. Bu sebeple kamulaştırmaz elatma fiili yolun özel bir türü olarak kabul edilmektedir.<sup>230</sup>

Fiili yolun özel türü olan kamulaştırmaz elatma, yalnızca taşınmazlarda söz konusudur. Kamulaştırmaz elatma taşınmaz mal üzerindeki tüm ayni ve şahsi haklardan değil, yalnızca zilyetliğe saldırı halinde doğarken, fiili yol mülkiyetin her türünde ve temel hak ve özgürlüklerde uygulanır. Yani fiili yol elatmaya göre daha ağır ve geniş kapsamlıdır.<sup>231</sup>

---

<sup>226</sup> Kamulaştırmanın temel esaslarının açıkça yer aldığı Anayasa'nın 46. maddesine göre, "Devlet ve kamu tüzel kişileri; kamu yararının gerektirdiği hallerde, karşılıklarını peşin ödemek şartıyla, özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların tamamını veya bir kısmını, kanunla gösterilen esas ve usullere göre, kamulaştırmaya ve bunlar üzerinde idari irtifaklar kurmaya yetkilidir".

<sup>227</sup> GÖZLER, *İdare Hukuku: C. II*, s.1014-1015.

<sup>228</sup> Ali Rıza İLGEZDİ, *Hukuki El Atma (Kamulaştırmaz El Atmada Yeni Dönem)*, (Ankara: Seçkin Hukuk, 4. Baskı, Ocak, 2022), s. 31.

<sup>229</sup> Yargıtay HGK, T. 29.05.2015, E.2013/2394, K.2015/1470, (www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 01.06.2022).

<sup>230</sup> Ayşegül EREN, "Türkiye'de Kamulaştırmaz El Atma Kavramı ve Davaları", (Yüksek Lisans Tezi, Kadir Has Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014), s. 4-5; GÖZLER, *İdare Hukuku: C. 2*, s.1014-1016; GÜRBÜZ Reşit, *İdare Hukuku*, (Ankara: Turhan Kitapevi, 2011), s. 210; Gürsel KAPLAN, "Yeni Yasal Düzenlemelere Göre Kamulaştırmaz El Koyma Sebebiyle Doğan Tazmin Hakkının Tabi Olduğu Usul ve Esaslar", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (2012), 99: 125-150, s. 127.

<sup>231</sup> OĞURLU, "İdare Hukukunda Fiili Yol ve Yargısal Denetim", s.70; KAPLAN, "İdare Hukukunun Arkaik ve Anakronik Bir Kurumu ('Fiil Yol')", s.894-895; ONAR, s. 1675.

İdare, geçerli bir kamulaştırma işlemi olmaksızın hiçbir özel hukuk kişinin taşınmazına elatamayacağı gibi mülkiyetine geçiremez veya mülkiyet hakkının vermiş olduğu yetkileri kanunun öngördüğü sınırı aşacak şekilde sınırlayamaz.<sup>232</sup> İdarenin hukuka aykırı olarak başkasının arazisine toprak veya moloz yığılması kamulaştırmamız elatma kapsamında fiili yol olarak değerlendirilmektedir.<sup>233</sup>

Uyuşmazlık Mahkemesine göre bir olayda,

İdarenin dava konusu taşınmaza kamulaştırmamız el atmasından doğan zararın tazminine yönelik bulunan davanın, taşınmaz altından atık su boruları (büzler) döşenmesi ve buradan sızan suların ekili mahsule zarar verdiği iddiasına dayalı olması (...) haksız fiillere ilişkin özel hukuk hükümlerine göre görüm ve çözümünün adli yargı yerinin görevine girdiği anlaşılmaktadır.<sup>234</sup>

Olayda belediyenin kamulaştırmamız olarak elattığı bir arazide yapmış olduğu faaliyet sonucunda mülkiyet hakkında müdahalesi söz konusu olduğu için fiili yol kapsamında değerlendirilmektedir.

### **2.1.3.1.a.a. Kamulaştırmamız Elatmanın Temel Unsurları**

Kamulaştırmamız elatmanın unsurları, idarenin hukuka aykırı olan faaliyetlerine karşı başvuruda bulunmak için önemlidir.<sup>235</sup> Bu unsurlar, taşınmazın özel hukuk kişisine ait olması, kamulaştırma yapılmaksızın elatılması, kamu yararı amacı taşıması ve hukuka aykırı olmasıdır. Bu unsurlar kümülatif unsurları olup, elatma eyleminin oluşabilmesi için bu unsurların hepsinin bir arada olması zorunludur.<sup>236</sup> Bu unsurlar gerçekleşmediği takdirde kamulaştırmamız elatmadan söz edilmeyecektir. Adli yargıda açılacak dava ise esastan reddedilecektir.<sup>237</sup>

---

<sup>232</sup> ÇABRİ, s. 81.

<sup>233</sup> ÇAĞLAYAN, *İdare Yargılama Hukuku*, s. 157-158.

<sup>234</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi HB, T. 30.11.2015, E. 2015/803, K. 2015/818, (www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 29.05.2022); Aynı yönde: Uyuşmazlık Mahkemesi HB, T. 19.12.2011, E. 2011/188, K. 2011/278, “davacıya ait parselden onun bilgisi dışında su borusu geçirilmesi çalışmalarının yapılması sırasında taşınmazdaki ağaçlara zarar verildiği anlaşılmıştır. Bu durumda, idarenin davacıya ait taşınmaza kamulaştırmamız el atmasından doğan zararın tazminine yönelik bulunan davanın, Borçlar Kanunu’nun haksız fiillere ilişkin hükümlerine göre adli yargı yerince çözümlenmesi gerekeceği açıktır”. (www.legalbank.net, Erişim Tarihi: 04.06.2022)

<sup>235</sup> KARACA, “Kamulaştırmamız El Koymamız Unsurları ve Kamulaştırmamız El Koymaya Karşı Yargısal Başvuru Yolları”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (2018), 137: 273-309., s. 281.

<sup>236</sup> ŞEKER, “*İdare Hukukunda Fiili Yol Teorisi ve Teorinin Türkiye Uygulaması*”, s. 132.

<sup>237</sup> KARACA, “Kamulaştırmamız El Koymamız Unsurları ve Kamulaştırmamız El Koymaya Karşı Yargısal Başvuru Yolları”, s. 281.

### 2.1.3.1.a.a.a. Taşınmazın Özel Hukuk Kişisine Ait Olması

Kamulaştırmaz elatmanın konusu, özel hukuk kişilerinin mülkiyetindeki taşınmaz, kaynak veya irtifak haklarıdır. Bu nedenle taşınmazın özel hukuk kişinin mülkiyetinde bulunması gerekmektedir.<sup>238</sup>

Kamu tüzel kişilerine ait mallar Kamulaştırma Kanunu'nun 30. maddesine<sup>239</sup> göre kamulaştırılmaz, sadece idareler arasında belirli usul ve şartlara göre taşınmaz devri yapılabilmektedir.<sup>240</sup> Dolayısıyla kamu tüzel kişinin malına elatılması teknik anlamda mümkün değildir. Bu sebeple yapılan işlem hukuk dünyasında hiç doğmamış sayılmaktadır.<sup>241</sup> Bu şekilde bir elatma, fiili yol sayılır ise de kamulaştırmaz elatma kapsamında değerlendirilemez.

### 2.1.3.1.a.a.b. Kamulaştırma Yapılmaksızın Fiilen Elatılması

İdarenin özel mülkiyette bulunan bir taşınmaza elatmasının kamulaştırmaz elatma niteliğinde olabilmesi için bu eylemin kamulaştırma yetkisi bulunan bir kurum tarafından yapılması gerekmektedir<sup>242</sup>. Kamu kuruluşlarının almış bir kamulaştırma kararı olmaksızın, özel hukuk kişinin taşınmazına müdahale etmesi ve taşınmaz üzerindeki zilyetliğe son vermeleri olarak tanımlanan durumlarda idarenin müdahalesi bir idari karara dayanmadığı için idari eylem değil, idarenin haksız eylemi olarak nitelendirilmektedir.<sup>243</sup>

---

<sup>238</sup> KARACA, "Kamulaştırmaz El Koymanın Unsurları ve Kamulaştırmaz El Koymaya Karşı Yargısal Başvuru Yolları", s. 283.

<sup>239</sup> Kamulaştırma Kanunu'nun 30. maddesine göre, "Kamu tüzel kişilerinin ve kurumlarının sahip oldukları taşınmaz mal, kaynak veya irtifak hakları diğer bir kamu tüzel kişisi veya kurumu tarafından kamulaştırılmaz. Taşınmaz mala; kaynak veya irtifak hakkına ihtiyacı olan idare, 8 inci madde uyarınca bedeli tespit eder. Bu bedel esas alınarak ödeyeceği bedeli de belirterek mal sahibi idareye yazılı olarak başvurur. Mal sahibi idare devire muvafakat etmez veya altmış gün içinde cevap vermez ise anlaşmazlık, alıcı idarenin başvurusu üzerine Danıştay ilgili idari dairesince incelenerek iki ay içinde kesin karara bağlanır".

<sup>240</sup> TUTAL, s. 1110.

<sup>241</sup> ALTUNIŞIK, "Hukuki El Atma", (Yüksek Lisans Tezi, Pamukkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Anabilim Dalı, Kamu Yönetimi ve Kent Çalışmaları Programı, Denizli, Ağustos 2019), s. 37.

<sup>242</sup> ŞEKER, İdare Hukukunda Fiili Yol Teorisi ve Teorinin Türkiye Uygulaması, s. 132.

<sup>243</sup> GÖZÜBÜYÜK/TAN, İdare Hukuku C: II, (İdari Yargılama Hukuku), s. 208.

Kamulaştırmasız elatmanın söz konusu olabilmesi için kamulaştırma yapmaya yetkili idare tarafından geçerli bir kamulaştırma işlemi olmaksızın taşınmaza sürekli ve kalıcı olarak müdahale edilmiş olması gerekmektedir.<sup>244</sup> Kamulaştırma yapma yetkisi, Anayasanın 46. maddesi ve Kamulaştırma Kanunu'nun 1. maddesi ile devlet ve diğer kamu tüzel kişilerine verilmiştir<sup>245</sup>.

Kamulaştırma Kanunu'nun 5. maddesinde ise kamulaştırma işleminin hangi merciler tarafından yapılması gerektiği düzenlenmiştir. Dolayısıyla kamulaştırmaya yetkili olmayan idare tarafından yapılmış olan elatma, fiili yol teşkil etmekle birlikte kamulaştırmasız elatma niteliğinde değildir. Başka bir ifadeyle, idare tarafından bir özel mülkiyete elatılması halinde, elatmanın kamulaştırmasız elatma niteliğinin belirlenmesi için öncelikle bu idarenin kamulaştırma yapma yetkisine sahip olup olmadığı incelenmelidir.<sup>246</sup> Yargıtay'a göre,

Kamulaştırmasız el atma olgusunun kabul edilebilmesi için kamulaştırma ile el atma yetkisi kendisine tanınmış olan idarenin taşınmaza fiilen el atmış olması gerekir. (...) idarenin taşınmazlara ilişkin kamulaştırma kararı alması kamulaştırmasız el atma olarak kabul edilemez.<sup>247</sup>

Bir kurum devlet veya kamu tüzel kişisi olmamasına rağmen istisnai olarak kamulaştırma ile yetkilendirilmiş olabilir. Bu durumda kamulaştırmasız elatmanın oluşup oluşmadığını anlamak için o kuruma özel kanunlarla kamulaştırma yapma yetkisinin verilip verilmediği dikkate alınmalıdır.<sup>248</sup>

### **2.1.3.1.a.a.c. Kamu Yararı Amacı Olması**

Hukuk devletinde kişilere tanınan önemli temel haklar arasında yer alan mülkiyet hakkı, anayasal güvence altındadır. Anayasanın 35. maddesine göre, herkes mülkiyet

---

<sup>244</sup> KULAKLI, s. 188

<sup>245</sup> KARACA, "Kamulaştırmasız El Koymanın Unsurları ve Kamulaştırmasız El Koymaya Karşı Yargısal Başvuru Yolları", s. 284.

<sup>246</sup> ŞEKER, "*İdare Hukukunda Fiili Yol Teorisi ve Teorinin Türkiye Uygulaması*", s. 133.

<sup>247</sup> Yargıtay 5. HD, T.01.03.2011, E. 2010/17343, K. 2011/3393, (www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 28.05.2022).

<sup>248</sup> Yücel ÖZDEMİR, *Türk Hukukunda Kamulaştırmasız El Atma*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2018), s. 130.

hakkına sahip olup, bu hakka ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlandırma getirilebilecektir.<sup>249</sup>

Anayasanın 46. maddesine göre idare, kendisine tanınmış olan kamulaştırma yetkisini kamu yararı amacıyla kişilerin mülkiyet hakkına müdahale etmektedir.<sup>250</sup> Kamulaştırma yapma yetkisine sahip olan idarenin özel yarar sağlamak amacıyla taşınmaza elatması halinde de gerçek anlamda kamulaştırmadan söz edilemez.<sup>251</sup> Bu durumda idarenin sıradan bir haksız fiili söz konusudur.<sup>252</sup> Kamu yararının bulunmaması bu kurumun niteliğini değiştirerek idarenin keyfiliğine yol açmaktadır.<sup>253</sup> Yani kamu düzeni ihlal edilerek kamu yararı gerçekleştirilemez.<sup>254</sup>

Kamu yararı gözetilmeksizin taşınmaza elatılması halinde alelade elatmaya<sup>255</sup> ilişkin hükümler uygulanacaktır.<sup>256</sup> İdarenin bir taşınmaza alelade bir şekilde elatması halinde, malik kamulaştırmadan elatma durumunda açabileceği birtakım davaları açamamakta ve bu durum mülkiyet hakkının ihlali bakımından sorun yaratmaktadır. Çünkü kamu yararı gözetilmeksizin kamulaştırmadan elatmanın varlığı halinde malik yalnızca haksız fiil nedeniyle uğramış olduğu zararın tazminini ve elatmanın önlenmesini talep edebilmektedir. Ancak taşınmazın idareye geçmesi nedeniyle idareden taşınmaz bedelini talep edememektedir.<sup>257</sup>

Örneğin kamu görevlileri siyasi amaçla ya da rant sağlamak için kamu kurumu adına özel hukuk kişilerin taşınmazlarına elatması mümkün değildir. Böyle bir girişimde

---

<sup>249</sup> ERKAL, s. 6.

<sup>250</sup> Ali Hamza ŞAHİN, “Dünden Bugüne Hukuka Uygun El Atma ve Mülkiyet Hakkı İhlallerinin Giderimi”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, (2018), 35: 405-428, s. 419.

<sup>251</sup> KARACA, “Kamulaştırmadan El Koymanın Unsurları ve Kamulaştırmadan El Koymaya Karşı Yargısal Başvuru Yolları”, s. 285.

<sup>252</sup> Önder ÇETİNTAŞ, *Kamulaştırmadan El Atma*, (Ankara: Seçkin Hukuk, 1. Baskı, Temmuz, 2020), s. 71.

<sup>253</sup> ALTUNIŞIK, s. 42.

<sup>254</sup> ERKAL, s. 11.

<sup>255</sup> GÖZLER, *İdare Hukuku: C. II*, s. 1017; Alelade kamulaştırmadan elatma bayındırlık inşası dışında ortaya çıkan elatmalardan oluşmaktadır. Bayındırlık eserleri kamu yararına özgülenmiş, insan emeği sonucunda ortaya çıkan taşınmazlardan oluşmaktadır. (GÖZLER, *İdare Hukuku: C. II*, s. 1017).

<sup>256</sup> Merve MAMAL, “Kamulaştırmadan El Atmada Tazminat ve Ecrimisil”, (Yüksek Lisans Tezi, On Dokuz Mayıs Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Samsun, 2019), s. 60.

<sup>257</sup> Hatice Betül YURDAGÜL, “Kamulaştırmadan El Atma ve Hukuki Sonuçları”, (Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı Kamu Hukuku Programı, İzmir, 2019), s. 53.

kamu yararı amacı bulunmamaktadır.<sup>258</sup> Yine acil bir kamu hizmeti için olsa bile idarenin taşınmaza hukuka aykırı bir şekilde elatması, bireysel yarar karşısında kamu yararını üstün duruma getirmemektedir. Çünkü idarenin hukuka aykırı faaliyetleri sonucu kamu düzeni ihlal edilmektedir.<sup>259</sup>

#### **2.1.3.1.a.a.d. Hukuka Aykırı Olması**

Kamulaştırmасız elatmanın bir diğer unsuru ise elatmanın veya getirilen kısıtlamanın hukuka aykırı olmasıdır.<sup>260</sup> Kamu yararının özel yarara göre üstün olması nedeniyle zorunlu olarak idareye tanınan kamulaştırma yetkisinin kullanılmayarak idare tarafından taşınmaz üzerinde kamulaştırma yapmaksızın fiili elatması hukuka açıkça aykırıdır.<sup>261</sup>

İdarenin yapmış olduğu bir müdahalenin hukuka aykırı olabilmesi için yapılan müdahalenin herhangi bir hakka dayanmadan özel hukuk kişilerinin doğrudan zilyetlik, mülkiyet veya diğer bir hakkını ihlal etmesi gerekmektedir. Bu müdahalenin kanuni bir düzenlemeye dayanması halinde hukuka aykırılıktan söz edilemez.<sup>262</sup>

#### **2.1.3.1.a.b. Kamulaştırmасız Elatmanın Türleri**

Kamulaştırmасız elatma fiili ve hukuki elatma olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Fiili elatma kamulaştırma yapma yetkisi bulunan kurumların, kamu yararı adına mülkiyet hakkına kesin bir şekilde, yasal bir dayanak olmaksızın fiili olarak saldırıda bulunmasıdır. Hukuki elatma ise kanuna göre mülkiyet hakkının malik tarafından kullanılmasının uzun süre engellenmesine neden olacak şekilde idare tarafından

---

<sup>258</sup> ÖZDEMİR, s. 131.

<sup>259</sup> ERKAL, s. 11.

<sup>260</sup> ÇABRİ, s. 100.

<sup>261</sup> Mustafa AVCI, “Türk Hukukunda Kamulaştırmасız El Atma Sorunu Üzerine Bir İnceleme”, *International Conference On Eurasian Economies*, (2014), s. 6.

<sup>262</sup> İrem KARACA, *Kamulaştırmасız El Atma*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 1. Baskı, 2019), s. 91.



müdahale edilmesidir.<sup>263</sup> Fiili yol olarak da nitelendirilen kamulaştırmaz elatma, fiili elatma şeklinde ortaya çıkmaktadır.<sup>264</sup>

### 2.1.3.1.a.b.a Fiili Elatma

İdarenin herhangi bir yasal dayanağı olmadan, usule aykırı kamulaştırma ile özel mülkiyetteki taşınmazın tamamına veya bir kısmına elatması açık bir şekilde hukuka aykırıdır.<sup>265</sup> Örneğin, mahkeme tarafından verilmiş bir karar olmadığı halde idarenin kamulaştırma işlemine girişmesi<sup>266</sup>, taşınmazın kamulaştırılma yapılmadan Karayolları Genel Müdürlüğü tarafından fiilen yol haline getirilmesi veya Orman Genel Müdürlüğü tarafından özel mülkiyetteki araziye ağaç dikilerek elatılmış olması “fiili elatma” olarak kabul edilmektedir.<sup>267</sup>

Fiili elatma şartının gerçekleşebilmesi için taşınmaz üzerinde bir tesis yapılmış olması ve kısmen ya da tamamen irtifak hakkı kurulması gerekmektedir. İdare tarafından taşınmaz üzerinde yol, termik santral, bina, köprü, baraj gibi yapı inşa edilmesi ve taşınmazın belli gereksinime sürekli tahsis edilmesi dolayısıyla malikin taşınmazı kanunların öngördüğü sınırlara uygun olarak kullanılmasının engellenmiş olması durumunda fiili elatmanın gerçekleştiği kabul edilmektedir.<sup>268</sup> Yargıtaya göre,

Taşınmazdan bilgisi olmadan hafriyat malzemesi alındığı, taşınmazın 5 metre derinliğe kazıldığı, taşınmazın istifade edebilir hale getirilmesi için gerekli dolgu malzemesi karşılığının belirlenmesi için Sulh Hukuk Mahkemesinde tespit yaptırıldığı; zararın, davalı idarenin yol yapımında kullanılmak üzere davacının taşınmazından malzeme alması nedeniyle oluştuğunun iddia edildiği, (...) kamu idaresinin fiili nedeniyle meydana geldiği iddia edilen zararın tazmini söz konusu olduğundan, davanın haksız fiilden doğan bir tazminat davası sayılacağı kuşkusuzdur. Belirtilen duruma ve davanın niteliğine göre, idarenin aynı bir hakka müdahalesinin hukuka uygunluğunun yargısal denetimi işin esasını teşkil etmekte olup, açılan dava ile bir idari tasarrufun iptalinin ya da böyle bir tasarruf nedeniyle uğranılan zararın tazmininin istenilmemiş bulunması

---

<sup>263</sup> Mehmet ÇABUK/ Nuran DOĞAN ÇAKMAK / Dilara ŞENGÖZ, *Danıştay Kararları Işığında Kamulaştırmaz El Atma*, (Ankara: Seçkin Hukuk, 3 Baskı, Nisan, 2022), s. 48.

<sup>264</sup> YILDIZ, “Fransız Hukukunda Fiili Yolun Yeni Hukuki Rejimi ve Fiili Yolun Türkiye Uygulaması”, s. 320.

<sup>265</sup> KARACA, *Kamulaştırmaz El Atma*, s. 53

<sup>266</sup> YILDIZ, “Fransız Hukukunda Fiili Yolun Yeni Hukuki Rejimi ve Fiili Yolun Türkiye Uygulaması”, s. 320.

<sup>267</sup> Turan ÇINAR, *Açıklamalı İçtihatlı Uygulamalı Kamulaştırmaz El Atma Davaları*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 5. Baskı, 2018), s. 4.

<sup>268</sup> KARACA, *Kamulaştırmaz El Atma*, s. 53-54.

karşısında, haksız fiilden doğan zararların tazmini davasının, özel hukuk hükümlerine göre görüm ve çözümünde adli yargı yeri görevli bulunmaktadır.<sup>269</sup>

İdare tarafından alınan bir elatma kararının ani ve geçici zarar verici tutum ve hareketleri fiili yol değildir. Örneğin idareye ait bir aracın veya kamu görevlilerinin bir an için özel mülkiyetteki bir taşınmaza girmeleri ve bu taşınmaza veya taşınmaz üzerindeki şeylere zarar vermesi durumunda fiili yoldan söz edilemez.<sup>270</sup> Fakat idarenin ani bir kararı olmaksızın izin almadan veya haber vermeden bireyin mülkiyet hakkına saldırıda bulunması fiili yol niteliğindedir. Örneğin Uyuşmazlık Mahkemesine göre,

Dosya kapsamından, kanal hattının 6 numaralı parselin bir kısmından geçtiği, yapılan kazı çalışmaları sırasında parselin bir bölümünün zarar gördüğü, ağaçların kesildiği ve çevre duvarının yıkıldığı; kanalizasyon hattının yapımı sırasında davacılar tarafından izin alınmadığı tapuda herhangi bir irtifak hakkı tesis edilmediği gibi, davacılar tarafından herhangi bir ödemenin yapılmadığı anlaşılmıştır. Bu durumda, idarenin davacıya ait taşınmaza kamulaştırmadan el atmasından doğan zararın tazminine yönelik bulunan davanın, Borçlar Kanunu'nun haksız fiillere ilişkin hükümlerine göre adli yargı yerince çözümlenmesi gerekeceği açıktır.<sup>271</sup>

Fiili elatma durumunda elatılan taşınmazın mülkiyeti idareye geçmemekte, malikin taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkı devam etmektedir. Bu durumda idare sadece taşınmazın zilyetliğini elde etmektedir. Taşınmazın mülkiyetinin idareye geçmesi, fiili elatmadan sonra malikin rızasıyla taşınmazın kamulaştırılması ya da fiili elatmadan dolayı mahkemeye başvurulması üzerine mahkemenin taşınmaz bedelinin malike ödenmesi karşılığında taşınmazın idare adına tesciline karar vermesiyle mümkündür.<sup>272</sup>

### **2.1.3.1.a.b.b. Hukuki Elatma**

Fiili bir elatma olmadan, uzun süreli imar yasakları konularak yapılan kısıtlamalar “hukuki elatma” olarak tanımlanmaktadır.<sup>273</sup> Hukuki elatma, fiili elatmada olduğu gibi malikin devamlılık arz eden fiili bir durumu söz konusu değildir. Zilyetlik malikte kalmaya devam etmekte ve hukuki dayanağı olmayan idari bir işlemle özel

<sup>269</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi HB, T. 28.11.2016, E. 2016/434, K. 2016/547, (www.legalbank.net, Erişim Tarihi: 03.06.2022).

<sup>270</sup> KARACA, *Kamulaştırmadan El Atma*, s. 64.

<sup>271</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi HB, T. 01.03.2010, E. 2009/62, K. 2010/37, (www.sinerjimevzuat.com, Erişim Tarihi: 02.12.2021).

<sup>272</sup> ÇETİNBAŞ, s. 36.

<sup>273</sup> Sadullah ÖZEL, “Türkiye’deki Kamulaştırma ve Acele Kamulaştırma Uygulamasının Ölçülülük İlkesi ve Demokratik Toplum Düzeninin Gereklerine Uygunluğu”, *Electronic Turkish Studies*, (2016), 11.8, s. 307.

hukuk kişilerinin taşınmazları üzerindeki tasarruf yetkisi yok edilmekte ve mülkiyet hakkı kısıtlanmaktadır.<sup>274</sup>

Hukuki elatma, idare tarafından fiili olarak elatılmamasına rağmen imar planında yol, park, okul, ibadethane, çocuk bahçesi gibi halkın hizmetine ayrılan yerler, malikin mülkiyet hakkının kullanımını sınırlandırılarak tasarrufun hukuken kısıtlanmasıdır.<sup>275</sup> Bu nedenle hukuki elatma, “hukuka uygun elatma” anlamına gelmemektedir. Hukuki elatma, hukuka aykırı olup, fiili olmayan ama fiili elatma gibi sonuç doğuran kamulaştırmasız elatmadır. Buradaki hukukilik kelimesi ile anlatılmak istenen özel hukuk kişisine ait taşınmaza mülkiyet hakkının özünü zedeleyecek şekilde kullanmaya engel kısıtlamaların başlangıçta hukuken getirilmiş olmasıdır.<sup>276</sup> Mülkiyet hakkından yoksun bırakma şeklinde ortaya çıkan bu kısıtlamalar nedeniyle hedeflenen kamu yararı ve malikin bireysel yararı arasında gözetilmesi gereken adil denge bozulmaktadır.<sup>277</sup>

Kamulaştırma Kanunu’nun ek 1. maddesine göre,

Uygulama imar planlarında umumi hizmetlere ve resmi kurumlara ayrılmak suretiyle mülkiyet hakkının özüne dokunacak şekilde tasarrufu hukuken kısıtlanan taşınmazlar hakkında, uygulama imar planlarının yürürlüğe girmesinden itibaren beş yıllık süre içerisinde imar programları veya imar uygulamaları yapılır ve bütçe imkanları dahilinde bu taşınmazlar ilgili idarelerce kamulaştırılır veya her halde mülkiyet hakkını kullanmasına engel teşkil edecek kısıtlılığı kaldıracak şekilde imar planı değişikliği yapılır/yaptırılır.

Bu madde ile kanun koyucu hukuki elatmayı kamulaştırmasız elatma olarak değerlendirmiştir.

İmar Kanunu’nun 10. maddesine göre,

Belediyeler; imar planlarının yürürlüğe girmesinden en geç 3 ay içinde, bu planı tatbik etmek üzere 5 yıllık imar programlarını hazırlarlar. Beş yıllık imar programlarının görüşülmesi sırasında ilgili yatırımcı kamu kuruluşlarının temsilcileri görüşleri esas alınmak üzere Meclis toplantısına katılır. Bu programlar, belediye meclisinde kabul edildikten sonra kesinleşir. Bu program içinde bulunan kamu kuruluşlarına tahsis edilen alanlar, ilgili kamu kuruluşlarına bildirilir. Beş yıllık imar programları sınırları içinde kalan alanlardaki kamu hizmet tesislerine tahsis edilmiş olan yerleri ilgili kamu kuruluşları, bu program süresi içinde kamulaştırırlar.

---

<sup>274</sup> ÇABUK/ DOĞAN ÇAKMAK / ŞENGÖZ, s. 48.

<sup>275</sup> ALTUNIŞIK, s. 54; Anayasa Mahkemesi ve AİHM, süresi belli olmayan imar yasaklarını mülkiyet hakkının ölçüsüz bir şekilde sınırlandırılması olarak ifade etmiştir. (ÖZEL, s. 307).

<sup>276</sup> ÖZDEMİR, s. 63.

<sup>277</sup> Ahmet YILMAZ, “Kamulaştırmasız El Atma ve Hukuki El Atma Kavramlarının Tüzel Gelişiminin İncelenmesi”, *Jeodezi ve Jeoinformasyon Dergisi*, (2020), 7.2: 155-183, s. 156.

Bu maddeye göre belediyelerin imar planlarının uygulanması için belirtilen süre içerisinde imar programını hazırlaması ve uygulamaya koyması gerekmektedir. İlgili yatırımcı kamu kuruluşlarının ise imar programlarında kendi görev alanlarındaki kamu hizmeti için ayrılan özel mülkiyete ait arsaları program süresi içerisinde kamulaştırma zorunluluğu bulunmaktadır.<sup>278</sup> Belirtilen süre içerisinde kamulaştırılmaması sonucunda malik mülkiyeti kullanım haklarından yoksun kalmaktadır.

Kamulaştırmaz elatma kavramı, uzun bir süre fiili elatma olarak değerlendirilmiş, Yargıtay ve mahkemeler çeşitli gerekçelere dayanarak hukuki elatmanın kamulaştırmaz elatma sayılmasını engellediği için uygulamada birçok kişi mağduriyet yaşamıştır.<sup>279</sup>

Yargıtayın 2010 yılındaki içtihadı ile “hukuki elatma” kavramı ortaya çıkmıştır.<sup>280</sup> Davaya konu olan olayda, imar planında okul alanı olarak ayrılan taşınmaz kamulaştırılmıştır. Ancak idare tarafından uzun bir süre sessiz kalınarak malikin taşınmazı kullanım hakkı engellenmiştir.<sup>281</sup> Bu karardan sonra hukuki elatma da fiili elatma gibi değerlendirilmiştir.<sup>282</sup>

---

<sup>278</sup> Danıştay, 6. D, T. 29.06.2021, E. 2021/4621, K. 2021/8995, (www.sinerjimevzuat.com, Erişim Tarihi: 02.11.2021).

<sup>279</sup> ÇABUK/ DOĞAN ÇAKMAK/ ŞENGÖZ, s. 45.

<sup>280</sup> ŞAHİN, s. 408.

<sup>281</sup> Yargıtay HGK, T. 15.12.2010, E. 2010/622, K. 2010/651: “Uzun yıllar programa alınmayan imar planının fiilen hayata geçirilmemesi nedeniyle kamulaştırma ya da takas cihetine gitmeyen davalı İdarenin, malikin taşınmaz üzerindeki tasarruf hakkını belirsiz bir süre için kullanılamaz hale getirdiği, dolayısıyla malikin taşınmazdan mülkiyet hakkının özüne uygun şekilde yararlanma olanağı kalmadığı, taşınmaz malikin mülkiyet hakkının hukuksal bir nedene dayanılmadan İdarece engellendiği kuşkusuzdur. (...) Malikin taşınmaz üzerindeki egemenliği hukuk düzeninin sınırları içinde üçüncü kişilere karşı korunmuş ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 683. maddesinde malike, hukuka aykırı olarak müdahalenin önlenmesini isteme hakkı tanınmıştır. Bir kişinin taşınmazına eylemlerle el atıp tamamen veya kısmen kullanılmasına engel olunması ile imar uygulaması sonucu o kişinin mülkiyetinde olan taşınmaza hukuken kullanmaya engel sınırlamalar getirilmesi arasında sonucu itibari ile bir fark bulunmamakta her ikisi de kişinin mülkiyet hakkının sınırlandırılması anlamında aynı sonucu doğurmaktadır. Ancak, bundan da öte; uzun yıllar programa alınmayan imar planının fiilen hayata geçirilmemesi nedeniyle kamulaştırma ya da takas cihetine gitmeyen davalı İdarece, pasif ve suskun kalınmak ve işlem tesis edilmemek suretiyle taşınmaza müdahale edildiği; bu haliyle İdarenin eyleminin, mülkiyet hakkının özüne dokunan ve onu ortadan kaldıran bir niteliğe sahip bulunan kamulaştırmaz el koyma olgusunun varlığı için yeterli bulunduğu, her türlü zahtan varestedir. Bu itibarla, kamulaştırmaz el koyma olgusunun varlığının doğal sonucu, İdarenin hukuka aykırı eylemiyle mülkiyet hakkı engellenen taşınmaz mal sahibi davacının, dava yoluyla kamulaştırmaz el koyma hükümleri doğrultusunda mülkiyetin bedele çevrilmesini, eş söyleyişle idareden değer karşılığının verilmesini isteyebileceği açıktır.”; (www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 07.04.2022).

<sup>282</sup> TUTAL, s. 1111.

Yargıtay bu kararı ile uzun yıllar programa alınmayan imar planlarının hayata geçirilmemesini, kamulaştırma veya takas yoluna gidilmemesini, mülkiyet hakkının özüne dokunan ve onu ortadan kaldıran bir niteliğe sahip olmaması nedeniyle hukuki elatmayı kamulaştırmaz elatma kapsamında değerlendirmiştir.<sup>283</sup> Kararla birlikte uygulamada fiili olarak elatılmamasına rağmen uzun yıllar kısıtlama getirilen birçok taşınmaz için taşınmazın idareye devri karşılığında bedele dönüştürme davası açma hakkı doğmuştur.<sup>284</sup>

Doktrinde kamulaştırmaz elatma olarak tanımlanan hukuki elatmanın fiili yol niteliğinde olup olmadığı tartışma konusudur. Birinci görüş hukuki elatmanın fiili yol oluşturmadığı yönündedir<sup>285</sup>. Bu görüşe göre fiili yol idarenin yapmaması gereken bir faaliyeti yapmasıyla ortaya çıkmaktadır. Ancak hukuki elatma tasarrufu kısıtlanan taşınmazın, idarenin yapması gereken kamulaştırma, plan değişikliği ya da trampayı yapmaması, yani pasif ve suskun kalması ile ortaya çıkmaktadır.<sup>286</sup> Görüşe göre ortada idareye atfedilecek nitelikte bir eylem veya hareket olmadığı için hukuki elatmanın fiili yol oluşturmadığı kabul edilmektedir.<sup>287</sup> Ayrıca taşınmazın zilyetliği malikte kalmaya devam etmektedir.<sup>288</sup> Zilyetlik idareye geçmediği için hukuki elatma fiili yol olarak kabul edilememektedir. İYUK'un 34. maddesinde fiili yoldan farklı olarak hukuki elatma durumunda idari yargının görevli sayılması bu görüşü doğrular niteliktedir. Bu maddeye göre,

İmar, kamulaştırma, yıkım, işgal, tahsis, ruhsat ve iskan gibi taşınmaz mallarla ilgili mevzuatın uygulanmasında veya bunlara bağlı her türlü haklara veya kamu mallarına ilişkin idari davalarda yetkili mahkeme taşınmaz malların bulunduğu yer idare mahkemesidir.

Doktrindeki ikinci görüş ise hukuki elatmanın fiili yol oluşturduğu yönündedir.<sup>289</sup> Bu görüşe göre, İmar Kanunu'nda idarenin planlama yetkisi ve

---

<sup>283</sup> ERKAL, s. 13; TUTAL, s. 1111.

<sup>284</sup> ÇABRİ, s. 80.

<sup>285</sup> ODLUYURT, s. 156; BUĞDAYCI, s. 254.

<sup>286</sup> ODLUYURT, s. 156.

<sup>287</sup> BUĞDAYCI, s. 254.

<sup>288</sup> ÇABUK / DOĞAN ÇAKMAK / ŞENGÖZ, s. 48; ÖZDEMİR, s. 208; ŞAHİN, s. 408; KULAKLI, s. 190.

<sup>289</sup> Meltem KUTLU GÜRSEL, *Kamulaştırma Hukuku*, (Ankara: Seçkin Hukuk, 3. Baskı, Ekim, 2019), s. 584, s.636; Mehmet GÖLCÜKLÜ / Ali Burak ÇAKIR, *Kamulaştırma Kanunu Şerhi Fiili ve Hukuki El Atma Davaları*, (Ankara: Seçkin Hukuk, 4. Baskı, 2021), s. 1118.

uygulamasına ilişkin kurallar yer almasına karşın, süresi belirsiz imar kısıtlaması yapma yetkisi bulunmamaktadır. İmar programlarının yapılması ve uygulanmasında İmar Kanunu'nda yer almayan yetkiyi kullanarak işlemde bulunulması fiili yol olarak değerlendirilmelidir. Çünkü idare bireyin mülkiyet hakkını görev ve yetkisi içinde olmayan eylemleri ile ihlal ederek idarenin haksız fiilini oluşturmaktadır.<sup>290</sup> Bu nedenle hukuki elatma kapsamındaki eylemler idari nitelik taşımalarına rağmen eylemdeki ağır hukuksuzluk eylemin fonksiyonel açıdan idarilik niteliğini ortadan kaldırmakta ve fiili yola dönüşmektedir.<sup>291</sup> İdarenin kanunda belirtilen süreyi aşacak şekilde malikin mülkiyet hakkını kısıtlaması da idarenin haksız fiili olup, fiili yol kapsamında değerlendirilmektedir.<sup>292</sup> Bu görüşe göre, fiili ve hukuki elatmanın ortak noktası taşınmaz sahibinin mülkiyet hakkının kısıtlanması ve her iki durumda da taşınmaz bedelinin ödenmemesidir. Buna göre bir taşınmaza fiilen elatılarak mülkiyet hakkının kısıtlanması ile hukuken elatarak kısıtlanması arasında bir fark bulunmaktadır.<sup>293</sup> Yargıtayın bu görüşü doğrular nitelikte kararları bulunmaktadır. Yargıtaya göre,

Uzun yıllar programa alınmayan imar planının hayata geçirilmemesi nedeniyle kamulaştırma ya da takas cihetine gitmeyen davalı İdarece, pasif ve suskun kalınmak ve işlem tesis edilmemek suretiyle taşınmaza müdahale edildiği; bu haliyle İdarenin, mülkiyet hakkının özüne dokunan ve onu ortadan kaldıran bu eylemi ile kamulaştırmamasız el koyma olgusunun gerçekleştiğinin kabulü gerekir. Kamulaştırmamasız el koyma olgusunun varlığının doğal sonucu, İdarenin hukuka aykırı eylemiyle mülkiyet hakkı engellenen taşınmaz mal sahibi davacının, dava yoluyla kamulaştırmamasız el koyma hükümleri doğrultusunda mülkiyetin bedele çevrilmesini, eş söyleyişle idareden değer karşılığının verilmesini isteyebileceği açıktır. Bu itibarla kamulaştırmamasız el atma olgusu gerçekleşmiş olup, taşınmazın aynına ilişkin bu davaya bakmak Adli Yargının görevi dahilinde olduğu anlaşılmıştır.<sup>294</sup>

Hukuki elatma kamulaştırmamasız elatmanın türlerinden biri olmasına rağmen fiili yol niteliğinde olmadığı görüşündeyiz. Çünkü idare tarafından gerçekleştirilmesine rağmen her hukuka aykırı fiil, fiili yol kapsamında değerlendirilememektedir. Fiili yolda idare tarafından gerçekleştirilen eylem veya işlemin icrai olması gerekmektedir. Ancak hukuki elatmada idare yapması gereken hukuka uygun bir kamulaştırma işlemini

---

<sup>290</sup> KUTLU GÜRSEL, s. 584.

<sup>291</sup> GÖLCÜKLÜ / ÇAKIR, s. 1118.

<sup>292</sup> KUTLU GÜRSEL, s. 636.

<sup>293</sup> ERKAL, s. 14.

<sup>294</sup> Yargıtay 5. HD, T. 12.03.2020, E. 2019/11864, K. 2020/4518, (www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 27.02.2022); Aynı yönde: Yargıtay 5. HD, T. 12.10.2022, E. 2019/6318, K. 2020/8666; “taşınmaza davalı idarece fiilen el atılmamış ise de kanunda belirtilen süre içinde imar planına uygun herhangi bir işlem tesis edilmediğinden kamulaştırmamasız el atma olgusu gerçekleşmiş olup, taşınmazın aynına ilişkin bu davaya bakmak Adli Yargının görevidir”. (www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 02.06.2022)

yapmayarak hukuka aykırı davranmaktadır. İhmali (pasif) davranış ile fiili yolun ortaya çıkmayacağı düşünülürse, hukuki elatma fiili yol kapsamında değerlendirilmemelidir. Ayrıca fiili yoldan farklı olarak hukuki elatma halinde, idarenin yapmış olduğu faaliyet idarilik niteliğini korumakta ve buna ilişkin davalar idari yargıda görülmektedir.

### **2.1.3.1.a.c. Kamulaştırmasız Elatmanın Hukuki Denetimi**

Kamulaştırma Kanunu'nda açık bir hüküm bulunmamakla birlikte, TMK'nın 683. maddesi ve 1956 tarihli Yargıtay içtihadı birleştirme kararı doğrultusunda kamulaştırmasız elatmaya ilişkin malik ve mirasçılar idarenin haksız fiili nedeniyle "men'i müdahale" davası açabilir.<sup>295</sup> Bu dava, idarenin haksız müdahalesinin ortadan kaldırılması ve malikin taşınmaz üzerinde mülkiyet hakkını gerektiği gibi engelsiz bir şekilde tekrar kullanılabilmesi amacıyla açılmaktadır.<sup>296</sup> Ancak kamulaştırma olmaksızın elatılan taşınmazın yola dönüşmesi durumunda bu davanın kararlaştırılması zorlaşabilir. Böyle bir durumda malik taşınmazın bedeli karşılığında mülkiyet hakkının idareye geçmesine rıza gösterebilir.<sup>297</sup>

1956 tarihli Yargıtay içtihadı birleştirme kararına göre malik men'i müdahale davası açabileceği gibi bedel davası da açabilmektedir. Bedel davası açması halinde taşınmazın değerinin esas alınacağı tarih, bedel davasının açıldığı tarih olacaktır. Bu değer, Kamulaştırma Kanunu'nun 8/3. maddesine göre, en az üç kişiden oluşan kıymet takdir komisyonu tarafından taşınmazın elatma tarihindeki nitelikleri esas alınarak Kamulaştırma Kanunu'nun 11. ve 12. maddelerine göre hesaplanarak mahkeme tarafından tespit edilir.<sup>298</sup> Ancak kamulaştırmasız elatma sonucunda idarenin bir bedel ödemesi, hukuka aykırı olan kamulaştırmasız elatma eylemini hukuka uygun hale

---

<sup>295</sup> KARACA, "Kamulaştırmasız El Koymanın Unsurları ve Kamulaştırmasız El Koymaya Karşı Yargısal Başvuru Yolları", s. 293.

<sup>296</sup> ÖZDEMİR, s. 173.

<sup>297</sup> ŞAHİN, s. 410; ERKAL, s. 23; Şahver İrem YAZICIOĞLU, "Kamulaştırmasız El Atma", (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, 2008), s. 107-108.

<sup>298</sup> KARACA, "Kamulaştırmasız El Koymanın Unsurları ve Kamulaştırmasız El Koymaya Karşı Yargısal Başvuru Yolları", s. 296.

getirmeyecektir.<sup>299</sup> Çünkü hukuka aykırı bir faaliyet sonucunda idarenin zararı tazmin etmesi bu eylemin varlığını ortadan kaldırmamaktadır.

Malik taşınmazın idareye devrini kabul etmek istemeyip, yalnızca taşınmaza verilen zararın tazminini de isteyebilir. Böyle bir durumda ecrimisil (tazminat) davası açması gerekmektedir.<sup>300</sup> Ecrimisil, mülkiyete kamulaştırma olmaksızın idare tarafından elatılması durumunda idarenin zarar verip vermemesine bakılmaksızın, yalnızca mülkiyeti işgal etmesinden dolayı malike ödeyeceği kira karşılığı tazminatı ifade etmektedir.<sup>301</sup>

Ecrimisil davası taşınmazın haksız olarak işgal edilmesinden dolayı TMK'nın 995. maddesine dayanmaktadır. TMK'nın 995. maddesine göre, malik taşınmazı kullanmaktan alıkonulmamış ise tazminat talep etmesi mümkün değildir.<sup>302</sup> Ancak ecrimisil davası, men'i müdahale ve bedel davasından farklı olarak olayın niteliğine göre sadece adli yargıda değil, idari yargıda da görülebilmektedir. İdarenin plan ve projeye göre verdikleri karar doğrultusunda, kişilerin zarara uğraması halinde bu zararın tazminine ilişkin davaların çözüm yeri idari yargıdır. Fakat idarenin elatmaya ilişkin vermiş olduğu karar plansız, projesiz ve haksız bir şekilde yapılmışsa tazminat davasına bakmaya adli yargı görevlidir.<sup>303</sup>

#### **2.1.3.1.b. Yıkım Kararı Olmadan Bir Yapının Yıkılması**

Bir yapının yıkım eylemi yetki, şekil, sebep, konu ve amaç yönlerinden tam olması gerekmektedir. Aksi durumda idare tarafından gerçekleştirilen yıkım eylemi hukuka aykırı olacaktır. Yıkım kararı mülkiyete konu olan taşınmaz üzerinde verilecek en son ve en ağır yaptırım türüdür.<sup>304</sup>

---

<sup>299</sup> KARACA, *Kamulaştırmatsız El Atma*, s. 38.

<sup>300</sup> ÇINAR, s. 15.

<sup>301</sup> Sidar KOCAKAYA, “*Kamulaştırmatsız El Atma ve El Atmanın Önlenmesi (Müdahalenin Men'i)*”, (Yüksek Lisans Tezi, Maltepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, İstanbul, 2011), s. 82.

<sup>302</sup> KARACA, *Kamulaştırmatsız El Atma*, s. 117; TMK'nın 995. maddesine göre, “*İyiniyetli olmayan zilyet, geri vermekle yükümlü olduğu şeyi haksız alıkoymuş olması yüzünden hak sahibine verdiği zararlar ve elde ettiği veya elde etmeyi ihmal eylediği ürünler karşılığında tazminat ödemek zorundadır*”.

<sup>303</sup> ÇINAR, s. 15.

<sup>304</sup> Kürşat ERSÖZ, “Bir İdari İşlem Olarak Yıkım Kararı”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (2015), 19.3: 103-150, s.121.



İmar Kanunu'nun 39. maddesine<sup>305</sup> göre, idare yıkılmaya yüz tutmuş bir yapıyı, ancak yasal usuller izlenerek alacağı bir yıkım kararı ile yıkabilir. Böyle bir yıkım kararı olmaksızın, idarenin herhangi bir yapıyı “yıkılmaya yüz tutmuştur” diyerek yıkması fiili yol niteliğindedir.<sup>306</sup>

Bir yıkım kararının alınabilmesi için idarece verilen sürenin bitmesi gerekmektedir. Ancak bu sürenin bitmiş olması ruhsata bağlanma ihtimali olan yapılar için geçerlidir. Ruhsata bağlanması mümkün olan yapılara süre kuralına uyulmadan gerçekleştirilen yıkım sonucunda fiili yola ilişkin hükümler uygulanır.<sup>307</sup>

Uyuşmazlık Mahkemesi de yıkım kararı olmaksızın, bir yapının yıkılmasını fiili yol olarak kabul etmektedir. Buna göre,

Mülkiyeti davacıya ait taşınmazın, herhangi bir idari karar alınmadan, davacının bilgisi dışında yıktırılması nedeniyle meydana gelen zararın tazmini söz konusu olduğundan, davanın haksız fiilden doğan bir tazminat davası sayılacağı kuşkusuzdur. Belirtilen duruma ve davanın niteliğine göre, idarenin aynı bir hakka müdahalesinin hukuka uygunluğunun yargısal denetimi için esasını teşkil etmekte olup, açılan dava ile bir idari tasarrufun iptalinin ya da böyle bir tasarruf nedeniyle uğranılan zararın tazmininin istenilmemiş bulunması karşısında, haksız fiilden doğan zararların tazmini davasının, özel hukuk hükümlerine göre görüm ve çözümünde adli yargı yeri görevli bulunmaktadır.<sup>308</sup>

Danıştayın, aynı yönde vermiş olduğu bir kararına göre,

Orman arazisinin Milli Savunma Bakanlığına Eğitim atışı ve tatbikat alanı olarak kullanılmak üzere 17.12.1986 yılında tahsis edildiği, davalı idarenin 2.2.1988 tarihinde davacıya binalarını boşaltmalarını bildirdiği, 9.2.1988 tarihinde de Kaymakamlığa başvurarak binaların yıktırılmasını talep ettiği, Kaymakamlıkça bir işlem yapılmadığı ve davacının söz konusu binaların 2.5.1988 tarihinde davalı idare elemanlarınca yıkıldığı

---

<sup>305</sup> İmar Kanunu'nun 39. maddesine göre, “Genel güvenlik ve asayiş bakımından tehlike arz ettiği valilikçe tespit edilen metruk yapılar ile bir kısmı veya tamamının yıkılacak derecede tehlikeli olduğu belediye veya valilik tarafından tespit edilen yapıların sahiplerinin adrese dayalı nüfus kayıt sistemindeki adreslerine tehlike derecesine göre bunun izalesi için belediye veya valilikçe üç gün içinde tebligat yapılır. Yapı sahibine bu şekilde tebligat yapılamaması halinde bu durum tebligat yapan idarenin internet sayfasında 30 gün süre ile ilan edilir ve tebligat varakası tebliğ yerine kaim olmak üzere tehlikeli yapıya asılır ve keyfiyet muhtarla birlikte bir zabıtla tespit edilir. Malik dışında binada ikamet amacıyla oturanlara da ayrıca tahliye için tebligat yapılır”.

<sup>306</sup> Halil KALABALIK, *İdari Yargılama Usulü Hukuku*, (Ankara: Seçkin Hukuk, 16. Baskı, 2022), s. 130.

<sup>307</sup> ERSÖZ, s. 121.

<sup>308</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi HB, T. 24.09.2018, E. 2018/ 337, K. 2018/ 456, (www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 29.03.2022); Aynı yönde: Uyuşmazlık Mahkemesi HB, T. 26.01.2015, E. 2015/ 67, K. 2015/ 36: “davacılar tarafından davalı İdarece verilmiş bir yıkım kararı olmadığı halde, maliki oldukları taşınmazdaki binanın idarece yıkıldığını iddia etmekte, davalı idare tarafından ise, binanın kaçak ve ruhsatsız olduğu belirtilmekte ve binanın yıkımı konusunda kendileri tarafından yapılan herhangi bir işlem olmadığı ifade edilmektedir. Bu haliyle uyuşmazlık bir idari eylemden değil haksız fiil iddiasından kaynaklanmakta olup, bilirkişi raporları ile tespit edilen yıkım işleminin; kim tarafından yapıldığı, usulüne uygun olup olmadığı konularında inceleme yaparak karar verme görevinin haksız fiillere ilişkin özel hukuk hükümleri gereğince adli yargının görev alanına girdiği sonucuna ulaşılmıştır”. (www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 16.03.2022).

iddiasıyla yıkımdan önce binaların tespit ettirilen değerin tazmini istemiyle idare mahkemesinde dava açtığı anlaşılmaktadır. Dava konusu olayda, davacı herhangi bir yargı kararı veya yetkili makamca verilmiş tahliye kararı olmadığı halde Zilyet olarak bulunduğu taşınmazdaki binaların idare elemanlarınca yıkıldığını iddia etmektedir. Bu haliye uyuşmazlık bir idari eylemden değil haksız fiil iddiasından kaynaklanmakta olup uyuşmazlığın görüm ve çözümü adli yargının görev alanına girmektedir.<sup>309</sup>

### 2.1.3.2. Temel Hak ve Özgürlüklere Saldırı

Anayasa, bazı insan haklarına diğerlerinden daha fazla önem vermektedir. Bu doğrultuda anayasa bazı temel haklara tam güvence sağlanması için yasamanın dahi sınırlayamayacağı ek birtakım güvenceler getirmiştir.<sup>310</sup> Bu konuda, idarenin ek güvenceleri kaldırarak kolluk faaliyetlerine girişmesi de olanaksızdır.<sup>311</sup> İdarenin bu haklara müdahalesi, sınırlandırmaya çalışması veya ortadan kaldırma çabası idari eylemin haksız fiile dönüşmesine yol açmaktadır.<sup>312</sup>

1982 Anayasası'nda yer alan süreli ve süresiz yayın hakkı, basın hürriyeti, dernek kurma hürriyeti gibi haklara idarenin keyfi olarak müdahalesi veya hakların ihlal edilmesi durumunda eylem fiili yola dönüşebilir.<sup>313</sup> Örneğin, seyahat hürriyetinin, özel hayatın gizliliğinin, konut dokunulmazlığının hukuk dışı ihlalden bir zarar doğmuş ise fiili yoldan söz edilebilir.<sup>314</sup> Fransa'da vergi borçları nedeniyle vatandaşların pasaportlarına elkonulması veya pasaportlarının yenilenmemesi mahkeme kararlarında fiili yol olarak nitelendirilmiştir. Çünkü vatandaşların pasaportlarına elkonulması veya pasaportların yenilenmemesi gibi durumların da bir temel hak olan seyahat hakkına yönelik saldırı söz konusudur.<sup>315</sup>

*Anayasanın 28. maddesine göre,*

Türkiye'de yayımlanan süreli yayınlar, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, Cumhuriyetin temel ilkelerine, milli güvenliğe ve genel ahlaka aykırı yayımlardan mahkum olma halinde,

---

<sup>309</sup> Danıştay, 10. D, T. 23.11.1993, E. 1992/ 3686, K. 1993/ 4601, (www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 22.05.2022).

<sup>310</sup> OĞURLU, “İdare Hukukunda Fiili Yol ve Yargısal Denetimi”, s. 61.

<sup>311</sup> ÖZCAN, s. 45.

<sup>312</sup> OĞURLU, “İdare Hukukunda Fiili Yol ve Yargısal Denetimi”, s. 61.

<sup>313</sup> ÜSTÜN, “İdarenin Usul Dışı Fiillerinden: Fiili Yol”, s. 216.

<sup>314</sup> ÇAĞLAYAN, *İdare Hukuku Dersleri*, s. 433.

<sup>315</sup> ŞEKER, s. 92.

mahkeme kararıyla geçici olarak kapatılabilir. Kapatılan süreli yayının açıkça devamı niteliğini taşıyan her türlü yayın yasaktır; bunlar hakim kararıyla toplatılır.

Hakim kararı olmaksızın süreli yayınlara elatılması, haberleşme hürriyetine yapılmış ağır ve açık bir müdahale sayılması nedeniyle fiili yol kabul edilmektedir. Örneğin doktrinde idarenin PTT'deki mektuplara hakim kararı olmaksızın elkoyması fiili yol olarak değerlendirilmektedir.<sup>316</sup> Fransız Uyuşmazlık Mahkemesinin bu doğrultudaki 1956 tarihli Randon kararına göre, eski bir politikacı tarafından gönderilen bazı kişilerin seçilemezliğini eleştiren afişlerin içinde bulunduğu zarfa postane tarafından elatılması, yazışmanın gizliliği ve özgürlüğünü ihlal niteliği taşıması sebebiyle fiili yol olarak değerlendirilmiştir.<sup>317</sup>

Anayasanın 29. maddesine göre, “Süreli yayın çıkarabilmek için kanunun gösterdiği bilgi ve belgelerin, kanunda belirtilen yetkili mercie verilmesi yeterlidir. Bu bilgi ve belgelerin kanuna aykırılığının tesbiti halinde yetkili merci, yayının durdurulması için mahkemeye başvurur”. Bu maddeye göre, yayın çıkarabilmek için yetkili makamlara kanunda yer alan bilgi ve belgelerin verilmesi gerekmektedir. İlgili bilgi ve belgelerin kanuna aykırı bir şekilde kullanıldığının yetkili makamlar tarafından tespit edilmesi halinde, idarenin mahkemeye başvuru yapıp yayının durdurulması için karar alması gerekmektedir. Ancak yetkili makamın yargısal karar olmadan yayını durduracak faaliyetlerde bulunması halinde hukuka aykırı re'sen icra gerçekleşecektir. İdarenin bu şekilde re'sen icrası, açık bir şekilde hukuka aykırı olması sebebiyle fiili yola örnektir.<sup>318</sup> Örneğin Uyuşmazlık Mahkemesi, TRT'nin yayın hakkı bulunmadığı halde maçları radyoda yayınlanmasından kaynaklanan uyuşmazlığın adli yargıda çözümlenmesi gerektiğine karar vermiştir.<sup>319</sup>.

---

<sup>316</sup> GÖZLER, *İdare Hukuku*, s. 824.

<sup>317</sup> ŞEKER, “*İdare Hukukunda Fiili Yol Teorisi ve Teorinin Türkiye Uygulaması*”, s. 57.

<sup>318</sup> BUĞDAYCI, s. 256.

<sup>319</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi, T. 23.12.1996, E. 1996/65, K. 1996/110: “*Yasa'da, futbol müsabakalarının TRT'nin televizyon kanallarında yayınlanması yönünde TRT kurumuna özel bir görev ya da yetki verilmemiş bir ayrıcalık da tanınmamıştır. Öte yandan, TRT'nin Kuruluş Yasası olan 2954 sayılı Yasa'da, bu kurumun, spor müsabakalarını 3813 sayılı Yasa hükümlerine tabi olmaksızın re'sen yayınlatabilmesine olanak tanıyan herhangi bir hükme rastlanılmadığı gibi, 3984 sayılı Yasa'nın 8. maddesiyle Radyo Televizyon Üst Kuruluna verilen görev ve yetkiler arasında futbol federasyonunun görev ve yetkilerine paralel nitelikte düzenlemeler de yer almamıştır. Açıklanan nedenlerle, kamu kurumu olan ve kamu görevi yapan TRT'nin yasal dayanaktan yoksun eyleminden kaynaklandığı ileri sürülen zararın tazmin edilmesi istemiyle açılan davanın, adli yargı yerinde çözümlenmesi (...) gerekmektedir*”. (www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 17.04.2022)

## 2.2. Fiili Yolun Türleri

Fiili yol teorisi, idari işlemin ağır ve açık bir şekilde hukuka aykırı olmasından veya hukuka uygun bir idari işlemin re'sen icra edilmesindeki hukuka aykırılıktan kaynaklanmaktadır.<sup>320</sup> Fiili yolun varlığına sebep olan hukuka aykırılıklar nedenlerine göre ikiye ayrılmaktadır.<sup>321</sup> Bunlar, hukuk eksikliği ve usul eksikliğidir.<sup>322</sup> Hukuk eksikliği, ağır ve açık hukuka aykırılık taşıyan işlemin icra edilmesiyle ortaya çıkarken, usul eksikliği ise idarenin eyleminin temelindeki idari işlemin hukuka uygun olmasına rağmen icra aşamasındaki hukuka aykırılıkları ifade etmektedir.<sup>323</sup>

### 2.2.1. Hukuk Eksikliği

İdarenin ağır ve açık müdahalesinin hukuk eksikliği biçiminde ortaya çıkabilmesi için bu eksikliğin, icra edilecek idari kararı etkileyerek kararı iptal etmek suretiyle ortadan kaldırması ya da kararın yokluk şeklinde hukuk alanında hiç doğmamış sayılması gerekmektedir.<sup>324</sup>

Ağır yetki tecavüzü gibi durumlarda bazı idari davranışlarda bulunulması, icrai bir karar olmaksızın icrai eylemlerde bulunulması ve kamu görevlisinin idari yargının iptal ettiği karar dışında hareket etmesi fiili yol niteliğindedir. İdare tarafından yapılan, idare işlevine girmeyen veya bir hukuki temeli olmadan idarenin yaptığı işlemler, bir idari karara konu olsalar bile ve ilgililere bildirilmiş olsa dahi fiili yol sayılmaktadır.<sup>325</sup> Örneğin, bir idari makam kanunda kendisine tanınmayan ancak başka bir idari makamın görev alanına giren bir konuda karar alıp uygulaması halinde ortada yetki tecavüzünün olduğu ve bunun yaptırımının iptal olduğu kabul edilmektedir.<sup>326</sup>

İdarenin var olan işlemin öngördüğü eylemlerin yanısıra öngörülemeyen eylemlerin gerçekleştirilmesi halinde de hukuk eksikliği söz konusudur. Çünkü,

---

<sup>320</sup> ŞEKER, “İdare Hukukunda Fiili Yol Teorisi ve Teorinin Türkiye Uygulaması”, s. 12.

<sup>321</sup> ÜSTÜN, “İdarenin Usul Dışı Fiillerinden: Fiili Yol”, s. 217.

<sup>322</sup> ONAR, s. 1671.

<sup>323</sup> ŞEKER, “İdare Hukukunda Fiili Yol Teorisi ve Teorinin Türkiye Uygulaması”, s. 12.

<sup>324</sup> BUĞDAYCI, s. 237.

<sup>325</sup> ÖZCAN, s. 48.

<sup>326</sup> BUĞDAYCI, s. 237.

öngörülmeven eylemlerin herhangi bir hukuki temeli yoktur.<sup>327</sup> Bunların hukuki, yargısal ve idari dayanakları bulunmamakta ve bunlar temel alınarak gerçekleştirilen idari davranışlar sonucunda da fiili yol ortaya çıkmaktadır.<sup>328</sup>

### 2.2.2. Usul Eksikliği

İdarenin suç niteliğindeki veya kendisine yasaklanmış olan bir usule başvurusu icrai eylemin açık bir usulsüzlükle kullanılması anlamına gelmektedir. Bu durum fiili yolun usul eksikliğine dayanır.<sup>329</sup>

Re'sen icra yetkisine sahip olmaksızın idare tarafından alınan bir kararın uygulanması veya yetkisi bulunmasına rağmen hukuka aykırı bir şekilde hareket etmesi durumunda fiili yolun usul eksikliğinden söz edilmektedir.<sup>330</sup> Başka bir ifadeyle idari işlem, hukuka aykırı olmamasına rağmen, idarenin eylemi gerçekleştirilmesi sırasında suç niteliğinde veya kendisine yasaklanan şekilde hareket etmesi, usul yönünden hukuka aykırı bir eylem olması dolayısıyla fiili yola neden olmaktadır.<sup>331</sup>

Örneğin, idarenin kamu alacağı niteliğinde olmayan ve bundan dolayı idari usullerle toplayamayacağı bir alacağı, adli icra yollarına başvurmadan re'sen tahsil etmesi<sup>332</sup>, fiili yola örnektir. Yine kamu gelirlerinin takip ve tahsilindeki idari eylem ve hareketlerin dayanması gereken icrai kararlar alınmamışsa, bu eylem ve hareketler idarilik niteliğini kaybeder ve fiili yola dönüşür.<sup>333</sup> Ancak fiili yol teorisi “zaruret” ve “olağanüstü hal” teorileriyle yumuşatılmıştır. Bu teoriye göre kamu yararı adına yasal yetkisi bulunmayan idarenin aciliyet gerektiren durumlarda re'sen icra edilmesi zorunluysa hukuka aykırı faaliyet fiili yol kapsamında değerlendirilmemektedir.<sup>334</sup>

Fiili yolun tüm unsurlarının bulunmasına rağmen aciliyet ve olağanüstü hal gerektiren durumlarda eylemin hukuka uygunluğu yönünden denetim, adli yargının

---

<sup>327</sup> ÜSTÜN, “İdarenin Usul Dışı Fiillerinden: Fiili Yol”, s. 217.

<sup>328</sup> OĞURLU, “İdare Hukukunda Fiili Yol ve Yargısal Denetimi”, s. 62.

<sup>329</sup> OĞURLU, “İdare Hukukunda Fiili Yol ve Yargısal Denetimi”, s. 62.

<sup>330</sup> KAPLAN, “İdare Hukukunun Arkaik ve Anakronik Bir Kurumu (‘Fiili Yol’)”, s. 905.

<sup>331</sup> ÜSTÜN, “İdarenin Usul Dışı Fiillerinden: Fiili Yol”, s. 218.

<sup>332</sup> ONAR, s. 1672.

<sup>333</sup> ÖZCAN, s. 49.

<sup>334</sup> KAPLAN, “İdare Hukukunun Arkaik ve Anakronik Bir Kurumu (‘Fiili Yol’)”, s. 906.

değil idari yargının görev alanına girmektedir. Örneğin, Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi bir kararında bombalanan otelin idare tarafından mühürlenmesini, acil bir durum gerektirdiği için fiili yol olarak değerlendirmemiştir. Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi bir başka kararında ise hakim kararı olmaksızın bir vatandaşın gözaltına alınıp tutuklanmasını, II. Dünya savaşının buhranlı döneminde gerçekleşmesi sebebiyle olağanüstü hal teorisine dayanarak fiili yol olarak değerlendirmemiştir.<sup>335</sup>

## 2.3. Fiili Yolun Sonuçları

### 2.3.1. Eylemin İdarilik Niteliğinin Değişmesi

İdarenin gerçekleştirdiği eylem ve işlemler kural olarak idari nitelik taşımalarına rağmen, idarenin bazı eylem ve işlemleri idari nitelikten uzak olabilir.<sup>336</sup> Her idari işlem ya da eyleme ilişkin uyuşmazlığın istisnasız idari yargıda çözümleneceği şeklinde mutlak bir kural bulunmamaktadır. Dolayısıyla bir işlem ya da eylemi idarenin yapmış olması o işlemin ya da eylemin idari olarak nitelendirilmesi anlamına gelmemektedir.<sup>337</sup>

Uyuşmazlık Mahkemesine göre,

Türk Hukukunda, idarenin hiçbir hukuki temeli bulunmayan bazı eylemlerinden doğan zararların tazmininin idari yargıda değil, adli yargıda görülmesi gerektiği doktrin ve yargısal içtihatlarda kabul edilmektedir. Bu eylemler, şeklen idareden sadırı olmalarına rağmen eylemlerdeki ağır hukuksuzluk, bunların fonksiyonel açıdan idari eylem olma niteliğini ortadan kaldırmakta ve fiili yola dönüştürmektedir. Bu derece ağır hukuksuzluklar içeren fiiller, öteden beri idari eylem olarak değil haksız fiil olarak yorumlamakta ve uygulanmaktadır.<sup>338</sup>

Belirli bir ağırlık derecesini aşan hukuka aykırılıklar, eylemi idari işlevinden çıkarmaktadır.<sup>339</sup> Çünkü, idarenin eyleminde bulunan ağır hukuka aykırılık, artık bu eylemi idari bir usul olmaktan çıkarmakta ve sıradan bir eyleme dönüştürmektedir.<sup>340</sup> Dolayısıyla idare hukukunu oluşturan şartlardan biri olmayan ve hukuk bakımından yok

---

<sup>335</sup> ŞEKER, s. 35-39.

<sup>336</sup> Gül ÜSTÜN, “İdari Yargıda İstinaf Kanun Yolu Üzerine Bir Değerlendirme”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, (2016), C. 22, S. 2, s. 221.

<sup>337</sup> OĞURLU, “İdare Hukukunda Fiili Yol ve Yargısal Denetimi”, s. 59.

<sup>338</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi HB, T. 20.02.2017 E. 2016/ 529, K. 2017/ 16, (www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 08.03.2022).

<sup>339</sup> OĞURLU, “İdare Hukukunda Fiili Yol ve Yargısal Denetimi”, s. 64.

<sup>340</sup> ÜSTÜN, “İdarenin Usul Dışı Fiillerinden: Fiili Yol”, s. 220; GÖLCÜKLÜ / ÇAKIR, s. 1118.

sayılan bir eylemden doğacak olan uyuşmazlık idareye yüklenemez ve bu eyleme idare hukuku kuralları uygulanamaz.<sup>341</sup>

### 2.3.2. Sorumluluğun Değişmesi

Ülkemiz Kara Avrupası hukuk sisteminin etkisinde kalarak, yargı ayrılığı ilkesini kabul etmiştir.<sup>342</sup> İdari yargı ile adli yargı arasındaki ayrılığın en önemli sonucu idarenin yapmış olduğu eylem ve işlemlerin kanunlara ve hukuk kurallarına uygun olup olmadığını, bu eylem ve işlemlerden doğacak sonuçların ve sorumluluğun tespitinde idare mahkemelerinin görevli olmasıdır. Ancak fiili yol bu kurala bir istisna niteliğindedir.<sup>343</sup>

Fiili yol teşkil eden eylemler, idarilik niteliklerini kaybettiklerinden dolayı bu eylemler sonucu ortaya çıkan uyuşmazlıklar, özel hukuk hükümleri gereğince adli yargıda çözümlenecektir.<sup>344</sup> Çünkü fiili yol halinde idarenin yapmış olduğu davranış ne idare ne de kamu kurum ve yetkileriyle bağdaşmamakta ve eylem genellikle bir suç niteliğindedir. Dolayısıyla eylem hukuki bakımdan da haksız fiile dönüşmektedir.<sup>345</sup> İdarenin haksız fiili olarak kabul edilen bu eylemlerin bünyelerinde barındırdıkları ağır ve açık hukuka aykırılık, eylemlerin hukuki niteliği ve görevli yargı düzeninin değişmesi, fiili yola bağlanan önemli hukuki sonuçlardandır.<sup>346</sup>

---

<sup>341</sup> ONAR, s. 122.

<sup>342</sup> GÜNDÜZ, “Fiili Yol Olarak Kabul Edilen Eylemlerin İdari Yargı Mercileri Tarafından Denetlenebilirliği”, s. 516.

<sup>343</sup> ONAR, s. 1674; BUĞDAYCI, s. 233.

<sup>344</sup> ÜSTÜN, “İdarenin Usul Dışı Fiillerinden: Fiili Yol”, s. 222; Celal IŞIKLAR, “İdare Hukukunda Yokluk ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Uygulaması”, *Journal of Istanbul University Law Faculty*, (2011), 69.1-2: 805-880, s. 853; YILDIZ, “Fransız Hukukunda Fiili Yolun Yeni Hukuki Rejimi ve Fiili Yolun Türkiye Uygulaması”, s. 318.

<sup>345</sup> ÖZAY, *Günışığında Yönetim*, s. 745.

<sup>346</sup> GÜNDÜZ, “Fiili Yol Olarak Kabul Edilen Eylemlerin İdari Yargı Mercileri Tarafından Denetlenebilirliği”, s. 502-503.

### 2.3.2.1. TBK'ya Göre Haksız Fiil Sorumluluğu

Haksız fiiller, taraflar arasında önceden mevcut olan hukuki bir ilişki olmaksızın, zarara sebebiyet veren hukuka aykırı faaliyetlerdir.<sup>347</sup>

Özel hukukta bir kimsenin haksız fiil sebebiyle borç altına girebilmesi için bir fiilde bulunmuş olması, bu fiilde hukuka uygunluk nedenlerinin bulunmaması, bu fiilden bir zarar meydana gelmesi, zarar ile fiil arasında illiyet bağının bulunması ve failin kusurlu olması gerekmektedir.<sup>348</sup>

Fiili yol idarenin gerçekleştirmiş olduğu bir haksız eylemdir. Bu nedenle fiil yol sonucunda zarar uğramış olan bir kimse TBK'nın 49. maddesine<sup>349</sup> dayanarak idareye karşı tazminat davası açabilir. Çünkü bu maddede eylemi işleyen idare veya özel kişi olması arasında bir ayırım yapılmayarak "Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür" hükmüne yer verilmiştir.

Haksız fiil sorumluluğu için kusurun kast ya da ihmal türü olması önem taşımamaktadır. Ancak, kusurun türleri, haksız fiil sorumluluğunda kusurun derecesine de etki ettiği için sorumluluğun kapsamı ve tazminat miktarının belirlenmesi bakımından önemlidir.<sup>350</sup>

İdarenin yürütmüş olduğu bir faaliyet dolayısıyla hakkı ihlal edilen kişi dava açmadan önce ilk olarak idarenin yürütmüş olduğu bu faaliyetin idari niteliğe sahip olup olmadığını belirlemek zorundadır. Çünkü idarenin fiili yol gibi idari nitelikte olmayan eylem ve işlemlerine bağlı olarak ortaya çıkan hak ihlalleri özel hukuka tabidir.<sup>351</sup>

---

<sup>347</sup> İsmail KAYAR, *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, Özel Borç İlişkileri*, (Ankara: Detay Yayıncılık, 6. Baskı, 2004), s. 12.

<sup>348</sup> KAYAR, s.12; KARACA, "Kamulaştırmaz El Koymanın Unsurları ve Kamulaştırmaz El Koymaya Karşı Yargısal Başvuru Yolları", s. 299.

<sup>349</sup> TBK'nın 49. maddesine göre, "Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür. Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlüdür".

<sup>350</sup> Cengiz ERGÜN, "Hizmet Kusurundan Kaynaklanan Sorumluluk", (Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2016), s.29.

<sup>351</sup> Yakup GÖNEN, "Hak Arama Özgürlüğü Bağlamında Tam Yargı Davasındaki Usul ve Sürelerin Haksız Fiilden Kaynaklanan Tazminat Davası ile Karşılaştırılması", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7, S. 1, (2016), s. 473.



### 2.3.2.2. TMK'ya Göre Haksız Fiil Sorumluluğu

Fiili yolun unsurlarını taşıyan idarenin faaliyetleri, medeni hukukun kapsamına girmekte ve haksız fiile dönüşmektedir.<sup>352</sup>

Mülkiyet hakkının içeriğini belirten TMK'nın 683. maddesine göre, "Malik, malını haksız olarak elinde bulunduran kimseye karşı istihkak davası açabileceği gibi, her türlü haksız elatmanın önlenmesini de dava edebilir". Bu düzenlemeyle birlikte malikin taşınmaz üzerindeki egemenliği hukuk düzeninin sınırları içerisinde üçüncü kişilere karşı korunmuş ve hukuka aykırı olarak müdahalenin önlenmesi isteme hakkı tanınmıştır.<sup>353</sup>

### 2.3.3. Fiili Yolun Yargısal Denetiminde Adli Yargının Tam Yetkili Olması

Fiili yolda adli yargı, mülkiyet ve temel haklarının koruyucusu olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>354</sup> Fiili yol sonucu ortaya çıkan uyuşmazlıkların adli yargının görev alanına girmesinin sebebi, kavramın ortaya çıktığı dönemde idari yargının bağımsız olmaması ve temel hak ve özgürlüklerinin, adli yargı tarafından daha iyi korunacağı düşüncesidir.<sup>355</sup>

Adli yargı, bireyin korunmasının güvencesi olarak fiili yola ilişkin uyuşmazlığı çözerken gerek yargısal denetiminde gerekse doğan zararın sonuçlarının giderilmesinde tek yetkili mercidir.<sup>356</sup> Çünkü idari yargının yetersizliği nedeniyle kamu gücü karşısında kişilerin temel hak ve özgürlükleri ile mülkiyet hakkının adli yargı kadar etkili korunamayacağı anlayışı hakimdir.<sup>357</sup> Bu duruma paralel olarak fiili yol halinde adli yargı hakiminin yetkisi oldukça geniştir.<sup>358</sup>

---

<sup>352</sup> ONAR, s. 1672.

<sup>353</sup> Yargıtay HGK, T. 30.10.2013, E. 2013/ 603, K. 2013/ 1503, (www.sinerjimevzuat.com, Erişim Tarihi: 02.12.2021).

<sup>354</sup> OĞURLU, "İdare Hukukunda Fiili Yol ve Yargısal Denetimi", s. 65.

<sup>355</sup> YILDIZ, "Fransız Hukukunda Fiili Yolun Yeni Hukuki Rejimi ve Fiili Yolun Türkiye Uygulaması", s. 306.

<sup>356</sup> OĞURLU, "İdare Hukukunda Fiili Yol ve Yargısal Denetimi", s. 65.

<sup>357</sup> KAPLAN, "İdare Hukukunun Arkaik ve Anakronik Bir Kurumu ('Fiili Yol')", s. 887.

<sup>358</sup> ONAR, s. 1674.

İdari yargıdaki yavaş ilerleyiş ve hakları ihlal edilen bireylerin haklarını etkin bir şekilde koruyabilecek yargılama imkanlarından yoksun olması fiili yol teorisinde adli yargının görevli sayılmasını meşrulaştırmaktadır. Çünkü adli yargı hakiminin hakları ihlal edilenleri ve ihlal edilen hakları koruyabilecek nitelikte karar verme yetkisi bulunmasına karşın, idari yargı hakimi bu yetkiye sahip değildir.<sup>359</sup>

Fiili yol niteliğinde olan idarenin eyleminin idari niteliğinin olmaması, idari işlem, eylem ve sözleşmelerinin hukuka uygunluğunu denetlemekle görevli olan idari yargının görev alanının dışına çıkmasına neden olmaktadır.<sup>360</sup> Adli yargı hakiminin idarenin etkinliğinin yasal olup olmadığını saptama yetkisine sahip olduğu gibi idarenin yasal olmayan saldırısını durdurma ve idareyi tazminata hükmetme yetkisi de bulunmaktadır.<sup>361</sup> Buna karşılık idari yargıda ise idare mahkemesi idari işlemi iptal etmekte ya da sadece tazminata karar verebilmektedir.

İdari yargı hakimi idareye ne yapması gerektiğini konusunda emir veremez, sadece belirli bir tazminata hükmeder.<sup>362</sup> Ancak adli yargı hakimi ise idari yargıdan farklı olarak sadece hukuka aykırılığı tespit etmekle kalmayıp, uyuşmazlığın zararlarını da gidermektedir.<sup>363</sup> Dolayısıyla idari yargıda hak ve özgürlükler gereği gibi korunamamaktadır. İdari yargı hakimi sadece zararın gerçek miktarı üzerinden tazminata hükmedebilmektedir. Bu nedenle mülkiyet hakkı ihlal edilen bireylerin yargı organlarından bekledikleri adaleti bulamama ihtimali vardır.<sup>364</sup>

İdarilik niteliğini kaybeden bu haksız fiiller idareden kaynaklandığından dolayı adli yargıda açılacak davada, davalı idare olacaktır.<sup>365</sup> Çünkü idari kimliğini kaybeden idare, bulunduğu ayrıcalıklı konumdan düşmekte ve eylemin niteliği değişmektedir.<sup>366</sup> Ancak dava, kamu görevlisine açılabileceği gibi müteselsil sorumluluk esasları gereğince ikisine birden de açılabilir.<sup>367</sup> İdarenin bir kararının veya eyleminin

---

<sup>359</sup> KAPLAN, “İdare Hukukunun Arkaik ve Anakronik Bir Kurumu (‘Fiili Yol’)”, s. 910.

<sup>360</sup> ŞEKER, “İdare Hukukunda Fiili Yol Teorisi ve Teorinin Türkiye Uygulaması”, s. 97.

<sup>361</sup> GÖZÜBÜYÜK/ TAN, *İdare Hukuku C: II, (İdari Yargılama Hukuku)*, s. 207.

<sup>362</sup> OĞURLU, “İdare Hukukunda Fiili Yol ve Yargısal Denetimi”, s. 67.

<sup>363</sup> Gül ÜSTÜN, “İdarenin Usul Dışı Fiillerinden: Fiili Yol”, s. 222.

<sup>364</sup> AYDIN, “İdarenin Hizmet Kusurundan Doğan Sorumluluğu”, s. 22.

<sup>365</sup> ÜSTÜN, “İdarenin Usul Dışı Fiillerinden: Fiili Yol”, s. 221.

<sup>366</sup> OĞURLU, “İdare Hukukunda Fiili Yol ve Yargısal Denetimi”, s. 64.

<sup>367</sup> BUĞDAYCI, s. 262.

fiili yol teşkil etmesi durumunda, ilgili personelin doğrudan doğruya mali ve cezai sorumluluğu doğmaktadır.<sup>368</sup>

Fiili yolda idari dava açma süreleri uygulanmamakta, her zaman dava açılabilir. Fiili yol sebebiyle dava açılması için belli bir süre şartının olmamasının amacı, idarenin ağır ve açık hukuka aykırı eylemini cezasız bırakmamaktır.<sup>369</sup>

Fiili yolun varlığını tespit eden mahkeme iki şekilde davranabilir. İlk olarak mahkeme, idareyi belli bir miktar tazminat ödemeye hükmedebilir. İkinci olarak mahkeme, idarenin ödeyeceği tazminata ek olarak belli bir edimi yerine getirmekle de yükümlü tutulabilir. Örneğin, mahkeme haksız yere işgal edilen bir mülkiyetin tahliyesine karar verebilir.<sup>370</sup>

Özetle, fiili yolun kabul edilmesinin temelinde, ağır hukuka aykırılık taşıyan bu fiillerin idare ile ilişkilendirilmesi halinde, idarenin itibarının sarsılacağı ve mülkiyet hakkının temel koruyucusunun adli yargı olduğu düşüncesine dayanmaktadır.<sup>371</sup> Ancak Türk hukukunda adli yargı hakimi, fiili yolun idare hukukuna özgü bir kavram olması ve konuya tam hakim olmaması nedeniyle sınırlı bir şekilde uygulamıştır.<sup>372</sup>

## 2.4. Fiili Yola Benzer Kurumlar

Fiili yol kavramı içtihatlar ile geliştirilmiş bir kurum olup, doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Uygulamada fiili yol kurumunun idare hukukundaki sorumluluk kavramıyla karıştırıldığı görülmektedir. Ayrıca 1959 tarihli Yargıtay içtihadı birleştirme kararında fiili yol kavramı yerine haksız fiil kavramının kullanılması, bu karışıklığa zemin hazırladığı söylenebilir.

---

<sup>368</sup> YAŞAR, *İdare Hukuku: Genel Esaslar*, s. 583.

<sup>369</sup> KAPLAN, “İdare Hukukunun Arkaik ve Anakronik Bir Kurumu (‘Fiili Yol’)”, s. 911.

<sup>370</sup> BUĞDAYCI, s. 95-96.

<sup>371</sup> GÜNDÜZ, “Fiili Yol Olarak Kabul Edilen Eylemlerin İdari Yargı Mercileri Tarafından Denetlenebilirliği”, s. 501.

<sup>372</sup> YILDIZ, “Fransız Hukukunda Fiili Yolun Yeni Hukuki Rejimi ve Fiili Yolun Türkiye Uygulaması”, s. 316.

## 2.4.1. Hizmet Kusuru

### 2.4.1.1. Hizmet Kusuru Kavramı

Fransız Danıştay ve Uyuşmazlık Mahkemelerinin uygulamalarından etkilenecek ortaya çıkan Türk hukukundaki idarenin kusur sorumluluğu kavramı doktrin ve yargı kararlarında “hizmet kusuru” kavramı ile ifade edilmiştir.<sup>373</sup> Türk hukukunda hizmetin kuruluş ve işleyişinde ortaya çıkan kamu görevlilerinin görevlerinden ayrılamaz niteliğindeki kusurlar “hizmet kusuru” olarak tanımlanmaktadır.<sup>374</sup>

İdarenin mali sorumluluğuna gidilebilmesi için idari eylem ve işlemlerin yürütülmesi sırasında ortaya çıkan aksaklık veya bozukluk sebebiyle üçüncü kişilerin zarar görmesi şartı, hizmet kusurunun ortaya çıkmasına zemin hazırlamıştır.<sup>375</sup> Bu noktada önemli olan konu, hizmet kusurundan söz edebilmek için idari eylem ve işlemlerin yürütülmesinde kamu görevlisinin kusuru değil, idari eylem ve işlem sırasında ortaya çıkacak bir aksaklık veya bozukluk sebebiyle kişilerin zarar görmesidir.<sup>376</sup>

Hizmet kusurunda zarara sebebiyet veren idari faaliyetin öngörülen hukuki kurallara göre iyi ve düzenli işleyen bir idareden beklendiği gibi yerine getirilip getirilmediği araştırılır.<sup>377</sup> Örneğin devlet hastanesinde doktorun yanlış iğne yapması sonucunda kişinin engelli kalması, yol yapım bakım, işletme, trafik güvenliğini sağlama konusundaki idari faaliyetlerdeki ihmal veya eksiklik sonucunda oluşan trafik kazası, tatbikat alanında unutulmuş cephanenin patlamasıyla ölüme, yaralanmaya veya maddi zarara neden olması, idarenin kamu hizmeti verdiği kamusal alanlar ve binalardaki merdivenlerde korkuluğun bulunmaması ve olayın meydana geldiği esnada olay yerinde gerekli uyarı levhalarının bulunmaması birer hizmet kusurudur.<sup>378</sup> Örneğin bir olayda,

Bir çok kez sel felaketi yaşanmış olması, gerek kamu kurumlarının bölgede yaptığı incelemelerde derenin ıslah edilmesi gerektiği yönünde raporlar düzenlemiş olmaları gerekse de yöre halkının olay tarihinden önce konuya ilişkin bir çok başvuru yapmış olması karşısında, davalı idarenin (...) Boğazkesen-Kırçalı deresinin ıslahına ve taşkın koruma tesisi yapılmasına yönelik herhangi bir çalışma yapmamış olması

<sup>373</sup> Metin GÜNDAY, *İdare Hukuku*, (Ankara: İmaj Yayınevi, 9. Baskı, 2004), s. 330.

<sup>374</sup> GÖZLER, *İdare Hukuku: C. II*, s. 1043.

<sup>375</sup> SÖYLER, s. 556.

<sup>376</sup> SÖYLER, s. 563; ATAY, *İdare Hukuku*, s. 395-396.

<sup>377</sup> ATAY, *İdare Hukuku*, s. 396.

<sup>378</sup> ATAY, *İdare Hukuku*, s. 396-397.

nedeniyle hizmet kusurunun bulunduğu ve davacının uğradığı zararlar idarenin Kanundan kaynaklanan görevlerini yerine getirmemek şeklinde tezahür eden eylemi (eylemsizliği) arasında nedensellik bağı bulunduğu sonucuna varılmıştır.<sup>379</sup>

Hizmet kusurunda özel hukuk sorumluluğunun temeli olan “kusur” unsurunun etkisi vardır.<sup>380</sup> Fakat hizmet kusuru borçlar hukukundaki haksız fiilden ayrı bir şey olup, idare hukukuna özel bir kurumdur.<sup>381</sup> Kamu görevlilerinin hizmet kusuru niteliğindeki eylem ve işlemlerinden dolayı kişisel sorumlulukları bulunmamaktadır. Bu kusurlarından dolayı, kamu görevlisine karşı özel hukuka dayanarak adli yargıda tazminat davası açılmamaktadır.<sup>382</sup> Bu durumda işlem veya eylemi yapan idare olduğu için zarar görenin öncelikle işlem veya eylemi yürüten görevliye karşı dava açma zorunluluğu bulunmamaktadır.<sup>383</sup> Ayrıca her hukuka aykırılık ve her hizmet kusuru maddi zarar olarak kabul edilip tazmin edilmez. Maddi zararın ispatı davacıya aittir.<sup>384</sup>

Hizmet kusurunda oluşacak kusur, her zaman hizmetin kuruluşu ve işleyişiyle ilişkili olmalıdır.<sup>385</sup> Ayrıca hizmet kusuru teorisi içerisindeki kusur kavramı, hizmetin kuruluş ve işleyişindeki düzensizlik sebebiyle anonim bir kusurdur. Bundan dolayı idari işlem ve eylemlerdeki kusur, idari kusur olarak kabul edilir.<sup>386</sup> Dolayısıyla hizmet kusurunun belli bir kamu görevlisine atfedilmesi gerekmemektedir.<sup>387</sup>

Hizmet kusuru, idarenin göreviyle sorumlu olduğu tüm kamu hizmetlerinin kuruluşunda, düzenlenmesinde, teşkilatında, bünyesinde, personelinde veya işleyişinde gerekli emir ve talimatın verilmemesi, denetlenmemesi, hizmet için verilen araçların kullanıma uygun olmaması, gerekli önlemlerin alınmaması, idarenin geç hareket etmesi şeklinde ortaya çıkan birtakım aksaklık, aykırılık, düzensizlik, bozukluk, eksiklik ve

---

<sup>379</sup> Danıştay 1. D, T. 30.09.2021, E. 2016/2263, K. 2021/4490, (www.legalbank.net, Erişim Tarihi: 04.06.2022).

<sup>380</sup> BALCI/ANIK/ KAYAN/ KILINÇ, s. 12.

<sup>381</sup> SARICA, “Hizmet Kusuru ve Karakterleri”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 15.4 (1949): 858-895, s. 859.

<sup>382</sup> GÖZLER, *İdare Hukuku: C. II*, s. 1043.

<sup>383</sup> BALCI/ ANIK/ KAYAN/ KILINÇ, s. 12.

<sup>384</sup> ATAY, *İdare Hukuku*, s. 400.

<sup>385</sup> Çağdaş ARTANTAŞ, “Türk Hukukunda Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, (2017), 7.1: 365-396, s. 380.

<sup>386</sup> BALCI/ ANIK/ KAYAN/ KILINÇ, s. 12.

<sup>387</sup> GÜNDAY, s. 331.

sakatlık halidir.<sup>388</sup> Kamu görevlilerinin, görevleri sırasında, görevleri gereğince tahsis edilen araçları kullanırken veya görevlerinin vermiş olduğu yetkileri kullanırken, görevleriyle ilgili olarak hukuka aykırı eylem ve işlemler nedeniyle üçüncü kişilere verilen zararlar, “hizmet kusuru” olarak tanımlanmaktadır. Üstelik bu idari işlem veya eylem suç niteliği taşısa dahi hizmet kusuru olarak değerlendirilebilir.<sup>389</sup>

İdarenin sorumluluğunun esasları kamu hizmetinin düzenlenmesi, devamlı ve iyi bir şekilde görülmesi ilkesine dayanmaktadır.<sup>390</sup> Hizmet kusurundaki hizmet kavramı yalnızca belli bir kamu hizmetini değil, herhangi bir idari görev veya faaliyeti ifade etmektedir. Bu bağlamda kolluk faaliyetlerinin veya idari faaliyetlerin kuruluş, işleyiş ve düzenlenişindeki aksaklık veya bozukluk hali hizmet kusuru olarak nitelendirilmektedir.<sup>391</sup> Fakat her idarenin işleyebileceği nitelikteki olağan hukuki yanlışlık ve aykırılıklar hizmet kusuru olarak kabul edilmemektedir. Hizmet kusurundan söz edebilmek için belirlenen yanlışlık ve aykırılığın, hizmetin iyi kullanılmadığını, düzenli işlemediğini gösterecek derecede ağır ve açık olması gerekmektedir.<sup>392</sup> Örneğin bir olayda,

Davalı Bakanlığa bağlı hastanelerde tıbbi operasyonlar geçiren davacının, yine davalı Bakanlığa bağlı bir hastanede geçirdiği operasyonda karnından spanç çıkarılması, spancin önceki operasyonlardan herhangi birinde unutulduğunun açık olması karşısında, olayda davalı idarenin ağır hizmet kusuru ve tazmin sorumluluğu bulunmaktadır.<sup>393</sup>

#### **2.4.1.2. Hizmet Kusuru ve Fiili Yol**

İdare hukukunda, idarenin haksız eylemi tanımlanırken fiili yol kavramının kullanıldığı görülmektedir.<sup>394</sup> İdarenin hiçbir idare hukuku esasına dayanmadan hizmet ve faaliyet alanına yabancı konuda eylem yapması durumunda fiili yolun varlığından

---

<sup>388</sup> SARICA, “Hizmet Kusuru ve Karakterleri”, s. 858.

<sup>389</sup> BOZDAĞ, s. 36.

<sup>390</sup> ONAR, s. 1749.

<sup>391</sup> GÜNDAY, s. 330-331.

<sup>392</sup> ÇAĞLAYAN, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 639.

<sup>393</sup> Danıştay 10. D, T. 25.06.2008, E. 2007/2965, K. 2008/4831, (www.legalbank.net, Erişim Tarihi: 04.06.2022).

<sup>394</sup> Elif KAMILOĞLU, *“İdare Sorumluluğunda Hizmet Kusuru- Kişisel Kusur Ayrımı”*, (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi Anabilim Dalı, İstanbul, 2013), s. 30.

söz etmek mümkündür.<sup>395</sup> Burada hizmet kusurundan farklı bir durum söz konusudur. İdarenin fiili yoldan doğan sorumluluğu hizmet kusurundaki gibi tespit edilemez. Fiili yoldan doğan sorumluluğun ve sonuçlarının belirlenmesi adli yargının görevidir.<sup>396</sup> Bu durumun, fiili yol ve hizmet kusurunu birbirinden ayıran en belirleyici faktör olduğu söylenebilir.

Anayasanın 129/5. maddesine göre, “Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir”. Ancak bu madde, idari yetkilerin kullanım alanı ile idari işlem ve eylem niteliğini yitirmemiş faaliyetlerle sınırlıdır. Fiili yol halinde kamu görevlisinin, Anayasa’nın bu güvencesinden yararlanma ihtimali bulunmamaktadır.<sup>397</sup>

Hizmet kusurunda, hizmetin hukuka uygun olarak yürütülmesinde görülen kusura dayalı sorumluluk söz konusudur.<sup>398</sup> Buna karşın fiili yol eylemin kamu hizmetinden kopması anlamına gelmektedir. Bu durumda eylemin sonuçlarının hizmet kusuru ile ilişkisi kalmamaktadır.<sup>399</sup> Yani hizmet kusuru ile fiili yol kavramları ayrı nitelendirilmekte, fiili yol idarenin hukuki çerçevede ve kurala uygun olarak yürütülmeyen bir kusurdur.<sup>400</sup> Örneğin bir olayda, belediyenin sorumluluğu altında bulunan parktaki elektrik tesisatından kaynaklanan kaçak nedeniyle ölüm sonucu meydana gelmiştir. Yargıtay olayda belediyenin eyleminin fiili yol boyutunda olmadığına karar vermiştir.<sup>401</sup>

---

<sup>395</sup> AYDIN, “İdarenin Hizmet Kusurundan Doğan Sorumluluğu”, s. 21.

<sup>396</sup> OĞURLU, “İdare Hukukunda Fiili Yol ve Yargısal Denetimi”, s. 65.

<sup>397</sup> Yargıtay 4. HD, T. 07.09.2015, E. 2015/ 8773, K. 2015/ 9479, (www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 14.04.2022).

<sup>398</sup> YAVUZ, s. 117.

<sup>399</sup> OĞURLU, “İdare Hukukunda Fiili Yol ve Yargısal Denetimi”, s. 65.

<sup>400</sup> YAVUZ, s. 117.

<sup>401</sup> Yargıtay 4. HD, T. 17.03.2003, E. 2002/ 12690, K. 2003/3012: “*Davalı belediyenin, işlem ve eylemlerinin, kural olarak kamusal nitelik taşıdığı açıktır. Bu nedenledir ki, işlem ve eylemlerinin, kamu hizmeti olarak değerlendirilmesi asıldır. Hiç bir biçimde kamu hizmeti ile bağdaştırılmayacak, eylem ve işlemler, bu kabullerin dışındadır. Ki, çoğunlukla bunun örnekleri, "fiili yol" olarak ifade edilmektedir. Bu anlamda olmak üzere; yargı kararlarının uygulanmaması, kamulaştırmaması veya yetkili makamların izni alınmaksızın el atma gibi hallerde; kamu hizmeti ile eylem veya işlem arasında bulunması gereken bağ, kesilmektedir. Ayrık ve sınırlı sayıdaki bu örneklerde olduğu gibi, eylem veya işlemlerin, kamu hizmeti çerçevesinde tutulma olanağı kalmamakta ve çoğunlukla kasti nitelikteki bu eylemler, ilgililerinin de kişisel sorumluluklarını gerektirmektedir. Somut olayda, saptanan ve benimsenen olgular, kamu hizmetinin eksik veya yetersiz yapıldığını göstermektedir. Ancak, bu olgular yukarıda açıklandığı üzere,*

Hizmet kusuru sadece idari faaliyet türü olarak kamu hizmetini değil, idarenin tüm eylem ve işlemlerini ifade etmektedir.<sup>402</sup> Fiili yol ve hizmet kusuru arasındaki farklılıklardan bir diğeri de hizmet kusurunda kast, ihmal gibi özelliklerin varlığı aranırken, fiili yolda hizmetin gereğine, usul ve mevzuata uygun olarak yapılıp yapılmadığı dikkate alınmaktadır.<sup>403</sup>

İdarenin sorumluluğuyla ilgili kabul edilen temel kural, hizmet kusurudur. Çünkü idarenin herhangi bir faaliyeti sonucunda zarara sebebiyet vermesi durumunda fiili yol söz konusu değildir. Hizmet kusurundan farklı olarak fiili yolun varlığı için açık bir yolsuzluk ve usule aykırılık gerekmektedir.<sup>404</sup>

Fiili yol ve hizmet kusurunu ayıran bir diğer nokta, fiili yolun oluşması için idarenin yalnızca mülkiyet hakkı ve temel hak ve özgürlüklere yönelmesi gerekmektedir. Ancak hizmet kusurunda böyle bir sınırlama olmadığı için fiili yol kapsam bakımından daha dardır.<sup>405</sup> Ayrıca hizmet kusuru anonim bir kusur türüdür.<sup>406</sup> Bu durumda var olan kusurun, belirli bir kamu görevlisinin davranışıyla ilişkilendirilmesine gerek yoktur. Bir diğer ifade ile zarar gören kişinin idarenin bir hizmetinden zarar görmesi yeterli olup, zarara sebep olan bir kamu görevlisinin tespit edilmesine ihtiyaç yoktur. Hizmet kusuru, hizmeti yürüten kamu görevlilerinin kişiliğindeki bir kusur olmayıp, kusurlu olan idarenin kamu görevlisi değil, hizmetin kendisidir. Bu yönü ile hizmet kusuru, kamu gücü kullanabilen idare karşısında bireyi koruyucu bir yapıya sahiptir.<sup>407</sup>

---

*fiili yol boyutunda ve hizmet ile bağı keser düzeyde değildir*". (www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 22.05.2022)

<sup>402</sup> ATAY, *İdare Hukuku*, s. 398.

<sup>403</sup> ERDEM, "İptal Kararlarının Uygulanmaması ve Bundan Doğan Tazminat Davaları", s. 66.

<sup>404</sup> KAMILOĞLU, s. 114.

<sup>405</sup> OĞURLU, "İdare Hukukunda Fiili Yol ve Yargısal Denetimi", s. 65.

<sup>406</sup> Halil KALABALIK, *İdare Hukuku Dersleri C: II*, (Ankara: Seçkin Hukuk, 5. Baskı, 2021), s. 343.

<sup>407</sup> GÜNDÜZ, "Fiili Yol Olarak Kabul Edilen Eylemlerin İdari Yargı Mercileri Tarafından Denetlenebilirliği", s. 519.



## 2.4.2. Kişisel Kusur

### 2.4.2.1. Kişisel Kusur Kavramı

Kamu görevlilerinin, görevlerini yerine getirirken kötü niyetli davranması, suç oluşturan veya ağır kusur gerektiren fiiller işlemesi durumunda kişisel kusurun varlığından söz edilir.<sup>408</sup>

Kamu görevlilerinin hizmet içerisinde veya hizmetle alakalı faaliyetlerinin suç niteliği taşıması, açık mevzuat hükmünü kasten uygulamaması, bilerek yanlış uygulaması, hizmeti yürütürken ağır bir kusur işlemesi veya düşmanlık, siyasi hınç gibi kötü niyetle zarara sebebiyet vermesi kişisel kusur olarak nitelendirilmektedir.<sup>409</sup> Örneğin, bir öğretmenin ders esnasında kalemini öğrencinin gözüne sokması, askeri bir kamyon şoförünün kamyonu dar bir yolda kurallara uymayarak hızlı bir şekilde kullanması, bir tahsildarın ödenmiş bir vergi borcu için haciz usulüne başvurması kişisel kusur olarak değerlendirilmektedir.<sup>410</sup>

Kamu görevlilerinin kişisel kusuru, hizmetten ayrılabilen ve hizmetten ayrılamayan kişisel kusur olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Hizmetten ayrılabilir nitelikteki kusurlu davranışlar kamu görevlisinin salt kişisel kusuru olarak değerlendirilir ve kamu görevlisinin kişisel sorumluluğunu doğurur.<sup>411</sup> Bu gibi kusurlardan dolayı zarara uğrayan kişilerin idareye değil, doğrudan kamu görevlisine adli yargıda dava açması gerekmektedir. Örneğin, bir kamu görevlisi izinliyken kendi aracıyla birine çarpması durumunda salt kişisel kusur vardır ve davaya adliye mahkemeleri bakmakla görevlidir.<sup>412</sup> Kamu görevlisinin, idare fonksiyonunu yerine getirirken kamu hizmetinin yürütülmesi nedeniyle veya yürütmekle görevli olduğu hizmet ile ilişkilendirilemeyen kusurlu bir faaliyetinden idare tüzel kişiliği değil, kamu görevlisi sorumlu tutulmaktadır.<sup>413</sup> Örneğin Yargıtaya göre,

*“davacının Dargeçit ilçesinde cumhuriyet savcısı, davalının ise kaymakam olarak görev yaptığı, olay günü aracını her zamanki gibi hükümet konağının önüne park ettiği, davalı kaymakamın adliyede yapılan rutin teftişi bildiği için problem çıkarmak adına trafik*

<sup>408</sup> SÖYLER, s. 565.

<sup>409</sup> AVCI, “Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Mali Sorumluluğu”, s. 119.

<sup>410</sup> ONAR, s. 1701.

<sup>411</sup> SÖYLER, s. 556.

<sup>412</sup> GÖZLER, *İdare Hukuku: C. II*, s. 1150.

<sup>413</sup> AVCI, “Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Mali Sorumluluğu”, s. 119.

*polislerine emir ve talimat vererek park yapmanın yasak olduğundan bahisle trafik cezası kesilmesini sağladığı, daha sonra yapılan işlemin yanlış olduğunu yetkilerini aştığını farkedince idari para cezasını iptal ettirdiği, davalı kaymakamın yetkisini aşarak ve kötüye kullanarak davacı cumhuriyet savcısını tüm ilçe nezdinde küçük düşürmeye, itibarını zedelemeye çalıştığı ileri sürülmekte olup, bu olay nedeniyle davacı kişilik haklarının zedelendiğini belirterek manevi tazminat isteminde bulunmaktadır. Davacının istemini dayandırdığı bu maddi olgulardan, davalının salt kişisel kusuruna dayanıldığı anlaşılmaktadır. (...) dava dilekçesinde sıralanan maddi olguların davalının salt kişisel kusuruna dayanıldığı göstermesi karşısında davanın adli yargı yerinde çözümlenmesi gerekir”.*<sup>414</sup>

Kamu görevlilerinin hizmetten ayrılamaz nitelikteki kusurlarında ise idare sorumlu olmakta ve bu uyuşmazlıklarda idare mahkemeleri görevlidir.<sup>415</sup>

Doktrinde ve yargı kararlarında hizmetten ayrılabilir nitelikteki kusurlu davranışlar için genellikle “salt kişisel kusur” kavramı yerine sadece “kişisel kusur” kavramı kullanılmaktadır. Ancak bu durum kavram karmaşasına neden olmaktadır. Bu karışıklığı gidermek adına kamu görevlisinin hizmetten ayrılamaz nitelikteki kusurları için “görev kusuru” kavramı kullanılmaya başlanmıştır.<sup>416</sup>

Görev kusuru, geniş anlamda kişisel kusur olmakla birlikte, hizmet kusuru niteliği taşıyan ancak hizmet kusurunun anonimliğinden çıkmış bir kavramdır. Dolayısıyla kamu görevlisinin hizmet içinde kendisine tanınan haklardan yararlanarak hukuka aykırı davranışı olarak tanımlanabilmektedir. Görev kusuru, kamu görevlisinin hizmet ve görevden ayrılamayan nitelikteki bir kişisel kusur türüdür.<sup>417</sup> Görev kusurunda kamu görevlisinin kusuru ile hizmet birbirinden ayırt edilebilirken, hizmet kusurunda kamu görevlisinin kusuru ile hizmet birleşmiştir.<sup>418</sup> Görev kusurunda

---

<sup>414</sup> Yargıtay HGK, T. 30.09.2015, E. 2014/96, K. 2015/2030, (www.legalbank.net, Erişim Tarihi: 03.06.2022); Aynı yönde: Yargıtay HGK, T. 16.03.2016, E.2014/828, K. 2016/313: “*Davalı, İnegöl SSK Hastanesinde doktor olarak görev yapmakta olup; davacılar ise muayene olmaya gelmişlerdir. Taraflar arasında davacılarından ...'ın dışının çekilip çekilmemesi hususunda tartışma çıktığı ve bu tartışma sonunda davalının hakaret niteliğinde sözler sarfettiği iddia edildiğine göre, kamu görevlisi hakkında, görevinden dolayı işlediği haksız fiil nedeniyle (...) dava dilekçesinde sıralanan maddi olguların davalının salt kişisel kusuruna dayanıldığı göstermesi karşısında davanın adli yargı yerinde çözümlenmesi gerektiği gibi husumetin davalıya yöneltmesinde bir isabetsizlik bulunmamaktadır*”. (www.legalbank.net, Erişim Tarihi: 03.06.2022).

<sup>415</sup> ATAY, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 331-332.

<sup>416</sup> Buket DENİZ, “İdarenin Sorumluluğunu Doğuran Hizmet Kusuru ve Hizmet Kusuru- Kişisel Kusur Ayırımı”, *TBB Dergisi*, (2021), S. 187-234, 15, s. 222.

<sup>417</sup> Danıştay İDDK, T.15.03.2012, E. 2010/2740, K. 2012/194, (www.legalbank.net, Erişim Tarihi: 03.06.2022).

<sup>418</sup> ATAY, *İdare Hukuku*, s. 408.

sorumluluk idareye ait olmakla birlikte kamu görevlisine kusuru oranında rücu edilmektedir.<sup>419</sup>

Kamu görevlisi görevini yerine getirdiği sırada taksirli ya da kasıtlı olarak yapmış olduğu faaliyet suç niteliğindeyse hizmetten ayrılamaz nitelikteki kişisel kusurun varlığı kabul edilmektedir. Çünkü suç niteliğindeki davranış ile kamu hizmetiyle ilişkilendirilememektedir.<sup>420</sup> Örneğin Danıştaya göre,

Polis memuru olan davacının karakolda bir başka polis memurunun tabancayla ateş etmesi sonucu yaralandığı, bu halde, genel güvenliğin sağlanmasına ilişkin kamu hizmetini yürüten davalı idarenin, bu hizmetin gereği gibi yürütülmesini sağlayacak personelinin kişisel kusuru sonucu uğranılan maddi ve manevi zararı tazmin sorumluluğu bulunduğu açıktır.<sup>421</sup>

Kamu görevlisinin işkence gibi suç niteliğindeki davranışlarını hizmetten ayırmak mümkün değildir.<sup>422</sup> Doktrinde işkence suçu görev kusuru kapsamında değerlendirilmiştir. Ancak Yargıtayın aksi yönde bir kararı mevcuttur. Somut olayda, Türk Telekom'a ait elektrik direklerindeki kablolarını çalan hırsız gözaltında iken karakolda komutan tarafından işkenceye maruz kalmıştır. Yargıtay göre,

Kamu görevlisinin şüpheliye suçunu kabul ettirmek ve söyletmek için işkence yapmak ve kötü muamelede bulunmak gibi bir görev ve yetkisi bulunmamaktadır. Kaldı ki dava dilekçesindeki maddi olgulardan davalının salt kişisel kusuruna dayanıldığı anlaşılmaktadır.<sup>423</sup>

Kanaatimizce Yargıtayın bu kararın isabetli olmayıp, bu olay doktrinindeki hakim görüşe uygun olarak hizmetten ayrılamaz nitelikteki kişisel kusur olarak değerlendirilmeliydi.

#### **2.4.2.2. Kişisel Kusur ve Fiili Yol**

Fransa'da, fiili yol ve kişisel kusur kavramlarının aynı anlamda olduğu ve fiili yolun bir farklılık taşımadığına ilişkin görüşler bulunmaktadır.<sup>424</sup> Fakat Fransız Uyuşmazlık Mahkemesinin Cure de Realmont kararı ile birlikte fiili yol oluşturan

<sup>419</sup> KALABALIK, *İdare Hukuku Dersleri C: II*, s. 355.

<sup>420</sup> ATAY, *İdare Hukuku*, s. 410-411.

<sup>421</sup> Danıştay 10. D, T. 04.10.2001, E. 2001/40, K.2001/3396, (www.legalbank.net, Erişim Tarihi: 03.06.2022).

<sup>422</sup> DENİZ, s. 213.

<sup>423</sup> Yargıtay 4. HD, T. 19.03.2014, E. 2014/3432, K. 2014/4712, (www.legalbank.net, Erişim Tarihi: 03.06.2022).

<sup>424</sup> ŞEKER, "*İdare Hukukunda Fiili Yol Teorisi ve Teorinin Türkiye Uygulaması*", s. 29-30.

davranışların her zaman kişisel kusur niteliğinde olmadığına ilişkin karar verilmiştir. Bu doğrultuda fiili yolun varlığı, kişisel kusur için ayırt edici bir özellik değildir. Yani fiili yolun varlığı halinde, kişisel kusur otomatik olarak ortaya çıkmamaktadır. Bu nedenle kamu görevlilerinin fiili yol niteliğindeki birçok davranışı aynı zamanda kişisel kusur niteliğinde olmasına rağmen, kişisel kusur ile fiili yol arasında zorunlu bir bağ bulunmamaktadır.<sup>425</sup> Ayrıca fiili yol teorisinin mahkeme kararları tarafından ortaya konulması kişisel kusur kavramından daha önce gerçekleşmiştir. Dolayısıyla fiili yol kavramının, kendisinden önce ortaya çıkmayan kişisel kusur kavramına dayanması mümkün değildir.<sup>426</sup>

Kişisel kusur olarak kabul edilen bir eylem aynı zamanda fiili yolun temel unsurlarından olan mülkiyet hakkı veya temel hak ve özgürlüklere yönelik saldırıyı da bünyesinde barındırabilmektedir.<sup>427</sup> Fiili yolun varlığından söz edebilmek için kamu görevlisinin temel hak ve özgürlükleri ihlal eden eyleminin açık bir şekilde hukuka aykırı olması gerekmektedir.<sup>428</sup>

Fiili yol halinde eylemin sadece niteliği değişmekle kalmayıp, sorumluluk esasları da değişmektedir. Çünkü artık hizmet kusuru değil, hizmetle ilişkinin kesildiği bir kişisel kusur söz konusudur. Ancak belirli hak ve özgürlüklere karşı ağır ve açık hukuka ya da usule aykırılık durumu varsa fiili yol ile kişisel kusurun kesiştiği söylenebilir.<sup>429</sup>

Fiili yol ve hizmetten ayrılabilen kişisel kusur olarak nitelendirilen salt kişisel kusur arasında hizmet dolayısıyla ortaya çıkan zararın adli yargıda görülmesi bakımından benzerlik bulunmaktadır. Ancak hizmetten ayrılamayan kişisel kusur yani görev kusuru arasında kesin bir benzerlik bulunmamaktadır.

26.03.2002 tarihinde DMK'nın 13. maddesine getirilen ek düzenlemeden önce işkence suçu fiili yol kapsamında değerlendirilmekteydi. Ancak bu düzenleme ile birlikte kamu görevlisinin hizmeti yürütürken işkence gibi suç niteliğindeki eylemleri

---

<sup>425</sup> GÖZLER, *İdare Hukuku: C. II*, s. 1144.

<sup>426</sup> ŞEKER, “*İdare Hukukunda Fiili Yol Teorisi ve Teorinin Türkiye Uygulaması*”, s. 29-30; Kişisel kusur kavramı, Fransız Uyuşmazlık Mahkemesinin 30.07.1873 tarihli Pelletier kararı ile ilk olarak ortaya çıkmıştır. (ŞEKER, “*İdare Hukukunda Fiili Yol Teorisi ve Teorinin Türkiye Uygulaması*”, s. 29-30).

<sup>427</sup> SÖYLER, s. 581.

<sup>428</sup> AKYILMAZ, “Kamu Zararı ve Kamu Zararında Rücu”, s. 70.

<sup>429</sup> OĞURLU, “*İdare Hukukunda Fiili Yol ve Yargısal Denetimi*”, s. 69.

görev kusuru kapsamında değerlendirilmeye başlamıştır.<sup>430</sup> Görev kusurunun düzenlendiği DMK'nın 13. ek maddesine göre,

İşkence ya da zalimane, gayri insani veya haysiyet kırıcı muamele suçları nedeniyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince verilen kararlar sonucunda Devletçe ödenen tazminatlardan dolayı sorumlu personele rücu edilmesi hakkında da yukarıdaki fıkra hükmü uygulanır.

Fiili yol ile kişisel kusur arasındaki bir diğer fark ise fiili yol niteliğindeki eylemler yokluk yaptırımına tabi tutulurken, kişisel kusurda böyle bir durum söz konusu değildir. Buna bağlı olarak fiili yol halinde davanın açılması için herhangi bir süre gözetilmemektedir. Ancak kişisel kusur hallerinde yokluk yaptırımını her zaman söz konusu olmadığı için özel hukuktaki zamanaşımı süreleri uygulanmaktadır.<sup>431</sup>

### 2.4.3. Yokluk

#### 2.4.3.1. Yokluk Kavramı

İdare hukukunun tartışmalı kavramlarından bir diğeri de yokluktur.<sup>432</sup> Bu kavram, Fransız hukukunda ilk kez Laferriere tarafından ortaya atılmıştır.<sup>433</sup> Yokluk teorisi ilk olarak medeni hukuk öğretilerinde ortaya çıkmış ve ilk kez evlilik sözleşmesiyle öne sürülerek ağır bir hukuka aykırılık sebebi oluşturmuştur.<sup>434</sup> Bu yok hükmündeki evlilik, aynı cinsiyete sahip iki kişi arasında yapılmış olan evlenmelerin yaptırımının ne olacağı hakkında hukuki bir düzenleme bulunmaması nedeniyle, “kanununa

---

<sup>430</sup> Yargıtay 4. HD, T. 17.11.1986, E. 1986/ 4898, K. 1986/ 7786: “Toplum düzenini bozan ve suç sayılan eylemler nedeniyle suçluyu ve suç kanıtlarını arayıp toplamak adli bir işlemdir; bunun kolluk kuvvetleri ve orada çalışan kamu görevlileri tarafından gerçekleştirilmiş olması sonuca etkili değildir. Çünkü kolluk kuvvetlerinin veya burada çalışan kamu görevlisinin ‘adli zabıta’ olarak yerine getirdiği görev, hem idarenin fonksiyon ve kudreti, hem de idare hukukunun konusu dışında kalır. Olayımızda, işkence olayı, adli işlemin yani suçlunun sorgulaması sırasında gerçekleştiğine göre idari eylem ve işlem den söz edilemeyecektir (...) İdarenin veya onun adına hareket eden kamu görevlisinin, ‘işkence yapma’ hak ve yetkisi söz konusu olamayacağına ve bunun suç teşkil etmesine göre; bu değerlendirilmeye de, ortada bir haksız eylem (fiili yol)’in varlığı kabul edilmelidir” (www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 03.06.2022).

<sup>431</sup> SÖYLER, s. 583.

<sup>432</sup> Gül FİŞ ÜSTÜN, “İdari İşlemlerin Yokluğunun Tespitinde Görevli Yargı Düzeni”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*, C. 9, s.24-42, (2013), s. 25

<sup>433</sup> IŞIKLAR, s.808.

<sup>434</sup> Celal ERKUT, “İdare Hukukunda Yokluk Teorisi”, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, (1988), 9.1-3: 69-91, s. 69.

dayanmayan bir butlan sebebi kabul edilemez” ilkesinin sonucu olarak ortaya çıkmıştır.<sup>435</sup>

Yokluk kavramı, işlemdeki sakatlıklar nedeniyle işlemin iptal edilebilirliği esasına değil, böyle bir işlem hiçbir şekilde var olmayacağı esasına dayanmaktadır.<sup>436</sup> Kavram idare hukukunda bazı önemli hukuka aykırılıkların sadece işlemin geçerliliğini değil, aynı zamanda işlemin kendisini de ortadan kaldırır nitelikte olduğu düşüncesine dayanarak ve özel hukuktan esinlenerek ortaya çıkmıştır.<sup>437</sup> İşlemin kurucu unsurlarında ki eksiklik ve hukuka ağır aykırılık açık bir şekilde görülüyorsa işlem yok hükmünde kabul edilmektedir.<sup>438</sup> Danıştaya göre,

Olayda, para cezası kararlarına süresi içerisinde itiraz edilmemesi üzerine ödeme emri düzenlediği anlaşılmakta ise de, ödeme emri içeriği cezaları konu edinen kararın alındığı tarih itibarıyla, dayanağı olan ek gümrük ve katma değer vergilerinin iptal edilmiş olduğu açıktır. İptal edilen ek tahakkuk tutarı üzerinden hesaplanan para cezasına ilişkin olup, düzenlendiği tarih itibarıyla varlık koşulu bulunmayan, her türlü etkiden yoksun para cezası kararı, hak ya da yükümlülük doğurmak suretiyle bağlayıcı nitelik kazanamayacağı gibi, bu kararın bir başka işleme hukuki dayanak oluşturması da mümkün değildir. Bu bakımdan, para cezalarının tahsili amacıyla düzenlenen ödeme emrinin dayandığı ceza kararı yok hükmünde olduğundan, ödeme emrinde belirtilen borcun bulunmadığı kuşkusuzdur.<sup>439</sup>

Yok hükmündeki bir işlemin geçersiz olması için iptal davasının açılması gerekmemekte ve yok hükmündeki bir işlem herkes tarafından ileri sürülebilmektedir. Mahkemenin görevi yokluğu saptamaktır. Mahkeme tarafından yokluğun saptanması durumunda tartışmalı işlem ve ona bağlı olan işlemler ortaya çıktığı tarih itibarıyla geçersiz sayılmaktadır. Yok hükmündeki işlemin iptali de söz konusu olmadığı için uyuşmazlık ortaya çıkması halinde, hakim iptal kararı yerine yokluğu saptamakta ve hukuki işlemin çeşitli nedenlerle geçersiz olması belirtmekle yetinir. Ayrıca hakim yokluğu re’sen göz önüne almaktadır.<sup>440</sup> Sakat olan bu idari işlem hayata geçirilmiş olsa

---

<sup>435</sup> Hüseyin Melih ÇAKIR, “Danıştay Kararları Çerçevesinde Yokluk Teorisi”, (Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, 2010), s. 5

<sup>436</sup> Alper AYDIN, “İdari Yargı Çerçevesinde Anayasa Yargısında Yokluk”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, (2014), 19: 623-652, s. 625.

<sup>437</sup> ERKUT, s. 69.

<sup>438</sup> Yılmaz ALİEFENDİOĞLU, “Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında ‘Yokluk’ Ya Da ‘Yok İşlem’”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (2009), 81: 211-224, s. 7.

<sup>439</sup> Danıştay 7. D, T. 08.11.2007, E. 2007/695, K. 2007/4612, (www.legalbank.net, Erişim Tarihi: 04.06.2022).

<sup>440</sup> ALİEFENDİOĞLU, s. 7; Yargıtay HGK, T. 17.01.2018, E. 2017/ 1281, K. 2018/ 35: “hukuk düzeni belirli şartları gerçekleştirmiş olan işlemlerin geçerli olduğunu kabul eder. Bir hukuki işlemin kanunun aradığı koşullara uyulmadan yapılması onun "geçersizliği" sonucunu doğurur. Bu geçersizlik "yokluk" ve "butlan" hâlinde olabilir. Yokluk (adem-i mevcudiyet), hukuki işlemin kanunun öngördüğü kurucu

dahi hukuki anlamda ölü doğmaktadır. Bu sebeple işlem hukuki anlamda hiçbir etkisi olamayacağı gibi başka bir hukuki işleme de dayandırılmaz.<sup>441</sup>

Doktrin ve içtihatlarda yetki gaspı, fonksiyon gaspı, ağır ve bariz yetki tecavüzü ve fiili yol yok hükmünde sayılan işlemler olarak nitelendirilmektedir.<sup>442</sup> Danıştaya göre,

Dosyanın incelenmesinden, mülkiyeti Konya Büyükşehir Belediye Başkanlığına ait olan otogar içindeki akaryakıt istasyonunun kiracısı olan yükümlü şirketin 1994 yılında ödemesi gereken kira miktarının mahkeme kararıyla artırıldığı, belediye başkanlığı tarafından artırılan kira bedeli üzerinden hesaplanarak tarh edilen katma değer vergisinin tahsili amacıyla yine aynı belediye tarafından düzenlenen ödeme emrinin tebliği üzerine açılan davayı reddeden mahkeme kararının bozulması istemiyle temyiz edildiği anlaşılmaktadır. (...) Buna göre katma değer vergisinin tahsiline yönelik dava konusu ödeme emri, bu vergiyi tarh, tahakkuk ve tahsil etme yetkisine haiz olmayan belediye başkanlığınca düzenlendiğinden ve vergi dairelerine ait bir sahada belediyece ödeme emri çıkarılması yetki gaspı teşkil ettiğinden yoklukla malul olup, dava açma süresinin aranmaması gerekirken yok hükmünde olduğu ve hukuk alanında vücut bulmaması sonucunun ortaya çıktığı gözetilmeksizin davanın süreaşımı yönünden reddine karar verilmesinde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.<sup>443</sup>

### 2.3.3.2. Yokluk ve Fiili Yol

Yokluk kavramı, fiili yol kavramında olduğu gibi işlemlerin idari niteliğini kaybetmesi teorisine dayanmaktadır.<sup>444</sup> Doktrinde yokluk ve fiili yol kurumlarını idareye ait bir yetkinin kullanımına bağlanamayan işlemler olarak nitelendirilmekte ve bunları yok hükmünde, yani hiç oluşmamış işlemler olduğu belirtilmektedir. Bu açıdan bakıldığında, fiili yol ve yokluk kavramlarının benzerlik içerisinde olduğu görüşü hakimdir.<sup>445</sup>

---

*unsurlarından en az birine uyulmaması hâlinde, o işlemin teşekkül etmemiş sayılmasıdır. Böyle bir işlem hukuken hiç doğmamış, hukuk alanında ortaya çıkmamış sayılır. Şu hâlde bir hukuki işlemin varlığından söz edilebilmesi için işlemin kurucu unsurlarının mevcut olması gerekir. Kurucu unsurlardaki eksiklik işlemi yoklukla malul kılar. Yokluk ile malul olan bir işlem ise herhangi bir hüküm ve sonuç doğurmaz. Hukuki işlemin yokluğu yargılamamın her aşamasında ileri sürülebilir, hiç kimse tarafından ileri sürülmemiş olsa dahi hâkim tarafından kendiliğinden dikkate alınması gerekir". (www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 04.12.2021).*

<sup>441</sup> AYDIN, "İdari Yargı Çerçevesinde Anayasa Yargısında Yokluk", s. 625.

<sup>442</sup> GÖZLER, *İdare Hukuku: C: II*, s. 1135; IŞIKLAR, s. 805; AYDIN, "İdari Yargı Çerçevesinde Anayasa Yargısında Yokluk", s. 625.

<sup>443</sup> Danıştay 9. D, T. 03.04.1996, E. 1995/474, K.1196/1229, (www.legalbank.com, Erişim Tarihi: 04.06.2022).

<sup>444</sup> ŞEKER, "İdare Hukukunda Fiili Yol Teorisi ve Teorinin Türkiye Uygulaması", s. 24.

<sup>445</sup> ERKUT, s. 82

Ancak fiili yol ve yokluk arasında kaçınılmaz veya zorunlu bir bağ bulunmamaktadır. Yani yokluk ile sakat olan bir işlemin varlığı halinde her zaman fiili yolun da varlığı söz konusu değildir.<sup>446</sup> Bu durum yok hükmündeki idari işlemin uygulanması ile sınırlıdır. Yok hükmünde olan işleme dayanan uygulamalar, eylem barındırmadığı sürece sadece işlemin yok sayılması fiili yol oluşturmaya yetmez.<sup>447</sup> Örneğin, yokluk ile sakat bir kamulaştırma işlemine dayanılarak idare tarafından bir taşınmaza elatılması durumunda kamulaştırmatsız elatma söz konusu olacaktır. Kamulaştırma işleminin yok hükmünde olması durumunda, bu işleme dayanılarak uygulanmasına yönelik idarece gerçekleştirilecek eylemler fiili yol teşkil edecektir.<sup>448</sup>

Fransız Danıştay, fiili yol oluşturan her işlemin yok hükmünde değil, hukuka aykırı işlemler olarak kabul edileceğine karar vermiştir. Buna karşın Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi yokluk ve fiili yol kavramlarını birbirine bağlamış ve Guigon davasında fiili yol teşkil eden işlemlerin, geçersiz ve hiç meydana gelmemiş olarak kabul edilmeleri gerektiğine karar vermiştir. Bu karara göre fiili yol niteliğindeki her işlemin aynı zamanda yok hükmünde sayılabileceği söylenebilir. Davaya konu olan olayda idari merciler tarafından bir subayın kendi mülküne girmesi yasaklanmıştır. Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi bu tür işlemlerin fiili yol oluşturduğuna ve işlemin yok hükmünde olduğuna karar vermiştir.<sup>449</sup>

İki kavramın gelişim süreçleri bakımından da farklılık bulunmaktadır. Yokluk doktrin tarafından geliştirilip içtihatlarla kabul edilmiş iken fiili yol içtihatlarla ortaya çıkıp doktrin tarafından isimlendirilerek hukuk sistemimizdeki yerini almıştır.<sup>450</sup>

## **2.5. Fiili Yolun İhlal Ettiği İlkeler**

### **2.5.1. Ölçülülük İlkesi**

Ölçülülük ilkesi, anayasadaki sınırlama nedenlerine dayanarak temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasında öngörülen amaç ile sınırlanan hak arasındaki dengeye

---

<sup>446</sup> KAPLAN, “İdare Hukukunun Arkaik ve Anakronik Bir Kurumu (‘Fiil Yol’)”, s. 901.

<sup>447</sup> OĞURLU, “İdare Hukukunda Fiili Yol ve Yargısal Denetimi”, s. 68.

<sup>448</sup> KARACA, *Kamulaştırmatsız El Atma*, s. 51.

<sup>449</sup> GÖZLER, *İdare Hukuku: C. I*, s. 1135.

<sup>450</sup> ERKUT, s. 84.



ilişkindir.<sup>451</sup> Bu ilkenin amacı dengenin oluşturulması ve hakkaniyetin sağlanmasıdır.<sup>452</sup> Ölçülülük ilkesi, hukuki ilişkilerin adaletli ve dengeli bir şekilde düzenlenmesi düşüncesine dayanmaktadır.<sup>453</sup>

Anayasanın 13. maddesine göre, “Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir”. Buna göre, bir kanun mülkiyet hakkının özüne dokunmaksızın yalnızca anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak sınırlandırılabilir. Bu sınırlama anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzenine, laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmamalıdır.<sup>454</sup>

İdare tarafından başvurulmuş olan sınırlandırıcı aracın ölçülülük yönünden kontrol edilebilmesi bu araçlara başvuruların çoğu kez takdir yetkisine sahip olmalarına bağlıdır.<sup>455</sup> İdareye bir hareket özgürlüğü sağlayan takdir yetkisi, kişiye hukuki koruma sağlayan düzenlemeler ile sınırlandırılabilir. İdare bu yetkisine dayanarak kanunlarda belirtilen sınırlar içerisinde dilediği gibi hareket edebilir gibi görünmesine rağmen, yapmış olduğu eylem ve işlemlerin gerekçelerini belirtmek ve bu faaliyetlerinde ölçülü davranmak zorundadır.<sup>456</sup>

İdarenin yapmış olduğu faaliyet, ölçülülük ilkesine uyulmaması nedeniyle ağır bir şekilde sakatlanmışsa, idarenin bu faaliyeti fiili yol oluşturabilir. Böylelikle idare ve kamu görevlileriyle ilişkisi kalmayan bu durum, suç veya haksız fiile dönüşmektedir.<sup>457</sup> Kamulaştırma ve cebri icra gibi durumlarda kamu yararı adına mülkiyet hakkının sınırlandırılmasında ölçülülük ilkesi dikkate alınmaktadır. Örneğin, uygun taşınmazın ve kamulaştırılacak kısmının belirlenmesi gibi idarenin takdir yetkisine dayanan

---

<sup>451</sup> Dilara YÜZER, “Kamu İcra Hukukunda Ölçülülük İlkesi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (2014), 16: 4843-4898, s. 4844- 4845.

<sup>452</sup> Mehmet HATİPOĞLU, “Kamu Görevlilerine Disiplin Cezalarının Uygulanmasında Ölçülülük İlkesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (2019), 2019.143: 181-220, s. 182.

<sup>453</sup> Yüksel METİN, “Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke Midir?”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (2017), 7.1: 1-74, s. 5.

<sup>454</sup> ERKAL, s. 6

<sup>455</sup> OĞURLU, “İdare Hukukunda Fiili Yol ve Yargısal Denetimi”, s. 69.

<sup>456</sup> YÜZER, s. 4847.

<sup>457</sup> OĞURLU, “AİHM Kararları ve Türk İdare Hukukunda Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Bir Yargısal Denetim Ölçütü Olarak ‘Ölçülülük İlkesi’”, s. 497.

durumlarda ve takdir edilen bedel ile yoksun kalınan faydanın ölçülü olması gerekmektedir.<sup>458</sup>

İdarenin kamu gücünü en somut biçimde gösterdiği kolluk faaliyetleri, genellikle idarenin her eylem ve işlemiyle hak ve özgürlükleri üzerinde etkisi bulunmaktadır.<sup>459</sup> Kamu düzenini korumak ve bozulan düzenin yeniden tesis edilmesi adına alınacak olan kolluk önlemleri, temel hak ve özgürlüklerin kanunda öngörülen usullere ve ortaya çıkacak tehlikenin niteliğine göre ölçülülük ilkesine göre sınırlandırılması gerekmektedir.<sup>460</sup>

Fransız hukukunda ilk kez ölçülülük ilkesi Danıştayın 1933 tarihli Benjamin kararı ile kullanılmış olup, bu dava idarenin kolluk alanındaki takdir yetkisinin denetlenmesiyle ilgilidir.<sup>461</sup> Karara konu olan olayda, laik eğitim karşıtı bir yazar olan Benjamin konferans vereceğini ilan etmiştir. Bu konferansa öğretmenler derneği ve solcu sendikalar ve gruplar karşı çıkmıştır. Belediye başkanından bu konferansın yapılmamasını istemiş ve belediye başkanı konferansı kamu düzenini bozacağı gerekçesiyle yasaklamıştır. Bunun üzerine belediye başkanının yasaklama kararının iptali istemiyle Fransız Danıştayında dava açılmıştır.<sup>462</sup> Fransız Danıştayı ulaşılmak istenen amaç ile hak ve özgürlüğün sınırlanması arasında orantısız ve ölçüsüz bir ilişki olduğunu, daha hafif bir tedbirle kamu düzeninin korunması mümkün olduğunu ve gerekli kolluk önlemlerinin alınmasıyla ortaya çıkabilecek sorunların önüne geçilebileceğini belirterek konferansın yasaklanması iptal etmiştir.<sup>463</sup>

İdareye tanınan takdir yetkisinin ölçüsüz bir uygulamaya yol açacak şekilde kullanılması durumunda idarenin sorumluluğuna başvurulması gerekmektedir.<sup>464</sup> Ölçüsüz olarak kullanılan takdir yetkisi sonucunda fiili yol ve yokluk yaptırımlarına

---

<sup>458</sup> OĞURLU, “İngiliz ve Türk İdare Hukuklarında İdari Faaliyetin Denetlenmesinde Ölçülülük İlkesinin Rolü Hakkında Bir Değerlendirme”, s. 166.

<sup>459</sup> İl Han ÖZAY, “Anayasa: Özgürlükler ve İdari Kolluk Etkinlikleri, Anayasa Mahkemesinin 40. Kuruluş Yıldönümü Sempozyumu”, *Antalya*, (2002), s. 1.

<sup>460</sup> Gülseven ŞEKER, “İdari İşlemin Uygulanması”, *Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi*, S. 122, *Nisan* (2012), s. 29. (www.e-akademi.org, Erişim Tarihi:25.03.2022).

<sup>461</sup> ERDEM, “Ölçülülük İlkesinin İdarenin Takdir Yetkisinin Kullanımındaki Yeri”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (2013), 62.4: 971-1006, s. 966.

<sup>462</sup>GÖZLER, *İdare Hukuku: C. II*, s. 593.

<sup>463</sup> ERDEM, “Ölçülülük İlkesinin İdarenin Takdir Yetkisinin Kullanımındaki Yeri”, s. 966.

<sup>464</sup> OĞURLU, “İdare Hukukunda Fiili Yol ve Yargısal Denetimi”, s. 69.

varacak nitelikte hukuki sakatlıklar ortaya çıkabilir. Bu dereceye varmayan sakatlıklara ise iptal yaptırımını uygulanır.<sup>465</sup>

Kamu yararı amacı taşımasına rağmen ölçülülük ilkesini ihlal edecek eylem, haksız fiil teşkil edecektir.<sup>466</sup> Örneğin, kamu düzenini sağlamak amacıyla hak ve özgürlüklerin gereğinden fazla sınırlandırılması, idari işlemin ölçüsüz olduğunu göstermektedir.<sup>467</sup> İdarenin yapmış olduğu ölçülülük ilkesine aykırı uygulamaların kamu özgürlükleri veya mülkiyet hakkının kullanılmasını ortadan kaldıracak derecede ağırlığa ulaşması durumunda ise fiili yol söz konusudur.<sup>468</sup> Dolayısıyla kamu görevlilerinin yapmış olduğu eylem ve işlemler sonucu vatandaşların temel hak ve özgürlüklerine yönelik ağır ve açık hukuka aykırılık taşıyan ölçüsüz müdahaleler, fiili yola neden olabilmektedir.

### 2.5.2. Hukuk Devleti İlkesi

Hukuk devletinde, devlet sadece yönetilenlere uygulanacak kuralları koymayıp aynı zamanda koymuş olduğu kurallar ile kendisini de bağlı tutarak, yapmış olduğu bütün faaliyetlerinde hukuku merkez alarak yönetilenlerin hukuki güvenliğini sağlayan bir sistemi ifade etmektedir.<sup>469</sup> İdarenin hukukun üstünlüğünü kabul etmesi, yapmış olduğu tüm eylem ve işlemlerinde yargı önünde hesap verebilir nitelikte olmasını ifade etmektedir. Ayrıca idare kamu hizmeti görevini üstlendiği için hizmeti kesintisiz bir şekilde yönetilenlere sunmakla yükümlüdür.<sup>470</sup>

İdarenin, yürütmekle sorumlu olduğu kamu hizmetlerini hukuka uygun bir şekilde yerine getirmesi hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir.<sup>471</sup> İdarenin kamu yararı amacı dışında hareket etmesi, kamusal yetkinin kişisel ya da politik kaygılarla kullanılması veya işlemin üçüncü kişilerin yararına tesis edilmesi, idari işlemin amaç

---

<sup>465</sup> OĞURLU, “İlk Örneklerinden Günümüze Danıştay’ın Ölçülülük İlkesine Yaklaşımı”, *Danıştay ve İdari Yargı Günü*, (2004), 135: 133-154., s. 144.

<sup>466</sup> ONAR, s. 1510.

<sup>467</sup> HATIPOĞLU, s. 186.

<sup>468</sup> OĞURLU, “İdare Hukukunda Fiili Yol ve Yargısal Denetimi”, s. 69.

<sup>469</sup> Gülcan Azimli ÇİLİNGİR, “İdari Denetimde İdari Yargı Yetkisinin Sınırı”, (*ICOMEF*, 26-27 Kasım 2016, S. 81-90), s. 82.

<sup>470</sup> ŞAŞMAZ, s. 213.

<sup>471</sup> ŞAŞI, s. 90.

ögesini sakatlamaktadır. Bu sakatlık yalnızca işlemle kalmamakta, işlem kapsamında başvuru uygulamaları da hukuka aykırı hale getirmektedir.<sup>472</sup>

İdarenin yürütmekle sorumlu olduğu hizmetler sırasında gerçekleştirdiği faaliyetlerin denetlenmesi hem keyfiliğin ve düzensizliğin önlenmesini, hem de idare karşısında daha zayıf konumda yer alan yönetilenlerin hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınmasını sağlamaktadır.<sup>473</sup> Bu sebeple idarenin mali sorumluluğunun kabul edilmesi hukuk devleti olmanın gereklerindedir. Bir devlete “hukuk devleti” diyebilmek için, devlet iradesinin yapmış olduğu eylem ve işlemlerin sonucunda zarar gören kişilerin zararlarının tazmin edilmesi gerekmektedir.<sup>474</sup> Fiili yolda idarenin yapmış olduğu haksız bir eylem temel hak ve özgürlüklere saldırı niteliği taşıdığı için hukuk devletinin bir gereği olarak idare bu zararı gidermekle yükümlüdür.

---

<sup>472</sup> Hayrettin YILDIZ, “*İdarenin Re'sen İcra Yetkisi*”, (Doktora Tezi, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı İdare Hukuku Bilim Dalı, Bursa, 2018), s. 205.

<sup>473</sup> AKTAŞ/ SEYHAN, s. 106

<sup>474</sup> KAPLAN, *İdare Hukuku Dersleri*, s. 66-67.

## SONUÇ

İdare hukuku kaynaklarına bakıldığında fiili yol konusunun yüzeysel olarak incelendiği görülmektedir. Zaman içerisinde idarenin artan görevlerine paralel olarak yapmış olduğu faaliyetler sonucunda üçüncü kişilerin zarar görme olasılığı da artmıştır. Bu duruma bir de kavramın anayasa veya kanunlarda tanımı yer almayarak, içtihatlarla ortaya çıkıp gelişmesi eklendiğinde, yargı yerlerinde uyuşmazlıkların çıkması kaçınılmaz hale gelmektedir.

Fransız idare hukukundan esinlenerek hukuk sistemimizdeki yerini alan bu kavramın, hukukumuzda çok kullanılmadığı ve yargı kararlarında da açık bir şekilde yer almadığı görülmektedir. Buna bağlı olarak yargı yerlerinde uyuşmazlıklar ortaya çıkmakta, fiili yola ilişkin kararlarda da çelişkiler bulunmakta, dava süreleri uzamakta ve özel hukuk kişilerinin zararlarının tazmin edilme süreci gecikmektedir. İçtihatlarla ortaya çıkıp gelişen birçok kavram gibi fiili yol kavramının da mevzuatta düzenlenmesi isabetli olacaktır. Bu durum uygulamadaki fiili yol ile idarenin sorumluluğu konusu arasındaki karışıklıkların önlenmesine katkı sağlayacaktır.

Doktrin ve içtihatlar göre fiili yoldan bahsedebilmek için birtakım unsurların kümülatif olarak bir arada ortaya çıkması gerekmektedir. Örneğin, mülkiyet hakkı veya temel bir hakkın ihlali bu unsurlardan yalnızca birini oluşturmaktadır. Doktrinde fiili yola neden olacak nitelikteki temel hak ve hürriyetlere yönelik saldırılarının anayasada ek güvencelerle koruma altına alındığı belirtilmektedir. Ancak mülkiyet hakkı dışındaki hangi temel hak ve hürriyetlerin ihlal edilmesi durumunda fiili yolun ortaya çıkacağı belirsizdir. Fransa'da bu belirsizlik Uyuşmazlık Mahkemesinin Bergoend kararı ile açıklığa kavuşmuştur. Bergoend kararında idarenin yalnızca mülkiyet hakkına yönelik bir saldırıda bulunması durumunda fiili yolun söz konusu olacağı belirtilmiştir. Mülkiyet hakkına yönelik yapılan saldırının da bu hakkı ortadan kaldıracak nitelikte olması gerekmektedir. Bunun dışında kalan temel hak ve hürriyetlere yönelik ağır saldırının fiili yol kapsamında değerlendirilmeyeceği belirtilmiştir. Ancak Türk hukukunda şu an için bu kararın yansması mevcut değildir.

Fiili yolun ortaya çıkabilmesi için gerekli olan unsurlardan bir diğeri idare tarafından yapılan birtakım icrai eylemler sonucunda özel hukuk kişilerinin zarar görmesidir. Doktrinde idari işlemler sonucu ortaya çıkan hukuka aykırılıkların fiili yol oluşturmadığı ifade edilmektedir. Fakat yine doktrinde idari işleme dayanan idari

eylemlerin veya idari işlemlerdeki ağır sakatlığın fiili yola sebebiyet vereceği belirtilmektedir. Örneğin bir idari işlem olan yıkım kararı olmaksızın bir binanın yıkılması sonucunda fiili yola ilişkin hükümler uygulanmasına rağmen doktrinde idari işlemler sonucunda fiili yolun ortaya çıkmadığı görüşü yer almaktadır. Bu durum kavramın anlaşılabilirliği bakımından sorun teşkil etmektedir.

Fiili yolu diğer idari sorumluluk türlerinden ayıran nokta, idarenin ağır ve açık bir şekilde hukuk dışı davranarak aşırıya kaçmasıdır. Bu aşırılık sonucunda idarenin yapmış olduğu eylem idarilik niteliğini tamamen kaybederek idareye yabancılaşmaktadır. Ancak fiili yolun tanımında yer alan bu belirsizlik ağır ve açık olarak bir hakkın ihlal edilmesi unsurunda da bulunmaktadır. İhlal edilen hakka yönelik yapılan saldırının ne derece ağır olması gerektiği konusunda bir netlik bulunmamaktadır. Bu sebeple hakkın ihlal edilmesine neden olan hukuka aykırılığın sınırının açık bir şekilde çizilmesi gerekmektedir.

Hukukumuzda fiili yolun en karakteristik örneğini kamulaştırmamasız elatmalar oluşturmaktadır. Fiili yol ile ilişkilendirilen bu kavramdan ilk kez 1959 tarihli Yargıtay içtihadı birleştirme kararında bahsedilmiştir. Ancak bu kararda Yargıtay tarafından fiili yol kavramı yerine haksız fiil kavramının kullanıldığı görülmektedir. Yargıtay kararları incelendiğinde haksız fiil kavramının yalnızca fiili yol niteliğindeki olayları tanımlamak için değil, hizmet kusuru kavramını tanımlamak için de kullanıldığı görülmektedir. Ancak idari sorumluluğun türleri olarak değerlendirilen bu iki kavramın bu noktada da birbirleriyle karıştırıldığı açıkça görülmektedir. Haksız fiil kavramının hem fiili yol, hem de hizmet kusurunun kullanılması, kavram çatışmasını ortaya çıkarmaktadır. Fiili yol kavramı açısından bu durum kavramın anlaşılmasını zorlaştırmaktadır. Fiili yol kendi başına yeterince anlaşılması güç bir kavramken, haksız fiil kavramının da bu şekilde kullanılması fiili yol kavramı açısından belirsizliğe neden olmaktadır.

İdarenin herhangi bir özel hukuk kişisine ait taşınmazın bedeli ödenmeden, hukuka aykırı bir şekilde gerekli usul ve esaslara uymadan işgal etmesi olarak tanımlanan “kamulaştırmamasız elatma” kavramı, hukuki ve fiili elatma olarak ikiye ayrılmaktadır. Ancak doktrin ve içtihatlar incelendiğinde yalnızca fiili elatmanın varlığı halinde fiili yolun söz konusu olduğu belirtilmiştir. Doktrinde hukuki elatmanın da fiili elatma gibi fiili yol niteliğinde olduğunu savunanlarda bulunmaktadır. Ancak hukuki elatma kamulaştırmayı belli bir süreyle sınırlı tutmasından dolayı fiili yoldan

uzaklaştırmaktadır. Çünkü fiili yol idarenin kesinleşen hukuka aykırı bir eylemi sonucunda ortaya çıkmakta olup, herhangi bir süre kısıtlaması bulunmamaktadır. Ayrıca fiili yoldan söz edebilmek için idarenin icrai bir davranışı gerekirken, hukuki elatmada idarenin yapmama şeklinde ortaya çıkan ihmali bir davranışı söz konusudur. Bu gibi sebeplerle kamulaştırmaz elatmanın bir türü olmasına rağmen hukuki elatmanın fiili yol kapsamında değerlendirilmesi görüşüne katılmamaktayız. Çünkü fiili yola ilişkin uygulanabilmesi için fiili yolun unsurlarının kümülatif olarak bir arada bulunması gerekmektedir.

Doktrinde ve içtihatlarda fiili yol örnekleri yalnızca kamulaştırmaz elatmalarla sınırlı değildir. Örneğin hakim kararı olmaksızın mektuplara elkoyma, vatandaşların hukuka aykırı olarak seyahat özgürlüklerinin kısıtlanması, yıkım kararı olmaksızın bir yapının yıkılması gibi temel hak ve özgürlüklere ağır ve açık bir şekilde saldırı niteliği taşıyan uygulamalar fiili yol kapsamında değerlendirilmektedir. Uygulamada da bu tür kararlara oldukça az rastlanılmaktadır. Ancak idarenin fiili yol kapsamındaki hukuka aykırı faaliyetleri “aciliyet” veya “olağanüstü hal” gerektiren durumlarda söz konusu değildir.

Son yıllarda yapılan çalışmalar sonucunda fiili yolun kapsamının oldukça daraltıldığı dikkat çekmektedir. Örneğin Fransa’da fiili yola ilişkin davalarda adli yargının görev alanı daraltılmakta, idari yargının ise genişletilmektedir. Bu durum kanaatimizce sorgulanması gereken bir durumdur. Çünkü idari yargıda açılan bu tür davalarda yargılama süreci uzamaktadır. Ayrıca idarenin gerçekleştirmiş olduğu hukuk dışı faaliyet sonucunda eylem idarilik niteliğini kaybederek sıradan bir eyleme dönüşmektedir. Bu nedenle idari niteliği ortadan kalmış bir eylem mantıksal açıdan idari yargının görev alanı dışına çıkarak adli yargıda çözüme kavuşturulması gerekmektedir. Hukuk devletinden söz edebilmek adına idare tarafından temel hak ve hürriyetlerin hukuka aykırı bir şekilde ihlal etmesinin önüne geçecek şekilde daha etkin mekanizmalarının oluşturulması gerekmektedir. Örneğin fiili yolun kapsam alanı tam olarak belirlenmeli ve mahiyeti bakımından dar olan bu kavramın ortaya çıkması halinde de idareye caydırıcı cezai yaptırımlarda bulunulması gerekmektedir.

## KAYNAKÇA

AKÇA, Kürşat. “Toplumsal Olaylar Nedeniyle Oluşan Zararlardan İdarenin Sorumsuzluğu”. *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı Cilt:2*, (2015), 987-1020.

AKTAŞ, Batuhan. / SEYHAN, Serkan. “Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları Işığında İdari Yargının Görev Alanının Belirlenmesine İlişkin Bir İnceleme”. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (2019), (144), s. 105-172.

AKYILMAZ, Bahtiyar. / SEZGİNER, Murat. / KAYA, Cemil. *Türk İdari Yargılama Hukuku*. Ankara: Savaş Yayınevi, 2018.

ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz. “Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında “Yokluk” ya da “Yok İşlem”. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (2009), 81: 211-224.

ALTUNIŞIK, Esmâ. “*Hukuki El Atma*”. (Yüksek Lisans Tezi, Pamukkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Anabilim Dalı, Kamu Yönetimi ve Kent Çalışmaları Programı, Denizli, Ağustos 2019): Ulusal Tez Merkezi (600425).

ANAYURT, Ömer. “*Türk Hukukunda İdarenin Kusura Dayalı Sorumluluğu*”. (Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 1989): Ulusal Tez Merkezi (8733).

ARTANTAŞ, Çağdaş. “Türk Hukukunda Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu”. *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, (2017), 7.1: 365-396.

ATAY, Ender Ethem. *İdare Hukuku*. 3. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.

ATAY, Ender Ethem, *İdari Yargılama Hukuku*. 3. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.

AYDIN, Alper. “İdari Yargı Çerçevesinde Anayasa Yargısında Yokluk”. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, (2014), 19: 623-652.

AYDIN, Muhammed Ali. “*İdarenin Hizmet Kusurundan Doğan Sorumluluğu*”. (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Şehir Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Haziran, 2015): Ulusal Tez Merkezi (415634).

AVCI, Mustafa. “Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Mali Sorumluluğu”. *Ankara Barosu Dergisi*, (2012), 1: 105-140.

AVCI, Mustafa. “Türk Hukukunda Kamulaştırmaz El Atma Sorunu Üzerine Bir İnceleme”. *International Conference On Eurasian Economies*, (2014).



BALCI, Muharrem. / ANIK, Ömer. / KAYAN, Abdullah. / KILINÇ, Ümmügülsüm. “Devletin (İdarenin) Hukuki Sorumluluğu”. *Ekim* (2018).

BARDAKÇI, Mehmet Akif. “İdarenin Eylemlerinden Kaynaklanan Sorumluluğu”. (Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Yönetimi Anabilim Dalı, İstanbul, 2013).

BOZDAĞ, Ahmet. “İdare Hukukunda İdarenin Hizmet Kusuru ve Danıştay Uygulaması”. *Türk İdare Dergisi*, (2010), 468: 33-48.

BUĞDAYCI, Melike Özge Çebi. “İdarenin Re’sen İcra Yetkisi”. (Doktora Tezi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, 2019).

CİN, Halil. / AKAGÜNDÜZ, Ahmed. *Türk Hukuk Tarihi*. Osmanlı Araştırmaları Vakfı, 2012.

ÇABRİ, Sezer. “Kamulaştırmaz El Atma Kavramının Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 15.12. 2010 Tarihli Kararı Doğrultusunda Tanımlanması”. *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 15.1-2: 77-104, (2011).

ÇABUK, Mehmet. / DOĞAN ÇAKMAK, Nuran. / ŞENGÖZ, Dilara. *Danıştay Kararları Işığında Kamulaştırmaz El Atma*. 3. Baskı, Ankara: Seçkin Hukuk, Nisan 2022.

ÇAĞLAYAN, Ramazan. “Fransız ve Türk İdari Yargılama Hukuklarında İvedi Yargılama Usulü”. *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 18.3-4: 1-41, (2014).

ÇAĞLAYAN, Ramazan. *İdare Hukuku Dersleri*. 6. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, Ağustos, 2018.

ÇAĞLAYAN, Ramazan. *İdari Yargılama Hukuku*. 13. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.

ÇAĞLAYAN, Ramazan. “Risk İlkesi Gereğince İdarenin Kusursuz Sorumluluğu Bağlamında Sosyal Risk İlkesi”. *Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 28-29 Mayıs, Ankara, (2009): 451-495*.

ÇAKIR, Hüseyin Melih. “Danıştay Kararları Çerçevesinde Yokluk Teorisi”. (Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, 2010): Ulusal Tez Merkezi (273817).

ÇETİNTAŞ, Önder. *Kamulaştırmaz El Atma*. 1. Baskı, Ankara: Seçkin Hukuk, Temmuz, 2020.

ÇINAR, Turan. *Açıklamalı İçtihatlı Uygulamalı Kamulaştırmaz El Atma Davaları*. Ankara: Adalet Yayınevi, 5. Baskı, 2018.

ÇİLİNGİR AZİMLİ, Gülcan. “İdari Denetimde İdari Yargı Yetkisinin Sınırı”. *ICOMEF*, 26-27 Kasım, (2016), S. 81-90.

DENİZ, Buket. “İdarenin Sorumluluğunu Doğuran Hizmet Kusuru ve Hizmet Kusuru- Kişisel Kusur Ayırımı”. *TBB Dergisi*, (2021), S. 187-234, 15.

EROĞLU DURKAL, Müzeyyen. “İdarenin Sorumluluğunun Ortaya Çıkışı ve Temeli”. *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (2019), 23.1: 159-189.

DURSUN, Hasan. “İdari Usul ve Şekil İlkeleri ile Genel İdari Usul Yasası Öntasarısına Eleştirel Bir Yaklaşım”. *Türk İdare Dergisi*, Eylül (2007), S. 454, 219-244, s. 227-228.

ERDEM, Jülide Gül. “İptal Kararlarının Uygulanmaması ve Bundan Doğan Tazminat Davaları”. (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2005): Ulusal Tez Merkezi (159808).

ERDEM, Jülide Gül. “Ölçülülük İlkesinin İdarenin Takdir Yetkisinin Kullanımındaki Yeri”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (2013), 62.4: 971-1006.

EREN, Ayşegül. “Türkiye’de Kamulaştırmaz El Atma Kavramı ve Davaları”. (Yüksek Lisans Tezi, Kadir Has Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014): Ulusal Tez Merkezi (358756).

ERGÜN, Cengiz. “Hizmet Kusurundan Kaynaklanan Sorumluluk”. (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, 2016): Ulusal Tez Merkezi (430435).

ERKAL, Atila. “Kamulaştırmaz El konulan Taşınmazın İdarenin Mülkiyetine Geçmesinden Sonra Eski Mal Sahibinin Taşınmazına Tekrar Kavuşması”. *İstanbul Hukuk Mecmuası*, (2021), 79.3: 963- 999.

ERKUT, Celal. “İdare Hukukunda Yokluk Teorisi”. *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, (1988), 9.1-3: 69-91.

EROL, Özlem. “İdari Yargı Kararları Işığında İdarenin Kusursuz Sorumluluğu ve Sosyal Risk İlkesi”. (Yüksek Lisans Tezi, Karadeniz Teknik Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Yönetimi Anabilim Dalı, Trabzon, Eylül, 2013): Ulusal Tez Merkezi (349199).

ERSÖZ, Kürşat. “Bir İdari İşlem Olarak Yıkım Kararı”. *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (2015), 19.3: 103-150.

GÖKPINAR, Mahmut. “Danıştay Kararlarında Hizmet Kusuru- Kişisel Kusur Ayrımı”. *İstanbul Barosu Dergisi*, 80 (5), (2006).

GÜNDÜZ, Fatma Ebru. / GÜNDÜZ, Hakan. “İdare Hukukunda Destekten Yoksun Kalma Tazminatı”. *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (2011), 15.3: 225-258.

GÖLCÜKLÜ, Mehmet Ali. / ÇAKIR, Burak. *Kamulaştırma Kanunu Şerhi Fiili ve Hukuki El Atma Davaları*. 4. Baskı, Ankara: Seçkin Hukuk, 2021.

GÖLCÜKLÜ, Mehmet Ali. *Hukuk Davaları C. III: Kamulaştırma İşlemine İlişkin Davalar*. 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, Ocak, 2019.

GÖNEN, Yakup. “Hak Arama Özgürlüğü Bağlamında Tam Yargı Davasındaki Usul ve Sürelerin Haksız Fiilden Kaynaklanan Tazminat Davası ile Karşılaştırılması”. *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7, S. 1, (2016).

GÖZLER, Kemal. *İdare Hukuku C: I*. 3. Baskı, Bursa: Ekin Basım Yayın, Mayıs, 2019.

GÖZLER, Kemal. *İdare Hukuku C: II*. 3. Baskı, Bursa: Ekin Basım Yayın, Mayıs, 2019.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref/ TAN, Turgut. *İdare Hukuku C: II. İdari Yargılama Hukuku*. 3. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi, 2008.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref. “Yeni İstihlak Kanunu”. *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C:11, S.4 (158-169), (1956), s.158.

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

GÜNDÜZ, Fatma Ebru. “Fiili Yol Olarak Kabul Edilen Eylemlerin İdari Yargı Mercileri Tarafından Denetlenebilirliği”. *Atılım Üniversitesi, Ankara, C. 1, Eylül*, (2020).

GÜNEŞ, Mehmet. / GÜNDÜZ, Mustafa. “Kamu Görevlisine Rücu Edilmesinde Hukuki Sorunlar ve İdari Yargı Kararları Işığında Güncel Bir Değerlendirme”. *Ufuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, (2015), 4.7: 7-19.

GÜRBÜZ, Reşit. *İdare Hukuku*. Ankara: Turhan Kitapevi, 2011.

GÜRBÜZ, Reşit. *İdare Hukuku*. 1. Baskı, Ankara: Hür Yayıncılık, Kasım, 2015.

GÜRSEL, Meltem KUTLU. *Kamulaştırma Hukuku*. 3. Baskı, Ankara: Seçkin Hukuk, Ekim, 2019.

HATİPOĞLU, Mehmet. “Kamu Görevlilerine Disiplin Cezalarının Uygulanmasında Ölçülülük İlkesi”. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (2019), 143: 181-220.

İSBİR, Begüm. “İdari Yargıda İptal Davasının Tarihsel Gelişimi”. *Journal of Istanbul University Law Faculty*, (2011), 69.1-2: 951-966.

İŞIKLAR, Celal. “İdare Hukukunda Yokluk ve Askeri Yüksek idare Mahkemesi Uygulaması”. *Journal of Istanbul University Law Faculty*, (2011), 69.1-2: 805-880.

İLGEZDİ, Ali Rıza. *Hukuki El Atma (Kamulaştırmasız El Atmada Yeni Dönem)*. 4. Baskı, Ankara: Seçkin Hukuk, Ocak, 2022.

İNALCIK, Halil. *Osmanlı'da Devlet Hukuk Adalet*. 2. Baskı, İstanbul: Eren Yayıncılık, 2005.

KAMILOĞLU, Elif. “İdare Sorumluluğunda Hizmet Kusuru- Kişisel Kusur Ayrımı”. (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi Anabilim Dalı, İstanbul, 2013): Ulusal Tez Merkezi (336549).

KALABALIK, Halil. *İdari Yargılama Usulü Hukuku*. 16. Baskı, Ankara: Seçkin Hukuk, 2022.

KALABALIK, Halil. *İdare Hukuku Dersleri C: II*. 5. Baskı, Ankara: Seçkin Hukuk, 2021.

KARACA, Egemen. “Kamulaştırmasız El Koymanın Unsurları ve Kamulaştırmasız El Koymaya Karşı Yargısal Başvuru Yolları”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (2018), 137: 273-309.

KARACA, İrem. *Kamulaştırmasız El Atma*, 1. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.

KAPLAN, Gürsel. “İdare Hukukunun Arkaik ve Anakronik Bir Kurumu (‘Fiil Yol’)”. *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XI, S.1-2, (2007).

KAPLAN, Gürsel. “Yeni Yasal Düzenlemelere Göre Kamulaştırmasız El Koyma Sebebiyle Doğan Tazmin Hakkının Tabi Olduğu Usul ve Esaslar”. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (2012), 99: 125-150.

KAYAR, İsmail. *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, Özel Borç İlişkileri*. 6. Baskı, Ankara: Detay Yayıncılık, 2004.

KILINÇ, Ahmet. “Hizmet Kusuru ve Fiili Yol (İdarenin Haksız Fiili)”. ([www.turkhukuk sitesi.com/makale\\_120.htm](http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_120.htm), Erişim Tarihi: 04.05.2022).

KOCAKAYA, Sidar. “Kamulaştırmasız El Atma ve El Atmanın Önlenmesi (Müdahalenin Men’i)”. (Yüksek Lisans Tezi, Maltepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, İstanbul, 2011): Ulusal Tez Merkezi (278733).

KULAKLI, Emrah. “İdari Yargının Görevli Olduğu Kamulaştırmasız El Atma Davalarında Taşınmazın Tescili Sorunu”. *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2 (1), Bahar (2015); 185-198.

LEMOTHE A. L. G. Dutheillet de- Çeviren: DERBİL S., “İdarenin Haksız Fiil Dolayısıyla Mesuliyeti Konusunda Fransız Kamu Hukukundaki Gelişmeler”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 17(1), (1960).

MAMAL, Merve. “Kamulaştırmasız El Atmada Tazminat ve Ecrimisil”. (Yüksek Lisans Tezi, On Dokuz Mayıs Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Samsun, 2019): Ulusal Tez Merkezi (592599).

METİN, Yüksel. “Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke Midir?”. *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (2017), 7.1: 1-74.

ODLUYURT, Ahmet Töresin. “Yargı Kararları Işığında Hukuki El Atma”. (Yüksek Lisans Tezi, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, Erzincan, 2021): Ulusal Tez Merkezi (689146).

OĞURLU, Yücel. “İdare Hukukunda Fiili Yol ve Yargısal Denetimi”. *Kamu Hukuku Arşivi*, Y.6, (2003).

OĞURLU, Yücel. “AİHM Kararları ve Türk İdare Hukukunda Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Bir Yargısal Denetim Ölçütü Olarak Ölçülülük İlkesi”. *Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce'ye Armağan*, İzmir, (2001), 485-522.

OĞURLU, Yücel. “İlk Örneklerinden Günümüze Danıştay’ın Ölçülülük İlkesine Yaklaşımı”. *Danıştay ve İdari Yargı Günü*, (2004), 135: 133-154.

OĞURLU, Yücel. “İngiliz ve Türk İdare Hukuklarında İdari Faaliyetin Denetlenmesinde Ölçülülük İlkesinin Rolü Hakkında Bir Değerlendirme”. *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, (2000), 4: 1-2.

ONAR, Sıddık Sami. *İdare Hukukunun Umumi Esasları: C. I. 3. Baskı*, Akgün Matbaası, İstanbul, 1966.

ONAR, Sıddık Sami. *İdare Hukukunun Umumi Esasları: C. III. 3. Baskı*, Akgün Matbaası, İstanbul, 1966.

ORTAYLI, İlber. *Türkiye Teşkilat ve İdare Tarihi*. 6. Baskı, Ankara: Cedit Neşriyat, 2017.

ÖNDER, Arife. “İdarenin İdari Eyleminden Doğan Sorumluluğu”. (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, 2006): Ulusal Tez Merkezi (190673).

ÖZAY İl Han, “Anayasa: Özgürlükler ve İdari Kolluk Etkinlikleri, Anayasa Mahkemesinin 40. Kuruluş Yıldönümü Sempozyumu”. Antalya, (2002).

ÖZAY, İl Han. *Günüşığında Yönetim*. İstanbul: Filiz Kitabevi, Ekim, 2004.

ÖZCAN, Emrah. “Fiili Yol”. (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku (İdare Hukuku) Anabilim Dalı, Ankara, 2009): Ulusal Tez Merkezi (250289).

ÖZDEMİR, Yücel. *Türk Hukukunda Kamulaştırmasız El Atma*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.

ÖZEL, Sadullah. “Türkiye’deki Kamulaştırma ve Acele Kamulaştırma Uygulamasının Ölçülülük İlkesi ve Demokratik Toplum Düzeninin Gereklerine Uygunluğu”. *Electronic Turkish Studies*, (2016), 11.8.

SAĞLAM, Musa. “Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi 2015 Reformu: Değişiklikler ve Gerekçeleri”. *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, (2015), 5: 667-706.

SAKAR, Buse. “İdarenin Kusursuz Sorumluluğu Kapsamında Sosyal Risk İlkesi”. (Yüksek Lisans Tezi, Başkent Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku, Ankara, 2020): Ulusal Tez Merkezi (611410).

SARICA, Ragıp. "Hizmet Kusuru ve Karakterleri". *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 15.4 (1949): 858-895.

SARICA, Ragıp. “Fransa’da Ajan ve Memurlar Alevlinde Açılan Tazminat Havaalarında, Şikayeti Mucip Fillin Şahsi Bir Kusur Mu Yoksa Bir Hizmet Kusuru Mu Teşkil Ettiğini Tayin İşinin İhtilaf Mahkemesine Ait Bulunduğu Hususunda İhtilaf Mahkemesinin Pelletier Kararından Beri Şaşmaz İçtihadı ve Buna Karsı Serdedilen Bazı Tenkitler”. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 13.1: 23-62, (2011).

SARİKOĞLU, Şenel. “İdarenin Mali Sorumluluğu Açısından Zarar Kavramı”. *Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:65 Sayı:4, (2016): 2389 – 2422.

SÖYLER, Yasin. “Yargıtay Kararları Işığında Kişisel Kusur”. *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (2010), 14.2: 555-592.

ŞAŞMAZ, Aysema Pelin. “İdarenin Sorumluluğu ve Danıştay Kararlarındaki Görünümüne Genel Bakış”. *Ekonomi İşletme Siyaset ve Uluslararası İlişkiler Dergisi*, (2016), 2.2: 211-235.

ŞAHİN, Ali Hamza. “Dünden Bugüne Hukuka Uygun El Atma ve Mülkiyet Hakkı İhlallerinin Giderimi”. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, (2018), 35: 405-428.

ŞİRİN, Memduh Cemil. “Yargı Mensuplarına Maske Temin Eden İdarenin Avukatlara Da Maske Temin Etmesi Gerekir Mi? Fransız Danıştay’ının 20 Nisan 2020 Tarihli Kararı’nın İncelenmesi”. *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, 19: 103-114, (2021).

ŞAŞI, Murat. “Mülkiyet Hakkı Bağlamında Türk ve Fransız Uyuşmazlık Mahkemelerinin Güncel Fiili Yol İçtihadı”. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 43: 79-96, (2020).

ŞEKER, Gülseven. “İdare Hukukunda Fiili Yol Teorisi ve Teorinin Türkiye Uygulaması”. (Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı Kamu Hukuku Bilim Dalı, İstanbul, 2010): Ulusal Tez Merkezi (273575).

ŞEKER, Gülseven. “İdari İşlemin Uygulanması”. *Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi*, S. 122, Nisan (2012), (www.e-akademi.org).

TEZCAN, Murat. “Kamulaştırmatsız El Atma Davalarından Kaynaklanan İlamın Yerine Getirilmemesi Sorunu ‘Anayasa Mahkemesinin 2013/711 E. Sayılı Bireysel Başvuru Kararının İncelemesi’”. *Ankara Barosu Dergisi*, 2015/ 1.

*Türk Hukuk Lügatı*, 3. Baskı, Başbakanlık Basımevi.

ÜSTÜN, Gül. “İdari Yargıda İstinaf Kanun Yolu Üzerine Bir Değerlendirme”. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, (2016), C. 22, S. 2.

ÜSTÜN, Gül FİŞ, “İdari İşlemlerin Yokluğunun Tespitinde Görevli Yargı Düzeni”. *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*, C. 9, s.24-42, (2013).

ÜSTÜN Gül, “İdarenin Usul Dışı Fiillerinden: Fiili Yol”. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 13, S. 1-2, (2007).

YAŞAR, Hasan Nuri. “İdarenin Sorumluluğu Üzerine Düşünceler”. *Journal of Istanbul University Law Faculty*, (2008), 66.1: 201-219.

YAŞAR, Hasan Nuri. *İdare Hukuku: Genel Esaslar*. 3. Baskı, İstanbul: Dr Yayınları, 2016.

YAVUZ, Canan. “Yargı Kararlarında İdarenin Hukuki Sorumluluğu ve Hizmet Kusuru”. (Yüksek Lisans Tezi, Trakya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi Anabilim Dalı, Edirne, 2019): Ulusal Tez Merkezi (552073).

YAZICIOĞLU, İrem Şahver. “Kamulaştırmatsız El Atma”. (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, 2008): Ulusal Tez Merkezi (261639).

YILDIZ, Hayrettin. “Fransız Hukukunda Fiili Yolun Yeni Hukuki Rejimi ve Fiili Yolun Türkiye Uygulaması”. *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 8(2), (2018).

YILDIZ, Hayrettin. “İdarenin Sosyal Risk Sorumluluğunda İliyet Bağı Meselesi”. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (2015), 116: 135-178.

YILDIZ, Hayrettin. “*İdarenin Re'sen İcra Yetkisi*”. (Doktora Tezi, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı İdare Hukuku Bilim Dalı, Bursa, 2018): Ulusal Tez Merkezi (514971).

YILMAZ, Ahmet. “Kamulaştırmaz El Atma ve Hukuki El Atma Kavramlarının Tüzel Gelişiminin İncelenmesi”. *Jeodezi ve Jeoinformasyon Dergisi*, (2020), 7.2: 155-183.

YILMAZOĞLU, Yunus Emre. / DUMAN, Özgür. “Acele Kamulaştırmanın Mülkiyet Hakkı Bakımından Yol Açtığı Meseleler: Anayasa Mahkemesi'nin “Ali Ekber Akyol ve Diğerleri” İle “Ali Hıdır Akyol ve Diğerleri” Kararlarının Analizi”. *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, (2018), 11: 513-583.

YURDAGÜL, Hatice Betül. “*Kamulaştırmaz El Atma ve Hukuki Sonuçları*”. (Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Kamu Hukuku Programı, İzmir, 2019): Ulusal Tez Merkezi (573603).

YÜZER, Dilara. “Kamu İcra Hukukunda Ölçülülük İlkesi”. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (2014), 16: 4843-4898.

ZAFER, Hamide. “Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m.257)”. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 25, S. 2, Aralık, (2019).

<https://www.resmigazete.gov.tr>

Hukukturk (<https://www.hukukturk.com/>).

Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, (<https://www.legalbank.net/>)

Sinerji Hukuk Yazılımları, (<https://www.sinerjias.com.tr/>).

Turcademy, (<https://www.turcademy.com/tr>).



## **ÖZGEÇMİŞ**

Feyza Bahadır, 2015 yılında lise eğitimini Kastamonu Tosya Anadolu Lisesinde tamamladı. 2019 yılında Karabük Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi bölümünden mezun oldu. Aynı yıl Karabük Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Kamu Yönetimi Ana Bilim Dalında yüksek lisans eğitimine başladı. 2021 yılında kurumsal bir firmanın ön muhasebe departmanında çalışmaya başladı ve halen aynı yerde çalışmaya devam etmektedir.