

**T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU(İDARE HUKUKU)
ANABİLİMDALI**

FİİLİ YOL

Yüksek Lisans Tezi

Emrah Özcan

Ankara-2009

**T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU(İDARE HUKUKU)
ANABİLİMDALI**

FİİLİ YOL

Yüksek Lisans Tezi

Emrah Özcan

Tez Danışmanı
Prof.Dr. Ali Ulusoy

Ankara-2009

İÇİNDEKİLER

GİRİŞ	1
-------------	---

BİRİNCİ BÖLÜM

FİİLİ YOL'UN TANIMI VE FİİLİ YOL - İDARİ EYLEM AYRIMI

I) GENEL AÇIKLAMALAR	3
----------------------------	---

II) FİİLİ YOL TANIMI	4
----------------------------	---

III) FİİLİ YOL(İDARENİN HAKSIZ EYLEMİ)-İDARİ EYLEM AYRIMI.

A)İDARİ EYLEM	9
---------------------	---

1) İDARİ EYLEMİN TANIMI	9
-------------------------------	---

2) İDARİ EYLEMİN ÖZELLİKLERİ	12
------------------------------------	----

3) İDARİ EYLEMİN ÖLÇÜTLERİ	13
----------------------------------	----

a) Kamu Kanunu Ölçütü	13
-----------------------------	----

b) Kamu Hizmeti Ölçütü	13
------------------------------	----

4) İDARİ EYLEM TÜRLERİ	18
------------------------------	----

a) Bir İdari İşleme Dayanan İdari Eylemler	18
--	----

aa) İdari İşlemin Öngördüğü İdari Eylemlerin Yapılması..	19
--	----

bb) İdari İşlemin Öngördüğü İdari Eylemlerin Hiç yapılmaması	21
---	----

b) Bir İdari İşleme Dayanmayan İdari Eylemler	21
---	----

5) YARGI KARARLARINDA İDARİ EYLEM.....	24
a) Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlarında İdari Eylem.....	24
b) Danıştay Kararlarında İdari Eylem.....	29
c) Yargıtay Kararlarında İdari Eylem.....	36
d) AYİM Kararlarında İdari Eylem.....	41
B) FİİLİ YOL.....	37
1) FİİLİ YOLUN UNSURLARI VE VARLIK ŞARTLARI.....	41
a) İcrai Bir Eylemin Olması.....	41
b) Hukuka veya Usule Açık Bir Aykırılık.....	46
c) Mülkiyet Hakkı veya Bir Kamu Özgürlüğüne Tecavüz.....	48
2) FİİLİ YOLUN TÜRLERİ.....	51
a) Esas Yönünden Hukuka Aykırılık.....	48
b) Usul Yönünden Hukuka Aykırılık.....	52
3) YARGI KARARLARINDA FİİLİ YOL.....	54
a) Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlarında Fiili Yol.....	51
b) Danıştay Kararlarında Fiili Yol.....	60
c) Yargıtay Kararlarında Fiili Yol.....	65
d) AYİM Kararlarında Fiili Yol.....	68

İKİNCİ BÖLÜM
FİİLİ YOLUN HÜKÜM VE SONUÇLARI

A) EYLEMİN NİTELİĞİNİN DEĞİŞMESİ	
1) 1789 Fransız Devriminden Önceki Dönemde Yargı.....	72
2) Devrim ile Birlikte Yargı.....	76
B) FİİLİ YOL VE SORUMLULUK	86
1) Fiili Yol ve Hizmet Kusuru	86
2) Fiili Yol ve Kişisel Kusur	95
3) Fiili Yol ve Anayasamızın 129/5. Maddesi	97
C) FİİLİ YOLDA ADLİYE HAKİMİNİN YETKİLERİ	100
D) FİİLİ YOL VE YOKLUK İLİŞKİSİ	105
E) FİİLİ YOL VE ÖLÇÜLÜLÜK İLİŞKİSİ	107
SONUÇ	104
KAYNAKÇA	

GİRİŞ

Hukuki tasarrufların unsurlarındaki sakatlıklar, bunların doğurduğu hükümlere etki ettiği gibi bu tasarrufların uygulanması sırasında takip edilen idari usullerdeki sakatlıklar da idari fiillere (eylemlere) etki eder ve hatta bazı hallerde bu fiillerin mahiyetini değiştirerek idare hukukunun uygulama ve kapsam sahası dışında kalan durumlar ve sonuçlar meydana getirirler.

İdari usullerdeki sakatlıkları iki kategoride toplamak mümkündür:

1) Usul kurallarına, eylemin ortaya çıkması için izlenen idari sürece herhangi normal bir ayrılıktan doğan sakatlık halleri,

2) İdari eylemlerin mahiyetine tamamen etki ederek, eylemi, idareden çıkmasına rağmen, fiili bir hareket, haksız bir fiil görüntüsüne sokan, yani idari bir eylem olmaktan çıkararak sıradan bir haksız fiil haline getiren ve medeni hukukun kapsam sahasına sokan aykırılık ve sakatlık halleri.

İdari usullerdeki birinci tür sakatlıklardan, idare hukukunun kapsamına giren ve sakatlığa rağmen idari eylem karakterini koruyan sakatlıklar anlaşılır. Biz çalışmamızda bu tür sakatlıklara yüzeysel olarak değinerek tezimizin ana konusu olan ikinci tür sakatlıkları inceleyeceğiz.

Tezimizin konusu olan ikinci türden sakatlık halleri daha özel bir mahiyet arz ederler. Bunlar idari eylemin mahiyetine etki edecek boyuttadırlar; bundan dolayı da fiilden idari eylem mahiyet ve karakterini kaldırırılar.¹ İşte bazen işlem ya da eylem idarenin elinden çıkmakla beraber, bu eylem ve işlemdeki sakatlık o denli ağırdır ki

¹ Sıddık Sami Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C.III, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1966, s.1667.

işlem ya da eyleme idari olma özelliğini verme imkanı kalmaz.² Bu tür haller “fiili yol” adıyla bilinen ve özel hukuktaki haksız fiile benzeyen ancak idare hukukuna uyarlanırken bir takım değişikliklere uğramış hukuksal bir kurumdur.

Bu çalışmada fiili yol kavramının tanımı, varlık şartları, türleri, teknik olarak idari eylemlerden farkları, bu tür özel bir kurum oluşturulmasının amacı, sonuçları, yargı organlarının söz konusu kuruma ilişkin yaklaşımı incelenecek, teori ve uygulama için daha çok önem arz ettiğini düşündüğümüz idari eylem – haksız eylem (fiili yol) ayrımı ve fiili yol halinde kimlerin, hangi yargı yolunda neden sorumlu olduğu konuları da ayrıntılı bir şekilde ortaya konacaktır.

² Yücel Oğurlu, “İdare Hukukunda Fiili Yol ve Yargısal Denetimi”, **Kamu Hukuku Arşivi**, mart 2003, C.IV, S.I, s.59.

BİRİNCİ BÖLÜM

FİİLİ YOL'UN TANIMI VE FİİLİ YOL (İDARENİN HAKSIZ EYLEMİ) –

İDARİ EYLEM AYRIMI

D) GENEL AÇIKLAMALAR

İdareye bağlanabilen ve idare tarafından gerçekleştirilen tüm eylemler, yapısal bakımdan maddi dünyadaki değişiklikler olarak ortaya çıkmaktadırlar. Ancak idarenin bütün eylemlerinin hukuki görünümü ve niteliği aynı değildir. İdarenin eylemleri, “idare hukukuna tabi eylemler (idari eylemler)” ve “idari nitelikte olmayan eylemler” olmak üzere iki kategoriye ayrılır. İdarenin “idari nitelikte olmayan eylemleri” için; haksız fiil, usul dışı eylem, mevzuat dışı eylem, hukuk dışı eylem gibi çeşitli kavramlar kullanılmaktadır. Bu tür eylemler, idari eylemlerin dışında kalan maddi edim ve davranışları içerirler. Bir bakıma bu tür eylemler, idari eylemlerin karşıtı konumunda bulunmaktadır.³

İdare Hukukunda, idarenin, idari nitelikte olmayan, yani haksız fiil teşkil eden hareketlerini anlatmak için “fiili yol (voie de fait) deyimi kullanılmaktadır.⁴ Bazı yazarlar ise bu kavram yerine, “idarenin haksız fiili”,⁵ “mevzuat dışı fiil”,⁶ “usul dışı fiil”⁷ veya “hukuk dışı eylem”,⁸ “teaddi”,⁹ “fiili durum (vaziyet)”¹⁰ kavramlarını kullanmaktadırlar.

³ Taner Ayanoglu, **Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlarına Göre İdari Eylemin Tanımlanması**, İstanbul, Legal Yayınevi, 2004, s.46-47.

⁴ İlhan Özay, **Günüşğında Yönetim**, İstanbul, Everest Yayınları, 2002, s.724.

⁵ Yıldızhan Yayla, **İdare Hukuku**, 2.bası, İstanbul, Filiz Kitapevi, 1990, s.142.

⁶ Lütfi Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982, s.383, dipnot 1.

⁷ Onar, age., s.1667.

⁸ Yenice- Esin, **Açıklamalı-İçtihatlı İdari Yargılama Usulü**, Ankara, Arısan Matbaacılık, 1983, s.371.

⁹ Lütfi Duran, **İdare Hukuku Meseleleri**, İstanbul, Halk Basımevi, 1957, s.55.

¹⁰ Ragıp Sarıca, **İdari Kaza**, C.I, İstanbul, Kenan Matbaası, 1949, s.303 vd; “Yoklukla Malul İdari Kararlardan Dolayı İdarenin Mali Mesuliyeti Meselesi”, **İÜHFİM**, C.IV, 1947, s.393 vd.

Fransız hukukunda ortaya çıkan ve geliştirilen fiili yol (voie de fait) kavramı, Batı’da mülkiyet hakkına ve kamu özgürlüklerine atfedilen değerin bir ürünüdür. Mülkiyet hakkının diğer haklara nazaran daha çok vurgulanması, Batı’da bu kavramın yüzlerce yıllık gelişimi ve belirli düşünce akımlarının şekillenmesinde merkez olması ile ilişkilendirilebilir. Belirttiğimiz üzere, Temel hak ve özgürlükler yanında ve içerisinde mülkiyet hakkına yapılan bu ayrıcalıklı vurgulama, Kamu Hukuku’nun gelişiminin en az üç yüzyıllık tarihçesi içerisinde mülkiyet kavramına özel önem atfedilmesi ile yakından ilgilidir.¹¹

II) FİİLİ YOLUN TANIMI

ONAR¹², fiili yolu, “*İdarenin icraya taalluk eden maddi faaliyet ve hareketleri sırasında ağır bir surette usulsüz hareketleriyle, diğer bir tabirle, usul dışı sayılacak maddi fiil ve hareketleriyle ferdin mülkiyet hakkına veya amme hürriyetine tecavüz etmesi*” şeklinde tanımlamıştır. Yazar, eserinin aynı sayfasında fiili yolu, “*İdarenin ... ağır bir surette hukuka muhalefetle lekelenmiş ... fiil ve hareketi*” olarak nitelendirmektedir.

DURAN¹³ fiili yolu: “*İdarenin, ilgiliye tebliğ edeceği icrai bir karara dayanmadan, hususi menkuller ve esaslı amme hürriyetleri üzerindeki tasarrufları*”, şeklinde tanımlamıştır.

TAN/GÖZÜBÜYÜK¹⁴ ise, fiili yolun haksız fiil olduğunu belirtmiş ve fiili yolu “*İdarenin re’sen icra yetkisinin hukuka aykırı olarak kullanılması*” ve “*mülkiyet*

¹¹ Oğurlu, agm., s.59.

¹² Onar, age., s.1668.

¹³ Duran, **İdare Hukuku Meseleleri**, 1964, s.354.

¹⁴ Gözübüyük-Tan, **İdare Hukuku**, 2.Bası, C.II, Ankara, Turhan kitapevi, s.176-177; Gözübüyük-Dinçer, **İdari Yargılama Usulü**, 1.Bası, Ankara, Turhan Kitapevi, 1996, s.327.

hakkına ya da kamu özgürlüklerine, ağır bir biçimde, hukuk dışı bir tutumla 'saldırı'da bulunması' şeklinde tanımlamıştır.

YAYLA¹⁵, *"İdarenin hiçbir hukuki esasa dayanmaksızın hizmet ve faaliyet alanına yabancı bir eylemde bulunması"*; YENİCE-ESİN¹⁶, *"Hiçbir hukuki temele dayanmayan ya da dayandığı temel hükümsüz olan ya da bir hukuki temele dayanmakla birlikte uygulanması ağır hukuki koşullar içerisinde gelişmiş bulunan maddi tasarruflar"*; ÖZAY¹⁷, *"İdare tarafından yapılp kişi hak ve hürriyetlerine açık ve haksız şekilde müdahale eden eylemler"*; bir başka yazar ise fiili yolu, *"İdarenin, faaliyetlerini, idari faaliyetler için kanunlarda veya diğer düzenleyici tasarruflarda öngörülen yöntemler dışındaki yöntemlerle yapmaya girişmesi sonucunda doğan faaliyetleri"*¹⁸ şeklinde tanımlamaktadır.

Danıştay da bir kararında¹⁹; *"İdari usul ve esaslar dışında idarece yapılan eylemler "haksız fiil" niteliğinde olup, idarenin bir kamu hukuku kuralına, yasa, tüzük, yönetmelik gibi kural işlem veya bir idari işleme ya da yargı yeri kararına dayanmadan hodbahot niteliğinde eylemde bulunma hali, mahkeme içtihatları ve doktrinde "fiili yol" olarak nitelendirilir."* demektedir.

¹⁵ Yayla, age., s.142.

¹⁶ Yenice-Esin, age., s.371; Vahap Darendeli, **Adli Yargı Yerlerinde Görülen İdari Uyuşmazlıklar ve Davalar**, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2004, s.133; Topuz-Özkaya, **İdari Yargılama Usulü Kanunu**, Ankara, Mahalli İdareler Derneği Yayını, 2002, s.369.

¹⁷ Özay, age., s.724; Hamza Yaman, **İdari Eylemden Doğan Sorumluluklar**, www.turkhukuksitesi.com.

¹⁸ Kamer Genç, "Kamu Gücünün Kullanılması", **İdare hukuku ve İdari Yargı İle İlgili İncelemeler**, Ankara, 1980, s.395.

¹⁹ D.10.D, 23.1.1983, E:1992/3686,K:1993/4601.(İsmail Hakkı Sayın, **Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu**, Ankara, 1999.)

Fiili yol, Fransa’da İctihadın bir ürünü olarak ortaya çıkan ve günümüzde halen pratik değerini koruyan bir teoridir.²⁰ Fransa’da gerek içtihat gerekse doktrin, idarenin yalnızca belirli konularda kendi işlevi dışındaki eylem ve işlemlerini değil, bunun yanında idari işlev içinde kalmakla birlikte, yapılan işlerin yasal biçim ve usullere açıkça ve ağır bir şekilde aykırılığını da fiili yol olarak kabul eder.²¹ Fransız içtihat ve doktrini fiili yol örnekleri olarak şunlar üzerinde durmaktadır: İdarenin işlerini kolaylaştırmak amacıyla yapılan kamulaştırma ya da geçici işgal usullerini başvurmaksızın bir kimsenin özel mülkünün işgali,²² yıkılmaya yüz tutan bir binanın yasal usul ve yollar uygulanmaksızın yıkılması,²³ valiliğin, yetkili merciin kararı olmaksızın bir gazeteyi toplatması²⁴, vali tarafından konutta arama kararı verilmesi,²⁵ askeri makamların bir subayın ölümü anında evinde bulunan belgeleri mühür altına almaları,²⁶ kolluk kuvvetleri tarafından keyfi bir şekilde, sebep ve sonuç unsuru arasında oran olmayacak şekilde kişi hak ve özgürlüklerinin sınırlanması²⁷ vb.

Tüm bu örnekler fiili yol teşkil etmekle beraber, Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi, iki Cezayirli’nin sınır dışı edilmesi olayında ilgili yasaya uygun olarak düzen-

²⁰ Oğurlu, agm., s.59.

²¹ Duran, **İdare Hukuku Meseleleri**, 1964, s.164, dipnot 1.

²² Metin Günday, **İdare Hukuku**, Ankara, 7.Bası, İmaj Yayınevi, 2003, s.236; Ömer Köroğlu, **Kamulaştırma**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 1995, s.132; Mustafa Hamarat, **İmar Planlarındaki Kamulaştırılmayan Kamu Alanlarının Hukuki Durumu ve Haksız Fiil**, 2006, www.hamarat.av.tr; Refik Er, “Kamulaştırmaz El Atmadan Doğan Davalar”, **Adalet Dergisi**, 1979, S:3-4, s.283; Nihat Yavuz, “Kamulaştırmaz El Atma Davasında Yargıtay Uygulamasından İlginç Örnekler”, **Adalet Dergisi**, yıl:74, S:2, s.354; Mehmet Ali Hayta, **Kamulaştırma ve Kamulaştırmaz El Atma Davaları**, Ankara, 2007, s.223.

²³ Yenice-Esin, age., s.371.

²⁴ Ahmet Kılınç, **Hizmet Kusuru ve Fiili Yol (İdarenin Haksız Fiili)**, 2003, www.turkhukuksitesi.com.

²⁵ Yenice-Esin, age., s.371.

²⁶ Kemal Gözler, **İdare Hukuku**, C.I, Bursa, Ekin Kitapevi, 2003, s.891; Turgut Candan, **İdari Yargılama Usulü Kanunu**, Ankara, Maliye ve Hukuk Yayınları, 2004, s.77.

²⁷ Giritli-Bilgen-Akgüner, **İdare Hukuku**, İstanbul, Der Yayınları, 2006, s.831.

lenmiş bir kararnameye dayanarak yerine getirilen eylemin fiili yol teşkil etmediğine karar vermiştir.²⁸

²⁸ Ali D. Ulusoy, “Fransız Kamu Hukuku Aktüalitesi”, **AÜHFD**, C.44, 1995, S:1-4, s.800.

III) FİİLİ YOL (İDARENİN HAKSIZ EYLEMİ) – İDARİ EYLEM AYRIMI

Çalışmamızın başında belirttiğimiz gibi, idare de tıpkı özel kişiler gibi “haksız fiil” niteliğinde bazı eylemlerde bulunabilir. Ancak haksız fiiller idarenin tesis edebileceği eylemler içinde istisnai bir yer tutar. Asıl olan idarenin “idari” nitelikteki faaliyetleridir. Ancak, böyle de olsa, idarenin iki tür eylem tesis edebildiği bir gerçektir ve bu durum idarenin iki yönlü faaliyet gösteren bir varlık olmasından ileri gelmektedir.²⁹ İşte çalışmamızın konusu olan fiili yol teşkil eden eylemleri idari eylemlerden ayırt edebilmek için, idarenin bu iki tür eylemi arasındaki ayrılığın saptanması gerekir. Dolayısıyla fiili yolun iyi bir şekilde anlaşılabilmesi için de idari eylemin ayrıntılı bir şekilde incelenmesi gerekir. O halde öncelikle idari eylemi tanımladıktan sonra, bu gibi hallerin fiili yol değil idari eylem olduğu anlaşılacak ve fiili yol teşkil eden hallerin ne olduğu daha rahat bir şekilde tespit edilebilecektir.

Bu kısımda öncelikle idari eylemin tanımı, ölçütleri, çeşitleri gibi konular üzerinde duracağız ve daha sonra fiili yolun, unsurları, çeşitleri incelenerek bu iki alan arasındaki farkı ortaya koymaya çalışacağız. Bu kısımların sonunda ise bu iki alan arasındaki sınıra ilişkin yargı kararlarına değineceğiz.

²⁹ Yenice-Esin, age., s.398.

A) İDARİ EYLEM

1) İDARİ EYLEMİN TANIMI

Hemen belirtmek gerekir ki, idari işlemler gibi idari eylemlerin de yasal bir tanımı yoktur. Yasa koyucu, idari eylem kavramının belirlenmesini doktrine ve yargısal içtihatlar bırakmayı tercih etmiştir.³⁰ Yüksek mahkemelerin tutarsız, uyumsuz ve değişken içtihat ve uygulamaları yüzünden Türk Hukukunda, “idari eylem” ve “idari işlem” kavramları hala tam olarak belirlenebilmiş değildir.³¹

İdarenin yerine getirmiş olduğu etkinliklerden bireylerin mağdur edilmemeleri açısından geniş olarak yorumlanması gereken “idari eylem” kavramının tespitinde, uygulamada oldukça fazla güçlüklerle karşılaşmaktadır. Gerçekten, kavram üzerinde fikir birliğine varılmış bir tanım olmadığı için mahkemeler arasında, hatta aynı mahkemenin çeşitli kararları arasında birbiriyle çelişen sonuçlar ortaya çıktığı gözlenmektedir.³²

Dar anlamıyla “idari eylem” deyimini, İdarenin kamu hukuku alanındaki maddi fiillerini anlatır. İdare tarafından girişilen ya da gerçekleştirilen eylemler, çoğu kez alınan bir “karar”, yapılan bir “işlem”in uygulanması yönünde olmakla beraber; bunlardan bağımsız olarak yaratılan bazı durumlarla ilgili “salt” veya “yalın” olarak nitelenen idari eylemler de söz konusu olabilmektedir. Sözgelimi İdarenin bir durum karşısında hareketsiz kalması ya da eylemsizliği de tıpkı bir eylem gibi anlaşılmakta ve buna bağlı olarak sorumlu tutulabilmesi de mümkün bulunmaktadır.³³ Nitekim bu konuda orijinal bir Danıştay kararında, ruhsatsız olması nedeniyle yaktırılmasına ka-

³⁰ Yenice-Esin, age., s.398.

³¹ Ayanoğlu, age., s.47.

³² Serdar Özgüldür, “AYİM Kararları Işığında İdari İşlem-İdari Eylem Kavramları ve İdari İşlemin Yargısal Denetiminde Anayasal ve Yasal Sınırlar”, **AYİM Dergisi**, 19 no’lu dergi, s.31.

³³ Özay, age., s.722.

rar verilmesine karşın, Belediyece yıktırılmayan ve iskan edilmesine göz yumulan binanın kendiliğinden yıkılması sonucu ölenlerin yakını olan davacının açtığı tam yargı davası kabul edilmiş ve Belediye'nin hareketsiz kalması olgusu da idari eylem şeklinde nitelendirilmiştir.³⁴

İdari eylemi, idarenin faaliyetleri sırasında gerek iradesi dışında gerçekleşen olaylar, gerekse bilerek ve isteyerek yapmış olduğu maddi fiiller olarak ve hatta hareketsiz kalması sonucunda meydana gelen birtakım fiili durumlar³⁵ olarak tanımlayanlar olduğu gibi; hizmetin görülüşü sırasında ve yürütülen idari faaliyetle ilgili olarak, İdarenin araç ve gereçlerinin işleyişi veya işlemeyişi ya da idarenin personelinin zarar verici davranışı yüzünden doğan zarar³⁶ şeklinde ifade edenler de bulunmaktadır.³⁷ Daha genel anlamıyla, bir kararın icrası mahiyetinde olan veya bir karara dayanan bir görevin yerine getirilmesi için yapılan fiili hareketler ile sorumluluk açısından şahsi kusur hali hariç, kamu görevlilerinin zarar doğurucu hareketleri ya da kamu hizmeti araç ve gereçleriyle verilen zararlar birer idari eylem teşkil etmektedirler.³⁸ Danıştay'ın bir kararında, TRT kurumunun televizyonlarında amatör basketbol maçlarının yayınlanması bir idari faaliyet kabul edilmiş ve bu nedenle uğranıldığı öne sürülen zararların tazmini istemli tam yargı davasının idari yargının görev alanı içinde olduğuna işaret edilmiştir.³⁹

³⁴ D.6.D, 25.10.1993, E:1992/4565, K:1993/4462. (Özay, age., s.722)

³⁵ Celal Erkut, **İdari İşlemin Kimliği**, Ankara, Danıştay Yayınları, 1990, s.11.

³⁶ Yayla, age., s.122.

³⁷ Özay, age., s.722; Özgüldür, agm., s.32.

³⁸ Özay, age., s.723.

³⁹ D.10.D., 9.6.1998, E:1997/1495, K:1998/2444.

İdari eylemin tanımı öğretide bu şekilde yapılmaktayken, yargı kararlarında ise konuya uygulama açısından yaklaşmış ve 14.4.1973 gün ve E;1972/2, K;1973/10 sayılı Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu kararında İdari eylem: “*İdarenin idare etme fonksiyonu sırasında bir hareketi, bir olayı, bir tutumunu anlatır. İdari karar ve işlemle ilgisi olmayan idari eylem de salt maddi bir tasarruftur. Öncesinde, temelinde, bir idari işlem olmayan bütünüyle idari eylem olarak ortada olan bir idari faaliyet söz konusudur. İdareye ait bir barajın taşması, kolluk görevinin ifası veya yangın söndürme çalışmaları sırasında İdare ajanlarının bir başkasının şahsına veya malına zarar vermeleri halinde olduğu gibi,*” şeklinde açıklanmıştır.⁴⁰

İdarenin sahip olduğu ve kamu hizmetlerinde kullandığı “taşınır ve taşınmaz mallar” ile “hayvanlar”, geniş anlamda dahi işlem veya eylem olmadıkları halde, salt varlıkları ya da kendiliklerinden işleyişleri ile bireylere ve özel mülkiyete bir zarar verilerse; hizmet kusuru ve daha çok kusursuz sorumluluk esasına göre İdarenin tazmin borcuna yol açabilirler. Diğer bir deyişle, İdarenin taşınır taşınmaz mallarından ve “hayvanlarından”⁴¹ doğan zararları da “idari eylem” kavramı içinde düşünmek gerekir.⁴²

⁴⁰ Selami Demirkol, “İdare Hukukunda İdari Eylemler Olgusu”, **Sayıştay Dergisi**, Ankara, 2001, S:40, s.64.

⁴¹ AYİM, 3.D., 7.5.1974, E:1973/1773, K:1974/1133; D.8.D, 3.5.1972, E:1971/12980, K:1972/2697.

⁴² Özay, age., s.723.

2) İDARİ EYLEMİN ÖZELLİKLERİ

- İdareyi meydana getiren organlarca tesis edilirler,
- Tek yanlıdırlar,
- Kamu hukuku kurallarına göre oluşturulurlar,
- Herhangi bir makam ya da kişinin onayına bağlı olmadan uygulanabilirler.⁴³

Görüldüğü üzere idari eylemlerin başta gelen niteliği, organik yönden “idari-lik”tir. Yani, devlet ve kamu tüzel kişileri veya bunların organlarınca yapılmış ol- maktır.⁴⁴ Dolayısıyla özel hukuk kişilerinca tesis edilen eylemler idari eylemler ola- rak tanımlanamazlar.⁴⁵ Ancak, uygulamada İdare ile organik bir bağlantısı bulunma- yan bazı eylemler de idari eylemler sayılmakta ve bunlar “sosyal risk” ilkesi uyarınca İdarenin sorumluluğunu doğurmaktadırlar.⁴⁶ Kamu düzenini bozmaya ve hatta anaya- sal düzeni yıkmaya yönelik terör olayları sırasında zarar görenlerin bu zararlarının idarece tazmin edilmesini sağlamak amacıyla, bir kusursuz sorumluluk ilkesi olarak, sosyal risk ilkesinin uygulanmasına özellikle son yıllarda yargısal içtihatlarda sıkça rastlanmaktadır.⁴⁷

⁴³ Serdar Özgüldür, **AYİM Kararları Işığında Tam Yargı Davaları**, Ankara, Yetkin Yayınları, 1996, s.58.

⁴⁴ Yüksel Esin, **Danıştay’da Açılacak Tazminat Davaları**, I. Kitap, Usul, Ankara, 1973, s.167.

⁴⁵ Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, s.382.

⁴⁶ Esin, age., s.168; Bahattin Kayışoğlu, “İdari Eylemlere İlişkin Sorumluluk Sebepleri”, **Ankara Barosu Dergisi**, 1976, S:2, s.181.

⁴⁷ Günday, age., s.332. Sosyal Risk İlkesi hakkında geniş bilgi için: Burak Coşkun, “İdarenin Terör Olayları Nedeniyle Sorumluluğunun İdarenin Sorumluluğuna İlişkin İlkeler ve Sosyal Risk İlkesi Açısından Değerlendirilmesi”, **AÜHFĐ**, Ankara, 2008, s.353 vd.

3) İDARİ EYLEMİN ÖLÇÜTLERİ

İdari eylemleri belirlemek için kullanılan ölçütlerden çoğu “kamu hizmeti” kavramına dayanmakta veya bu kavramdan çıkmaktadır. Bunun yanında ayrı bir ölçüt olarak “kamu kanunu” ölçütü de kullanıldığından, konuyu iki başlık altında incelemek yerinde olacaktır.

a- Kamu Kanunu Ölçütü

İdarenin kamu kanunlarına veya bunlara bağlı düzenleyici ve genel tasarruflara dayanarak tesis ettiği eylemler, “idari eylem” kabul edilmektedir.

Uyuşmazlık Mahkemesi, davacının inşa ettiği eve ek olarak yaptığı binanın hiçbir tebligat yapılmaksızın Belediye yıkım ekipleri tarafından yıkılması sonucunda uğradığı zararın tazminini istemiyle açtığı davada; bir kamu kanunu olan 6188 sayılı Bina Yapımını Teşvik Kanunu’nun 28 inci maddesi hükmünün uygulanmasına ilişkin bulunan bina yıkım işinin idari nitelikte olduğunun kabul edilmesi gerektiğini söyleyerek, idari nitelikteki bu eylemden dolayı uğranılan zararın tazmini isteği ile açılan davanın, idari yargının görevinde olduğunu belirtmiştir.⁴⁸

b- Kamu Hizmeti Ölçütü

Kamu hizmeti ölçütüne göre, kamu hizmetlerinin kuruluşuna ve işleyişine ilişkin olan her şey bir idarî faaliyet oluşturur ve dolayısıyla idare hukukuna tâbidir ve bu nedenle de bunlardan kaynaklanan uyuşmazlıklara idarî yargıda bakılır. Bu ölçütü getirenlere göre, idare hukukunda her şeyin temeli ve ölçütü kamu hizmetleridir. Bu anlayış, idarî fonksiyonu, idarî işlemleri, idarenin sorumluluğunu, kamu mallarını, bayındırlık işlerini, idarî sözleşmeleri, idarî yargının görev alanını vs. hep kamu hiz-

⁴⁸ UM, 14.5.1996, E:1966/16, K:1966/20.

meti ölçütüyle tanımlamıştır. Kısacası, kamu hizmeti ekolüne göre, “kamu hizmeti - idare hukuku - idarî yargı kavramları” arasında tam bir örtüşme vardır. Kamu hizmeti, idare hukukunun uygulama alanını oluşturur ve bu alandaki bütün uyuşmazlıklar da idarî yargıya tâbidir.⁴⁹

YENİCE-ESİN, Uyuşmazlık Mahkemesinin içtihatlarını da göz önünde tutarak, konuyu şu şekilde tasnif etmeyi uygun görüyor;⁵⁰

a- Kamu hizmetinin düzenlenmesi ve yürütülmesi ile ilgili eylemler “idarî” niteliktedir.

Uyuşmazlık Mahkemesi, davalı İdarenin inşa ettiği regülatör nedeni ile biriken suların taşıp davacı şahsın tarlasında meydana gelen zararın tazmini istemiyle açılan davanın; uyuşmazlığın, bir kamu hizmetinin yerine getirilmesi maksadıyla inşa edilen regülatör yüzünden meydana gelen zararın tazmini isteminden doğması nedeniyle, idari yargının görev alanına girdiğine karar vermiştir.⁵¹

Yine, Uyuşmazlık Mahkemesi, bu konudaki bir kararda, davacının, idarenin, taşınmazının bitişiğindeki yolu genişletmek suretiyle sel sularının tarlasına girmesi sonucu ortaya çıkan zararın tazmini istemiyle açtığı davada, olayda kamu hizmetinin yerine getirilmesi, başka bir deyimle bir bayındırlık çalışmasının yürütülmesi sırasında meydana gelen zararın tazmini istenildiğinden bahisle, davanın idari yargı yerinde çözülmesi gerektiği sonucuna varmıştır.⁵²

⁴⁹ Gözler, s.860.

⁵⁰ Yenice-Esin, age., s.401 vd.

⁵¹ UM, 27.4.1974, E:1973/14, K:1974/1100.

⁵² UM, 25.9.1974, E:1973/380, K:1974/1370.

b- Görevli personelin hizmet sırasında ve hizmete ait araç ve gereçlerle işlediği eylemler “idari” niteliktedir.

Uyuşmazlık Mahkemesi, Milli Savunma Bakanlığı ve Ortaşark Hava Yolları Anonim Ortaklığı'na ait uçakların Ankara üstünde çarpışarak düşmeleri sonucu meydana gelen zararın ödetilmesi istemiyle açılan davada, Askeri uçağın görev uçuşu yaptığı sırada diğer davalı şirkete ait uçakla çarpışması sonucu zararın meydana geldiğini, görev uçuşu yapan bir askeri uçağı yöneten görevlilerin fiilinin idari bir eylem teşkil ettiğini söyleyerek, idari bir eylem sonucu hakları ihlal olanlar tarafından açılacak bu davanın idari yargıda görülmesi gerektiğine karar vermiştir.⁵³

Bir başka olayda, davacının kendisine ait kamyon ile Mihaliççık'a doğru giderken bu yol üzerinde PTT'ye ait telefon tellerini çalanları yakalamakla görevlendirilen davalı jandarma onbaşısının tüfekle ateş etmesi sonucu, kamyonunda meydana gelen zararın tazmini istemiyle açtığı davanın, davaya sebep olan olayın, telefon tellerini çalanların takibi, yani bir kamu görevinin ifası sırasında meydana geldiği gerekçesiyle idari yargıda görülmesi gerektiğine karar verilmiştir.⁵⁴

c- Hizmet sırasında görevli personele karşı işlenen eylemler “idari eylem” sayılır.

Uyuşmazlık Mahkemesi, davacının, davalı demiryolu idaresinde ateşçi olarak çalışırken demiryolu kazasında bir ayağını ve bir elini kaybederek sakat kalması nedeniyle oluşan maddi ve manevi zararlarının tazmini istemiyle açtığı davanın, 6186 sayılı yasa ile kurulmuş olan ve kamu hizmeti gören bir iktisadi Devlet teşekkülü olan TCDD İşletmesi ile Emekli Sandığına bağlı olduğu anlaşılan davacı arasında bir

⁵³ UM, 20.6.1964, E:1964/59, K:1964/87.

⁵⁴ UM, 4.11.1967, E:1967/253, K:1967/263.

kamu ilişkisi bulunduğu gerekçesiyle, idari yargının görevine girdiği sonucuna varmıştır.⁵⁵

Bu konudaki bir başka kararda da, davacıların miras bırakanı olan jandarma erinin, mayınlı saha gerisindeki iz tarlasını düzeltirken yanına gelen sivil bir şahsın elindeki mayının patlaması sonucu öldüğü olayın, jandarmanın, kaçakçılığın önlenmesi yolunda alınan önlemleri gözden geçirdiği sırada yanına gelen bir sivil şahsın taşıdığı mayının patlaması sonucu meydana geldiği gerekçesiyle, açılacak davanın idari yargıda çözülmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.⁵⁶

d- Hizmet kusuru teşkil eden eylemler “idari” niteliktedir.

Uyuşmazlık Mahkemesi, davacının, kocasının, şoför Ş. idaresindeki kamyonun, köprüden geçmekte iken, altı metrelik yolun dar oluşu ve kaygan çay taşlarının harçsız olarak köprüye konulmuş olması yüzünden devrilmesi sonucu ölmesi nedeniyle açtığı tazminat davasının, bir kamu ve bayındırlık işi olan yol ve köprü inşaatının plan ve projesine aykırı olarak, kalitesiz malzeme kullanılarak inşa edilmiş olması yüzünden buradan geçmekte olan nakil vasıtasının devrilmesi sebebiyle meydana gelen ölüm olayından dolayı İdare aleyhine açılan bir tazminat davası olduğu gerekçesiyle, bu davaya idari yargıda bakılması gerektiğine karar vermiştir.⁵⁷

Konuya ilişkin bir başka kararda; yol kenarında usulsüz olarak kazılan iki metre derinliğindeki çukurun kapatılması ve gerekli emniyet tedbirlerinin alınması hususunda belediyeye yapılan sayısız şikâyet ve ihbarlara rağmen, idarenin vazifesini yapmaması sonucunda bu çukura oğullarının düşerek ölmesi sebebiyle davacıların uğradıkları zararın tazmini istemiyle açılan davanın, belediyenin vatandaşları sağlık

⁵⁵ UM, 26.1.1977, E:1974/1184, K:1977/3.

⁵⁶ UM, 15.6.1977, E:1976/50, K:1977/41.

⁵⁷ UM, 15.6.1963, E:1963/16, K:1963/21.

ve güvenliğini koruyacak tedbirleri almakla yükümlü olması, tazmini istenen zararın bu yükümlülüğün yerine getirilmemiş olması nedeniyle doğduğu, belediyenin bu menfi tasarrufunun idari nitelikte sayılması gerektiği gerekçeleriyle, böyle bir olayda İdarenin hizmet kusurunun bulunup bulunmadığını incelemek ve davacının belediye başkanlığına karşı açtığı dava hakkında karar vermek görevinin idari yargıya ait olduğu sonucuna varılmıştır.⁵⁸

Bunlara benzer bir diğer davada da, davacıya ait otobüsün, davalı İdare tarafından yaptırılan köprü inşaatı sırasında gerekli tedbirlerin alınmaması sebebiyle kazaya uğradığı ileri sürülmesi karşısında, köprü ve yol yapımı, onarımı ve iyi bir halde bulundurulması gibi kamu hizmetlerinin görülmesi sırasında alınması gerekli tedbirlerin alınmamış olması halinde idari sorumluluk söz konusu olduğu gerekçesiyle, İdarenin bu çeşit eylem ve işlemlerden dolayı zarara uğrayanlar tarafından açılacak tazminat davalarının idari yargıda görüleceği sonucuna varılmıştır.⁵⁹

⁵⁸ UM, 13.2.1965, E:1965/1, K:1965/6.

⁵⁹ UM, 31.3.1973, E:1970/36, K:1973/9.

4) İDARİ EYLEM TÜRLERİ

İdari eylemler, ya bir idari işlemin uygulanması biçiminde ya da doğrudan doğruya yapılan eylemler biçiminde ortaya çıkmaktadır.⁶⁰ Bu bağlamda, idari eylem deyimi hem bir idari işlemin uygulanması amacıyla tesis edilen eylemleri hem de kökeninde bir idari işlem bulunmayan eylemleri yani “salt idari eylemleri” kapsamaktadır.⁶¹

a) Bir İdari İşleme Dayanan İdari Eylemler

İdari eylemler herhangi bir işleme dayanmadan yapılabilmekle birlikte, idari eylemlerin öncesinde genellikle bir idari işlem vardır. İdari işlemler ‘İdarenin hukuki sonuca yönelmiş irade açıklaması’, idari eylemler ise ‘İdarenin maddi dünyada fiziksel etki ve sonuçlar doğuran davranışları’ olarak tanımlanabilir.

İdari eylemler çoğu zaman bir idari işleme dayanır ve idari işlemin herhangi bir safhasında yer alır. İdarenin eylemleri idari işlemin hazırlık safhasına ilişkin olabileceği gibi, idari işlemin uygulanması safhasına ilişkin de olabilir.

Bir idari işleme dayanan eylem, idari işlemin içeriğinde var olan ve idari işlemin öngördüğü bir eylem olabileceği gibi, idari işlemin uygulanmasının gerektirdiği veya idari işlemle kurulan bir faaliyetin içinde gerçekleşen birden çok eylemden biri de olabilir.⁶²

⁶⁰ Demirkol, agm., s.2.

⁶¹ Ayanoğlu, age., s.49.

⁶² Arife Önder, **İdarenin İdari Eyleminden Doğan Sorumluluğu**, Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale Üni. Sosyal Bil. Ens., 2006, s.29.

aa) İdari İşlemin Öngördüğü İdari Eylemlerin Yapılması

İdari işlemin öngördüğü idari eylemlerin yapılması, doğrudan bir idari işlemin uygulanması anlamına gelir. Buna kısaca idari işlemin icrası da denilmektedir. Başka bir ifadeyle idari işlemin icrası, birtakım işlem, eylem ve muameleler yaparak idari işlemin öngördüğü hukuki sonuçların gerçekleştirilmesidir. İdari işlem bizzat İdare tarafından İdarenin araç gereçleriyle ve idari eylemlerle icra edilebileceği gibi, ceza, zabıta, haciz gibi yaptırımlar uygulanarak, zorunlu olarak ilgililer tarafından da yerine getirilebilir.

İdari işlemlerden bazıları kendiliğinden hukuki sonuç doğururlar. Bunun yanında bazı idari işlemlerin ayrıca fiilen icra edilmesi gerekir. Bu durumda idari işlemin tesisi değil, icrası kişilerin haklarına etki eder.

İdari eylemler bir idari işleme dayanan veya bir idari işleme dayanmayan eylemleri içine alır dedik. Bununla birlikte bir idari işlemin icrası niteliğindeki idari eylemler yargılama usulü bakımından idari eylem olarak nitelendirilmez. Yargılama hukuku açısından ‘temelinde bir idari işlem olmayan, ancak fizik alanında görülen iş, hareket, ameliye ve çalışmalar’ idari eylem olarak tanımlanır.⁶³ Dolayısıyla bir idari işleme dayanan idari eylemler idari işlemin hukuki rejimine tabidir.

İdari işlemin icrası niteliğindeki idari eylemler daha önceden varolan bir idari işlemin belirli bir aşamasından ibarettir. Asıl olan kurucu nitelikteki bir idari işlemdir. Salt idari eylemlerden ortaya çıkan uyuşmazlıklar ‘idari eylemlerden doğan dava’ (İYUK m. 13) niteliğinde, bir idari işlemin icrasına dayanan idari eylemlerden

⁶³ Önder, age., s.29.

dolayı ortaya çıkan uyuşmazlıklar ise ‘idari işlemlerden doğan dava’ (İYUK m. 12) niteliğindedir.⁶⁴

Sorumluluk açısından idari işlemin icrası eylemi ile salt idari eylemler arasında herhangi bir fark yoktur. Ancak idari işlemin icrası niteliğindeki idari eylemlerde, idari eylem değil eylemin dayandığı idari işlem dava konusu yapılmaktadır. Yani idari işlemin icrasından doğan davalarda zarara neden olan eylemin temelindeki işlemin hukuka uygunluğu araştırılır.⁶⁵

Uyuşmazlık Mahkemesi, ‘yıkım eyleminin bir idari işleme dayalı olduğu ve İYUK m. 12’ye göre davanın idari yargıda görüleceğine’ karar vermiştir.⁶⁶

bb) İdari İşlemin Öngördüğü İdari Eylemlerin Hiç Yapılmaması

1959 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu kararında; “Amme kanunları hükümlerince yapılmış olan tesislere bakma ve o tesisleri kullanma mükellefiyetleri de yine amme kanunlarından doğan mükellefiyetler olduklarından bu mükellefiyetlere aykırı davranma halleri de idari karara dayanan fiillerin hiç veya gereği gibi yapılmaması arz ettiğinden dolayı bunlardan doğan zararlar dahi idari karar ve fiillerden doğan zararlardır.” hükmüne yer verilmiştir. Buna göre idari işlemin hiç veya gereği gibi uygulanmaması eylemleri de idari eylemdir. İdari işlemin öngördüğü eylemlerin İdare tarafından uygulanmaması veya İdarenin bu işlemi uygulamadaki yetersizlikleri idari eylemdir.⁶⁷

⁶⁴ Yenice-Esin, age., s.399.

⁶⁵ Ragıp Sarıca, “İdari Kararlardan Dolayı İdare Aleyhine Açılan Tam Kaza Davaları”, C.X, **İÜHFİM**, S:3-4, s.503.

⁶⁶ UM, 3.12.1984, 1984/27, K:1984/21.

⁶⁷ Önder, age., s.31.

b) Bir İdari İşleme Dayanmayan İdari Eylemler

İdari eylemlerin temeli her zaman idari işlemler değildir. Bazı idari eylemler kaynağını doğrudan bir kanun hükmünden alır. İdareye belli bir konuda kanunla doğrudan idari eylemde bulunma yetkisi verilebilir.⁶⁸ İdarenin ve İdare adına hareket eden gerçek ve tüzel kişilerin eylemlerinin idarilik vasfını kazanabilmesi için bu eylemin kanuni ya da idari düzenlemelerle bağlantılı olması, “idare işlemi” ile ilişkili olması gerekir.⁶⁹ İdarenin yetkisine girmeyen, herhangi bir yasal düzenlemeye dayanmayan eylemler, idari eylem değildirler. Bunlar, tezimizin de konusunu oluşturduğu gibi, fiili yol olarak adlandırılırlar. Aslında fiili yol durumunda da İdarenin yapmış olduğu bir eylem söz konusudur. Ancak bu eylem herhangi bir yasal dayanaktan yoksun olduğu ve usul dışı bulunduğu için idari nitelikte bir eylem değildir.

İdarenin bir idari işleme dayanmayan eylemlerine “salt idari eylemler”⁷⁰ denildiğini belirtmiştik. Bir idari işleme dayanan eylemlerden kaynaklanan davalar, İYUK’un 12. maddesi kapsamında bir idari işleme dayanmayan salt eylemler ise İYUK’un 13. maddesi kapsamında yer almaktadır.

İdarenin yasal bir yetkinin kullanımını niteliğindeki eylemleri, İdarenin doğrudan eylem yapması niteliğinde ortaya çıkarlar. En tipik örnekleri idari kolluk ve adli kolluk uygulamalarıdır.

⁶⁸ Önder, age., s.31.

⁶⁹ Lütfi Duran, “Yargıtay’ın Kamu Hukukuna Değın Kararları Üzerine Mülâhazalar (II)”, **Amme İdaresi Dergisi**, C.18, S:3, eylül 1985, s.49.

⁷⁰ Ayanoglu, age., s.49.

Uyuşmazlık Mahkemesi, belediye ekiplerinin bir eve ek olarak yapılan binayı yıkmasının, “Bir amme kanunu olan 6188 sayılı Bina Yapımını Teşvik Kanunu’nun 28. maddesi hükmünün uygulanmasına ilişkin” olmasından dolayı “idari nitelikteki bir eylem”⁷¹ olduğuna, bir taş ocağının Milli Savunma Bakanlığı 4. Kolordu Komutanlığı elemanlarınca tel örgüyle çevrilmesini “doğrudan doğruya bir kamu yasasının uygulanmasından doğan idari-askeri eylem”⁷² olduğuna karar vermiştir. Yüksek mahkeme bu kararıyla, yasal bir dayanağı bulunması kaydıyla, eylemin temelinde bir idari işlem bulunmasa dahi doğrudan bir idari eylemin olabileceğini kabul etmektedir.⁷³

Bir kamu hizmetinin yürütülmesi niteliğindeki idari eylemlerde genellikle bu eylemlere yönelik bir idari işlem bulunmaz.⁷⁴ Ancak bu eylemler herhangi bir idari işlemle kurulan hukuki çerçeve içerisinde icra edilirler. İdarenin eylemi hukuki çerçeve içerisinde kalmak koşuluyla idarilik vasfını korur.⁷⁵

Uyuşmazlık Mahkemesi’ne göre İdarenin eylemlerinin kamu hizmeti niteliğinde olabilmesi için İdareye o konuda kanunla verilmiş bir yetki olması gereklidir. Kanunla verilmiş bir yetki yoksa İdarenin faaliyeti idari eylem teşkil etmez. Bu sebeple İdarenin yasal dayanaktan yoksun eylemleri idari eylem olarak nitelendirilemez. Uyuşmazlık Mahkemesi, TRT ile ilgili açılan bir tazminat davasında, “kamu kurumu olan ve kamu görevi yapan TRT’nin yasal dayanaktan yoksun eyleminden kaynaklandığı ileri sürülen zararın tazmin edilmesi istemiyle açılan davanın, adli yargı ye-

⁷¹ UM, 14.5.1966, E:1966/16, K:1966/20.

⁷² UM, 17.1.1983, E:1982/7, K:1983/6.

⁷³ Önder, age., s.33.

⁷⁴ Yayla, age., s.142.

⁷⁵ Önder, age., s.33.

rinde çözümlenmesi gerektiğine karar vermiştir.⁷⁶ Uyuşmazlık Mahkemesi bu karara konu olayda, İdarenin yetki ve görevi dışındaki eylem ve işlemlerin idarilik niteliği taşımamaları sebebiyle idari eylem sayılamayacakları esastan hareket etmiştir. İdarenin kamu hizmetinin ifasına yönelik eyleminde, idari eylem ile kamu hizmeti arasındaki bağlantı, aynı zamanda kanuniliği ve idariliği de sağlar. Bununla birlikte kamu hizmeti özel hukuk çerçevesinde yürütülüyorsa bu kamu hizmetine dayanan eylemin idarilik özelliği de ortadan kalkar.⁷⁷

⁷⁶ UM, E:1996/65, K:1996/110, RG: 21.9.1997-22884.

⁷⁷ Önder, age., s.35.

5) YARGI KARARLARINDA İDARİ EYLEM

a) Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlarında İdari Eylem

Uyuşmazlık Mahkemesi idari eylemin varlığını tespit ederken çoğunlukla kamu hizmeti ölçütünü uygulamaktadır. Ancak Uyuşmazlık Mahkemesi'nin son kararlarında "kamu hizmeti" ölçütünün çoğu kez "hizmet kusuru"na dönüştürülerek kullanıldığı görülmektedir. Yüksek Mahkeme, genellikle, davacının olayın nitelendirme biçimini esas alarak "olayda İdarenin kamu hizmetini gereği gibi yürütmemiş olduğu ve böylece zarara sebebiyet verdiği ileri sürüldüğüne ve İdareye hizmet kusuru isnat edilmiş bulunduğuna göre, anlaşmazlığın, idari yargı yerinde çözülmesi gerekir" şeklinde kararlar vermektedir. Bu kararlara aşağıda yer vermekle beraber şu da hemen belirtilmelidir ki kamu hizmetlerine ilişkin eylemlerin her zaman hizmet kusuru olarak nitelendirilmesi doğru sayılamaz. Özellikle Yüksek Mahkemenin kendi nitelendirme biçimini bir yana bırakıp genellikle davacının hizmet kusuru iddiasına göre gerekçe tesis etmesi bu ölçütün uygulama değerini azaltmaktadır.⁷⁸

Uyuşmazlık Mahkemesi, İdarenin dozerinin köy yolu banketinin temizlenmesi sırasında davacının bahçe duvarını yıktığı olayda, kamu hizmetinin görülmesi sırasında bir vatandaşın zarara uğraması söz konusu olduğundan, bu idari eylemden doğan zararın idare hukuku kuralları çerçevesinde tazmini gerekip gerekmediğinin takdirinin idari yargıya ait olduğu, uğranıldığı ileri sürülen zararın kamu hizmetinin görülmesi sırasında meydana geldiği ve dolayısıyla köy yolu yapım çalışmaları ile ilgili olayın haksız fiil niteliği taşımayıp bir idari eylem olduğu sonucuna varmıştır.⁷⁹

⁷⁸ Yenice-Esin, age., s.401.

⁷⁹ UM, 13.7.1990, E:1990/18, K:1990/18.

Bir başka kararda, Devlet Su İşlerinin plan ve projeye uygun olarak kendisine kanunla verilen kamu hizmetini yaptığı ve bu hizmetin ifasıyla ilgili olarak yapılan kazılarda çıkan moloz ve taşların davacının tarlasını etkilemez hale getirdiği ileri sürüldüğü, bu nedenle meydana geldiği iddia olunun zarar davalı İdarenin işlem ve eylemine dayanmakta olduğundan doğrudan doğruya haksız fiilden söz edilemeyeceği, kamu hizmetlerinin yürütülmesi sırasında İdarenin işlem ve eyleminden dolayı uğranılan zararın idare hukuku esaslarına göre tazmini gerekip gerekmediğinin takdirinin idari yargıya ait olduğu belirtilmiştir.⁸⁰

Uyuşmazlık Mahkemesine göre, İdari usul ve esaslara göre plan ve projeleri uygulamak suretiyle baraj ve su tünelleri yapılması bir idari eylemdir. Bu konudaki bir kararda, bir kamu kurumu olan İdarenin plan ve projeye uygun olarak yaptığı hizmet sırasında meydana gelen zararın tazmini istemiyle açılan davanın, idarenin eyleminden dolayı uğranılan zararın idarenin kusurlu eyleminden doğup doğmadığının, zarara sebep olan fiilde hizmet kusuru bulunup bulunmadığının tartışılacağı yerin idari yargı olduğu, kamu hizmetinin yürütülmesi sırasında İdarenin eyleminden dolayı uğranılan zararın idare hukuku esasları çerçevesinde tazmin edilip edilemeyeceğinin takdirinin de idari yargıya ait olduğu gerekçeleriyle, idari yargıda görüleceği sonucuna varılmıştır.⁸¹

Başka bir kararda da, belediyenin katıldığı öne sürülen imar ve yol çalışmalarının Karayolları Genel Müdürlüğü'nün yol çalışmalarından farklı olmadığı yani idari eylem niteliğinde bulunduğu, bu bağlamda gerek Karayolları Genel Müdürlüğü gerekse belediyenin karayollarındaki yol yapım ve onarım çalışmalarını yürütmekle görevli kamu kurumları oldukları ve yapılan işin de kamu hizmeti olduğu Öğretide,

⁸⁰ UM, 05.7.1989, E:1989/20, K:1989/21.

⁸¹ UM, 5.7.1989, E:1989/17, K:1989/18.

uygulamada ve bu arada Uyuşmazlık Mahkemesi'nin yerleşmiş kararlarında da benimsendiği üzere, kamu hizmetlerini yürütmekle görevli kılınmış bir kamu kurumunun kendisini görevli kılan kanunlarda gösterilen hizmetlerden birisinin yürütülmesi sırasında kişilere verdiği zararın tazmini isteğine ilişkin davada kamu hizmetinin yöntemine uygun olarak yürütülüp yürütülmediğinin, kamu yasasına uygun olarak işletilip işletilmediğinin ve hizmet kusuru ile zarara sebep olup olunmadığının saptanmasının idari yargı yerine ait olduğu kabul edilmiştir.⁸²

Bir diğer kararda, kamuoyuna ait sokak ve kaldırımını işgal ettiği nedeniyle, davacıya ait buzdolabının belediye ekiplerince kaldırılması sırasında uğranıldığı ileri sürülen zararın tazmini istemiyle açılan davanın, belediyenin vazifeleri arasında; kamuya açık yerlerin intizamını sağlamak, bu yerlerden geçenlere zarar veya rahatsızlık verecek şeyleri kaldırmak ve izinsiz işgalleri menetmenin sayıldığı, buna göre, belediyenin, görevinde olan kamusal yetkiyi kullanmak suretiyle, kamuya ait sokağı izinsiz olarak işgal eden davacıya ait buzdolabını kaldırması, kamu gücüne dayanan, re'sen ve tek yanlı olarak tesis ettiği idari nitelikteki bir işlemin uygulanmasından ibaret olduğu; kamu hizmeti yürüten belediyenin bu hizmeti yürüttüğü sırada kişilere verdiği zararın tazmini istemiyle açılan bu davada, kamu hizmetinin yönetiminde ve hukuka uygun olarak yürütülüp yürütülmediğinin, hizmet kusuru veya başka nedenle İdarenin sorumluluğu bulunup bulunmadığının saptanması gerekeceği, bu hususların saptanması ise idare hukuku ilkelerine göre yapılabileceğinden, davanın görüm ve çözümünde idari yargının görevli olduğu sonucuna varılmıştır.⁸³

⁸² UM, 17.2.1992, E:1992/4, K:1992/5.

⁸³ UM, 24.6.2002, E:2002/29, K:2002/31.

Yine başka bir kararda, davacının, davalı İdarenin karayolu üzerinde otopark yeri için imlâ yaparken yol bitişiğindeki dere yatağının değiştirildiğini ve bunun sonucu olarak kendi tarlasının su altında kalarak kullanılmaz hale geldiğini ileri sürerek maruz kaldığı zararın tazminini istemiyle açtığı davada, olayda bir kamu kuruluşu olan Karayolları İdaresinin kamu hizmetini gereği gibi yürütmemiş olması nedeni ile zarara sebebiyet verdiği ileri sürülmüş ve hizmet kusuru isnat edilmiş olmasına göre anlaşmazlığın idari yargı yerinde çözülmesi gerektiği belirtilmiştir.⁸⁴

Son olarak, Uyuşmazlık Mahkemesi, Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğünün, 18.12.1953 gün ve 6200 sayılı Yasayla, yer altı ve yer üstü sularının zararlarını önlemek ve bunlardan çeşitli yönlerden faydalanmayı sağlamak amacıyla kurulduğunu, Yasa'nın 2. maddesinde, kurumun görev ve yetkileri arasında, taşkınları önlemek, sellere karşı koruyucu tesisler meydana getirmek, sulama tesisleri kurmak, akarsularda ıslahat yapmak gibi hususlar ve benzeri yükümlülükler sayıldığını, aynı maddenin (n) bendinde, Genel Müdürlüğün görevi içinde bulunan işlerin yapılması için lüzumlu olan arazi ve taşınmazların yasalarına göre muvakkat olarak işgal etmek veya kamulaştırmak veya satın almak yetkisi de tanındığını. Yasa'nın 22. maddesinde; Genel Müdürlüğün, görevine giren işlere ilişkin olarak, her bütçe yılı başında üç yıllık bir iş programı hazırlayacağı ve Bayındırlık Bakanlığı'nı onayı ile bu programı uygulayacağı belirtilmiştir, dosyada mevcut Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü, V. Bölge 52. Teknik Şube Müdürlüğünün 12.11.1984 tarih ve 1501/1773 sayılı yazılarında, Çankırı Merkez Karaköprü Mevkii Tatlıçay Taşkın Koruma İnşaatının, 1983-1984 yıllarında uygulama programına aldığı, bu iş için bir kamulaştırma bedeli konulmadığının ifade edildiğini, bu durumun, İdarenin, plan ve projesine uygun olarak kanunla veri-

⁸⁴ UM, 30.6.1976, E:1976/7, K:1976/43.

len kamu hizmetini ifa ettiğini gösterdiğini, bu görevini ifası sırasında doğan uyuşmazlıkta, idari ile davacının eşit iradelere sahip olmadıklarını, İdarenin, kamu hukuku kuralları içinde, kamu yararı amacıyla, dere yatağı ıslah çalışmaları yapması, idari eylem ve işlemlere dayalı bulunduğundan, İdarenin bu faaliyetinden doğduğu ileri sürülen zararın mevcut olup olmadığının, idari işlemlerin usulüne uygun işletilip işletilmediğinin, idare hukuku çerçevesinde incelenmesinin idari yargının görevine girdiğini karara bağlamıştır.⁸⁵

Burada hemen şunu belirtmek gerekir; Uyuşmazlık Mahkemesi ve ileri de görüleceği üzere Yargıtay, kararlarında, hukuka aykırı davranışın bir plan ve proje dahilinde yahut plan ve proje dışında olup olmasına ve olayda bir plan ve proje olsa dahi yapılan eylemin plan ve projeye uygun olup olmamasına göre idari eylem-haksız eylem ayırımına karar vermektedirler. Daha açık ifadeyle anlatmak gerekirse; Uyuşmazlık Mahkemesi ve Yargıtay'a göre eğer hukuka aykırı davranışın altında yatan bir plan ve proje varsa ve ortaya hukuka aykırı bir davranış çıkıyorsa bu davranış idari bir eylemdir ve buna ilişkin uyuşmazlıkların çözümünde idari yargı görevlidir. Ancak eylemin dayanağı olan bir plan ve proje söz konusu değilse yahut bir plan ve proje olmasına rağmen bu plan ve projeye aykırı bir hareket nedeniyle hukuka aykırı bir davranış ortaya çıkıyorsa artık ortada bir haksız eylem vardır ve buna ilişkin uyuşmazlığın çözüm yeri adli yargı organlarıdır.

⁸⁵ UM, 13.6.1994, E:1994/5, K:1994/7.(Salih Şahiniz, **Teoride ve Uygulamada Kamulaştırmasız El Koyma**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2006, s.39.)

b) Danıştay Kararlarında İdari Eylem

Danıştay da, idari eylemi genellikle kamu hizmeti ölçütü çerçevesinde tanımlamaktadır. Ancak bu ölçütü Uyuşmazlık Mahkemesi kadar istikrarlı uyguladığı söylenemez. Zira ileride görüleceği üzere bu ölçüte hiç başvurmadığı kararları da vardır.

Danıştay'a göre; İdari eylem, İdarenin idare etme fonksiyonu sırasındaki bir hareketini, bir olayını, bir tutumunu anlatır. İdari karar ve işlemle ilgisi olmayan idari eylem de salt maddi bir tasarruftur. Öncesinde, temelinde bir idari işlem olmayan bütünüyle idari eylem olarak ortada olan bir idari faaliyet söz konusudur. İdareye ait bir barajın taşması, kolluk görevinin ifası ve yangın söndürme çalışmaları bu durumun örnekleridir.⁸⁶

Danıştay bu açıklamayla, hem idari eylemi tanımlamakta hem de daha önce belirttiğimiz gibi, İdari eylemin ikiye ayrıldığını, bazı eylemlerin bir işlemin icrası niteliğinde eylemler olduğunu; bazılarının ise salt eylem niteliğinde yani altında bir idari işlem olmayan eylemler olduğunu, bunların her ikisinin de idari eylem kategorisinde yer aldığını belirtmektedir.

Danıştay bir kararında, yol açmak her ne kadar davalı İdareye yasa ile verilmiş bir görev ise de, idarenin bu görevi yaparken kendi eylem ve işlemlerinden dolayı ilgililere verdiği zararı Anayasa'nın 114. maddesi uyarınca ödemekle yükümlü olduğunu, idarenin bu işi kendisinin yapmayıp, bir şahıs veya şirkete ihale suretiyle gördürmesi halinde, hizmetin kamu niteliğinin ve davalı İdarenin yakın gözetim ve denetim görevinin ortadan kalkmayacağını, bu sebeple, yol açılırken ve yapının yolda kalan kısmının yıktırılması esnasında, yapının yol dışındaki bölümün yıktırılması

⁸⁶ DİBK, 14.4.1973,E:1972/2, K:1973/10.

sonucu oluşan zararın idari eylemden kaynaklandığını belirterek açılan davanın kabulüne karar vermiştir.⁸⁷

Danıştay başka bir kararında, Bitlis ili, Mutki ilçesi, Yuvalıdam Köyü Calün Düzlüğü, Şergök Tepealtı mevkiinde davacıya ait katırın da aralarında bulunduğu 25 adet katırın, Jandarma komutanlığının yaptığı operasyon sırasında öldürülmesi nedeniyle uğranıldığı ileri sürülen zararın yasal faiziyle birlikte tazmini istemiyle açılan dava sonucunda, Van İdare Mahkemesince, Anayasanın 125. maddesine göre İdarelerin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü bulunduğu, İdarelerin, kendilerine verilen kamu hizmetini yürütürken yeterli özeni göstererek ve hizmetin işleyişini sürekli kontrol ederek gerekli önlemleri almak zorunda olduğu, idari hizmetlerin işleyişi sırasında bireylerin uğradığı özel nitelikteki zararların idari faaliyet ile zarar arasında nedensellik bağının bulunması koşuluyla İdarelerce tazmini gerektiği, olayda, jandarmanın operasyonun sırasında davacıya ait katırın öldürülmesine hizmetin kötü işlemesinden dolayı davacının zararının karşılanmasının zorunlu olduğu gerekçesiyle tazminat isteminin kabulü yolunda verilen kararın onanmasına karar vermiştir.⁸⁸

Danıştay bu kararda, jandarmanın yani bir kamu personelinin, operasyon sırasında yani bir kamu hizmetinin görülmesi sırasında, şahsa ait bir katırı öldürmesini bir haksız eylem olarak değil bir idari eylem olarak kabul etmektedir. Bunun sonucu olarak da idare mahkemesinin, zararın, hizmetin kötü işlemesi nedeniyle tazminine ilişkin kararını onamaktadır. Görülüyor ki davaya bakan mahkeme ve Danıştay, idari eylemin tespitinde kamu hizmeti ölçütünü kullanmakta ve hizmet görülürken, bir

⁸⁷ D.6.D., 20.12.1973, E:1977/8072, K:1977/6956.

⁸⁸ D.10.D., 13.11.2001, E:1444/4809.

kamu personeli tarafından gerçekleştirilen eylemin idari eylem olduğuna karar vermektedirler.

Aydın Bölge İdare Mahkemesi, davacının, Kuşadası-Atatürk Bulvarı üzerinde bulunan halk plajında şezlong ve şemsiyelerinin bulunduğu yeri 800.- YTL ödeyerek kiraladığını, sezon bitmeden belediye başkanının emriyle buradan men edildiğini ve bu sebeple uğradığını iddia ettiği zararın tazmini istemiyle açtığı ve idare mahkemesinin, uygulamanın başkanın emrine dayandığı, bu sebeple idari temeli bulunmayıp adli yargıda görülebileceği gerekçesiyle reddettiği davanın; tazminat talebinin sebebinin, belediye zabıtasının davacıyı men etme fiili olup, bu fiilin belediye başkanının emri ve talimatı ile gerçekleştiğini, bu emrin amacının ilgililerin belediyenin tasarrufunda olan yerlerden menetmek olup, başkanın bu talimatının, şahsi bir husumeti halletmek veya şahsi saiklerden hareket ederek değil, belediye yasasının 38. maddesinin verdiği yetkiden hareketle ve belediye menfaatini korumak amacıyla verildiğini, dolayısıyla yasanın verdiği yetkiyle, kurum menfaatini korumak amacıyla ve de kamu gücü kullanılarak ortaya konulan bu eylemin idari eylem olup, bu eylemden doğan zararın tazmini istemiyle açılan bu davanın idari yargıda görülmesi gerektiğine karar vererek idare mahkemesince verilen görev yönünden red kararını kaldırmıştır.⁸⁹

Patnos ilçesi Dedeli köyü karakol komutanının karakol civarındaki dereye balık avlamakta kullandığı el bombalarından birinin patlamayarak dereye kalmasından sonra burada oynayan davacılar murisi iki çocuğun ölmesine sebep olduğundan bahisle uğranıldığı ileri sürülen maddi ve manevi zararın tazmini istemiyle açılan davada Danıştay; ölüm olayına sebep olduğu iddia edilen Jandarma karakol komutanının

⁸⁹ Aydın Bölge İdare Mahkemesi, esas ve karar numarasına ulaşılamadı.

bağlı bulunduğu davalı Bakanlığın yürüttüğü kamu hizmeti itibariyle olayda tazmin sorumluluğu olup olmadığının araştırılması suretiyle karara bağlanması gereken davanın, idari yargının görev alanına giren bir tam yargı davası olduğunu, kişisel kusur nedeniyle İdarenin tazmin sorumluluğu olmadığı sonucuna varıldığı takdirde, davanın görev yönünden değil, esastan reddi gerektiğini, kaldı ki bir kamu görevlisinin göreviyle ilgili hizmetin araç ve olanaklarını kullanarak yaptığı eylem ve işlemlere ilişkin kusurunun kasdi suç niteliği taşısa bile hizmet kusuru oluşturacağı, bu kusurdan doğan zararın idarenin tazmin sorumluluğunu doğuracağına idare hukukunun bilinen ilkelerinden olduğunu söyleyerek yerel mahkeme kararını bozmuştur.⁹⁰

Burada açıkça görülüyor ki; Danıştay, kamu görevlisinin salt kişisel kusurlu olduğu durumlarda bile ortada bir idari eylemin olduğunu ve idarenin idare hukuku esasları dahilindeki sorumluluğunun devam ettiğini kabul etmektedir. Ancak doktrinde bu görüşe katılan sayısı azdır. Baskın görüşe göre; eğer kamu görevlisinin tamamen kendisinin kusurlu olduğu bir eylem varsa (yukarıdaki kararda olduğu gibi örneğin kasti bir suç teşkil eden davranış) artık hizmet kusurundan bahsedilemez, zira eylem hizmetten sıyrılmaktadır. İdare bu fiil nedeniyle yine sorumlu tutulabilir; fakat bu sorumluluk hizmet kusuru esasları dahilinde idari yargı organları önünde değil, haksız fiil esasları çerçevesinde ve adeta sıradan bir şahıs gibi adli yargı organları önünde gerçekleşecektir. Aşağıda görüleceği üzere, Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin duruma bakışı da Danıştay'ın bakışıyla paralellik arz etmektedir. Bu konuya ilişkin tartışmalara ileriki bölümlerde ayrıntılı olarak gireceğiz.

⁹⁰ D.10.D., 26.9.1994, E:2014/4048.(Atay-Odabaşı-Gökçen, **Teori ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2003, s.392.)

c) Yargıtay Kararlarında İdari Eylem

Yargıtay ise idari eylemi:

“İdari, eylem, Kamu idare ve kurumlarının kamu görevine ilişkin, idare hukuku kural ve gereklerine göre yaptığı olumlu veya olumsuz davranıştır. İdari işlem ise, idari kararlara dayanılarak yapılan muamelelere denilmektedir.

İdarenin eylem ve işlemleri, onun kamu hukuku alanındaki kamu gücünü (kamu otoritesini) kullanarak, idare hukuku kural ve gerekleri uyarınca yaptığı faaliyetlerin hukuki ve maddi hayattaki görünümüdür.”⁹¹

şeklinde tanımlamaktadır. Tanım olarak, bu açıklamaların Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay uygulamasından bir farkı yoktur. Ancak Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay, idari eylemin tespitinde, daha çok kamu hizmeti ölçütünü uygularken Yargıtay ise, aşağı da görüleceği üzere, daha çok kamu kanunu ölçütünü uygulamaktadır.

Yargıtay idari eyleme ilişkin neredeyse tüm kararlarında, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu'nun 11.2.1959 gün ve E:1959/17, K:1959/15 sayılı kararında getirmiş olduğu ölçütlere başvurmaktadır ve buna göre olaydaki eylemin idari eylem mi yoksa haksız eylem(fili yol) mi olduğuna karar vermektedir.

⁹¹ Y.4.HD., 22.01.1975, E:1973/11399, K:1975/903.

Bu karara göre;

1) Kamu kuruluşları tarafından verilen kararlar üzerine bir plan ve proje kapsamında gerçekleştirilen eylemler idari eylemdir. Zira bir kamu kuruluşunun görevlerinden olan bir işi yapmayı kararlaştırılması, idari bir karar olduğu gibi bu kararı yerine getirmek üzere plan ve projeleri yapıp o plan ve projeler gereğince işi görmesi de birer idari eylemdir.

2) Kamu kanunları hükümlerince yapılmış olan tesislere bakma ve o tesisleri kullanma yükü de idareye ait bir yük olduğundan bu yükümlülüklerle aykırı davranma halleri de bir idari eylem niteliğindedir.

3) Bir kamu kuruluşu tarafından bir tesisin yapılması sırasında Devlet malı olmayan yerlerden toprak alınması ve böyle yerlere toprak ve moloz yığılması ise bunu yapmaya izin veren bir kanun hükmü olmadığından haksız eylem niteliğindedir.

İşte Yargıtay idari eylemi bu ölçütler çerçevesinden değerlendirmektedir.

Örneğin, Yargıtay bir kararında, davacı tarafından hazineye ait arsa üzerine yapılmış olan yapının davalı belediyece yıktırılmasından doğan zararın tazmini istemiyle açılan davada, davacının Hazineye ait yerde yaptığı gecekondunun 775 sayılı Yasanın 18. maddesi hükmünce yıktırıldığı, anılan Yasanın 18. maddesinin birinci fıkrası hükmünde davalı belediyeye yıkım konusunda bir kamu görevinin verildiğini, bu davada, İdarenin yasal görevini yerine getirirken ilgiliye verdiği zararda bir hizmet kusurunun söz konusu olup olmadığı, kamu kanunlarının uygulanmasının hatalı bir işlem ve eylem bulunup bulunmadığı hususlarının incelenmesi gerekeceğini belirterek davanın idari yargıda görüleceğine karar vermiştir.⁹²

⁹² Y.4.HD., 5.4.1979, E:1978/8248, K:1979/4643.

Kararda görüldüğü üzere Yargıtay, Danıştay ve Uyuşmazlık Mahkemesi'nden farklı olarak, kamu kanunu ölçütünü uygulamaktadır.

Bir başka olayda, Köyİşleri Bakanlığı Topraksu Başmühendisliği tarafından yapılan plan ve proje uyarınca açılan kanal dolayısıyla uğranılan zararın tazmini istemiyle açılan davanın idari yargının görev alanına girdiğine karar verilmiştir.⁹³

Önemine binaen Yargıtay'ın yukarıda bahsettiğim içtihadı birleştirme kararının ilgili kısımlarına burada yer vermek istiyorum.

“ ...

1- ..amme teşekkülleri tarafından verilen kararlar üzerinde plan ve projesine göre bir yol yapılması dolayısıyla evinin duvarı yıkılan veya bodrum katını sel basan, bir su tesisi yapılması neticesinde tarlasındaki sular çekilip ağaçları veya mahsulleri kuruyan veya tarlası artık ekilemez hale gelen yahut tarlasının kenarından geçen derenin kurumması yüzünden tarlası susuz kalan veya su tesisinin bozukluğu yahut bakımındaki ihmâl yüzünden tarlasını sular basıp bu suların getirdiği kumlardan dolayı tarlası ekim ekilemeyecek duruma düşen kimsenin uğradığı zararları gibi zararlar, idari kararın ve fiilin neticesinde meydana gelen zararlardır. Zira, bir amme teşekkülünün vazifelerinden olan iş yapmayı kararlaştırılması, idari bir karar olduğu gibi bu kararı yerine getirmek üzere plan ve projeleri yapıp o plan ve projeler gereğince işi görmesi de kararın neticesi olan birer idari fiilidir. O halde bu fiillerden doğan zararların tazmini istekleri de, idari kararlar ve fiilden doğan zararın bir kimsenin hakkını halele uğratması esasına dayanır tazmini istekleridir ki devlet şurası, Kanununun 23. maddesinin 1. bendi hükmünce bu istekler mahiyette bir tam kaza

⁹³ Y.5.HD., 25.1.1984, 1983/11650, K:1984/461.(Arcak-Doğrusöz, **Kamulaştırmatsız El koyma**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 1992, s.210.)

davasıdır. Bu itibarla bu davalarda Devlet Şûrası vazifelidir. Esasen bir İdare teşekkülünün kanun verdiği selâhiyeti kullanarak bir karar verdikten sonra o kararı yerine getirmesi, kanuna uygun bir hareket olduğu cihetle haksız fiil kanuna aykırılık şartı bu halde gerçekleşmiş olmaz.

2- Amme Kanunları hükümlerince yapılmış olan tesisleri bakma ve o tesisleri kullanma mükellefiyetleri de yine Amme kanunlarından doğan mükellefiyetler olduklarından bu mükellefiyetlere aykırı davranma halleri de idari karara dayanan fiillerin hiç veya gereği gibi yapılmaması mahiyetini arz ettiğinden dolayı bunlardan doğan zararlar dahi idari karar ve fiillerden doğan zararlar olduğu cihetle söz konusu zararlardan tazmini davaları dahi yukarıda bildirilen Kanun hükmünce tam kaza davalarıdır.

3- İstimlâksiz el atma halinde, amme teşekkülü İstimlâk Kanununun uygun hareket etmeden ferdin malını elinden almış olması sebebiyle kanunsuz bir harekette bulunmuş durumdadır. Bu bakımdan dava Medeni Kanun hükümlerine giren mülkiyete tecavüzün önlenmesi veya haksız fiil neticesinde meydana gelen zararın tazmini davasıdır ve bu bakımdan adliye mahkemesinin vazifesi içindedir.

Bundan başka, bir amme teşekkülü tarafından bir tesisin yaptırılması sırasında Devlet Malı olmayan yerlerden toprak alınması ve böyle yerlere toprak veya moloz yığılması neticesinde el atma hakkı bulunmadığı ve plan ve projelere ve şartnamelere başkasının malına ihtiyaca göre el atmasının önlenmesini gerektirebilecek esaslar konulmayacağı cihetle, haksız fiilden doğan bir tazminat davası sayılır.

Yapılan işlerin plan veya projelere aykırı olarak yapılması halinde, idari karara aykırı bir hareket bulunması itibariyle yine idari kararın tatbiki olan bir fiil sayılır.

*lamaz. Bu bakımdan bu iddia ile açılmış bir dava haksız fiilden doğan bir davadan ibaret olacaktır.*⁹⁴

⁹⁴ YİBK, 11.2.1959, E:1959/17, K:1959/15. (Karahacıoğlu-Altın, **Kamulaştırmasız El Atma Davaları**, Ankara, 1995, s.29-32.)

d) AYİM Kararlarında İdari Eylem

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi kararına konu olan bir olayda, davacıların yakınlarının, İdarenin ajanlarının hizmeti iyi kuramamaları ve gerekli testler yapılmadan hastaya verdikleri preparatın oluşturduğu kontras madde alerjisine bağlı kardino pulmoner arresten öldüğünün kanıtlanması karşısında, idare ajanlarının hizmet sırasında, kusurları yüzünden ölüme neden oldukları anlaşılmakta, ajanların bu eylemi idari eylem sayılarak, davacıların yakınlarını kaybetmelerinden dolayı uğradıkları zararların İdarece karşılanması gerektiğine karar verilmektedir.⁹⁵

Yine başka bir Askeri Yüksek İdare Mahkemesi kararında, Müteveffanın disiplinsiz hareketleri olsa dahi gereğinin yasal yollarla halli gerekirken, müteveffanın Astsubay tarafından küfredilip arkadaşlarının önünde birkaç kez tekme tokat ve yumruklarla dövülüp başının aracın kasasına çarptırıldığı, ağzının ve burnunun kanadığı, savunmasını hazırladığı halde daha çok dövülme ve hakarete maruz kalması sonucu onur kırıcı bu davranışlarla dayanamayarak intihar ettiği, Astsubay'ın astlarını korumakla görevli olduğu halde bu yükümlülüğe riayet etmediği, olayın İdarenin ajanı astsubayın kusurundan ileri geldiği, ajanın İdarenin yürüttüğü hizmetin bir parçası olduğu, bunun hizmetin yapısından kaynaklandığı, başka bir deyişle İdarenin yürüttüğü hizmetten ayırmanın mümkün olmadığı düşünüldüğünde, birlikteki hizmetin iyi işlemediği, ajanların yeterince eğitilmediği ve yeterince denetlenmediği, dolayısıyla İdarenin hizmet kusuru içinde bulunduğu anlaşıldığından, müteveffanın müterafik kusuru da dikkate alınarak zararların davalı İdarece karşılanması gerektiği sonucuna varılmıştır.⁹⁶

⁹⁵ AYİM 2.D., 25.12.1996, E:1995/597, K:1196/1146.

⁹⁶ AYİM 2.D., 15.11.2000, E:316/847.

Görülüyor ki burada Askeri Yüksek İdare Mahkemesi astsubayın bu eylemi suç teşkil eden bir eylem olsa da hizmet içi kişisel kusurun varlığını kabul ediyor ve ajanın kusurunun idarenin sorumluluğunu ortadan kaldırmadığına karar veriyor.

Son örnek olarak vereceğimiz bir kararda da, davacının Tunceli/Ovacık Jandarma Bölük Komutanlığı emrinde askerlik görevini yapmakta iken, 11.12.1992 tarihinde Bölükte iki adet tabanca ve tabancalara ait şarjörün çalındığı, birlik komutanlığınca yapılan tahkikat neticesinde tabanca ve şarjörlerin depo sorumlusu ... ile ...'in çaldıkları kanaatine varıldığı, nezarete alındıkları görevliler tarafından tabancanın yerini öğrenmek için davacıyı dövdükleri fena muamelede buldukları, davacının dayaktan yılarak 23.12.1992 tarihinde nezarethaneden kaçtığı, 25.12.1992 tarihinde Pulur Mahallesinde bir evin önünde ayakları yarı donmuş vaziyette bulunduğu hemen Elazığ As. Hst. kaldırılarak tedavi altına alındığı 06.01.1993 tarihinde Ankara GATA Hst. Plastik Cerrahi Kliniğine sevk edildiği burada yapılan tedavi sonucu her iki ayağının kesildiği GATA Sağlık Kurulunun 7.9.1993 gün 10119 sayılı raporu ile; "her iki ayak için cuantum sistem ayak protezi kullanılması uygundur. D/67 F-6'ya uyar. Askerliğe elverişli değildir." Kararı verildiği, davacı hakkında askeri eşyayı çalmak suçundan açılan davanın beraat ile sonuçlandığı, davacının iki ayağının donma sonucu kesilmesine neden olan olay İdarenin hizmette kullandığı ajanlarının suç teşkil eden eylemleri sonucu meydana geldiği, hizmetin yürütülmesinde İdarenin hizmet kusuru bulunduğu gerekçeleriyle, davacının zararının hizmet kusuru esaslarına göre giderilmesinin gerektiği sonucuna varılmıştır.⁹⁷

⁹⁷ AYİM 2.D., 14.3.2001, E:436/211.

Bu İdarenin yerine getirmiş olduğu etkinliklerden bireylerin mağdur edilmeme-leri açısından geniş olarak yorumlanması gereken “idari eylem” kavramının tespitinde, uygulamada oldukça fazla güçlüklerle karşılaşmaktadır.

Gerçekten, kavram üzerinde fikir birliğine varılmış bir tanım olmadığı için mahkemeler arasında, hatta aynı mahkemenin çeşitli kararları arasında birbiriyle çelişen sonuçlar ortaya çıktığı gözlenmektedir.

Bu konuda “idare işlevinin yerine getirilmesinde idari işlemlere ve usulleri uyulmadan yapılan hareketlerin, ilke olarak idari eylem niteliğini taşıdığı ve idari yargının denetimine tabi tutulması gerektiği ileri sürülmüşse de; bu ölçütün yüksek mahkemelerce isabetli olarak uygulandığı söylenemez. İdarenin hangi faaliyetinin idari eylem sayılacağına ilişkin bugün gerek Danıştay, gerek Yargıtay, gerekse Uyuşmazlık Mahkemesinin çoğu kez birbiriyle çelişen kararlarının bu soruna bir çözüm getirdiğinden bahsetmek mümkün görünmemektedir.⁹⁸

⁹⁸ Özay, age., s.724.

B) FİİLİ YOL

Yukarıda idari eylemi ayrıntılı bir şekilde inceledikten sonra, bu kısımda da çalışmamızın konusunu oluşturan “fiili yol” kavramının unsurları, türleri ve fiili yola ilişkin mahkeme kararları sunularak, fiili yol - idari eylem ayrımı daha da belirginleştirilmeye çalışılacaktır.

Hemen belirtmek gerekir ki, çalışmamızın başında fiili yol kavramının tanımına geniş bir şekilde yer verildiği için bu kısımda bu açıklamalara tekrar yer verilmeyecektir.

1) FİİLİ YOLUN UNSURLARI VE VARLIK ŞARTLARI

a) İcrai Bir Eylemin Olması

Fiili yolun oluşması için öncelikle, İdarenin elinden çıkan maddi bir hareketin bir başka ifadeyle icrai bir eylemin bulunması gerekir. Bu durumda, bir eylem ya da uygulama veya kesin ve muhakkak bir icra tehdidi olmaksızın idari faaliyetin tek başına fiili yol oluşturması mümkün değildir.⁹⁹

Hukuka aykırı bir kararın yerine getirilmesi ya da bazı hallerde hukuka uygun bir idari kararın hukuka aykırı bir şekilde yerine getirilmesi de fiili yol doğurabilir.¹⁰⁰ Bu durumlara ilişkin örneklere mahkeme kararları kısmında yer verilecektir.

Şunu da belirtmek gerekir ki; maddi icra ile cebri icrayı da birbiriyle karıştırmamak gerekir: fiili yolun mevcut olabilmesi için maddi bir hareketin, idari bir kararın maddeten tahakkuk ettirilmesine teşebbüs edilmiş olmasının ya da kararın fiil şeklinde ortaya çıkmış veya çıkmasının muhakkak sayılmış bulunmasının mevcudi-

⁹⁹ Oğurlu, agm., s.60.

¹⁰⁰ Gözübüyük-Tan, age., s.177.

yeti yeterlidir, bizzat icrayı içeren bir icrai kararın, mesela polis tasarrufunun mevcut olması da bu bakımdan fiili yolun mevcudiyet için yeterlidir. İdarenin bu maksatla cebri icra usullerinden birini kullanması şart olmadığı gibi, bu ve diğer unsurlar mevcut olmadığı herhangi bir cebri icra usulü fiili yol teşkil etmez ve idarilik karakterini muhafaza eder.¹⁰¹

Danıştay kararlarına bakıldığında, haksız fiille ilişkili kararlar çoğu kez ortada bir fiili yol bulunduğu izlenimini uyandırır. Halbuki, fiili yolun bulunmasının en önemli göstergelerinden birisi, haksız fiilin İdarece işlenmesidir. Bu nedenle hizmetten yararlananların haksız fiillerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar fiil yol doğurmaz.

Bu tür örnekler Danıştay kararlarında fazlasıyla bulunabilir. Örneğin, belediyeye ait bariyerlerin tahrip edilmesi nedeniyle oluşan zarar şeklinde ortaya çıkan kamu alacağının tahsiline ilişkin bir uyuşmazlıkta, ilk bakışta fiili yolun bulunduğu akla gelmektedir. Halbuki burada, mağdur İdaredir. Fiili yolun varlık nedeni ise İdarenin elinden çıkan usul dışı ve ağır tecavüz niteliğindeki ihlalleri ve bunların sonuçlarını önlemektedir. Dolayısıyla, burada bir haksız fiil bulunsa da mağdur, İdare olduğundan fiili yol bulunmamaktadır.

Sonuç olarak denilebilir ki, fiili yolun ortaya çıkması için ister bir işlemin uygulanması şeklinde olsun isterse doğrudan bir eylem şeklinde olsun, mutlaka icrai bir eylemin bulunması ve bu eylemin İdareden kaynaklanması gerekir.¹⁰²

¹⁰¹ Onar, age., s.1669.

¹⁰² Oğurlu, agm., s.60.

b) Hukuka veya Usule Açık Bir Aykırılık

Fiili yolun varlığı için İdarenin hareketinin hukuka aykırılığı tek başına yeterli değildir. Hukuka aykırılık açık ve “*derhal görünebilecek*” ve eylemin niteliğini de-ğiştirecek derecede ağır olmalıdır.

Örneğin Fransa’ da gerçekleşen bir olayda bir şahsın umuma açık bir yerin fotoğrafini çekerken polis memuru tarafından karakola götürülmesi ve filmlerinin müsadere edilmesi fiili yol teşkil eden bir hareket olarak kabul edilmiştir. Zira polis memurunun bu davranışı tamamen idare fonksiyonu dışında kalan, idareye yabancı olan bir harekettir. Fertlerin masum bu davranışı sonucu gözaltına alınması ve filmlerinin müsadere edilmesi demokratik bir toplumda kabul edilemez. İdare belli bazı yerlerin, örneğin askeri bölgelerin fotoğrafının çekilmesini yasak edebilir ancak umuma açık bir yerin fotoğrafının çekilmesi nedeniyle kimseyi göz altına alınamaz ve filmleri müsadere edilemez. Eğer bu yapılırsa işte o zaman fiili yolun “açık ve derhal görünebilecek hukuka aykırılık” şartı gerçekleşmiş olur. Ancak diyelim ki bir şahıs, yasak olmasına rağmen, bir müzede fotoğraflar çekti ve bu şahsa bu fiili nedeniyle 1000 YTL idari para cezası uygulandı. Fakat mevzuatta böyle bir fiilin gerçekleşmesi halinde uygulanacak olan cezanın 500 YTL olduğu hükmüne yer verilmiş olsun. İşte artık buradaki faaliyet fiili yol değildir, idari bir faaliyettir. Zira burada gerçekleşen eylem idare fonksiyonuna dahildir. İdare yasayla kendisine tanınan bir yetkiyi kullanmıştır ancak yanlış yani hukuka aykırı olarak kullanmıştır. Bu hukuka aykırılığı ortadan kaldıracak olan ise, gerçekleştirilen davranış fiili yol derecesine varacak kadar ağır olmadığı için, idari yargı organlarıdır.

Yukarıda belirttiğimiz şekilde ağır derecede hukuka aykırı bir kararın uygulanması fiili yola neden olduğu gibi, hukuka uygun olsun ya da olmasın bir idari kararın açıkça hukuka aykırı bir şekilde “uygulanması” da usule ilişkin bir fiili yol oluşturabilir. Uygulamada da fiili yol, genellikle İdarenin zor kullanırken uyması gereken usullere uymamasından kaynaklanan usul hataları şeklinde belirir.¹⁰³

Bu durumda idari eylemlerdeki yukarıda belirttiğimiz dereceye varmayan usulsüzlükler fiili yol oluşturmayacaktır. Ağır bir tecavüz derecesine varmayan usulsüz fiiller idari olma niteliklerini koruduklarından idari yargının denetimi kapsamında kalırlar.

Uyulması gereken usullerin izlenmemesi, İdarenin eylem ya da hareketinden önce icrai bir kararın bulunmaması, uygulama araçlarının bir suç oluşturması, İdarenin re’sen icra yetkisinin bulunmadığı bir durumda ilgililerin bir özgürlüğüne ya da mülkiyet haklarına tecavüzü fiili yolun örnekleridir. Görülüyor ki, müdahalenin birden çok türü ve usulü olabilmektedir.

Fiili yol problemi Fransız İdare Hukukunun çözümü en müşkül konularındandır. Fransız Ceza Hukukundaki içeriğinden biraz farklı olarak, fiili yol İdarenin, idari sayılmayacak tarzda “çirkin ve ağır” bir muameleye girişmesi olarak ifade edilir. Ancak bu tarz muamelenin fiili yola neden olabilmesi için yalnızca ağır bir hukuka aykırılık yeterli olmamakla, aşağıda inceleneceği gibi, İdarenin elinden çıkan ihlalin kişi güvenliği, konut dokunulmazlığı ya da mülkiyet hakkı gibi temel hak ve hürriyetleri ihlal etmesi gerekmektedir.¹⁰⁴

¹⁰³ Oğurlu, agm., s.61.

¹⁰⁴ Oğurlu, agm., s.61.

c) Mülkiyet Hakkı veya Bir Kamu Özgürlüğüne Tecavüz

Fiili yolun diğer bir şartı olan bu unsur gereğince, İdarenin eylemi “*mülkiyet hakkına ya da kamu özgürlüklerine bir saldırı*”, ağır bir müdahale niteliğinde olmalıdır.¹⁰⁵ Anayasa, bazı insan haklarına diğerlerine göre daha fazla önem vermiş, onlara tam bir güvence sağlayarak Yasamanın bile kanunla sınırlayamayacağı, ek bazı güvenceler getirmiştir. Bu durumda, İdarenin bu ek güvenceleri kaldıracak kolluk faaliyetlerine girişmesi de doğal olarak imkansızlaşmaktadır. İdarenin bu haklara müdahalesi, sınırlandırma girişimi ya da ortadan kaldırmaya kalkışması, faaliyetin fiili yola dönüşmesine sebep olur. Örneğin “*Basın Hürriyeti*” (AY . m. 28) ile “*Sürelî ve Süresiz Yayın Hakkı*” (AY. m. 29), “*Dernek Kurma Hürriyeti*” (AY. m. 33), “*Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Düzenleme Hakkı*” (AY. m. 34) bu tür temel hak örneklerindedir.

Önceki bölümlerdeki açıklamalarımızda da belirttiğimiz gibi fiili yol teorisi, Batı’da Temel hak ve özgürlüklere ve özellikle mülkiyet hakkına atfedilen önemin bir göstergesi olarak ortaya çıkmıştır.

Fransız ihtilalinin en temel nedenlerinden biri de mülkiyet hakkının yeniden tanımlanmasıydı. İhtilalden önce feodal mülkiyet vardı ve tüm haklarda olduğu gibi bu hak üzerinde de kralın mutlak egemenliği söz konusuydu. İhtilali gerçekleştirecek olanların en temel hareket noktalarından biri de, bu anlayışın kaldırılması ve modern bir mülkiyet anlayışının getirilmesiydi. Bu yüzden de ihtilalin hemen sonrasında mülkiyet hakkı üzerinde yoğun çalışmalar başlatılmış ve ünlü düşünürlerin (Montesquieu, J.J. Rousseau gibi) düşünceleri temel alınarak yeniden bir tanımlama getirilmişti.

¹⁰⁵ Gözübüyük-Tan, age., s.177.

Öncelikle 26 ağustos 1789 tarihinde meclis tarafından kabul edilen Fransız İnsan ve Vatandaş Hakları bildirisinin 2. Maddesinde: “Devlet olarak her birleşmenin amacı, insanın tabii ve zamanaşımı ile ortadan kalkmayan haklarının korunmasıdır. Bunlar, hürriyet, mülkiyet, güvenlik ve zulme karşı direnme haklarıdır.” denilmek suretiyle mülkiyet hakkının tabii ve zamanaşımı ile ortadan kalkmayan bir hak olduğu açıklanmıştı. Aynı bildirin 17. Maddesinde ise: “ mülkiyet hakkı dokunulmaz ve kutsal bir hak olduğundan hiç kimse malik olduğu bir şeyden, kanuna uygun bir yolda görülen kamu ihtiyacı açık olarak gerektirmedikçe ve önceden adil bir tazminat ödenmeden yoksun kılınmaz.” hükmüne yer verilmişti. Yine 1793 ve 1795 Anayasalarında mülkiyetin tabii ve bunun yanında, mutlak bir hak olduğu açıkça belirtilmişti. 1804 tarihli Fransız Medeni Kanunu ise, feodalizme ve eski düzene karşı, iş adamlarının, toprak sahiplerinin ve burjuvazinin kesin zaferini açıklayan bir belge niteliğini taşıyor ve kendine mülkiyet hakkını kutsal bir niteliğe kavuşturmayı amaç ediniyordu.¹⁰⁶

Mülkiyetin insan haklarının başında geldiğini savunan bu anlayış, Fransa’dan bütün dünyaya yayılmış, çeşitli anayasalarda ve kanunlarda yer almıştır. 1789 bildiri ile kutsallaştırılan mülkiyet hakkı, 1814, 1830 ve 1848 anayasalarında da tekrarlanmış, 19. Yüzyıl boyunca Norveç’ten Portekiz’e, Japonya’dan Şili’ye kadar çeşitli ülkelerde kabul edilmiştir.¹⁰⁷

¹⁰⁶ Adnan Güriz, **Teorik Açından Mülkiyet Sorunu**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1969, s. 192,194.

¹⁰⁷ Güriz, age., s.197.

Fiili yolun varlık sebebi mülkiyet hakkının doğumudur ve bu teori, tüm bu anlattığımız süreç ile birlikte dünyaya gelmiştir. Önceleri sadece mülkiyet hakkına verilen bir değer sonucunda ortaya çıkan fiili yol teorisi, daha sonra tüm kamu özgürlükleri için kabul edilmiştir.

Tüm bu açıklamalar sonrasında anlıyoruz ki herhangi bir hak ihlali fiili yol için yeterli olmamakta, yapılan müdahalenin, taşınır ve taşınmaz mülkiyetine, kişi özgürlüklerine ya da “*basın, mezhep, vicdan, çalışma, seyahat hürriyetleri*” gibi kamu özgürlüklerine bir tecavüz niteliği taşıması gerekmektedir.¹⁰⁸

¹⁰⁸ Onar, age., s.1670.

2) FİİLİ YOLUN TÜRLERİ

Hauriou fiili yolu meydana getiren halleri ikiye ayırmakta ve usulsüzlüğün esasta yahut usulde olabileceğini söylemektedir.¹⁰⁹

a) Esas Yönünden Hukuka Aykırılık

Burada, hukuka aykırılık, hukuki tasarrufa yani idari karara etki ederek onu fiili yola dönüştürecek şekilde sakatlatır.

Bir kamu görevlisinin sahip olmadığı bir yetkiyi kullanması kararın yokluğuna ve dolayısıyla fiilde hukuk eksikliğine sebep olur ve fiili yolu meydana getirir. Örneğin, yetki gaspı, fonksiyon gaspı gibi ağır yetki tecavüzü hallerine dayanılarak bir takım eylem ve hareketlere girişilmesi, yine icrai karar bulunmadan ya da icrai karar için gereken belirli neden ve şartlar henüz oluşmadan icrai hareket ve eylemlere girişilmiş olması, idare mahkemesinin iptal ettiği bir karara dayanan kamu görevlisinin hareketleri, fiili yolun diğer örneklerini oluşturur.¹¹⁰

İdare tarafından yapılmakla birlikte, idare işlevine girmeyen ya da bir hukuk kuralına dayanmaksızın İdarece yapılan işlemler de idari karara konu olsalar ve hatta ilgililerine tebliğ edilseler bile fiili yol sayılırlar.¹¹¹ Görüleceği üzere, bu tür eylemler dayanaktan yoksun eylemlerdir. Bunların, ne yasal, ne yargısal, ne de idari bir dayanakları bulunmamakta, dolayısıyla bunlar temel alınarak girişilen eylem ve hareketler fiili yolu ortaya çıkarmaktadırlar.¹¹²

¹⁰⁹ Onar, age., s.1671.

¹¹⁰ İbid, s.1671.

¹¹¹ Duran, **İdare Hukuku Meseleleri**, 1964, s.354.

¹¹² Oğurlu, agm., s.62.

Yine aynı şekilde fiili yolun diğer unsurları bulunmak kaydıyla kamu personelinin kamu yararına aykırı bir amaç gütmesi de yukarıdaki örneklerde olduğu gibi, “*hukuk eksikliği*” ya da diğer bir ifadeyle esas yönünden hukuka aykırılık içeren fiili yol örneğidir.”¹¹³

b) Usul Yönünden Hukuka Aykırılık

İdarenin suç oluşturan bir usule ya da kendisine yasaklanmış bir usule başvurusu da icrai eylem ve önlemlerin açık bir usulsüzlükle kullanılması anlamına gelir. Bu da fiili yolun usul eksikliğine dayanan türüdür. Örneğin, İdarenin idari usullerle tahsil edemeyeceği bir kamu alacağını re’sen tahsil etmesi, bir başka ifadeyle re’sen icra yetkisi yokken bu yetkisi varmışçasına hareket ederek eylemde bulunması hali. Kamu alacaklarının takip ve tahsilindeki idari eylem ve hareketlerin dayanması gereken icrai kararlar alınmamışsa, bu eylem ve hareketler idarilik vasfını yitirir ve fiili yola dönüşürler.¹¹⁴ Örneğin Danıştay 7. Dairesinin bu konudaki bir kararı şu şekildedir;

“... Temyiz başvurusu, davacı Şirketin ödenmeyen vergi borçlarından dolayı, haciz varakası düzenlenmeden uygulanan haciz işleminin iptali yolundaki vergi mahkemesi kararının bozulması istemine ilişkindir.

6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanununun 62’inci maddesinde; borçlunun mal bildiriminde gösterilen veya tahsil dairesince tespit edilen borçlu veya üçüncü şahıslar elindeki menkul malları ile gayri menkullerinden, alacak ve haklarından amme alacağına yetecek miktarının tahsil dairesince haczolunacağı; 64’üncü maddesinde ise; haciz memuru veya tevkil edeceği memur

¹¹³ Onar, age., s.1671.

¹¹⁴ Oğurlu, agm., s.62.

tarafından tasdik edilen haciz varakalarına dayanılarak yapılacağı hükme bağlanmıştır.

Olayda, davacı Şirketin banka mevduat hesabına konulan haczin, haciz varakasına dayanmadığı hususu tartışmasızdır.

Hukuk Devleti olmanın kaçınılmaz gereklerinden biri olarak, kamu gücünü kullanan idarenin, tek yanlı iradesiyle idari işlem tesisinden önce, bu işlemin maddi ve hukuki sebeplerini ortaya koyması zorunludur. Bu bağlamda, kamu gücünün kullanımı da, hukuksal düzenlemelerle çizilen sınırlar içerisinde ve hukuka uygun kullanıldığı ölçüde meşrudur. İdarenin, hiç bir kurala dayanmayan keyfi uygulamalarının, İdare Hukukunun konusuna giren “idari eylem” veya “idari işlem” olarak kabulü olanaklı değildir. “İdarenin, açık ve ağır biçimde kanunilikten ve hukukilikten yoksun olan ve bu haliyle haksız fiil” olarak kabul edilebilecek uygulamalarına karşı açılacak davaların görüm ve çözümü de Adli yargının görev alanı içerisinde bulunmaktadır. Bu bakımdan, Mahkemece, görev hususu gözardı edilerek, işin esasının incelenmesi suretiyle verilen kararda isabet görülmemiştir.¹¹⁵

Yine kamulaştırmasız el atma halinde olduğu gibi, bir idari faaliyetin uygulanmasında uyulması gereken şartların tamamen ihlali halinde de usul eksikliği nedeniyle fiili yol ortaya çıkar.¹¹⁶

¹¹⁵ D.7.D., 16.3.2005. E:2001/2357, K:2005/402.

¹¹⁶ Onar, age., s.1672.

3) YARGI KARARLARINDA FİİLİ YOL

Daha önce idari eylemlere ilişkin kararlar kısmında yargı organlarının idari eylem-haksız eylem(fiili yol) ayırımına ilişkin kullandığı ölçütleri ve bu konuya ilişkin yaklaşımlarını belirtmiştik. Ancak orada idari eylem teşkil eden davranışlara örnekler vermişken bu kısımda ise uygulama açısından fiili yol teşkil eden davranışlara örnekler vereceğiz.

a) Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlarında Fiili Yol

Uyuşmazlık Mahkemesi, köy yolu yapımı çalışmaları sırasında, yol güzergahına komşu olan davacılara ait zeytinlik ve incir bahçesi vasfındaki taşınmazların bir kısmının yola katılması suretiyle vaki tecavüzün önlenmesi, taşınmazların eski haline getirilmesi ve uğranılan zararların tazmini istemiyle açılan davanın, bir kamu hizmetinin yasa ile idareye görev olarak verilmiş olmasının, aynı bir hakka yapılan müdahalenin önlenmesi isteğiyle açılan davanın idari yargı yerinde görülmesi için yeterli sayılmayacağı, olayda, Köy Yönetimince yol güzergahında bulunan taşınmazların kamulaştırılması konusunda taahhütname verildiği ancak, herhangi bir kamulaştırma işlemi yapılmayıp, bazı köylüden taşınmazın yola ayrılacak kısmı için terk ve teberruğ senedi alınmakla yetinildiği, Köy Hizmetlerince yol yapımına başlanması üzerine, yol güzergahına komşu taşınmazların sahipleri olan davacılar tarafından, rızaları dışında arazilerinin yola katıldığı ve ağaçlarına zarar verildiği, belirtilen bu 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 karşısında, haksız fiilden doğan men'i müdahale, eski

haline getirme ve zararların tazmini davasının, adli yargının görevinde olduğuna karar vermiştir.¹¹⁷

Uyuşmazlık Mahkemesi, belediyenin TEK'in idari irtifak hakkına sahip olduğu alanda yol yapımına girişmeden önce bu maddede öngörülmüş bulunan ve uyuşmazlıkta idari nitelikte tek çözüm şekli olan başvuruyu yapmadan başka bir deyişle kanunda öngörülen usul ve esaslara uygun şekilde tasarrufta bulunmadan, davacı kurumun aynî hakkına vaki müdahalesinin haksız fiil niteliğinde bir el atma olduğunun kabulü gerektiği, hal böyle olunca, bu haksız ve kanunsuz el atmayı: 'İdari işlem' ya da 'İdari eylem' sayma olanağı olmadığı, bu müdahalenin, bir kamu hizmetinin ifası nedeniyle yapılmış olması; tarafların kamu kurumu olmaları, yapılan işi bir idari eylem niteliğini kazandırmayacağı gerekçeleriyle böyle bir davanın adli yargıda görülmesi gerektiğine aldığı ilke kararıyla kesin olarak karara bağlamıştır.¹¹⁸

Yine, Uyuşmazlık Mahkemesi, köy tüzel kişiliğinin taşınmazında bulunan suyun, Köy İhtiyar Meclisi kararları ve Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğü Bölge Müdürlüğünün proje ve ihalesi ile köye içme suyu olarak getirilmesi programının uygulanmasına başlanması sonucu, davacıların kadimden beri bu suyla meydana getirdikleri bahçelerin sulama suyunun kesilmesi veya azalması sonucu uğranılan ve ileride de devam edecek zararlara mani olunması amacıyla suya vaki müdahalenin önlenmesi istemiyle açılan davanın, gerek adli, gerekse idari yargı yerine verilen dava dilekçelerinde Köy İhtiyar Heyeti Kararının iptali istenilmediğinden ve dava Vişneli Köyünün bir kısım halkının yukarıda anılan kaynak suyundan kadim yararlanma hakkı-

¹¹⁷ UM, 23.10.2000, E:2000/26, K:2000/42.

¹¹⁸ UM, 29.4.1991, E:1991/2, K:1991/2.

nın bulunduğu iddiasına dayandığından Medeni Kanun Hükümleri uyarınca adli yargının görev alanına girdiğine karar vermiştir.¹¹⁹

Yine Uyuşmazlık Mahkemesi, davalı belediyenin kamulaştırmaz olarak el attığı davacı işletmeye ait taşınmaz bedelinin ödettirilmesi istemine ilişkin davanın, kamulaştırma hükümleri dışında davacı işletmenin taşınmaz malına el atılması olayının idarî bir eylem sayılamayacağı, bir kamu kuruluşunun, başkasının özel mülkiyetinde bulunan taşınmaz malına yöntemine uygun bir kamulaştırma yapmaksızın el atma hakkı bulunmadığından böyle bir el atma olayı bir haksız eylem niteliğinde olacağı gerekçeleriyle, adli yargıda görüleceğine karar vermiştir.¹²⁰

Yukarıda verilen kararlara baktığımız da, bu kararların ortak sonucu olarak; Uyuşmazlık Mahkemesi'nin idareden çıkan eylemin niteliğin belirlenmesinde, olaylardaki, kamu hizmetinin kanunlarla idareye görev olarak verilmesini yeterli bir ölçüt olarak görmediği ve böyle olsa bile idarenin bir aynı hakka müdahalesi şeklinde ortaya çıkan fiillerin fiili yol(haksız fiil) teşkil ettiğini kabul ettiğini görmekteyiz. Yine yüksek mahkemeye göre; bu müdahalenin, bir kamu hizmetinin ifası nedeniyle yapılmış olması, tarafların kamu kurumu olmaları, yapılan işe idari bir eylem niteliğini kazandırmaz. Önemli olan aynı hakka yapılmış bir müdahalenin var olup olmadığıdır.

¹¹⁹ UM, 17.6.1996, E:1996/36, K:1996/78.

¹²⁰ UM, 20.4.1974, E:1969/443, K:1974/1075.

Burada hemen şunu belirtmek gerekir: Uyuşmazlık Mahkemesi'nin bu kararlarıyla, idari eylem-haksız eylem ayrımında sabit bir ölçüt belirlemediği ve bazen kamu kanunu ölçütünü bazen kamu hizmeti ölçütünü uyguladığını (bunlara idari eylemler kısmında değinilmişti) bazen de aynı hakka haksız bir müdahalenin tek başına haksız fiil sonucunu ortaya çıkardığını kabul ettiğini görmekteyiz.

Başka bir olayda, davacı şirketin futbol kulüpleri ile yaptığı sözleşmelerle 30.11.1994 tarihinde yapacakları futbol karşılaşmalarının yayın hakkını satın aldığı, sözleşmelerin Türkiye Futbol Federasyonu Başkanlığınca da onaylandığı ve Yayın Yetki Belgesi verildiği anlaşıldığı, Ticari kuruluş olduklarında kuşku bulunmayan (profesyonel) spor kulüplerinin aralarında yapacakları futbol müsabakalarının televizyon ve radyo kanallarından yayınlanmasının ticari bir yanı olduğu gibi, kulüplerin söz konusu yayınlar için yine ticari amaçla kurulmuş bulunan yayın kuruluşları (reklam şirketleri) ile yayın hakkını belirleyen sözleşmeler yapmalarının da ticari nitelik taşıdığı, futbol müsabakalarının radyodan yayınlanması kapsamında, yayınların düzenlenmesi ve programlanması ve sözleşmelerin gözetim ve denetimi ile onaya bağlanması hususundaki görev ve yetkiler, 3813 sayılı Yasa ile özel hukuk hükümlerine tabi tüzel kişiliği olan Türkiye Futbol Federasyonuna verilmiş bulunduğu, 3813 sayılı Yasa'da, futbol müsabakalarının TRT'nin televizyon kanallarında yayınlanması yönünde TRT kurumuna özel bir görev ya da yetki verilmediği, bir ayrıcalıkta tanınmadığı, 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 hükmü rastlanmadığı 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 almadığı, gerekçeriyle, TRT'nin yasal dayanaktan yoksun eyleminden kaynaklandığı ileri sürülen zararın tazmin edilmesi istemiyle açılan davanın, adli yargı da çözümlenmesi, gerektiğine karar verilmiştir.¹²¹

Yukarıda verdiğimiz kararda görüyoruz ki, Uyuşmazlık Mahkemesi'ne göre İdari eylemlerden söz edebilmek için İdareye o konuda kanunla verilmiş bir yetki olması gereklidir. Kanunla verilmiş bir yetki yoksa İdarenin faaliyeti idari eylem teşkil etmez. Bu sebeple İdarenin yasal dayanaktan yoksun eylemleri idari eylem olarak nitelendirilemez.

Uyuşmazlık Mahkemesi bu karara konu olayda, İdarenin yetki ve görevi dışındaki eylem ve işlemlerin idarilik niteliği taşımamaları sebebiyle idari eylem sayılmayacakları esastan hareket etmiştir.

¹²¹ UM, 23.12.1996, E:1996/65, K:1996/110.

b) Danıştay Kararlarında Fiili Yol

Danıştay adeta fiili yola ilişkin görüşünü özetleyen bir kararında, idari usul ve esaslar dışında idarece yapılan eylemler “haksız fiil” niteliğinde olup, idarilik karakteri taşımayan bu eylemlerden dolayı, ancak adli yargıda dava açılması mümkün olduğu, idarenin bir kamu hukuku kuralına, yasa, tüzük, yönetmelik gibi bir kural işlem veya bir idari işleme, ya da bir yargı yeri kararına dayanmadan hodbahot “haksız fiil” niteliğinde eylemde bulunmasının mahkeme içtihatları ve doktrinde “fiili yol” olarak nitelendirilmekte olduğunu ve idarilik karakteri taşımayan bu eylemlerden dolayı idarenin alelade bir fert durumuna geleceği, sonuçta özel hukuk hükümlerine göre çözümlenmesi gereken uyuşmazlıklara yol açılacağı, dava konusu olayda, İstanbul, Eyüp, Kemerburgaz bayırı mevkiinde bulunan 4.340.000 m²’lik 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 binaların boşaltmalarını bildirdiği, 9.2.1988 tarihinde de Eyüp Kaymakamlığına başvurarak binaların yıktırılmasını talep ettiği, kaymakamlıkça bir işlem yapılmadığı ve davacının söz konusu binaların 2.5.1988 tarihinde davalı idare elemanlarınca yıkıldığı iddiasıyla yıkımdan önce binaların tespit ettirilen değerinin tazmini istemiyle idare mahkemesinde dava açıldığı, davada, davacının herhangi bir yargı kararı veya yetkili makamca verilmiş tahliye kararı olmadığı halde zilyet olarak bulunduğu taşınmazdaki binaların idare elemanlarınca yıkıldığını iddia ettiği, bu haliyle uyuşmazlığın bir idari eylemden değil haksız fiil iddiasından kaynaklanması karşısında davanın çözümünde adli yargının görevli olacağına karar vermiştir.¹²²

¹²² D.10.D., 23.11.1993, E:1992/3686, K:1993/4601.(Gökpınar, Mahmut, “Danıştay Kararlarında Hizmet Kusuru ve Kişisel Kusur Ayrımı”, **İstanbul Barosu Dergisi**, eylül-ekim sayısı, 2006/5, s.1945.

Başka bir karar da, davacının ecrimisil ödemek suretiyle kullandığı hazineye ait taşınmaza davalı belediyenin zilyetliğine tecavüzde bulunduğuundan bahisle ve bu sebeple uğradığı zararın tazmini isteğiyle açılan davanın, belediyece mülkiyeti belediyece ait olduğu iddia edilen taşınmaz için belediye encümeninin kendisini mahkeme yerine koyarak müdahalenin men'ine veya tecavüzün önlenmesine karar veremeyeceği, bu nedenle belediye encümeninin verdiği bu tür kararlar idari davaya konu olamayacağı gibi, bu kararların uygulama alanına konulmasının haksız fiil teşkil ettiği ve haksız fiilden dolayı uğranılan zararın tazmini isteğinin incelenmesi ve karara bağlanması ise adli yargının görevi içinde bulunduğu gerekçesiyle görev yönünden reddine karar verilmiştir.¹²³

Konuya ilişkin bir kararda da, belediye encümeninin mülkiyeti ihtilafli arazi hakkında tesis edilmiş olan işleminin (ağaçların tanzifat marifetiyle söktürülmesine) ilişkin kısmının, kanunun belediyelere veya Devlet zabıtasına gecekonduların önlenmesi amacıyla tanıdığı yetki dışına çıkılarak alınmış bir işlem olduğu, bu haliyle işlemi bir idari işlem olarak kabul etmeye imkan olmadığı, işlem idari niteliğini kaybettiğinden bu kararın icrasına ilişkin eylemlerin de idari eylem sayılamayacağı, bu eylemin sadece fiili bir yol, diğer bir deyimle haksız fiil olduğu, bu haksız fiilden doğan zararın tazmini ise Medeni Kanun hükümleri uyarınca adli yargı yerinde dava konusu edilebileceği sonucuna varılmıştır.¹²⁴

¹²³ D.11.D., 8.5.1972, E:1972/1197, K:1972/1341.

¹²⁴ D.12.D., 2.10.1974, E:1971/3506, K:1974/2199.

Danıştay yukarı da verdiğimiz bu kararlarda, eğer idare bir kamu hukuku kurallına yahut bir idari işleme yahut da bir yargı kararına dayanmaksızın bir eylem gerçekleştirirse bunun artık bir haksız fiil olduğunu, açılacak davaların da ancak adli yargıda açılabileceğini kabul etmektedir. Yani burada Danıştay'ın baktığı şey gerçekleştirilen eylemin bir dayanağının olup olmadığıdır. Kanunda bu konuda yetki veren bir düzenleme yoksa ve uyuşmazlık da mülkiyet hakkına ya da zilyetliğe ilişkinse yapılan müdahale haksız fiil niteliğindedir. Kararların ortak noktası eylemin yasal dayanağı olmaması ve yapılan müdahalelerin mülkiyete yahut zilyetliğe karşı olmasıdır. Ancak bu Danıştay'ın yalnızca mülkiyet ve zilyetliğe karşı yapılan davranışları fiili yol saydığı anlamına gelmez. Zira diğer temel haklara ilişkin fiili yol örneklerine de Danıştay kararlarında rastlanmaktadır.

Son örnek olarak vereceğim bir Danıştay kararında, Malatya Belediye Başkanlığına ait taşınmaz üzerinde belediyeye gelir sağlamak amacıyla yaptırılan İnönü Kapalı Çarşı İnşaatının temelindeki suyun şehir kanalizasyonuna bağlanması sonucunda davacının evinde kullanılan suyun kesilmesi sebebiyle uğradığı zararın tazmini istemiyle açtığı davada, uyuşmazlığın mülkiyeti belediyeye ait olan taşınmaz üzerinde doğrudan bir kamu hizmeti için değil, gelir sağlamak amacıyla belediye tarafından yaptırılan kapalı çarşı inşaatının temelindeki suyun şehir kanalizasyonuna bağlanması sonucunda davacının evinde kullandığı suyun kesilmesinden doğan zarara ilişkin bulunduğu, kamu tüzel kişilerinin özel hukuk hükümleri uyarınca yapmış olduğu işler nedeniyle (haksız fiilleri nedeniyle) üçüncü kişilerin gördüğü zararlardan ötürü

açılan tazminat davalarının görülmesinin adli yargının görevinde olduğu sonucuna ulaşılmıştır.¹²⁵

¹²⁵ D.11.D., 17.4.1980, E:1979/1995, K:1980/1317.(Celal Karavelioğlu, **İdari Yargılama Usulü Kanunu**, 6.baskı, C.I, Ankara, 2006, s.448.)

c) Yargıtay Kararlarında Fiili Yol

Bu kısımda görüleceği üzere, Yargıtay idari eylem-fiili yol(haksız eylem) ayırımına ilişkin tüm kararlarında 1959 yılındaki İçtihadı Birleştirme Kararına atıf yapmaktadır ve bu karardaki ölçütleri kullanarak sonuca ulaşmaktadır. Biz önceki bölümlerde Yargıtay'ın idari eylem-haksız eylem ayırımına ilişkin görüşü hakkında yeterli açıklamayı yaptığımızı düşünerek bir tekrara düşmeyi engellemek açısından aynı konuya burada tekrar değinmeyeceğiz ve sadece karar örneklerini sunmakla yetineceğiz.¹²⁶

Karar örneklerine geçmeden öncelikle belirtmek gerekir ki, Yargıtay'a göre, bir kamu kurumu tarafından bir tesisin yaptırılması sırasında Devlet malı olmayan yerlerden toprak ya da kum alınması ve böyle yerlere toprak veya moloz yığılması sonunda zararların ödettilmesi davaları başkalarının malını kamu kurumunun dileği gibi el atma hakkı bulunmadığı ve plan ve projelere ve şartnamelere başkasının malına ihtiyaca göre el atılablmesini gerektirecek esaslar konulamayacağı nedeniyle haksız eylemden doğma tazminat davası sayılır. Aynı kural, ağaç kesilmesi hali içinde söz konusudur. Bundan başka yapılan işlerin plan ve projelere aykırı yapılması hali idari karara aykırı bir hareket bulunması itibariyle yine karar uygulanmasından doğan bir eylem sayılamaz ve bu bakımdan da haksız eylemden doğan ve genel mahkemelerce bakılması gerek bir tazminat davası olarak kabul edilir.

¹²⁶ Bkz.s.38.

Yargıtay, davacının, belediyenin yol geçirmek suretiyle kamulaştırmaz el attığı taşınmazın, belediye adına terkini karşılığında bedelini istediği davanın yerel mahkemece görev yönünden reddine dair kararını bozarak bu davalarda adliye mahkemelerinin görevli olduğunu karara bağlamıştır.¹²⁷

Başka bir kararda, davacının, köy yolunun genişletilmesi sırasında bir kısım yerinin yola karıştırıldığı, kavak ve meyve ağaçlarına zarar verildiğini ileri sürerek ve bu yüzden uğradığı zararın ödetilmesini isteyerek açtığı davanın, genişletilen yolun bir plân ve kamulaştırma işlemine dayandığı, yolun genişletilmesi için kamulaştırılan taşınmazlar arasında davacıya ait taşınmazın bulunmadığı, mahallinde yapılan keşif ve uygulama tutanağının incelenmesinden bu durumun anlaşıldığı, açıklanan bu duruma göre davanın haksız eylem nedeniyle uğranılan zararın ödetilmesi davası olduğu, kamu kuruluşu olan Köy İşleri Bakanlığına bağlı Y.S.E. Müdürlüğünün kamulaştırma yasasına uygun hareket etmeden kişinin malını elinden almış olması, ağaçlarına zarar vermesi yasaya aykırı bir davranış olduğundan, adli yargının görevinde olduğu söylenerek yerel mahkemenin görevsizlik kararı bozulmuştur.¹²⁸

Kamulaştırma alanı dışına kalan yerden toprak alınması ve toprak yığılması nedeniyle uğranılan zararın ödetilmesi istemine ilişkin davada, 11.2.1957 gün ve 17/15 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında açıkça belirtildiği üzere, Kamu Kuruluşlarının verdikleri kararlar sonunda plân ve projelere uygun olarak tesisler yaptırmış olmaları veya bu tesisleri kullanmaları veyahut tesisleri bakmaları nedeniyle kişilerin uğramış oldukları zararların ödetilmesine ilişkin ve idari nitelikte olan davalara bakmaya idari yargı görevli olduğu, dava, bir tesisin yaptırılmış olması ve ya bu tesisin kullanılması ya da bakımı nedeniyle uğranılan zararın ödetilmesine ilişkin olmayıp,

¹²⁷ Y.3.HD., 1.10.1991, E:1990/13958, K:1991/9459.

¹²⁸ Y.4.HD., 20.6.1972, E:1972/8154, K:1972/6012.

haksız fiilden doğan tazminat davası niteliğinde bulunduğundan, adli yargının görevli olması gerektiğine karar verilmiştir.¹²⁹

¹²⁹ Y.5.HD., 31.1.1985, E:751, K:1064.

d) AYİM Kararlarında Fiili Yol

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, Kamyon şoförlüğü yapan sivil bir şahıs olan davacı Bircan Nakliyat Şirketi aracılığıyla Kırklareli'nde bulunan 33. Piyade Alay Komutanlığı'ndan Siirt Pervari ilçesine dönüşlerinde korunmaları şartıyla mühimmat götürmek üzere anlaştığını, mühimmatı Pervari'ye götürüp burada bulunan Jandarma Komanda Alayına teslim ettikten sonra, dönmek istemelerine rağmen adı geçen Alaydaki görevli bazı subaylar tarafından 50 km. mesafedeki Doğancılar karakoluna asker götürmeleri için zorlandıklarını, askeri bırakıp dönerken, koruma tedbirleri alınmadığı için pusuya düşürülerek vurulduğunu, bu sebeple sakat kaldığını iddia ederek açtığı davada; uyuşmazlığın, idare ile davacı arasında yapılan taşıma sözleşmesine uyulup uyulmadığı, ayrıca iddia olunduğu gibi sözleşme dışına çıkılarak idarenin bazı ajanlarının davacıyı zorlama suretiyle Doğancılar Karakoluna asker taşıtarak "fiili yol"a sebebiyet verip vermediklerinden kaynaklandığını, İdarenin taraf olduğu her sözleşmenin idari sözleşme sayılmayacağını, idarenin özel hukuk sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların adli yargıda, idari sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların ise idari yargı da çözüleceği, idarenin davacı ile yapmış olduğu taşıma sözleşmesi, yapılan sözleşmenin belli bir yasada düzenlenmediği, idareye üstünlük ve ayrıcalık tanımadığı, idarenin akit tarafı belirli bir usule göre belirlemeyip serbestçe seçtiği göz önünde tutulduğunda, yapılan sözleşmenin idarenin özel hukuk sözleşmelerinden olduğunun anlaşıldığı, Pervariye gelen araçların bir kısmına idarenin bazı ajanlarının haksız fiil sonucu zorlama suretiyle Doğancılar Karakoluna asker taşınmış, böylece "fiili yol"a sebebiyet verilmiş ise, fiili yoldan doğan bütün ihtilafların adliye mahkemelerinde görüleceği öğretide ve uygulamada kabul edilen bir durum olduğu gerekçeleriyle, ister fiili yoldan, isterse sözleşmeye aykırı davranıştan doğan

bir zarar olsun, bu zararın tazmini ile ilgili davanın adli yargıda görüleceğini belirterek görevsizlik kararı vermiştir.¹³⁰

¹³⁰ AYİM 2.D., 1.6.1994, E:1994/994, K:1994/1137.

İKİNCİ BÖLÜM

FİİLİ YOLUN HÜKÜM VE SONUÇLARI

A) EYLEMİN NİTELİĞİNİN DEĞİŞMESİ

Bir takım ayrıcalıklarından yararlanan İdarenin temel hak ve hürriyetlere belirli düzeyde müdahale etmesinin olağan sonucu, idari yargıda dava edilerek işlemin iptalinin ve işlemin uygulanmasından kaynaklanan zararın tazmininin talep edilmesidir. Ancak belirli ağırlık derecesini aşan hukuka aykırılıklar, fiili idare işlevinden çıkarır.¹³¹ İdarenin eylemi, fiili yolun unsurlarını taşıyorsa Medeni Hukukun kapsamına girmekte ve haksız fiile dönüşmektedir. İdarilik niteliklerini kaybettikleri oldukça açık olduğundan “*idari bir usul*” olmaktan çıkmakta ve “*adi bir fiil*”e dönüşerek fiili yolu doğurmaktadırlar.¹³² Burada, eylem, idari niteliğini bütünüyle kaybederek “*mahiyet değiştirmektedir*”.¹³³ Bunun değişimin sebeplerinin neler olduğuna ileride değinilecektir.

Eylemin niteliğinin değişmesi sonucu, fiili yolun açık bir surette kanunlara ve idari usullere aykırılığından kaynaklanır. Yukarıda söylediğimiz gibi fiili yolda usulsüzlük, yolsuzluk o kadar açık ve barizdir ki artık bu fiilin idari fiil karakterini haiz olmadığına hiç bir şüphe kalmaz, bu karakterden mahrumiyeti gayet açık bir şekilde görüldüğü için, hakimi bu nokta üzerinde tetkikler ve tahliller yapmaya mecbur bırakmaz. Artık fiilin idarilik karakterinden mahrum olduğu ilk başta anlaşılır.¹³⁴

¹³¹ Oğurlu, agm., s.64.

¹³² Onar, age., s.1672.

¹³³ Oğurlu, agm., s.64.

¹³⁴ Onar, age., s.1672.

Görülüyor ki, idarenin faaliyetlerindeki ağır hukuka aykırılıklar, idarenin eylemlerini “idari” olmaktan çıkarmakta ve özel hukuk kapsamındaki haksız fiillere dönüştürmektedir. Bu durumda yapılan iş idarilik niteliğini kaybettiğinden, idarenin sorumluluğu idare hukuku esaslarına göre değil, adli yargı önünde özel hukuk hükümlerine tabi olarak belirlenmektedir.¹³⁵ İdarenin faili olduğu bir eylem idari nitelikte ise idari yargıda, değilse haksız fiil sayılarak adli yargıda dava konusu yapılmaktadır.¹³⁶

Eylemin idari kimliğinin kaybedilmesiyle İdare, bulunduğu ayrıcalıklı konumundan düşmekte ve sonuçta eylemin vasfı değişmektedir. İdarenin, kamu özgürlüklerine müdahalede olağan dışı fiil ve usullere başvurması ve bir saldırıda bulunması, artık bu işlem ya da eylemin idarilik niteliğini sona erdirdiğinden uyuşmazlığın idari yargıda görülme ayrıcalığını kaybederek adliye mahkemelerinde görülmesiyle sonuçlanmaktadır. Böylece, artık İdare ajanının eyleminden kaynaklanan uyuşmazlığın çözümü, herhangi bir kimsenin eylemiymişçesine adliye mahkemelerine kalmış olur. “*İdari eylemin niteliğinin değişmesinin*” bir sonucu olarak, adli yargı hakiminin verebileceği kararlar ve yargı yetkisi de genişlemektedir.”¹³⁷ Verilebilecek bu kararlara ve adliye hakiminin sahip olduğu yetkilere “fiili yol da adliye hakiminin yetkileri” başlığı altında yer verilecektir.

Kararlar kısmında belirttiğimiz gibi, tüm yargı organları ve doktrin de idarenin yukarıda belirttiğimiz türden fiillerinin, artık idari eylem kabul edilemeyeceğini ve buna ilişkin uyuşmazlıkların adli yargıda çözüleceğini kabul etmektedirler.

¹³⁵ Ayanoğlu, age., s.55.

¹³⁶ Adil Özkol, **Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları Açısından İdari Yargının Görev Alanı**, Ankara, Sevinç Matbaası, 1970, s.89.

¹³⁷ Oğurlu, agm., s.64.

Doktrin ve yargı organları fiili yol halinde ortada idari bir eylemin olmadığını, bir haksız fiil bulunduğunu ve bu nedenle uyuşmazlığın çözümüyle görevli yargı organının adli yargı mercileri olduğunu kabul ediyor dedik. Peki fiili yol halinde neden idari bir eylemin varlığı kabul edilmiyor da ortada bir haksız fiil vardır deniliyor?

Bunun temel sebebi tarihsel olarak adli yargı organlarının mülkiyet ve zilyetlik uyuşmazlıklarının çözüm yeri ve kamu hürriyetlerinin koruyucu olarak kabul edilmesidir. Şimdi yaptığımız tüm bu açıklamaları daha ayrıntılı bir şekilde inceleyelim.

1) 1789 Fransız Devriminden Önceki Dönemde Yargı

1789 Fransız Devriminden önceki dönemde feodal durumdan endişeye düşen krallar geniş bir temerküz hareketi yapmaya yani senyörlerin elindeki gücü merkezde toplamaya başlamışlardır. Bu suretle bir taraftan önce bazı mahalli hizmetleri gören senyörlerin güçleri azalmış ve buna karşılık merkezin düzeni ve yasaklayıcı tedbirler alma gücü çoğalmıştır. Diğer taraftan umumi hizmetleri üzerine alan merkez, bunların ifa vasıtalarını da eline geçirerek teşkilât ve kuvvetini çoğaltmıştır. Toplumlaşma hareketlerinde de çoğalmasi ile daha şiddetle duyulan hukuki birlik ihtiyacı temerküz hareketlerini artırmış ve kuvvetli bir merkez ve geniş bir idare teşkilatı gerektirmiştir. İşte bu siyasi sebepler idari rejimin bir unsurunu teşkil eden geniş ve kuvvetli merkezi bir idare teşkilatının doğmasıyla sonuçlanmıştır. Bu teşkilat, merkezde kral ve bakanlar; ülkenin muhtelif noktalarında intendant'ları(taşradaki devlet temsilcileri) ve komiserleri ile ortaya çıkıyor ve kral namına idari görevleri yerine getiriyor, kraldan aldığı yetkileri kullanıyordu. Yargısal görevler Parlaman adını taşıyan bir takım mahalli mahkemeler tarafından yerine getiriliyordu. Bu Parlaman'lar kendilerini hukuk kurallarının koruyucusu ve bunların uygulanmasını temin eden birer organ

kabul ediyorlardı. Parlamen'ların uyguladıkları hukuk; örf ve âdetlerle kralın buyruklarından ibaretti; ancak bu buyrukların birer hukuk kuralı haline gelmesi ve Parlamen'lar tarafından uyulması mecburi sayılarak uygulanabilmesi için Parlamen'lar tarafından tasdik ve tescil olunması gerekiyordu. Bir idare memuruna karşı kral tarafından ilan edilmiş bir buyruk tescil edilmediği takdirde o buyruk memur tarafından uygulanması mecburi bir emir mahiyetinde olmakla beraber Parlamen nazarında uygulanması ve uyulması mecburi bir hukuk kuralı olarak kabul edilmiyordu.¹³⁸

Bu suretle devletin içinde hukuk kuralları karşısında ve teşkilatta bir ikilik meydana geliyordu: Bir taraftan kendisini hukuk kuralları ile bağlı saymayan ve memurlarına dilediği şekilde emir veren kralla ondan emir alan ve aldıkları emirleri uygulamakla yükümlü olan idare memurları; diğer taraftan örf ve adet ve tescil edilmiş buyruklardan başka kural tanımayan ve yargı gücünü elinde tutan Parlamen'lar.¹³⁹

Bu ikilik, Devletin içinde bir takım yetki çarpışmalarına ve ihtilâflara sebep oluyordu: kral, bir intendant'ı(taşradaki devlet temsilcileri) tayin ettiği zaman bunun görev ve yetkilerini de bir tayin beratı mahiyetinde olan "commission"larında gösteriyor ve bu beratla(commission) bu memur bir takım güç ve yetkilere sahip oluyordu. Bu belgeler kralla memuru arasında bir tasarruf sayılıyor ve umumi kurallar koymuş olsa bile ilan edilmiyor ve tescile tabi tutulmuyordu. Bunun sonucu olarak bu belgeler Parlamen ve dolayısı ile halk nazarında bir hukuk kuralı niteliği taşıyor ve bun-

¹³⁸ Onar, age., s.64.

¹³⁹ Onar, age., s.64.

lara uymayanlar bir hukuk kuralına uymamış sayılmıyor ve dolayısıyla Parlaman'lar tarafından bir müeyyide uygulanmıyordu.¹⁴⁰

Demek oluyor ki bu beratlar memura karşı bir emri içermekle beraber bugünkü icrai kararlar gibi hukuki bir borç ve yükümlülük meydana getirmiyorlardı. Bunların mahkemeler tarafından dikkate alınması ve bir hukuk kuralı şeklinde uygulanması için kral buyrukları gibi Parlaman'lar tarafından tescil edilmesi gerekiyordu. Yani bir idari tasarruf olarak sayabileceğimiz bu emirler bir hukuk kuralı niteliğini alabilmeleri ve üçüncü şahıslara hukuki bir borç ve yükümlülük yükleyebilmeleri için yargı organları olan Parlaman'ın tasdik ve müsaadesiyle sonuçlanmaları gerekiyordu.

Parlaman'lar zamanla, bunların memurlara aşırı yetkiler verdiklerini öne sürerek tescillerinden kaçındılar; bu hal memurlarla Parlaman'lar arasında daimi bir ihtilaf sebebi oldu; intendant(taşradaki devlet temsilcileri) veya kralın diğer bir memuru, beratını uygulayarak kralın emirlerini yerine getirirken bir hakkı ihlal ederse birey o memurun aleyhine Parlaman'a müracaat ediyor ve Parlaman bu müracaatı iki birey arasında sıradan bir ihtilaf ve dava şeklinde kabul ederek muhakeme ediyordu; sonuçta memurun hareketini örf ve adet veya tescil edilmiş bir kral buyruğu gibi bir hukuk kuralına uygun görmezse, bu hareket memurun elindeki berata yani kralın emrine uygun olsa bile, onu haksız bir fiil olarak menediyor ve gerektiğinde memur hakkında bir müeyyide uyguluyordu. Parlaman bu yetkisini re'sen de kullanıyordu. Diğer taraftan kral da zarar ve ziyana ve bazen cezaya mahkûm edilen memurunu himaye için araya giriyor ve o da Parlaman'ın hükmünün uygulanması ve tanımına engel oluyordu; bazen bu ihtilaf daha da şiddetleniyor, kralın memurları ile Parla-

¹⁴⁰ Onar, age., s.64.

man'ın memurları birbirleri ile çarpışıyorlardı; iş kuvvetlinin ve çoğunlukla kral tarafının galibiyeti ile sonuçlanıyordu.¹⁴¹

Aynı zamanda, Parlaman'lar mahalli birer yargısal kuruluş olmakla beraber daha çok o mahallin nüfuzlu şahsiyetlerinin etkisi altında kalıyorlar ve çok ağır ve masraflı bir usulle çalışıyorlardı; bu itibarla halk bunların adaletinden memnun olmadığı gibi hükümlerinin de genellikle neticesiz kaldığını görüyor ve bundan dolayı halkın bunlara karşı güven ve saygısı azalıyordu. Krallar bundan istifade ettiler ve halkın idareden yani kralın memurlarından şikayetlerini, gene diğer bir kısım kral memurları vasıtasıyla halletmeye çalıştılar; kral tarafından memurlarla halk arasındaki ihtilafları halletmeye memur edilen bu kişiler şikayet ve ihtilafları daha masrafsız, daha çabuk ve adilane ve tesirli bir surette hallediyorlardı; bunun neticesi olarak da ortaya ikinci bir yargı organı çıkıyor ve kral memurları yani idare, Parlaman'ların müdahalesinden fiilen kurtulmuş oluyordu.¹⁴²

İşte idari rejimin ikinci ve mühim bir karakteri olan idarenin adliye karşısında istiklali prensibinin bu surette tohumları atılmış oldu. İdare ile fert arasındaki ihtilafların gene bizzat idarenin diğer bir kısım faal memurları tarafından halledilmesi sistemi idare hukuku tarihinde bakan - hakim teorisi ve sistemi adını taşır. Bu sisteme ikinci başlık altında yine değineceğiz.

¹⁴¹ Onar, age., s.66.

¹⁴² Onar, age., s.66.

2) Devrim ile Birlikte Yargı

Devrim öncesinde genel mahkemelerin işlevini yüklenmiş olan Parlamen'lar, tutucu ve ayrıcalıklı sınıflardan oluşmaktaydı ve tescil hakları vardı. Yukarıda da belirttiğimiz gibi Kral bir buyruk ilan edince Parlamen'lar uyarı haklarına dayanarak, krala bu buyruğun uygun olmadığını bildirebiliyorlardı. Dolayısıyla kendi çıkarlarıyla bağdaşmayan, kendi işlerine gelmeyen buyrukları tescil etmeyerek kendi yargılama bölgesinde yürürlüğe girmesini engelleyebiliyorlardı. Bundan dolayı idarenin yeniden düzenlenerek iyileştirilmesinin yapılmasıyla, eski ayrıcalıklarının azaltılmasından kuşkuluyorlar ve idarenin faaliyetlerine engel oluyorlardı. Ayrıca idarenin işlerine müdahale ediyorlar ve bunun sonucu olarak da; idare taşrada işleyemez, felç olmuş bir duruma düşüyordu. Kısacası idare, Parlamen'lar yüzünden, o dönemlerde Fransa için zorunlu olan idari ve mali yenilikleri uygulayamıyordu.

Belirtilen bu sebepten dolayı Fransız devrimcileri Parlamen'ları kaldırıp yerlerine adli mahkemeleri kurarken bu mahkemelerinde Parlamen'lar gibi yenilikleri engelleyecekleri, tutucu bir tavır sergileyerek idareyi müdahaleleriyle köstekleyecekleri endişesine kapıldılar. Bu tür bir durumun ortaya çıkmaması içinde sıkı önlemler getirerek adli mahkemelerin idarenin işlemlerine karışmalarını ağır ceza tehdidiyle yasakladılar.¹⁴³ 22 Aralık 1789 tarihli yasanın 7. maddesi ve 16 Ağustos 1790 tarihli Yargının Örgütlenme Yasasının 13. maddesi,¹⁴⁴ Fransız devrimcilerinin adli mahkemelerde ne denli bir güvensizlik beslediklerinin delilidir.

¹⁴³ Ethem Atay, "Fransa' da Adli Yargı İdari Yargı Ayrımı", **Kamu Hukuku Arşivi**, Ekim 1998, s.109

¹⁴⁴ "Yargısal görevler idari görevlerden ayrıdır ve daima ayrı kalacaktır."(Yıldızhan Yayla, "Conseil d'Etat", **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, mart 1980, S:1, s.80.)

Belirtilen bu yasaklama, dönemin erkler ayırımına ilişkin Fransız anlayışına uygun düşmektedir.¹⁴⁵ Bu anlayışa göre, yürütme ve yargı kuvvetleri ayrı olduğu için idari faaliyetlerden çıkacak ihtilaflara adliye mahkemelerinin el koymaması gerekiyordu; çünkü bu takdirde idari faaliyetlerin hukuki vasıf ve kıymetleri adliye tarafından takdir edileceğinden idare, muamele ve fiillerini bu mahkemelerin takdir ve kabullerine uydurmak mecburiyetinde kalacak ve sonucunda adliyenin direktifleri ile hareket edecekti; bu suretle yürütme kuvveti bağımsızlığını kaybederek yargı kuvvetinin emir ve idaresi altına geçmiş olacaktı; bu ise kuvvetler ayrılığı teorisine uymuyordu; bundan dolayı adliyenin temsil ettiği yargı kuvveti yalnız fertler arasındaki ihtilaflara hukuk kurallarını uygulamakla yetinmeli, idarenin tasarruflarına ve faaliyetlerine hiç bir suretle müdahale etmemeliydi. Hatta bu ayrılık idarenin sırf medeni hukuk kurallarına uygun bir surette yaptığı tasarruflara bile mahkemelerin müdahale etmemesine kadar ileri götürülüyor ve taraflardan birinin idare olduğu her ihtilaf adliye mahkemelerinin vazifesi dışında bırakılıyordu.¹⁴⁶

Adli mahkemelere karşı olan bu güvensizlik öyle bir derecede idi ki, idarenin yargısal denetiminin halk için bir güvence olacağı hatıra dahi getirilmiyordu.

İdari tasarrufların adli mahkemelerde görülmeyip ve ayrıca idari mahkemelerde kurulmadığına göre idari tasarruflar yargı denetimine tabi olamayacaktır. Böylece kamusal idarelerin keyfî, yolsuz işlemlerine karşı bireye hiç bir yargısal güvence sağlanamayacaktı. Gerçekten de, Fransız devrimcileri yalnızca adli mahkemelerin idari davaları görmesine değil; aynı zamanda da idari mahkemelerin kurulmasına da karşı çıkıyorlardı. Eski Rejim döneminde kurulmuş olan bir takım idari mahkemele-

¹⁴⁵ Tuncay Aydın, **İdare Hukuku ve İdari Yargının Bazı Sorunları**, Ankara, Başbakanlık basımevi, 1972, s.59.

¹⁴⁶ Onar, age., s.67.

rin davaları uzunca süre karara bağlamaması ve bunun doğal sonucu olarak da davacıların oldukça fazla masrafta bulunması nedeniyle, bu tür yavaş işleyecek olan ve masraflı olan mahkemelere Fransız devrimcileri sıcak bakmıyor ve bu tür mahkemeleri kurmaktan da sakınıyorlardı.¹⁴⁷

1789 devrimcileri ülkedeki tepkileri bastırmak ve merkezi otoriteyi kurmak amacıyla, esasen 4 Ağustos 1789 tarihinde feodaliteyi ilga edip Parlamen'ları dağıttıktan bir yıl sonra, yargıçların yalnızca özel kişiler arasındaki uyuşmazlıklara bakabileceklerini, idarecilere merkezi otoriteden başka bir gücün müdahalede bulunamayacağını, mahkemelerin idareciler hakkındaki şikayetleri kabul edemeyeceğini, ceza yaptırımını altına alan bir "yasayla" benimsemişlerdir. 16-24 Ağustos 1790 tarihli Yargının Örgütlenmesi Yasası, adli ve idari mercilerin idari işlemlerle idarecilere karışamayacağını, idari davaların hukuka uygunluklarını denetleyemeyecekleri ve hatta bir dava sırasında bir idari kararın hukuka uygunluğu veya yorumlanması söz konusu edilmiş olsa bile, bu noktayı idarecilerden soracakları ve verilen cevapla bağlı kalacaklarını öngörmektedir.¹⁴⁸

Böylece özel kişiler arasındaki uyuşmazlıkların görülmesinde bir sıkıntı ile karşılaşılma olmamasına rağmen; idareye karşı şikayette bulunmada dava açılacak bir makam bulunamamıştır. Zira, Paris'teki Kral Konseyi'nde lağvedildiği için idari davaların görüldüğü hiç bir makam ve mercii kalmamıştır.

Bu durum iki başvuru yönteminin gelişmesine sebebiyet vermiştir:

Birinci yöntem **isti'taf** (=yeniden inceleme) başvurusudur.

¹⁴⁷ Süheyp Derbil, **İdare hukuku**, 5.baskı, Ankara, AÜHFY;133, 1959, s.141-142.

¹⁴⁸ Atay, agm., s.109.

Burada idari bir karardan dolayı haksızlığa uğradığı iddiasında olan birey, ilgili kararı vermiş olan makama başvuruda bulunarak kararın geri alınmasını veya kaldırılmasını ya da düzeltilmesini istemektedir.

Bu yöntemin uygulanmasından fazla verim alınmaması daha sonralarda şikayetçilerin devlet merkezindeki hiyerarşik amirlere yani bakanlara başvurabilmesinin kabulüyle sonuçlanmıştır. Bakanlar gerek merkezdeki dairelerden gerekse taşradaki memur veya temsilcilerinden kaynaklanan kararlara karşı yapılacak olan başvuruları kabul etmeye başlamışlardır. Bu durum **yargıç-bakan** kurumunun oluşumuna sebep olacaktır. Bu yöntemde bakan şikayetleri bir yargıç imiş gibi inceleyip karara bağlamaktadır ve bakanın vermiş olduğu bu tür kararlara karşı başvurulabilecek bir başka makam veya organ bulunmamaktadır. Kısa süre içinde bu yöntem yerleşmiş ve bu alandaki yetkiler bakanın elinde toplanmıştır. Ortaya çıkan bu yöntem Fransız hukukunda “*administrateur-juge*” terimi ile ifade edilmiştir. Dilimize bu kavram ‘**yargıç-idareci**’ veya ‘**idareci-yargıç**’ şeklinde çevrilmektedir.¹⁴⁹

Fransızlar devrimin sekizinci yılında I. Konsül olan Napoléon Bonapart döneminde; idari teşkilatta yapılan bir reformla idari teşkilatı yeniden düzenlemişlerdir. Buna göre idari işlemlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümlenmesinde valilere, bakanlara ve Devlet Başkanlarına idari davaları görmek ve çözümlmek yetkisi tanınmıştır. Böylece faal idare ile ilkel nitelikteki idari yargı birbirinden ayrılmış oldu ve idare kendisine ilişkin uyuşmazlıkları kendisi çözmek durumunda kalmıştır. Bu yöntemlere yukarıda belirtilen terimle birlikte Fransız öğretisi “*ministre-juge* ‘**bakan-yargıç**’ ifadesini kullanmaktadır.¹⁵⁰ Bu adlandırmanın sebebi, bireyin başvurusunu inceleyecek nihai makamın kararı veren idarenin başında bulunan bakanın ol-

¹⁴⁹ Atay, agm., s.110.

¹⁵⁰ Atay, agm., s.110.

masıdır. Bu sistemin içinde idare davanın hem tarafı hem de yargıcı olmaktadır. Hakkı çiğnenen ya da menfaati zarar gören birey söz konusu hakkının veya menfaatinin yerine getirilmesi için bir başka başvuru olanağına sahip değildir.¹⁵¹

Ancak belirtmek gerekir ki, bakan - hakim teorisi adalet ve muhakeme usullerine uymayan sakat bir teori idi: Adalet, bir hakimin hükmünün adilâne sayılabilmesi için her şeyden önce hakimin tarafsızlığını ister; davacı veya davalının hakimi olduğu bir hüküm hiç bir zaman adil sayılamaz; hakimin tarafsızlığı muhakeme usullerinin en temel noktasıdır. Halbuki bakan - hakim teorisinde bakan veya onun bir kısım memurları kendi namlarına ve emirleri altında hareket eden memurlar hakkındaki şikayet ve davaları inceleyerek hüküm veriyorlardı. Gerçi memurların da hakimler gibi tarafsız ve sırf hizmet fikri ile hareket eden kimseler oldukları ve bundan dolayı idarenin bir faaliyetinin hukuk kurallarına aykırılığından dolayı çıkan bir ihtilafın bunlar tarafından tarafsız bir şekilde çözümleneceği iddia edilebilirdi; fakat ihtilafın konusu olan hizmet ve faaliyet o hizmetin şefinin emir ve direktiflerine göre ve onun denetimi altında yerine getirildiğinden bunun hukuka aykırılığını o şefe yani faaliyetin dolayısıyla failine incelettirmek davalıyı hakim durumuna koymak demek olacağından muhakeme usulü prensipleri ile bağdaştırılamazdı.¹⁵²

Devrimcilerin, ilerleyen yıllarda yaptıkları değişikliklerle, kamusal idarelerin başına getirilen şeflerin yanında birer istişari meclis kuruldu. Bu meclis yeni kurulan istişari nitelikte bir meclis idi. İdari davaları bu istişari meclislerin incelemesi daha uygun görüldü. Ancak hüküm vermek hakkı yine devlet başkanına aitti. Bu meclisin

¹⁵¹ Rüştü Aral, “Yargı Organı Olarak Danıştay”, **Yüzyıl Boyunca Danıştay**, Ankara, Türk Tarih Kurumu Basımevi, 1968, s.302-303.

¹⁵² Oğurlu, agm., s.64

dava hakkındaki kararları da iştirari idi. Yani bunların bir yargılama makamı olduğundan söz edilemezdi.¹⁵³

Bu sebeple bu değişikliği Fransa’da idare yargılama organlarının kurulması niteliğinde saymak pek doğru olmaz.

* * *

İşte bu yukarıda tüm anlattıklarımız içinde, fiili yol halinde neden adli yargı organlarının görevli olduğu sorusunun cevabı yatmaktadır; yani fiili yol halinde ortada bir idari eylem değil de artık bir haksız eylemin varlığının kabul edilmesinin asıl sebebi; idari yargının ortaya çıkarken izlediği yol ve ilk ortaya çıktığında sahip olduğu niteliktir. Fransız devriminden sonra, devrimi yapanlar yukarıda belirttiğim gerekçelerle kendi işlemlerinin adli yargıda denetlenmesini istemiyorlardı. Kendi işlemlerinin yine kendileri tarafından denetlenmesi gerektiğini düşünüyorlardı. Bunun içinde kendi içlerinde Conseil d’Etat isimli bir denetim organı oluşturmuşlardı. İdari yargılamanın yeşermeye başladığı ilk dönemlerde Fransa’da Conseil d’Etat yani Danıştay bir yargılama makamı pozisyonunda değildi. Sadece Devlet’e görüş bildiren, tavsiyelerde bulunan bir danışma organı idi. Danıştay’ın gerçek anlamda bir yargılama makamı olması 19. yy.’nın sonlarını bulmuştu. Danıştay bu tarihe kadar bir yargılama makamı olarak kabul edilmiyordu. Avrupa’da mülkiyet hakkı, yaşanan tarihsel süreç nedeniyle son derece önemli hale gelmişti. Adalet Mahkemeleri kamu hürriyetlerinin, özellikle mülkiyet ve zilyetliğin koruyucusu olan yargılama makamları olarak kabul ediliyorlardı. İşte “fiili yol” durumunda, ortada idareye izafe edilebilen bir davranış olsa da, bu öyle bir davranıştı ki, idare burada, mülkiyet hakkına ya da bir kamu hürriyetine ağır bir darbeye bulunuyordu; böyle bir uyuşmazlığı da, tam anla-

¹⁵³ Derbil, age., s.142.

mıyla bir yargılama makamı olan ve mülkiyet hakkını ve kamu hürriyetlerini korumakla görevli olan adalet mahkemeleri çözüme kavuşturmalıydı. Bunun sonucu olarak da, o zamanlarda, fiili yol gibi özel bir kurum oluşturularak, aslında bir idari eylem de sayılabilecek idarenin bu türden davranışlarını denetlemek görevi, daha ziyade mülkiyet hakkına verilen özel önem ve idari yargının ilk ortaya çıktığı dönemdeki bu niteliği gereği adliye mahkemelerinde görüldü.

Türk hukukunda ise idari yargının ortaya çıkışı daha farklı bir süreç yaşamıştı.

Osmanlı imparatorluğunda her ne kadar devlet kudretleri hükümdarın şahsında toplanıyorsa da, 17. ve 18. yüzyıllarda batı ülkelerinde mutlakiyet ve istibdat rejimlerini yıkarak iktidar ve otoriteyi belli hukuk ilkelerine bağlamak ve halk egemenliğini sağlamak amacıyla başlayan mücadele ve yeni fikir akımları üzerine¹⁵⁴, Osmanlı'da da, yavaş yavaş, devlet yetkilerinin kullanması için bazı esas ve usuller konuyor ve İmparatorluğun içine düştüğü zor durumdan kurtulması için bir takım ıslahat hareketlerine girişilmeye karar veriliyordu. Bu ıslahat hareketlerinden biri de hükümdar adına yargı ve yürütme yetkisine tasarruf eden merci ve kuruluşların birbirlerinden ayrılması oluyordu.

1839 tarihli Gülhane Hattı Hümayununun ilanında Meclisi Ahkamı Adliye mevcuttu. 1854 tarihinde ise Meclisi Aliyi Tanzimat meydana getirilmiştir. Daha sonra bu iki kuruluş 1861 tarihinde Meclisi Valayı Ahkamı Adliye adı altında birleştirilmişti.¹⁵⁵ Bu yüksek kurul, hem bir danışma meclisi, hem bir yüksek adli mahkeme ve hem de yüksek bir idari mahkeme organıydı.¹⁵⁶ Bu yüksek kurul 1867 tarihine kadar Tanzimatı Hayriye esasları dairesinde kanun ve nizamların görüşülmesini, düzen-

¹⁵⁴Orhan Özdeş, "Danıştay ve Tarihi Gelişimi", **Danıştay Dergisi**, yıl:1, S:1, 1973, s.24.

¹⁵⁵Aral, agm., s. 232.

¹⁵⁶Ahmed Akgündüz, "Arşiv Belgeleri Işığında Şuray-ı Devlet'ten Danıştay'a İdari Yargı Teşkilatı", **II. Ulusal İdare Hukuku Kongresi**, Ankara, 1993, s.123.

lenmesini yerine getirmiş ve mülki işlerle havale olunan davaları görmüştür. 1867 yılında da Meclisi Valayı Ahkamı Adliye ikiye ayrılarak Meclisi Vala Şurayı Devlet ve Divanı Ahkamı Adliye oluşturulmuştu.¹⁵⁷

Divanı Ahkamı Adliye özel kişiler arasında çıkan davaları çözümlmek ve Tanzimatın ilanından itibaren yürürlüğe konulan kanun ve tüzükleri, anlaşmazlıklarda uygulamak üzere kurulmuş olan en yüksek mahkeme idi. Bu mahkemenin kişi ile idare arasındaki anlaşmazlıklardan doğan idari davaları çözümlmek yetkisi yoktu.¹⁵⁸

Meclisi Vala Şurayı Devlet ise idarenin taraf olduğu uyuşmazlıkları çözümlmekle yetkili idi. O tarihte idari davalar çok geniş anlamda ele alınmıştı, iki taraftan biri kamusal idare olan her dava idari dava sayılıyordu. Bu suretle Meclisi Vala Şurayı Devlet'in yetkileri çok geniş tutulmakta idi. Meclisi Vala Şurayı Devlet, hükümet idaresi aleyhine açılan bütün davalara bakmakla kalmıyor aynı zamanda bir uyuşmazlık mahkemesi yetkisiyle de donatılmış bulunuyordu. Bir davayı çözümlmeye yetkili merciler arasında çıkan uyuşmazlıklar hakkında karar vermek yetkisi bir tüzükle Meclisi Vala Şurayı Devlet'e tanınmıştı.¹⁵⁹

Ancak bu yetki, kararın yerine getirilmesi bakımından sınırlandırılmış, Meclisi Vala Şurayı Devlet tarafından verilen kararların yürütülmesi bu kararların Sadaret makamınca onanması şartına bağlı kılınmıştı.¹⁶⁰ Sadaret makamının kararları onanması halinde ne yapılacağı ise belli edilmemişti. Yine Sadaret makamınca onanan kararların hükmü ya gecikmeli olarak yerine getirilmiş ya da hiç yerine getirilmemiş-

¹⁵⁷Onur Karahanoğulları, **Türkiye'de İdari Yargı Tarihi**, Ankara, Turhan Kitapevi, 2005, s.132; Akgündüz, agm., s.123; Özdeş, agm., s.124; Aral, agm., s.232.

¹⁵⁸ Özdeş, agm., s.24.

¹⁵⁹ Özdeş, agm., s.24.

¹⁶⁰ Rüştü Aral, "Danıştay'ın Tarihçesi, Kuruluş ve Görevleri", **Danıştay Dergisi**, Yıl: 1, S: 3, s.55; Özdeş, agm., s.25.

ti. Bunlar yanında, o dönemde, Meclisi Vela Şurayı Devlet'e gelen davalar yargı makamı gibi değil bir idari itiraz gibi bir idari iş gibi inceleniyordu. Savunma hakkı, davaların aleni görülmesi, kararın kesin hüküm teşkil etmesi gibi taraflara yargı teminatı sağlayan, yargı usulleri mevcut olmadığından¹⁶¹ da, bu organın tam bir yargılama makamı olduğundan söz edilemeyecekti. Görülüyor ki bu dönemde tutuk(bağlı) adalet sistemi uygulanmıştır.

Osmanlı İmparatorluğunun Birinci ve İkinci Meşrutiyet dönemlerinde tutuk(bağlı) adalet sistemi hakim olmuştur.¹⁶²

20 Nisan 1924 tarihli Teşkilatı Esasiye Kanununun 51. Maddesiyle, Şurayı Devlet kurulması öngörülmüş ve 23 Kasım 1922 tarih ve 669 sayılı kanunla Türkiye Cumhuriyetinin ilk Danıştay'ı kurulmuştur. Fakat Şurayı Devlet'in fiilen işe başlama tarihi 6 Temmuz 1927'dir.

Bu kanunla Osmanlı Devletinde uygulanan tutuk adalet sistemi terk edilerek, Şurayı Devlet tarafından verilen kararların hiçbir makamın onayına tabi olmaksızın yürütülebileceği kabul edilmiştir.¹⁶³

Görülüyor ki Türk idari yargı sisteminin doğmaya başladığı tarihlerde de, idari yargı organlarının, aynen Fransız idari yargı tarihinde olduğu gibi, gerçek bir yargılama makamı olmadığı daha ziyade devlete görüş bildiren, tavsiyelerde bulunan ve bir yargılama makamı gibi değil de idari bir itiraz merci gibi çalışan kuruluşlar olduğu görülmektedir. O halde, fiili yol halinde adliye mahkemelerinin görevli olmasının sebebi olan, Fransa'daki idari yargı organlarının doğduğu dönemde gerçek bir yargılama makamı olmaması hali, Türk idari yargı sistemi içinde geçerlidir denilebilir.

¹⁶¹ Aral, **Danıştay'ın Tarihçesi, Kuruluş ve Görevleri**, s.54.

¹⁶² Aral, **Yargı Organı Olarak Danıştay**, s.305.

¹⁶³ Özdeş, agm., s.27.

Sonuç olarak diyebiliriz ki, Türk idare hukukunda da, Fransız hukukundaki anlayış geçerli olup, idarenin belli niteliğe sahip bazı davranışlarının fiili yol teşkil ettiği ve bunlara ilişkin uyuşmazlıkların çözüm yerinin adliye mahkemeleri olduğu kabul edilmiştir.

Hemen belirtmek gerekir ki, 1961 Anayasasıyla Şurayı Devlet Danıştay ismini alarak, yargı organları içinde yerini almış ve 24 Aralık 1964 gün ve 521 sayılı kanunla yüksek idare mahkemesi olarak kurulup görevleri yeniden düzenlenmiştir. 6 Ocak 1982 tarih ve 2575 sayılı kanunla da bugünkü halini almıştır.

B) FİİLİ YOL VE SORUMLULUK

Olağan şartlar altında, kamu görevlilerinin yetkilerinin sınırlarını aşmaları, bu kimselerin çoğu kez bir soruşturma ve disiplin cezasına çarptırılmalarıyla sonuçlanabilir. Diğer yandan, yetki sınırının aşılması idari sorumluluk sebebi olarak tam yargı davasına konu olabilir.¹⁶⁴

Peki fiili yol halinde sorumluluk hangi yargı organında kime ya da kimlere yüklenecektir? Fiili yol halinde hizmet kusuru ve dolayısıyla idare mahkemelerinin görevi mevzu bahis olacak mıdır? Sadece fiili yolu gerçekleştiren kamu görevlisi mi sorumludur yoksa idare de sorumlu mudur? Bu sorumlulukların hukuki esası nedir? Anayasanın 129. maddesinin 5. fıkrasındaki hukuki korumadan fiili gerçekleştiren kamu görevlisi fiili yol halinde yararlanabilecek midir? İşte burada tüm bu soruları cevaplamaya çalışacağız.

Hemen şunu belirtmek gerekir ki, bu konu da neredeyse tüm yazarlar farklı düşünmektedir. Biz burada önce bu farklı düşüncelere yer vereceğiz, daha sonra da kendi görüşümüzü ortaya koymaya çalışacağız.

1) Fiili Yol ve Hizmet Kusuru

Fiili yol halinde, acaba eylemin hizmetle bağlantısı devam eder mi? Yani ortada hizmet kusuru var mıdır?

Bunun önemi şuradadır: Eğer fiili yol halinde hizmet kusurunun varlığından söz edersek ortaya çıkan zararın tazmini istemiyle idari yargı organları önünde idareye karşı dava açılabilir. Yani bu belirleme fiili yol halinde idare mahkemelerinde idare aleyhine dava açılıp açılmayacağını tespitine yöneliktir.

¹⁶⁴ Oğurlu, agm., s.64.

Fiili yol halinde hizmet kusurunun var olup olmadığı sorunu doktrinde tartışmalıdır.

ONAR'a göre:

“Fiili yol halinde, memurun şahsi kusuru ile idarenin hizmet kusurunun içtimai durumunun nasıl olduğu düşünülebilir. Halbuki böyle bir görüş doğru değildir, çünkü şahsi kusurla hizmet kusurunun içtimanda idarenin mes'uliyetinin dayandığı hukuki esaslar ve bu mes'uliyeti tayin ve tespit edecek salahiyyetli merci değişmemektedir: idarenin hizmet kusuruna dayanan mes'uliyeti, idare hukukunun mes'uliyet esaslarına dayandığı halde fiili yolda idarenin mes'uliyeti medeni hukuk prensiplerine dayanmaktadır. Hizmet kusurundan doğan mes'uliyeti tayin ve tespit etmek ve neticesine hüküm eylemek idare mahkemesine ait olduğu halde fiili yoldan mütevellit mes'uliyetin ve neticelerinin tayini adliye mahkemesine aittir. Binaenaleyh fiili yol şahsi kusurla hizmet kusurunun içtimai mahiyetinde değildir.

Fransız müelliflerinden Desgranges fiili yolu hizmetin bir fiili olmamak yani hizmet kusurunda olduğu gibi hizmete bağlanmamakla beraber hizmetten bir fiil olmakta devam ettiğini kabul etmektedir.

Kanaatimizce bu münakaşa pek teorik bir kıymet taşımaktadır: idare bir hükmi şahıs olmak itibariyle yaptığı her akitten veya fiilden dolayı evvela her hakiki veya hükmi şahsın bağlı olduğu hukuk kaidelerine, yani medeni hukuk hükümlerine tabidir; fiili yolda fiil ve ameliye idari hükmi şahsına atf ve isnat edilebilecek bir mahiyette olmakla beraber fiilin dejenere olarak idari karakterini kaybetmesinden dolayı idare hukuku kaidelerin tabi olmasına imkan kalmadığından mes'uliyetin medeni hukuk ve Borçlar Kanunu hükümlerine dayanacağı tabii ve zaruridir: bu idarenin bir hükmü şahıs olmasının, zarar doğuran fiilin faili bulunmasının ve fiil ile zarar arasındaki illiyet rabitasının tabii ve zaruri bir neticesidir. Cemiyet veya şirket gibi hükmi şahıslara mes'uliyetlerini mucip olacak bir fiilden dolayı medeni hukuk hükümleri dairesinde mes'uliyet tevcih edildiği gibi bir hükmi şahıs olan idareye de idari mahiyet ve karakterini kaybeden ve fakat idare hükmi şahsına atf ve isnadı kabil olan fiillerinden, yani fiili yoldan dolayı da aynı esaslar dahilinde mes'uliyet tevcih edilir.”¹⁶⁵

¹⁶⁵ Onar, age., s.1673-1674.

Görüldüğü üzere, ONAR, fiili yol halinde, hizmet kusurunun söz konusu olmadığını, ortada bir haksız fiil olduğunu ve hem idarenin hem de eylemi gerçekleştiren kamu görevlisinin haksız fiil esasları çerçevesinde adliye mahkemeleri önünde sorumlu olacağını, fiili yol halinde idarenin de sorumlu tutulmasının sebebinin medeni hukukta özel hukuk tüzel kişilerinin organlarının faaliyetlerinden dolayı sorumlu tutulma sebepleriyle aynı olduğunu belirtmektedir. Sonuç olarak Onar, fiili yol halinde hizmet kusurunun söz konusu olmadığını düşünmektedir.

AYANOĞLU:

“İdarenin haksız fiilleri, çoğu kez idare ajanlarının işlediği “haksız fiil”ler olarak ortaya çıkmakta ve bu sebeple açılacak davanın ajana karşı yöneltilmesini gerektirmektedir. Ancak, eylemin ajanın kişisel kusuruna bağlanamadığı durumlarda, kuşkusuz, idare tüzel kişiliğinin sorumluluğu söz konusu olacaktır. Dolayısıyla idarenin haksız fiil teşkil eden eylemleri de idareye izafe edilmekte olduğundan, bu tür eylemler organik olarak idarenin eylemi sayılmaktadır. İdarenin eyleminin dejener olarak idari karakterini kaybetmesinin sonucunda, bu tür eylemlerin idare hukuku kurallarına tabi olmasına imkan kalmamakta ve bu eylemden doğan sorumluluğun Medeni Hukuk ve Borçlar Kanunu hükümlerine göre belirlenmesi gerekmektedir.”¹⁶⁶

diyerek fiili yol halinde hizmet kusurunun ve dolayısıyla idare mahkemelerinin görevinin söz konusu olmadığını belirtmektedir. Ancak Ayanoğlu açıklamalarının devamında, fiili yol halinde, Devlet Memurları Kanunu’nun 13. Maddesinin, kamu görevlisine karşı dava açılmasını önlediğini ve açılacak davanın idareye yöneltilmesi gerektiğini söylemektedir. Fakat Devlet Memurları Kanunu’nun 13. maddesi hizmet kusurunun varlığı halinde uygulanabilecek bir maddedir. Fiili yol halinde, önce idarenin haksız fiil esaslarına göre sorumlu olduğu belirtilip daha sonra Devlet Memurları Kanunu’nun uygulanabileceğini söylemek bir çelişki yaratmaktadır.

¹⁶⁶ Ayanoğlu, age., s.60-61.

ÖZAY da:

“Fili yol halinde, ekser hallerde, memurun şahsi kusuru ve bundan doğan haksız fiile müstenit medeni mes’uliyeti de bahis mevzuu olur, bu takdirde adliye mahkemesi hem memur ve hem de idare aleyhindeki davayı aynı hukuki esaslar yani medeni hukuk ve Borçlar Kanunu hükümleri dairesince tetkik ve halleder. Çünkü idarenin usul dışı hareketinde, fiili yol halinde usulsüzlüğün, yolsuzluğunun ağır bir surette hukuk nizamına aykırılığından dolayı, idarenin fiili bir amme hizmeti ve amme kudreti arasındaki bağ kopmakta ve idare, adliye hakimi karşısında şahsi kusurundan dolayı haksız bir fiil işlemiş sayılan ve bu bakımdan mes’uliyeti bahis mevzuu olan memurlarla aynı duruma düşmekte ve aynı mes’uliyete maruz bulunmaktadır.

Hülâsa adliye mahkemesinde idare aleyhine açılan davada, dava ister fiili yol ile tahaddüs eden durumun eski hale getirilmesine, ister nakdi tazminata taallük etsin davayı doğuran fiiller idarilik karakterinden tecerrüt etmiş, bu mahiyetleri kaybeylemiş olduklara için idare de haksız fiil işlemiş bir fert durumunda ve binaenaleyh memurla ayin vaziyette bulunmaktadır.”¹⁶⁷

demek suretiyle fiili yol halinde hem kamu görevlisinin hem de idarenin adliye mahkemeleri önünde haksız fiil esasları çerçevesinde sorumlu olacağını, artık fiil ile kamu hizmeti ve kamu gücü arasındaki bağın koptuğunu, dolayısıyla hizmet kusurundan bahsedilemeyeceğini söylemektedir.

GÖZÜBÜYÜK de, fiili yol durumunda hem idarenin hem de kamu görevlisinin, Borçlar Kanunu 41 vd. maddelerine dayanılarak, adliye mahkemeleri önünde sorumlu tutulabileceğini, artık hizmet kusurundan bahsedilemeyeceğini söylemektedir.¹⁶⁸ Ona göre, idarenin faaliyetleri kural olarak “idari eylem”, istisnaen “haksız fiil” sayılabilir ve Devlet Memurları Kanununun 13. maddesi nedeniyle kamu görevlilerinin hizmet sırasındaki eylemleri, çok iyi şekilde incelenmeli ve böyle bir du-

¹⁶⁷ Özay, age., s.513-514.

¹⁶⁸ Şeref Gözübüyük, **Yönetmelik Yargısı**, 12.bası, Ankara, Turhan Kitapevi, 1998, s.85-86.; aynı görüş için: Yasin Ulusoy, **Yargıtay Kararları Işığında Kamulaştırmasız El Atma**, Ankara, Nobel Yayın, 2004, s.10.

rumda yani faaliyetin fiili yol teşkil etmemesi halinde, bu madde gereği idareye karşı idari yargıda dava açılabilmelidir.

GİRİTLİ - BİLGEN - AKGÜNER ise, fiili yolu gerçekleştiren kamu görevlisine karşı adli yargıda dava açılabilceğini, idarenin ise hizmet kusuru esasları dahilinde idari yargıda sorumlu tutulabileceğini belirtmişler ancak kamu görevlisine bir kusur izafe edilememesi halinde ise yalnızca idareye karşı idari yargıda tam yargı davası açılabilceğini söylemişlerdir.¹⁶⁹

Görülüyor ki, GİRİTLİ-BİLGEN-AKGÜNER bu konuda yukarıdaki yazarlardan farklı düşünmekte ve fiili yol halinde, eylemin, hizmetten kopmayabileceğini ve idarenin hizmet kusur esasları dahilinde sorumluluğunun devam ettiğini belirtmektedirler. Yani bu yazarlar idarenin adliye mahkemeleri önünde haksız fiil esasları dahilinde sorumlu tutulacağı görüşüne katılmamaktadırlar.

Yine başka bir kaynakta,

“Yoklukla malûl bir kararı ittihaz ve uygulayan memura isnad ve izafe edilebilen şahsi bir kusur mevcut olmadığı takdirde bu kararın ittihaz ve uygulanması, idareye izafesi gereken bir hizmet kusuru sayılmak gerekir. Hizmet kusurunun mevcudiyeti ise idarenin sorumluluğunu gerektiren bir sebeptir.

Gerçekten, mevzuata, hukuka bu derece aykırılık arzeden bir kararın ittihaz ve uygulanması, hizmetin fena kurulduğunu, kötü tanzim edildiğini, doğru işlemediğini ifade eder. İyi kurulmuş, personelinde ve bünyesinde bozukluk ve aksaklık bulunmayan ideal ve muntazam bir idarenin, yoklukla malul kararlar ittihat etmeyeceği veya böyle kararları uygulamayacağı açık bir keyfiyettir. Binaenaleyh, hadisede herhangi bir memura atıf ve izafesi mümkün şahsi bir kusurun mevcut ve sabit olması halinde böyle bir durum, idareye atıf ve izafesi gereken bir hizmet kusurunun mevcudiyetine kat'î bir karine teşkil eder. Yokluk halinin, sırf hizmet kusuru sınırları dahilinde ve ancak hizmet

¹⁶⁹ Giritli-Bilgen-Akgüner, age., s.901-902.

kusuru esaslarına göre idarenin sorumluluğunu gerektirdiği kabul edilince, böyle hallerde çıkan ihtilaf ve davaların da idari mahkemenin görevine dahil olduğunu kabul etmek gerekir.”¹⁷⁰

demektedir. Yok hükmünde bir kararın uygulanması fiili yolun bir örneğidir ve fiili yol ile ortaya çıkan sonuçlar ile yok hükmünde bir kararın uygulanması halinde ortaya çıkan sonuçlar aynıdır. Bu nedenle yazarın yokluğa ilişkin olarak belirttiği bu görüşler fiili yol içinde geçerli olacaktır. O halde bu yazara göre de fiili yol halinde hizmet kusuru söz konusu olabilir ve idari yargıda idare aleyhine dava açılabilir.

ÖZYÖRÜK, yok hükmünde olan tasarrufların idareye atıf ve izafe edilebilecek, hukuki veya fiili bir durum meydana getirmeyeceği ve idare mahkemesinin görevine giren hukuki bir durumun mevcut olmadığı kanaatindedir.¹⁷¹ Yani Özyörük’te fiili yolda hizmet kusurunun söz konusu olmadığı kanaatindedir.

EROĞLU da, Özyörük’le aynı görüşe katılarak, idarenin fiili yol teşkil eden eylemlerinin kamu görevlileri tarafından yapılsa dahi idareye izafe edilemeyeceğini, idarenin bir sorumluluğunun söz konusu olamayacağını, bunlara kamu hukuku kurallarının uygulanamayacağını ve idare mahkemelerinin görevinin söz konusu olmayacağını belirtmektedir.¹⁷²

DURAN ise,

“Bu itibarla, şayet polis memuru bu muameleyi kendiliğinden yapmış ise, şahsi kusuru ile mes’uliyetini davet etmiş, yok eğer amirlerinin talimat ve emirleri üzerine tatbik etmiş ise, mensup olduğu idarenin sorumluluğunu celbetmiş olur. Her iki halde de ihtilaf, adliye mahkemesinde Borçlar Kanununa göre rüyet ve halledilmek lazım gelir. Zira ortada bir fiili vaziyet (voie de fait) vardır ve bu yüzden İdare, İdare Hukukundan çıkan imtiyaz ve muafiyetlerden istifade edemeyecek durumdadır.

¹⁷⁰ Necdet Özdemir, **Hizmet Kusuru Teorisi ve İdarenin Sorumluluğu**, Ankara, Yeni Desen Matbaası, 1963, s.93.

¹⁷¹ Mukbil Özyörük, **İdare Hukuku Ders Notları**, Ankara, 1957, s.70-71.

¹⁷² Hamza Eroğlu, **İdare Hukuku**, Ankara, 1985, s.378.

Binaenaleyh, gerek memur ve gerek İdare bu hareketin hesabını, alelâde bir fert gibi, adliye mahkemesi önünde vermek mecburiyetindedir. Şunu da belirtelim ki, memurların haksız fiil şeklinde tecelli eden muameleleri, her zaman şahsi kusur sayılıp şahsi mes'uliyetlerini müeddi olmayabilir ve icabında mensup oldukları İdareye izafe edilerek, onun Adliye Mahkemesi nezdinde umumi hükümler gereğince sorumluluğunu davet edebilir. Filhakika haksız fiil, ister memura ister İdareye atıf ve isnad edilen, her halükârda Adli Kazanın vazife sahasına giren bir mevzudur.”¹⁷³

demek suretiyle, fiili yol halinde duruma göre ya salt kişisel kusur nedeniyle sadece kamu görevlisinin adliye mahkemelerinde sorumlu olacağını ya da kamu görevlisinin amirlerinin emir ve talimatları doğrultusunda hareket etmesi halinde idarenin yine adliye mahkemeleri önünde, özel hukuk esasları çerçevesinde, sorumlu olacağını belirterek, fiili yol halinde hizmet kusurundan bahsedilemeyeceğini söylemektedir.

GÖZLER de,

“Yok hükmünde sayılan işlemler ‘idari’ nitelikte sayılmazlar. Bu tür işlemlere karşı Fransa’da adli yargıda da, idari yargıda da dava açılabilir. Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi yok hükmünde sayılan işlemlere karşı idari yargıda dava açılabilmesi gibi, adli yargıda da dava açılabilmesine karar vermiştir.

Yok hükmünde sayılan işlemlerle ilgili kişilerin hakları da ihlal edilmiş olabilir ve kişiler bu zararlarının tazminini talep edebilirler. Ancak yok hükmünde sayılan işlemler “fiili yol” oluşturdukları için bu dava idari yargı da değil, adli yargıda açılabilir. O halde yok hükmünde sayılan işlemlere karşı idari yargıda yokluğun tespiti davası açılabilirse de tam yargı davası açılmaz. Yok hükmünde olan işlemlerden bir zarar doğmuşsa bu zararın tazmini için dava adli yargı da açılmalıdır. Fransız Danıştay *Comptoir linier* davasında yok hükmünde sayılan işlemlerin yol açtığı zararların tazmini için idari yargıda tam yargı davası açılmayacağına karar vermiştir.

¹⁷³ Duran, **İdare Hukuku Meseleleri**, 1957, s.58-59.

Ancak Türkiye’de ne madden yok olan işlemlere, ne de yok hükmünde sayılan işlemlere karşı böyle bir “tespit davası” açılmasına imkan yoktur. Çünkü Türk idari yargı sisteminde “tespit davası” diye bir dava türü yoktur. İdari Yargılama Usulü Kanununun 2’nci maddesinde dava türleri sayılmış, ama bunların arasında “tespit davası”na yer verilmemiştir. O halde Türkiye’de idari yargı organlarında bir idari işlemin maddi yokluğunun tespiti amacıyla bir dava açılmaz.”¹⁷⁴

açıklamalarında bulunmuştur. Gözler, burada, yok hükmünde sayılan işlemlerin uygulanmasının fiili yol oluşturduğunu, Türk Hukukunda bunlara karşı, bunlar artık idari nitelikte sayılamayacağı için, ancak adli yargıda dava açılabileceğini söyleyerek, fiili yol halinde hizmet kusuru oluşmayacağını söyleyen yazarlarla aynı görüşü paylaşmaktadır.

Fiili yolu konu edinen bir makale yazan Yücel OĞURLU’da,

“Fiili yol, idari rejimin ve dolayısıyla İdarenin faaliyetlerini idari yargıda denetlenmesinin bir istisnasıdır. Fiili yolda İdare Hukuku esaslarına göre değil, bütünüyle Medeni Hukuk ve Borçlar Kanununa dayanan bir sorumluluk karşımıza çıkar. Her ne kadar, fiili yola neden olan eylem, sorumluluk yönüyle İdare tüzel kişiliğine isnat edilebilecek nitelikte olsa da, fiilin idari niteliğini kaybetmesi, sorumluluğun da Özel Hukuk çerçevesinde belirlenmesini gerektirir. Bu yönüyle dernekler ve ortaklıklar gibi tüzel kişilerin sorumluluklarına benzer bir şekilde idare tüzel kişiliğinin sorumluluğu ortaya çıkmaktadır.”¹⁷⁵

cümleleriyle, fiili yol halinde artık idarenin idare hukuku esaslarına göre sorumlu olmayacağını, dolayısıyla artık hizmetten bağımsız bir eylemin söz konusu olduğunu söylemektedir.

Son olarak, bu konuda ayrıntılı bir inceleme yapan Ragıp SARICA; önce, fiili yol teşkil eden hallere karşı dava açılıp açılmayacağı sorusunu sormakta, bu soruya hem olumlu hem de olumsuz cevap veren görüşlerin olduğunu belirtmekte, olumlu

¹⁷⁴ Gözler, age., s.895, 900-901.

¹⁷⁵ Oğurlu, agm., s.64-65.

cevap verilebilirse bu davanın adli yargıda mı yoksa idari yargıda mı açılacağı sorusunu okuyucuya yöneltmekte, hem adli yargı da açılabileceğini hem de idari yargıda açılabilmesine ilişkin görüşlere makalesinde yer verdikten sonra da;

“Kendi hesabımıza biz de Couzinet ve Laroque’un noktai nazarına iştirak etmekteyiz. Zannımızca bu hususta aşağıdaki mucip sebeplere dayanmak doğru olur:

Bir kere, fikrimizce, yoklukla malûl kararların tatbik ve icrasından idarenin mesul olabileceğini kabul etmek, gerek idare hukuku esaslarına, gerek hukuk mantığına, gerekse hakkaniyet ve adalet duygumuza uygun düşer.

Çünkü, bilindiği üzere, idarenin mevzuata, hukuka uygun kararlarından dolayı dahi -umumi ve mutlak olarak değilse bile mahdut ve istisnai bazı hallerde- risk, müsavat, sebepsiz iktisap, hakkaniyet... gibi esaslara istinaden mesuliyeti kabul olunmaktadır.

Bunun gibi idare, umumiyetle, iptal sebeplerinden herhangi biriyle malul bulunan kararların tatbik ve icrasından dolayı mesul tutulmaktadır.

Şu halde bedihîdir ki: mevzuata, hukuka en bariz, en ağır ve en vahim bir aykırılık teşkil eden yokluk halinin idarenin mesuliyetini intaç etmemesi gerek idare hukukunda cari esaslara, gerek hukuk mantığına, gerekse hakkaniyet ve adalet hissimize aykırı düşer.

Diğer bir ifade ile, mevzuata, hukuka uygun kararlarla, bihakkin yokluktan çok daha hafif ve ehemmiyetsiz bir aykırılık sayılan iptal sebeplerinden biriyle malûl bulunan kararlardan dolayı idarenin mali mesuliyeti kabul edildiği halde, yoklukla malûl kararlardan dolayı idarenin hiçbir suretle ve hiç bir hal ve kârda mesul tutulamayacağını iddia etmek doğru olmasa gerektir.

Biz, şahsen, yokluk halinin diğer hallere kıyasen evleviyetle idarenin mesuliyetine esas ve mesnet teşkil edebileceğine kani bulunuyoruz.

Zannımızca idarenin mesuliyeti: Yokluk halinin ancak bir hizmet kusuru teşkil ettiği hallerde bahse mevzu olabilir. Diğer bir ifade ile yoklukla malul bir kararı ittihaz veya tatbik eden ajan veya memura kötü bir maksat, fena bir kasıt ve niyet, çok büyük bir ihmal ve dikkatsizlik isnadı mümkün olmadığı; kısaca ajan veya memurun hadisede -idare hukukundaki anlamıyla- şahsi bir kusur işlediği sabit bulunmadığı taktirde idarenin, ajan veya memura, değil doğrudan doğruya kendisine izafesi

gereken bir hizmet kusuruyla, bu gibi bir vaziyete sebebiyet verdiğini kabul etmek gerekir. Elhasıl ortada muayyen ve müsamma bir ajan veya memura atıf ve izafesi mümkün şahsi bir kusur mevcut olmadığı takdirde yoklukla malul bir kararın ittihaz veya tatbiki idareye isnadı lazım gelen bu hizmet kusuru sayılmak gerektir. Hiç şüphe yoktur ki hizmet kusurunun mevcudiyeti ise -idare hukuku esasları mucibince- idarenin mesul tutulmasını icap ettirir.”¹⁷⁶

diyerek bir ayrıma gitmiş ve eğer ortada idare ajanına ait salt kişisel kusur varsa, bu şahsın adli yargıda sorumlu tutulacağını, eğer böyle bir şekilde kişiselleştirilebilecek kusur yoksa bunun hizmet kusuru teşkil edeceğini ve idarenin idare hukuku esasları çerçevesinde idari yargı mercileri önünde sorumlu tutulabileceğini söylemektedir.

Görülüyor ki, fiili yol ve sorumluluk meselesi bir hayli tartışmalı bir konudur. Yazar görüşleri, ortada hizmet kusuru olamayacağı, ortada hizmet kusurunun belirli şartlar altında olabileceği ve hizmet kusurunun her halükarda var olacağı düşünceleri çerçevesinde şekillenmektedir. Bunun önemi ise şudur; idarenin fiili yol teşkil eden bir davranışına maruz kaldığını düşünen vatandaş, acaba idareye karşı dava açabilecek midir? Yoksa sadece bu eylemi gerçekleştiren kamu görevlisine karşı mı dava açabilecektir? İdareye karşı dava açabilir dersek hangi yargı yolunda hangi esaslar dahilinde dava açabilecektir? Biz bu konudaki görüşümüzü sorumluluk bahsinin sonunda açıklayacağız.

2) Fiili Yol ve Kişisel Kusur

Fiili yol ve İdare tüzel kişiliğinin sorumluluğu varken idarenin ajanının sorumluluğunun da olması mutlak şart değildir. Adliye hakimi, fiili yol ve bundan doğan sorumluluğun tespiti yanında, kamu görevlisinin kusurunun sorumluluğu doğuran

¹⁷⁶ Sarıca, **İdari Kaza**, s.300-341.

eylemden ayrılıp ayrılamayacağını ve eylem ile zarar arasında olması gereken illiyet bağıını da dikkate alarak olayı çözer.

Buna göre, fiili yolun bulunması, her zaman, kusurun fiilden ayrılabilceğini ve kişisel kusurun bulunduğunu göstermez. Bununla birlikte, çoğu kez, memurun kişisel kusuru nedeniyle, haksız fiilden kaynaklanan özel hukuk sorumluluğu ortaya çıkar.¹⁷⁷

Birçok durumda kamu görevlisinin fiili yol teşkil eden davranışları, kişisel kusur teşkil eder. Ancak fiili yol ile kişisel kusur arasında zorunlu bir bağ yoktur. Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi 4 Temmuz 1934 tarihli *Curé de Réalmont* kararıyla fiili yol teşkil eden davranışların her zaman kişisel kusur oluşturmadığına karar vermiştir. Fransa'da bu karara kadar fiili yolun her zaman kişisel kusur teşkil ettiği kabul ediliyordu. Buna göre fiili yol teşkil etme olgusu, kişisel kusurun ayırıcı bir özelliği değildir. Fiili yolun olması, kişisel kusurun varlığını otomatik olarak doğurmaz.”¹⁷⁸

Salt kişisel kusurun, bugün Danıştay ile Yargıtay içtihat ve tatbikatında artık yerleşmiş ve kesinleşmiş görülen, kötü niyet ve maksatla ilgiliye zarar vermek veya kamu yararı dışında özel çıkarlar sağlamak için *kasten* yapılan işlem ve eylemler ile birlikte, bağışlanamayacak ölçüde ağır kusur teşkil eden, bariz şekilde hukuka aykırı fiil ve muamelelerden ibaret olduğu kabul edilebilir. Buna göre, kamu personeli bile- rek ve isteyerek yetkisini kötüye kullanır ya da İdarenin işlev alanı dışına çıkarsa, şahsi fiil ve kusur işlemiş ve kişisel sorumluluğuna yol açmış olur.¹⁷⁹ Ancak salt kişisel kusur teşkil etmeyen, yani o dereceye varmayan kusur halinde eğer bu derece şahsi kusur, hizmetle her türlü bağdan kopmuyorsa idarenin sorumluluğuna gidile-

¹⁷⁷ Oğurlu, agm., s.65.

¹⁷⁸ Gözler, age., s.1031.

¹⁷⁹ Haluk Tandoğan, *Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku*, Ankara, 1981, s.93.

cektir.¹⁸⁰ İdarenin bu sorumluluğunun hangi esaslara göre tespit edileceği ve idarenin hangi yargı yolunda bu sorumluluğuna gidileceği ise yukarıda da belirttiğimiz gibi tartışmalıdır.

3) Fiili Yol ve Anayasamızın 129/5. Maddesi

Öncelikle belirtmek gerekir ki bu maddenin uygulanabilmesi için şu üç şartın bir arada bulunması gerekir:

-memur veya kamu görevlisi olma,

-kanunun verdiği bir yetkinin kullanılması sonucu bir zarar doğması,

-kusurun kamu hizmetinin görülmesinden kaynaklanması, hizmetle kusurun birleşmesi.¹⁸¹

Anayasamızın 129/5. maddesinde, “memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davalarının” idare aleyhine açılacağı kabul edilmiştir. Ne var ki, bu kural mutlak olmayıp; idari yetkilerin kullanma alanı ile, başka bir deyişle idari işlem ve eylem niteliğini kaybetmemiş davranışlarla sınırlıdır. Özellikle haksız eylemlerde (fiili yol); kamu görevlisinin, Anayasanın bu güvencesinden yararlanma olanağı bulunmamaktadır.¹⁸² Yerleşmiş Yargıtay uygulaması da bu yoldadır.¹⁸³

¹⁸⁰ Süheyp Derbil, “İdarenin Haksız Fiili Dolayısıyla Mesuliyeti Konusunda Fransız Kamu Hukukundaki Gelişmeler”, **AÜHFD**, C.17, 1960, S:1-4, s.119.

¹⁸¹ Mehmet Mestav, **Hukuk Yargulamaları Açısından Adli Yargı-İdari Yargı Görev Ayrımı, Ayırımında Başvurulan Kıstaslar ve İdari Yargının Görev Alanı**, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üni.Sosyal Bil.Ens., 1987, s.95.

¹⁸² Özay, age., s.515.

¹⁸³ YHGK., 30.4.1986, E:198574-309, K:1986/466; Y.4.HD., 27.2.1986, K:1268/1841.

Fiili yol halinde sorumluluğa ilişkin doktrindeki bu açıklamalardan sonra kanaatimizce bu konuda şöyle düşünmek gerekir:

Öncelikle burada şu olasılıklar ortaya çıkmaktadır;

I) Ortada artık idari eylem yoktur. İdare ve kamu görevlisi adli yargıda açılacak dava ile sorumlu tutulabilecektir. Bunlar adli yargıda müteselsilen sorumludurlar.

II) Ortada idari eylem ve idarenin sorumluluğu yoktur. Bu derece ağır bir fiil idareye izafe edilemez ve ancak sadece kamu görevlisine karşı adli yargıda dava açılabilir.

III) Ortada kamu görevlisinin şahsi kusuru olsa da, idarenin sorumluluğu son bulmaz. Yani hizmet içi kişisel kusur teşkil eden bir durum vardır. Kamu görevlisine karşı adli yargıda dava açılabilceği gibi idari yargı da idareye karşı dava açılabilir. Ancak kusur kişiselleşebiliyor ve eylemi hizmetten koparacak boyuta varıyorsa artık idare sorumlu tutulamaz ve adli yargıda kamu görevlisine karşı haksız fiili esasları çerçevesinde dava açılır.

Bizce, bu üç görüşten, en doğrusu ilk başta belirttiğimizdir. Zira fiili yol teşkil eden hareketlerin yok hükmünde olduğu doktrin ve içtihatlarda kabul edilmiştir. Türk Hukukunda da, idare mahkemelerinin, yok hükmünde olan bir eylem ya da işlemi tespit yetkisi yoktur. O halde fiili yol durumunda artık idare mahkemelerinin yetkisinden söz edilemeyecektir. Ortada idari eylem yoksa artık hizmet kusuru da yoktur. Çünkü hizmet kusurunun şartlarından birisi de idari eylemin bulunmasıdır. Ancak bu idarenin hiç sorumlu olmadığı anlamına gelmez. Fiili yola maruz kalan şahıs, adli yargı da, dilerse, fiili yolu oluşturan kamu görevlisine karşı, dilerse, idarenin faaliyetlerinin nihai sorumlusu olan idareye karşı dava açabilecektir. Şu kadar ki, idareden

veya kamu görevlisinden tazminat alındığı takdirde, diğeri hakkındaki dava düşecektir¹⁸⁴.

Ancak şunu da belirtelim ki, kamu görevlisinin haksız fiil şeklinde ortaya çıkan davranışları, bazen salt şahsi kusur sayılıp sadece kendi sorumluluğunu doğurabilirken bazen de mensubu olduğu idarenin de sorumluluğunu gerektirebilir. Bilinen şu ki fiili yol halinde sorumluluk ister idareye ister kamu görevlisine isnat edilsin her halükarda adliye mahkemeleri görevli olacaktır.

Yargıtay da, kural olarak idari eylem ve işlem nedeniyle kişilerin uğradıkları zararlardan dolayı açacakları tazminat davalarının İdari Yargının görev alanı içinde kalacağını kabul ettikten sonra, suçlunun sorgulanması sırasında meydana gelen bir işkence olayında artık idari eylem ve işlem den söz edilemeyeceği gibi bunun adli nitelik ve karakterini dahi kaybeden bir haksız fiil olduğunu vurgulamış ve bu gibi durumlarda İdare ile “İdare adamının şahsi kusuru” nedeniyle müteselsil bir sorumluluğun doğduğunu kararlaştırmıştır.¹⁸⁵

¹⁸⁴ Sadık Artukmaç, **Kamulaştırma Hukuku**, Ankara, 1977, Ayyıldız Matbaası, s.160.

¹⁸⁵ Y.4.HD., 17.11.1986, E:1986/4898, K:1986/7786.

C) FİİLİ YOL'DA ADLİYE HAKİMİNİN YETKİLERİ

Fiili yolda adli yargı makamı, “*özel mülkiyet ve temel hakların koruyucusu*” olarak farklı bir sıfatla önümüze çıkar. Adli yargı, bireyin korunmasının güvencesi olarak fiili yola ilişkin uyuşmazlığı çözerken gerek yargısal denetimde gerekse doğan zararın sonuçlarının telafisinde tek yetkili yer olmaktadır. Fransız hukuku, kişi özgürlükleri ve mülkiyet haklarına müdahalelerde adliye hakiminin ilgilileri daha iyi koruyacağı düşüncesiyle idari yargının değil adli yargının görevli olacağını kabul etmiştir.¹⁸⁶

İdari işlem ve eylemlerin hukuka uygunluğunun idare mahkemelerince denetlenmesinin istisnalarından birini oluşturan fiili yolda adliye hakimi, fiili yolun varlığını ve sonuçlarını nitelendirme, belirleme ve saptama şeklinde fiili yoldan kaynaklanan bütün uyuşmazlıkları haksız bir fiil çerçevesinde belirler.¹⁸⁷ Aslında burada işlem ya da eylemin idariliği kalmadığından idari eylem ve işlemlerin idari yargıda denetiminin bir istisnasından söz etmek isabetli değildir. Çünkü, ortada bir idari eylem ya da işlem bulunmamaktadır.¹⁸⁸

Fiili yolda, adli yargının yetkisi geniş olmakta, hakim kararını yalnızca mağdurun zararının tazmin ile sınırlı kalmamakta, uyuşmazlık konusunu da sona erdirmektedir. Adli yargı hakimi, idari yargı hakimine göre mağdurun belirli çıkarlarının korunmasını sağlayacak daha geniş yetkilere sahip olmaktadır. Hakimin verebileceği kararlar ve yargı yetkisinin genişlemesinin nedeni, yukarıda da değinildiği gibi, “*idari eylemin niteliğinin değişmesi*” sonucunun doğmasındandır.¹⁸⁹

¹⁸⁶ Oğurlu, agm., s.65.

¹⁸⁷ Onar, age., s.1674.

¹⁸⁸ Oğurlu, agm., s.66.

¹⁸⁹ Oğurlu, agm., s.67.

Bu konuda yargının verebileceği kararlar çeşitlidir. Fiili yol'da kamu düzenini bozan, hukuka ağır bir şekilde aykırı olan eylemin doğurduğu sonuçların ortadan kaldırılması yönünde geleneksel karar yanında tazminata hükmetmek de hakim in yetkileri arasındadır. Adliye hakiminin geniş yetkileri arasında şunlar yer alır: Öncelikle, fiili yola neden olan karar ister birel ister düzenleyici olsun, hukuka uygun olup olmadığını takdir etme ve yorumlama adliye hakiminin yetkisine girer. Fiilin varlığı, kapsamı ve bütün sonuçlarının araştırılması ve tespiti, fiili yola sebep olan haksız fiil, eylem ve hareketlerin durdurulması ve bundan kaynaklanan zararın idarece tazmini yine adliye hakiminin yetkileri arasındadır.

Eski hale getirilme, tazminat davası ya da İdarenin hukuka uygun olmayan saldırısını durdurma, bir başka ifadeyle men'i müdahale davalarıyla fiili yolun neden olduğu zarar ve sonuçlar durdurulmaya ya da giderilmeye çalışılır.¹⁹⁰

Fiili yol durumunda idare ile fiili gerçekleştiren kamu görevlisinin müteselsilen sorumlu olduğunu söyledik. Bu nedenle burada kısaca "müteselsil sorumluluk" tan da bahsetmek gerekir.

Müteselsil sorumluluk Borçlar Kanununun 50 ve 51. maddelerinde düzenlenmiştir. Burada, Türk hukukunda birden fazla kişinin sorumluluğundaki kısmi sorumluluk kuralının istisnası olan müteselsil sorumluluğun haksız fiiller nedeniyle kanundan doğan bir türü söz konusudur.¹⁹¹

Borçlar Kanunun 50. maddesi birden fazla kişinin aynı zarardan dolayı ortak kusurları nedeniyle sorumluluklarını yani aynı hukuksal nedenden doğan müteselsil sorumluluğu, 51. maddesi ise değişik hukuksal nedenlerle birden fazla kişinin aynı

¹⁹⁰ Oğurlu, agm., s.67.

¹⁹¹ Ahmet M. Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Turhan Kitapevi, 2005, s.319.

zarardan dolayı sorumluluklarını düzenlemiştir. Bu iki maddenin uygulanışları yönünden aralarında farklılıklar vardır.

Peki fiili yol durumunda Borçlar Kanununun müteselsil sorumluluğa ilişkin hangi maddesi uygulanacaktır? Fiili yol durumunda Borçlar Kanununun 50. maddesi uygulanacaktır. Zira fiili yolda hem idarenin hem kamu görevlisinin sorumluluğunun hukuki esası haksız fiildir. Yani idareyle kamu görevlisinin sorumluluğunun hukuki esası aynıdır. Bunun sonucu olarak da müteselsil sorumluluk esasına göre, fiili yol nedeniyle zarar gören kişi, Borçlar Kanununun 50.maddesi uyarınca, zararın tamamını ya da bir kısmını, ortak kusurlarıyla zarara sebebiyet veren kişilerden yani idare veya kamu görevlisinden talep edebilir. Ancak müteselsil sorumluluk, alacaklıya sorumlu kişi sayısı kadar alacak hakkı vermediğinden müteselsil sorumlulardan birinin alacaklıyı tatmin ettiği oranda diğer borçlular borçtan kurtulurlar.¹⁹² Dolayısıyla idare yahut kamu görevlisi zarar göreni tatmin ettiği ölçüde diğerinin zarar görene karşı borcu da sona erer.

Yasa koyucu 50.maddeyle sorumluların birbirlerine rücu edip edemeyecekleri ve rücu edeceklerse bunun kapsamını yargıcın tayin ve takdir edeceğine ilişkin özel hüküm getirmiştir. Yargıç, zararı tazmin edenin diğerine rücu hakkı olup olmadığını tayin ederken, kusurun derecesini, haksız fiilin işlenmesindeki etkisini göz önünde tutacak ve buna göre kararını verecektir.¹⁹³

¹⁹² Kılıçoğlu, age., s.321.

¹⁹³ Kılıçoğlu, age., s.322.

Fiili yolda yargının İdareye belirli bir şekilde hareket etmesini emretme yetkisi var mıdır? İdari yargının sınırlı yetkisi yerine fiili yol teorisi uygulanarak adliye mahkemelerinin yetkisi devreye girdiğinde artık, adliye hakimi yokluğu tespitle yetinmez, fiili yolun zararlı sonuçlarını giderir ve uyuşmazlığı sona erdirir.

Sonuçta, İdarenin eylemlerinin ağırlığına bakıldığında, adliye hakimi, İdareden fiili yolu sona erdirmesini ve belirli yönde hareket etmesini bir kararla emreder. İdari yargı ise, idareye ne yapması gerektiğini emredemez, yalnızca tam yargı davalarında olduğu gibi, belirli bir tazminata hükmeder.¹⁹⁴

Bir başka husus da, fiili yolun daha sonra İdarece hukuka uygun başka bir işlem ya da eylemle ortadan kaldırılması durumunda fiili yoldan doğan sorumluluğun sona erip ermeyeceğidir. İdarenin fiili yolla başlayan hareketi bulunmakla birlikte örneğin, bayındırlık hizmeti şeklinde bir idari eylem, kamu hizmetine tahsis ya da kamu yararına konu olacak bir kullanıma konu olmuşsa daha sonra taşınmazın kamu hizmetine tahsisi ya da üzerine kamu hizmeti amacıyla tesisler yapılması halinde, kamu yararının korunması gerektiği düşünülmekte ve buna dayanarak malikin müdahalenin men'i davası açamayacağı, yalnızca tazminat davası açabileceği savunulmaktadır. Hatta mahkemenin, mülkiyetin İdareye geçmesine hükmetmesi gerektiği de savunulmaktadır.¹⁹⁵ Halbuki, her fiili yol durumunun bir kamu özgürlüğü ya da mülkiyet hakkına tecavüzü içerdiği düşünüldüğünde, bunun, idarenin daha sonra nasılsa kamu yararına hizmet edeceği bahanesiyle, fiili yol oluşturacak ağır ihlalleri kasten yapmasına ve bu tür ihlallerin yoğunlaşacağı sonucunu doğuracağına inanıyoruz. Bu nedenle idarenin sonradan yapacağı bir işlemle fiili yoldan doğan sorumluluktan kurtulamayacağını düşünüyoruz.

¹⁹⁴ Oğurlu, agm., s.67.

¹⁹⁵ İbid, s.67-68.

Fiili yoldan doğan uyuşmazlık idari yargıya gtrlmşse, uyuşmazlığın görevsizlik kararıyla adli yargıya gönderilmesi uyuşmazlığın çözümünü geciktirmeyecek midir? Bu konuda yine Fransız doktrinince ileri sürülen bir düşünceyi aktarmak istiyoruz. Fransız doktrininde, fiili yoldan doğan uyuşmazlığın idari yargıya götürülmesi durumunda, idari yargının adli yargı hakimi gibi yokluk halini tespit edebilmesi önerilmiştir. ¹⁹⁶ Kanımızca bu çözüm, fiili yol bakımından ilgilinin zaman kazanmasını sağlamayacaktır. Çünkü, ilgili sadece yoklukla yetinmeyecek, zararın tazminini de talep edecektir. İşlem ya da eylemin fiili yol ile idarilik kimliğini kaybettiğini söyledikten sonra, uyuşmazlığın çözümünü idari yargıya bırakmak isabetle olmasa gerekir. Bir başka ifadeyle yalnızca yokluğun tespiti çoğu zaman ilgilinin mağduriyetini gidermeye yetmeyecektir.

¹⁹⁶ Oğurlu, agm., s.68.

D) FİİLİ YOL VE YOKLUK İLİŞKİSİ

Fiili yolun sonuçlarından birisi de İdare tarafından yapılan ancak idari olma niteliğini kaybeden işlemin bütünüyle yokluğudur. Yoklukla malul bir işlem uygulanması durumunda fiili yol ve yokluk kuramları birbiriyle kesişir.¹⁹⁷ Öğretide, bazı idare hukukçuları içtihatları yorumlayarak “yokluk” ve “fiili yol” hallerini, “İdare’ye ait bir yetkinin kullanımına bağlanamayan işlemler” olarak nitelendirerek bunların yok hükmünde, hiç oluşmamış işlemler olduğunu belirtmekte; sırf bu açıdan da birçok yazar “yokluk” ve “fiili yol” teorilerinin birlik ve benzeşme içinde olduklarına değinmektedirler.¹⁹⁸

Öğretide, görüş birliği içinde yoklukla özürlü bir işlemin icrasının fiili yol oluşturacağı; ayrıca bu tür işlemlerin icrasının usul-dışı olması koşulunun aranmayacağı kabul edilmektedir. Bu bakımdan, yokluk, fiili yolun oluşmasındaki etkenlerden biridir. Nitekim her fiili yol hali yok hükmündeki bir işlemin icrası ile ortaya çıkmaz; sadece hukuka aykırı ve hatta tamamen hukuka uygun bir işlemin yasal düzenlemeler ve usullere aykırı olarak -bir hak ve özgürlüğün ihlaline yol açacak şekilde- icra edilmesi sonucunda da fiili yol hali oluşabilir. Bu itibarla, fiili yol kavramı, her bakımdan yokluk kavramına oranla çok daha geniştir; kaldı ki, uygulamada da fiili yol haline daha çok rastlanmaktadır ve rastlanacaktır.¹⁹⁹

Şunu da hemen belirtmek gerekir ki, Fransız yazar Le Mire, hak ve özgürlüklere bir kısıtlama getirmediği takdirde, yok hükmündeki işlemlerin fiili yola dönüşmeyeceği, buna karşılık her fiili yol halinin, işlemin yok hükmünde sayılmasına yol açacağı görüşündedir. Vedel ise, kaynağını yoklukla malul bir işlemin oluşturduğu

¹⁹⁷ İbid, s.68.

¹⁹⁸ Celal Erkut, “İdare Hukukunda Yokluk Teorisi”, **İdare hukuku ve İlimleri Dergisi**, S:1-3, 1986, s.82.

¹⁹⁹ Erkut, **İdare Hukukunda Yokluk Teorisi**, s.82-83.

fiili yolun, hukuka aykırılık ve yokluk halleri arasında bir yerde bulunduğu gerekçe-
siyle, bunlara “yok benzeri işlemler” adını vermektedir. Ayrıca, Vedel, yok benzeri
işlemlerin icrasının ancak kişi hakları ve kamu özgürlüklerini ihlal etmesi halinde
fiili yol oluşturacağını belirtmiştir.²⁰⁰

Yoklukla malul bir işlemin uygulanmasını önlemek amacıyla dava açmaktan
başka çare yoktur.²⁰¹

Adli yargının alanına giren bu uyuşmazlığın çözümünde öncelikle, yoklukla
malul olan kararın “*maddi varlığını tespit*” edip idari kararın varlık şartları bulunmu-
yorsa kararı yok sayarak işlenen eylem ve hareketlerin bir haksız fiile yol açtığı dik-
kate alınarak incelenmelidir.²⁰² Dava idari yargıda açılırsa, İdari yargı hakimi yoklu-
ğu belirterek uyuşmazlığın çözümünün kendi görevi içinde olmadığına karar verir.
Yokluğun tespitinde oldukça ağır ve kolaylıkla anlaşılabilen bir sakatlık gerektiğin-
den, bu durumun tespiti her olay açısından farklılık gösterir. Bu durumda her bir ka-
rarın somut bir şekilde ayrı ayrı değerlendirilmesiyle karar verilir.²⁰³

Yokluk hali gibi, fiili yol halinin de var olabilmesi için hukuka aykırılığın veya
yolsuzluğun derhal anlaşılabilir bir şekilde açık ve bariz olması gerekir. Yani iş-
lemin doğasını, özünü değiştirecek nitelikteki önemli ve ciddi aykırılıklar işlemi fiili
yola dönüştürebilir. İşlemin idari niteliğini kaybettirir; dolayısıyla fiili yol halinin
bozucu etkisi vardır.

²⁰⁰ İbid, s.83, 100 ve 101 no’lu dipnotlar.

²⁰¹ Erkut, **İdari İşlemin Kimliği**, s.151-152.

²⁰² Onar, age., s.1880.

²⁰³ Oğurlu, agm., s.68.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, iki teorinin gelişimleri bakımından ayrılıkları, yokluk teorisinin öğretisi tarafından geliştirilip içtihatlarda kabul edildiği, “fiili yol” teorisinin ise içtihatlarla ortaya çıktığı ve öğretisi tarafından isimlendirilip, geliştirildiği noktasında belirginleşmektedir.²⁰⁴

E) FİİLİ YOL VE ÖLÇÜLÜLÜK İLİŞKİSİ

Fiili yolun sonuçlarından bir diğeri de amacın gerçekleşmesi ile önlem arasındaki ölçsüzlüktür. Sınırlandırıcı aracın seçiminde, amaca ulaşmak için “*daha hafif bir tedbir ve vasıta*” yeterli iken daha ağırına başvurulması, bir başka ifadeyle amaç-aracın arasında uyumun bulunmaması, İdarenin eylem veya işleminde ölçülülük ilkesine uyulmamış olması anlamına gelir. Büyük bir güce sahip olan İdare, kanun hakimiyeti ve maddi düzeni sağlamak amaçlarıyla önlemler alırken bunların zorunlu sınırları aşmaması, katı, insanlık dışı ya da suç oluşturan bir yapıda olmaması gerekir.

Kolluk önlemlerinde amaç unsurunu oluşturan kamu düzeninin korunması hedefine ulaşmada, yeterli ve gerekli olanın takdir edilmesi gerekir. İdarece sınırların aşılması, alınan önlemin sonuçlarının ortaya çıkardığı konu unsurunu sakatlayabileceği gibi durumun niteliğine göre fiili yola da varabilir. Kolluk önlemini gerektiren durum, sebep unsuru olarak nitelendirilirse, amaç unsurunu oluşturan kamu düzeninin korunması hedefine ulaşmada yeterli ve gerekli olanı takdir etmek İdarenin yetkisindedir. Bu yetkinin sınırları aşıldığında sebep-konu unsurları çerçevesinde iptal sonucundan, daha ağır olan fiili yolun sonuçlarına kadar farklı yaptırımlarla yüz yüze kalınabilir.

²⁰⁴ Erkut, agm., s.84.

Başvurulan sınırlandırıcı aracın ölçülülük yönünden denetlenebilmesi bu araçlara başvuranların çoğu kez bu sınırlandırıcı aracı seçme yetkisine sahip olmalarına, bir başka ifadeyle takdir yetkisine sahip olmalarına bağlıdır. İdareye takdir yetkisi tanınmışsa, takdirin ölçüsüz bir uygulamaya yol açacak şekilde kullanılması, olağan şartlarda artık idari sorumluluk hükümlerine başvurulmasını gerektirecektir. İdarenin ölçüsüz uygulamaları, kamu özgürlüklerinin veya özellikle mülkiyet hakkının kullanılmasını ortadan kaldıracak ağırlığa ulaşmışsa fiili yolun varlığından söz edilir.²⁰⁵

Kamu hizmetinin görülmesini engelleyen bir durum ortaya çıktığında, kolluk görevlileri hizmeti koruma amacıyla hareket ederken kanunun sınırlarını aşarlarsa fiili yol meydana gelebilir. Kolluğun hukuki ya da fiili bir işlem, eylem ya da hareketinin hukuka uygunluk sınırı içinde kalabilmesi maddi düzenin korunması amacının varlığına bağlıdır. Kolluk yetkileri kullanılırken sebep ve amaç unsurları arasında bulunması gereken orantı kurulmaksızın idari faaliyetin “*ağır yollar ve usullerle uygulanması*”, bir başka ifadeyle, sebep, konu ve amaç unsurları arasındaki bu derece bir ahenksizlik ve orantısızlık fiili yolun varlığını gösterir.²⁰⁶ Ölçüsüz, aşırı ve isabetsiz yöntemlere başvurulması kolluğun faaliyetlerini kaba kuvvete dönüştürmekte ve fiili yola neden olmaktadır.”²⁰⁷

Fiili yolun ortaya çıkması artık, hizmetten ayrı kişisel bir kusurun varlığını doğurmakta ve olayın ceza ya da hukuk davasına dönüşmesi söz konusu olmaktadır. Ancak bu hareket ve davranışların yerindelik ve belirli bir dereceye varmadıkça ölçülülükleri sorunu, idari yargının görev ve yetki sınırları içerisinde kalır.²⁰⁸

²⁰⁵ Oğurlu, agm., s.68.

²⁰⁶ Onar, age., s.1478, 1509-1510.

²⁰⁷ Özay, age., s.511.

²⁰⁸ Oğurlu, agm., s.69.

SONUÇ

Hukuki tasarrufların unsurlarındaki sakatlıklar, bunların doğurduğu hükümlere etki ettiği gibi bu tasarrufların uygulanması sırasında takip edilen idari usullerdeki sakatlıklar da idari fiillere (eylemlere) etki eder ve hatta bazı hallerde bu fiillerin mahiyetini değiştirerek idare hukukunun uygulama ve kapsam sahası dışında kalan durumlar ve sonuçlar meydana getirirler.

İdari usullerdeki sakatlıkları iki kategoride toplamak mümkündür:

1) Usul kurallarına, eylemin ortaya çıkması için izlenen idari sürece herhangi normal bir ayrılıktan doğan sakatlık halleri,

2) İdari eylemlerin mahiyetine tamamen etki ederek, eylemi, idareden çıkmasına rağmen, fiili bir hareket, haksız bir fiil görüntüsüne sokan, yani idari bir eylem olmaktan çıkararak sıradan bir haksız bir fiil haline getiren ve medeni hukukun kapsam sahasına sokan aykırılık ve sakatlık halleri.

İdari usullerdeki birinci tür sakatlıklardan, idare hukukunun kapsamına giren ve sakatlığa rağmen idari eylem karakterini koruyan, bu eylemler nedeniyle kişisel bir hakkın ihlali halinde de idari yargıda açılacak bir tam yargı davasına konu olan sakatlıklar anlaşılır.

Tezimizin konusu olan ikinci türden sakatlık halleri daha özel bir mahiyet arz ederler. Bunlar idari eylemin mahiyetine etki edecek boyuttadırlar; bundan dolayı da fiilden idari eylem mahiyet ve karakterini kaldırırılar. İşte bazen işlem ya da eylem idarenin elinden çıkmakla beraber, bu eylem ve işlemdeki sakatlık o denli ağırdır ki işlem ya da eyleme idari olma özelliğini verme imkanı kalmaz. Bu tür haller “fiili

yol” adıyla bilinen ve özel hukuktaki haksız fiile benzeyen ancak idare hukukuna uyarlanırken bir takım değişikliklere uğramış hukuksal bir kurumdur.

İdarenin idari nitelikte eylemde bulunması kural; buna karşılık, fiili yol teşkil eden hareketleri yani haksız fiilleri ise istisnadır. O halde faaliyetin önce kural olan idari eylem olup olmadığı incelenmeli ve durum böyleyse uyumsuzluğun idari yargının görevinde olduğuna karar verilmeli, eğer ortada idari eylem değil de bir fiili yol varsa bunun denetimi doktrin ve yargısal içtihatlarında kabul ettiği üzere, adli yargı organlarınca yapılmalıdır.

İdari eylemler, idareyi meydana getiren kamu kuruluşlarınca tesis edilirler, tek yanlıdır, kamu hukuku kurallarına göre oluşturulurlar, herhangi bir makam ya da kişinin onayına bağlı olmadan uygulanabilirler.

İdari eylemlerin tespiti için kamu kanunu ve daha çok kabul edilen kamu hizmeti ölçütü getirilmiştir. Buna göre kamu hizmetinin düzenlenmesi ve yürütülmesi ile ilgili eylemler, görevli personelin hizmet sırasında ve hizmete ait araç ve gereçlerle işlediği eylemler, hizmet sırasında görevli personele karşı işlenen eylemler, nihayetinde hizmet kusuru teşkil eden eylemler idari niteliktedir.

İdari eylemler, ya bir idari işlemin uygulanması biçiminde, ya da doğrudan doğruya yapılan idari eylemler biçiminde ortaya çıkar.

Eğer, idareden çıkan faaliyet, idari eylemin yukarıda belirttiğimiz özelliklerini taşıyorsa bu sefer ortada fiili yol var demektir. Fiili yol, idarenin, idari faaliyetler için kanunlarda veya diğer düzenleyici işlemlerde öngörülen yöntemlere başvurmaksızın eylemde bulunarak, kişilerin temel hak ve hürriyetlerine özellikle mülkiyet hakkına açık bir tecavüzde bulunmasıdır. Bazıları fiili yol ile haksız fiilin aynı şeyler

olduğunu bazıları ise fiili yolun haksız fiilden daha dar kapsamlı, ona benzeyen özel bir kurum olduğunu söylemektedirler.

Fiili yol'un varlığı için; bir icrai eylem olmalı, hukuka ve usule açık bir aykırılık ortaya çıkmalı, mülkiyet hakkı veya bir kamu özgürlüğüne ağır bir tecavüz söz konusu olmalıdır.

Fiili yolun iki çeşidi vardır; esas yönünden hukuka aykırılık, usul yönünden hukuka aykırılık.

Fiili yolun varlığını kabul ettiğimizde, eylemin niteliği değişir ve artık idari eylemden değil, haksız eylemden söz edilir. Böyle olunca, idarenin, kamu özgürlüklerine müdahalede olağan dışı fiil ve usulleri başvurması ve saldırıda bulunması, artık bu işlem ya da eylemin idarilik niteliğini sona erdirdiğinden, eylemin idari yargı da görölme önceliği ortadan kalkar ve uyuşmazlığın adliye mahkemelerinde görölmesi sonucu ortaya çıkar.

Doktrin ve yargı organları fiili yol halinde ortada idari bir eylemin olmadığını, bir haksız fiil bulunduğunu ve bu nedenle gerekli yargı organının adli yargı mercileri olduğunu kabul ediyor dedik. Peki fiili yol halinde neden idari bir eylemin varlığı kabul edilmiyor da ortada bir haksız fiil vardır deniliyor?

Fiili yol halinde ortada bir idari eylem değil de artık bir haksız eylemin varlığının kabul edilmesinin asıl sebebi; idari yargının ortaya çıkarken izlediği yol ve ilk ortaya çıktığında sahip olduğu niteliktir. Fransız devriminden sonra, devrimi yapanlar kendi işlemlerinin adli yargıda denetlenmesini istemiyorlardı. Kendi işlemlerinin yine kendileri tarafından denetlenmesi gerektiğini düşünüyorlardı. Bunun içinde kendi içlerinde Conseil d'Etat isimli bir denetim organı oluşturmuşlardı. İdari yargılamanın

yeşermeye başladığı ilk dönemlerde Fransa’da Conseil d’Etat yani Danıştay bir yargılama makamı pozisyonunda değildi. Sadece Devlet’e görüş bildiren, tavsiyelerde bulunan bir danışma organı idi. Danıştay’ın gerçek anlamda bir yargılama makamı olması 19. yy.’nin sonlarını bulmuştu. Danıştay bu tarihe kadar bir yargılama makamı olarak kabul edilmiyordu. Avrupa’da mülkiyet hakkı, yaşanan tarihsel süreç nedeniyle son derece önemli hale gelmişti. Adalet Mahkemeleri kamu hürriyetlerinin, özellikle mülkiyet ve zilyetliğin koruyucusu olan yargılama makamları olarak kabul ediliyorlardı. İşte “fiili yol” durumunda, ortada idareye izafe edilebilen bir davranış olsa da, bu öyle bir davranıştı ki, idare burada, mülkiyet hakkına ya da bir kamu hürriyetine ağır bir darbeye bulunuyordu. Böyle bir uyuşmazlığı da, tam anlamıyla bir yargılama makamı olan ve mülkiyet hakkını ve kamu hürriyetlerini korumakla görevli olan adalet mahkemeleri çözüme kavuşturmalıydı. Bunun sonucu olarak da, o zamanlarda, fiili yol gibi özel bir kurum oluşturularak, aslında bir idari eylem de sayılabilecek idarenin bu türden davranışlarını denetlemek görevi, daha ziyade mülkiyet hakkına verilen özel önem ve idari yargının ilk ortaya çıktığı dönemdeki niteliği gereği adliye mahkemelerinde görüldü.

Türk hukukunda ise idari yargının ortaya çıkışı daha farklı bir süreç yaşamasına rağmen aynı anlayışa sahip olduğu söylenebilir. Zira Türk idari yargı sisteminin doğmaya başladığı tarihlerde de, idari yargı organlarının, aynen Fransız idari yargı tarihinde olduğu gibi, gerçek bir yargılama makamı olmadığı daha ziyade devlete görüş bildiren, tavsiyelerde bulunan ve bir yargılama makamı gibi değil de idari bir itiraz merci gibi çalışan kuruluşlar olduğu görülmektedir. O halde, fiili yol halinde adliye mahkemelerinin görevli olmasının sebebi olan, Fransa’daki idari yargı organ-

larının doğduğu dönemde gerçek bir yargılama makamı olmaması hali, Türk idari yargı sistemi içinde geçerlidir denilebilir.

Şunu da belirtmek gerekir ki, bazı yazarlara göre, mülkiyet ve hürriyet ölçüleri adli-idari yargı düzenleri arasında görev ayırmaya yardım edecek kıstaslar olamazlar.²⁰⁹ Profesör Sarıca'nın belirttiği gibi ayırım ölçüsü "Mülkiyet koruyuculuğu" değil ortada bir idari ihtilafın bulunup bulunmadığıdır.²¹⁰

Fiili yol halinde sorumluluk konusu bir hayli tartışmalı bir konudur. Kanımızca, fiili yol halinde ortaya çıkan eylem yok hükmündedir. Türk Hukukunda da idare mahkemelerinin yok hükmünde bir eylemi tespit yetkileri yoktur. O halde fiili yolda idare mahkemelerinin yetkisi artık söz konusu olamaz. Çünkü hizmet kusurunun unsurlarından biri de idari eylemin bulunmasıdır. Bunun sonucu olarak da idarenin idare hukuku esaslarına göre sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Ancak bu idarenin hiç sorumlu olmadığı anlamına gelmez. Burada her ne kadar, kamu görevlisinin kişisel kusuru söz konusu olsa da, idare de bir tüzel kişi olması ve ajanlarının fiillerinden sorumlu olması nedeniyle, fiil artık haksız eylem olduğundan, tıpkı kamu görevlisi gibi, adli yargı organları önünde sorumlu tutulabilecektir. Bu durumda fiili yol halinde, idare ile kamu görevlisinin müteselsil sorumluluğu söz konusudur. Yargıtay'ın da görüşü bu doğrultudadır.

Anayasamızın 129/5. maddesindeki kural, mutlak olmayıp, idari yetkilerin kullanma alanı ile, başka bir deyişle idari işlem ve eylem niteliğini kaybetmemiş davranışlarla sınırlıdır. Fiili yol (haksız eylem) halinde; kamu görevlisinin, Anayasanın bu güvencesinden yararlanma olanağı bulunmamaktadır.

²⁰⁹ Özkol, age., s.63.

²¹⁰ Sarıca, **İdari Kaza**, 1942, s.21.

Adliye hakimi, fiili yola ilişkin uyuşmazlıklarda geniş yetkileri sahip olmaktadır. Adliye hakimi yalnızca ağır ve gözle görülebilecek bir tecavüz niteliğindeki eylemlerin yokluğunu tespitle kalmaz, devam eden zararların önlenmesi ve doğan zararın tazmin edilmesini de içeren kararlar verebilir.

Öğretide, bazı idare hukukçuları, yokluk ve fiili yol hallerini, “idareye ait bir yetkinin kullanımına bağlanamayan işlemler” olarak nitelendirerek bunların yok hükmünde, hiç olmamış işlemler olduğunu belirtmekle, sırf bu açıdan da birçok yazar “yokluk” ve “fiili yol” teorilerinin birlik ve benzeşme içinde olduğunu söylemektedirler.

Öğretide, görüş birliği içinde yoklukla özürlü bir işlemin icrasının fiili yol oluşturacağı; ayrıca bu tür işlemlerin icrasının usul-dışı olması koşulunun aranmayacağı kabul edilmektedir. Bu bakımdan yokluk fiili yolun oluşmasındaki etkenlerden biridir. Bu itibarla fiili yol kavramı, yokluk kavramına oranla daha geniştir.

Kolluk önlemlerinde amaç unsurunu oluşturan kamu düzeninin korunması hedefine ulaşmada, yeterli ve gerekli olanın takdir edilmesi gerekir. Yetkinin sınırlarının aşılması, alınan önlemin sonuçlarının ortaya çıkardığı konu unsurunu sakatlayabileceği gibi durumun niteliğine göre fiili yola da varabilir. Önlem ve eylem ile ulaşmak istenen araç arasındaki bu uyumsuzluk işlem veya eylemi hukuken ağır bir şekilde sakatlamışsa, ortaya çıkan fiil, artık idari niteliğini kaybetmekte ve haksız fiile ya da suça dönüşmektedir. Kolluk önlemini gerektiren durum, sebep unsuru olarak nitelendirilirse, amaç unsurunu oluşturan kamu düzeninin korunması hedefine ulaşmada yeterli ve gerekli olanı takdir etmek İdarenin yetkisindedir. Bu yetkinin sınırları aşıldığında sebep-konu unsurları çerçevesinde iptal sonucundan, daha ağır olan fiili yolun sonuçlarına kadar farklı yaptırımlarla yüz yüze kalınabilir.

Danıştay'ın fiili yola başvurarak verdiği kararlar sınırlı sayıdadır. Bu durum, fiili yoldan doğan uyuşmazlıklarda adli yargının görevli olmasıyla ilişkilendirilebilir. Ancak, adli yargının da İdare Hukukunun geliştirdiği bu kavrama sıcak bakmadığı ve Özel Hukuktaki haksız fiil teorisini tercih ettiği görülüyor. Sonuçta, fiili yolda, adli yargının İdare Hukukunun geliştirdiği bu kavrama uzak durması anlaşılabilir. Danıştay ise doktrinde uzun süredir işlenen fiili yol kavramına çekinmeden başvurmalı ve bu kurumu geliştirmelidir. Bu sayede yeni gelişen kavram ve kurumlara dayalı içtihat geliştirildikçe, içtihat yoluyla yeni kavramlar Türk Hukukuna kazandırılabilir.

KAYNAKÇA

A) KİTAP VE MAKALELER

Akgündüz, Ahmed, “Arşiv Belgeleri Işığında Şuray-ı Devlet’ten Danıştay’a İdari Yargı Teşkilatı”, **II. Ulusal İdare Hukuku Kongresi**, Ankara, 1993.

Aral, Rüştü, “Yargı Organı Olarak Danıştay”, Ankara, **Yüzyıl Boyunca Danıştay**, Türk Tarih Kurumu Basımevi, 1968.

Aral, Rüştü, “Danıştay’ın Tarihçesi, Kuruluş ve Görevleri”, **Danıştay Dergisi**, Yıl: 1, S: 3, 1973.

Arcak-Doğrusöz, **Kamulaştırmaz El koyma**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 1992.

Artukmaç, Sadık, **Kamulaştırma Hukuku**, Ankara, Ayyıldız Matbaası, 1977.

Atay, Ethem, “Fransa’ da Adli Yargı İdari Yargı Ayrımı”, **Kamu Hukuku Arşivi**, Ekim 1998.

Ayanoğlu, Taner, **Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlarına Göre İdari Eylemin Tanımlanması**, İstanbul, Legal Yayınevi, 2004.

Aydın, Tuncay, **İdare Hukuku ve İdari Yargının Bazı Sorunları**, Ankara, Başbakanlık Basımevi, 1972.

Candan, Turgut, **Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu**, Ankara, Maliye ve Hukuk Yayınları, 2004.

Coşkun, Burak, “İdarenin Terör Olayları Nedeniyle Sorumluluğunun İdarenin Sorumluluğuna İlişkin İlkeler ve Sosyal Risk İlkesi Açısından Değerlendirilmesi”, **AÜHFD**, Ankara, 2008.

Darendeli, Vahap, **Adli Yargı Yerlerinde Görülen İdari Uyuşmazlıklar ve Davalar**, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2004.

Demirkol, Selami, “İdare Hukukunda İdari Eylemler Olgusu”, **Sayıştay Dergisi**, Ankara, S:40.

Derbil, Süheyp, **İdare hukuku**, 5.baskı, Ankara, AÜHFY;133, 1959.

Derbil, Süheyp, “İdarenin Haksız Fiili Dolayısıyla Mesuliyeti Konusunda Fransız Kamu Hukukundaki Gelişmeler”, **AÜHFD**, C.17, 1960, S:1-4.

Duran, Lütfi, **İdare Hukuku Meseleleri**, İstanbul, Halk Basımevi, 1957.

Duran, Lütfi, **İdare Hukuku Ders Notları**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982.

Duran, Lütfi, “Yargıtay’ın Kamu Hukukuna Değın Kararları Üzerine Mülahazalar (II)”, **Amme İdaresi Dergisi**, C.18, S:3, eylül 1985.

Er, Refik, “Kamulaştırmamız El Atmadan Doğan Davalar”, **Adalet Dergisi**, 1979, S:3-4.

Erkut, Celal, “İdare Hukukunda Yokluk Teorisi”, **İdare hukuku ve İlimleri Dergisi**, S:1-3, 1986.

Erkut, Celal, **İdari İşlemin Kimliğı**, Ankara, Danıştay Yayınları, 1990.

Eroğlu, Hamza, **İdare Hukuku**, Ankara, 1985.

Esin, Yüksel, **Danıştay’da Açılacak Tazminat Davaları**, I. Kitap, Usul, Ankara, 1973.

Genç, Kamer, “Kamu Gücünün Kullanılması”, **İdare hukuku ve İdari Yargı İle İlgili İncelemeler**, Ankara, 1980.

Giritli-Bilgen-Akgüner, **İdare Hukuku**, İstanbul, Der Yayınları, 2006.

Gözler, Kemal, **İdare Hukuku**, C.I, Bursa, Ekin Kitapevi, 2003.

Gökpinar, Mahmut, “Danıştay Kararlarında Hizmet Kusuru ve Kişisel Kusur Ayrımı”, **İstanbul Barosu Dergisi**, eylül-ekim sayısı, 2006/5.

Gözübüyük-Dinçer, **İdari Yargılama Usulü**, 1.Bası, Ankara, Turhan Kitapevi, 1996.

Gözübüyük, Şeref, **Yönetmelik Yargı**, 12.bası, Ankara, Turhan Kitapevi, 1998.

Gözübüyük-Tan, **İdare Hukuku**, 2.Bası, C.II, Ankara, Turhan kitapevi, 1996.

Günday, Metin, **İdare Hukuku**, Ankara, 7.Bası, İmaj Yayınevi, 2003.

Güriz, Adnan, **Teorik Açısından Mülkiyet Sorunu**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1969.

Hamarat, Mustafa, **İmar Planlarındaki Kamulaştırılmayan Kamu Alanlarının Hukuki Durumu ve Haksız Fiil**, 2006, www.hamarat.av.tr.

Hayta, Mehmet Ali, **Kamulaştırma ve Kamulaştırmaz El Atma Davaları**, Ankara, 2007.

Karahacıoğlu-Altın, **Kamulaştırmaz El Atma Davaları**, Ankara, 1995.

Karahanoğulları, Onur, **Türkiye’de İdari Yargı Tarihi**, Ankara, Turhan Kitapevi, 2005.

Karavelioğlu, Celal, **Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu**, 6.baskı, C.I, Ankara, 2006.

Kayıoğlu, Bahattin, “İdari Eylemlere İlişkin Sorumluluk Sebepleri”, **Ankara Barosu Dergisi**, 1976, S:2.

Kılıçoğlu, Ahmet M., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Turhan Kitapevi, 2005.

Kılınç, Ahmet, **Hizmet Kusuru ve Fiili Yol (İdarenin Haksız Fiili)**, 2003, www.turkhukuk sitesi.com.

Köroğlu, Ömer, **Kamulaştırma**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 1995.

Onar, Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C.III, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1966.

Oğurlu, Yücel, “İdare Hukukunda Fiili Yol ve Yargısal Denetimi”, **Kamu Hukuku Arşivi**, mart 2003, C.IV, S:1.

Mestav, Mehmet, **Hukuk Yargılamaları Açısından Adli Yargı-İdari Yargı Görev Ayrımı, Ayrımda Başvurulan Kıstaslar ve İdari Yargının Görev Alanı**, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üni.Sosyal Bil.Ens., 1987.

Önder, Arife, **İdarenin İdari Eyleminden Doğan Sorumluluğu**, Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale Üni. Sosyal Bil. Ens., 2006.

Özay, İlhan, **Günüşğında Yönetim**, İstanbul, Everest Yayınları, 2002.

Özdemir, Necdet, **Hizmet Kusuru Teorisi ve İdarenin Sorumluluğu**, Ankara, Yeni Desen Matbaası, 1963.

Özdeş, Orhan, “Danıştay ve Tarihi Gelişimi”, **Danıştay Dergisi**, yıl:1, S:1,1973.

Özgüldür, Serdar, “AYİM Kararları Işığında İdari İşlem-İdari Eylem Kavramları ve İdari İşlemin Yargısal Denetiminde Anayasal ve Yasal Sınırlar”, **AYİM Dergisi**, 19 no’lu dergi.

Özgüldür, Serdar, **AYİM Kararları Işığında Tam Yargı Davaları**, Ankara, Yetkin Yayınları, 1996.

Özko, Adil, **Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları Açısından İdari Yargının Görev Alanı**, Ankara, Sevinç Matbaası, 1970.

Özyörük, Mukbil, **İdare Hukuku Ders Notları**, Ankara, 1957.

Sarıca, Ragıp, "İdari Kararlardan Dolayı İdare Aleyhine açılan Tam Kaza Davaları", 1944, C.X, **İÜHFM**, S:3-4.

Sarıca, Ragıp, "Yoklukla Malul İdari Kararlardan Dolayı İdarenin Mali Mesuliyeti Meselesi", **İÜHFM**, C.IV, 1947.

Sarıca, Ragıp, **İdari Kaza**, C.I, İstanbul, Kenan Matbaası, 1949.

Şahiniz, Salih, **Teoride ve Uygulamada Kamulaştırmamız El Koyma**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2006.

Tandoğan, Haluk, **Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, Ankara, 1981.

Topuz-Özkaya, **Açıklamalı- İctihatlı İdari Yargılama Usulü Kanunu**, Ankara, Mahalli İdareler Derneği Yayını, 2002.

Ulusoy, Ali D., "Fransız Kamu Hukuku Aktüalitesi", **AÜHFD**, C.44, 1995, S:1-4.

Ulusoy, Yasin, **Yargıtay Kararları ışığında Kamulaştırmamız El Atma**, Ankara, Nobel Yayın, 2004.

Yaman, Hamza, **İdari Eylemden Doğan Sorumluluklar**, www.turkhukuk sitesi.com.

Yavuz, Nihat, "Kamulaştırmamız El Atma Davasında Yargıtay Uygulamasından İlginç Örnekler", **Adalet Dergisi**, yıl:74, S:2.

Yayla, Yıldızhan, "Conseil d'Etat", **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, mart 1980, S:1.

Yayla, Yıldızhan, **İdare Hukuku**, 2.bası, İstanbul, Filiz Kitapevi, 1990.

Yenice- Esin, **Açıklamalı-İçtihatlı İdari Yargılama Usulü**, Ankara, Arısan Matbaacılık, 1983.

B) MAHKEME KARARLARI

-Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, 2.D., 1.6.1994, E:1994/994, K:1994/1137.

-Askeri Yüksek idare Mahkemesi, 2.D., 1.6.1994, E:1994/994, K:1994/1137.

-Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, 2.D., 25.12.1996, E:1995/597, K:1196/1146.

-Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, 3.D., 7.5.1974, E:1973/1773, K:1974/1133.

-Danıştay, 10.D, 23.1.1983, E:1992/3686,K:1993/4601.

-Danıştay, 6.D, 25.10.1993, E:1992/4565, K:1993/4462.

-Danıştay, 10.D., 9.6.1998, E:1997/1495, K:1998/2444.

-Danıştay, 8.D, 3.5.1972, E:1971/12980, K:1972/2697.

-Danıştay, 6.D., 20.12.1973, E:1977/8072, K:1977/6956.

-Danıştay, 10.D., 13.11.2001, E:1444/4809.

-Danıştay, 10.D., 26.9.1994, E:2014/4048.

-Danıştay, 7.D., 16.3.2005. E:2001/2357, K:2005/402.

-Danıştay, 12.D., 14.10.1968, E:1968/893, K:1968/1826.

-Danıştay İBK, 14.4.1973,E:1972/2, K:1973/10.

-Danıştay,.11.D., 17.4.1980, E:1979/1995, K:1980/1317.

-Danıştay,.10.D., 23.11.1993, E:1992/3686, K:1993/4601.

-Danıştay,.12.D., 2.10.1974, E:1971/3506, K:1974/2199.

-Danıştay,.11.D., 8.5.1972, E:1972/1197, K:1972/1341.

- Uyuşmazlık Mahkemesi, 27.4.1974, E:1973/14, K:1974/1100.
- Uyuşmazlık Mahkemesi, 14.5.1996, E:1966/16, K:1966/20.
- Uyuşmazlık Mahkemesi, 25.9.1974, E:1973/380, K:1974/1370.
- Uyuşmazlık Mahkemesi, 20.6.1964, E:1964/59, K:1964/87.
- Uyuşmazlık Mahkemesi, 27.4.1974, E:1973/14, K:1974/1100.
- Uyuşmazlık Mahkemesi, 4.11.1967, E:1967/253, K:1967/263.
- Uyuşmazlık Mahkemesi, 26.1.1977, E:1974/1184, K:1977/3.
- Uyuşmazlık Mahkemesi, 15.6.1977, E:1976/50, K:1977/41.
- Uyuşmazlık Mahkemesi, 15.6.1963, E:1963/16, K:1963/21.
- Uyuşmazlık Mahkemesi, 13.2.1965, E:1965/1, K:1965/6.
- Uyuşmazlık Mahkemesi, 31.3.1973, E:1970/36, K:1973/9.
- Uyuşmazlık Mahkemesi, 3.12.1984, 1984/27, K:1984/21.
- Uyuşmazlık Mahkemesi 14.5.1966, E:1966/16, K:1966/20.
- Uyuşmazlık Mahkemesi, 17.1.1983, E:1982/7, K:1983/6.
- Uyuşmazlık Mahkemesi, E:1996/65, K:1996/110, RG: 21.9.1997-22884.
- Uyuşmazlık Mahkemesi, 13.7.1990, E:1990/18, K:1990/18.
- Uyuşmazlık Mahkemesi, 05.7.1989, E:1989/20, K:1989/21.
- Uyuşmazlık Mahkemesi, 5.7.1989, E:1989/17, K:1989/18.
- Uyuşmazlık Mahkemesi, 17.2.1992, E:1992/4, K:1992/5.
- Uyuşmazlık Mahkemesi, 24.6.2002, E:2002/29, K:2002/31.
- Uyuşmazlık Mahkemesi, 30.6.1976, E:1976/7, K:1976/43.
- Uyuşmazlık Mahkemesi, 13.6.1994, E:1994/5, K:1994/7.
- Uyuşmazlık Mahkemesi, 23.10.2000, E:2000/26, K:2000/42.
- Uyuşmazlık Mahkemesi, 23.12.1996, E:1996/65, K:1996/110.

- Uyuşmazlık Mahkemesi, 17.6.1996, E:1996/36, K:1996/78.
- Uyuşmazlık Mahkemesi, 29.4.1991, E:1991/2, K:1991/2.
- Uyuşmazlık Mahkemesi, 20.4.1974, E:1969/443, K:1974/1075.
- Yargıtay İBK, 11.2.1959, E:1959/17, K:1959/15.
- Yargıtay, 4.HD., 17.11.1986, E:1986/4898, K:1986/7786.
- Yargıtay, 4.HD., 15.11.1983, E:1983/8963, K:1983/9649.
- Yargıtay, 4.HD, 19.3.1990, E:1989/7968, K:1990/2378.
- Yargıtay, 4.HD., 6.2.1986, E:1986/426, K:1986/1000.
- Yargıtay, 4.HD., 20.6.1972, E:1972/8154, K:1972/6012.
- Yargıtay, 5.HD., 31.1.1985, E:751, K:1064.
- Yargıtay, 3.HD., 1.10.1991, E:1990/13958, K:1991/9459.
- Yargıtay, 4.HD., 20.6.1972, E:1972/8154, K:1972/6012.
- Yargıtay, 5.HD., 31.1.1985, E:751, K:1064.
- Yargıtay, 4.HD., 5.4.1979, E:1978/8248, K:1979/4643.
- Yargıtay, 5.HD., 25.1.1984, 1983/11650, K:1984/461.