

İDARENİN USUL DIŞI FİİLLERİNDEN: FİİLİ YOL

Ar. Gör. Gül ÜSTÜN*

GİRİŞ

İdarenin gerçekleştirdiği işlem ve eylemler kural olarak idari nitelik taşımalarına rağmen, idarenin bazı işlem ve eylemleri idari nitelikten uzak olabilir¹. İdare tarafından gerçekleştirilen bir işlemin icrasının açıkça hukuka aykırı olması ve icrai eylem neticesinde mülkiyet hakkına ya da kamu hürriyetlerinden birine tecavüz etmesi neticesinde eylem idarilik niteliğini kaybetmiş olduğundan, bu işlem ve eylemlere ilişkin uyuşmazlıklar ise idari yargıda değil, adli yargıda çözümlenir.

Anılan istisnai durumlardan biri de, özel hukuktaki haksız fiil kavramına benzeyen fiili yoldur. İstisnai bir durum olan fiili yolu ayrıntıları ile ortaya koyabilmek için çalışmamızda ilk olarak fiili yol kavramı ve tanımı ele alınacaktır. İkinci bölümde ise, fiili yolun unsurları ve varlık şartları, üçüncü bölümde fiili yolun türleri ele alınacaktır. Son olarak da fiili yolun neticeleri ve idarenin sorumluluğuna etkileri incelenecektir.

1. FİİLİ YOL KAVRAMI VE TANIMI

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı

¹ OĞURLU Yücel, “İdare Hukukunda ‘Fiili Yol’ ve Yargısal Denetimi”, **Kamu Hukuku Arşivi**, Y.6, Mart 2003, s.59.

İdari işlem ve eylemlerin uygulanmasında meydana gelen bazı sakatlıklar, bu fiillerin idareyi ilgilendirmesine ve sonuçlarının kamu hukuku kralları içerisinde belirlenmesine imkân vermemekte; kısaca, fiillerin idari olma niteliğini değiştirmektedir². Bu sakatlıklara “İdarenin usul dışı fiilleri” denilmektedir³. İdarenin usul dışı denilen bu fiilleri ise iki kategoriye ayrılmaktadır: “fiili yol” ve “el koyma”.

Fiili yolu,

ONAR, “...idarenin 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 ve amme hürriyetine tecavüz etmesi...”⁴

DURAN, “idarenin ilgiliye tebliğ edeceği icrai bir karara dayanmadan, hususi menkuller ve esaslı amme hürriyetleri üzerindeki tasarrufları ‘voie de fait’ yahut teaddi mahiyetinde hukuk ve usul dışı fiiller⁵” olarak ifade etmiştir.

TAN/GÖZÜBÜYÜK ise⁶, fiili yolun haksız fiil olduğunu belirtmiş ve fiili yolu “mülkiyet hakkına ya da kamu özgürlüklerine ağır bir biçimde, hukuk dışı bir tutumla ‘saldırı’ da bulunması” şeklinde tanımlamıştır.

Kısaca, fiili yol, idarenin kişi hak ve hürriyetlerine açık ve haksız müdahale taşıyan eylemlerdir⁷.

Tüm bu tanımlar bir arada değerlendirildiğinde, fiili yolun varlık nedeninin temel hak ve özgürlüklerin korunması olduğu görülmektedir.

² ESİN Yüksel, DÜNDAR Erol, **Danıştay’ da Açılacak Tazminat Davaları**, Ankara, 1971, s.61; ONAR Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, İstanbul, 1966, s.1667; AYANOĞLU Tahsin, **Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlarına Göre İdari Eylemin Tanımlanması**, İstanbul, 2004, s.55; OĞURLU, s.59.

³ ONAR, s.1667.

⁴ ONAR, s.1668.

⁵ DURAN Lütfi, **İdare Hukuku Meseleleri**, İstanbul, 1964, s.354.

⁶ TAN Turgut, GÖZÜBÜYÜK Şeref, **İdare Hukuku, C.2**, Ankara, 1999, s.177.

⁷ YILDIRIM Turan, **İdari Yargı Ders Notları**, İstanbul, 2004, s.21.

Nitekim, OĞURLU, fiili yolun varlık nedeninin idareni temel hak ve özgürlüklere müdahalesinin makul sınırlar içerisinde tutmayla ilişkili olduğunu; temel hak ve özgürlüklerden de en çok mülkiyet hakkının vurgulandığını ifade etmektedir⁸.

Fransız İçtihadının bir ürünü olarak ortaya çıkan⁹ “Fiili Yol” teorisi, Türk Hukukunda da benimsenmiştir. Ancak, Türk hâkimi kavram olarak, “fiili yol” kavramını pek benimsememiş, bunun yerine özel hukuktaki haksız fiil teorisini tercih etmiştir¹⁰.

Kamulaştırma ya da geçici işgal usullerine başvurmaksızın bir kimsenin özel mülkünün işgali, yıkılmaya yüz tutan binanın yasal usul ve yollar uygulanmaksızın yıkılması, valiliğin yetkili merci kararı olmaksızın bir gazeteyi toplatması¹¹ ve haberleşmeye engel olan müdahaleler, bir derneğin yönetimine el konulması, pasaport talebinin reddi gibi dolaşım özgürlüğünü kısıtlayan engellemeler Fransız doktrininde yer alan fiili yol örnekleridir¹².

2. FİİLİ YOLUN UNSURLARI

İdarenin eyleminin, fiili yol teşkil edebilmesi için aşağıdaki unsurların bulunması gerekmektedir.

2.1. İdare Tarafından Gerçekleştirilen İcrai Bir Eylemin Varlığı

⁸ OĞURLU, s.59. OĞURLU, mülkiyet hakkının vurgulanmasına gerekçe olarak Batı’ daki Kamu Hukukunun gelişiminde mülkiyet kavramına özel önem atfedilmesini göstermiştir. Bkz. OĞURLU, s.59.

⁹ DURAN, s.164, dn.1; OĞURLU, s.59, 60.

¹⁰ OĞURLU, s.71.

¹¹ ONAR, s.1669.

¹² OĞURLU, s.60.

Türk Hukukundaki örneklere ise, çalışmamızın ileriki bölümlerinde yeri geldikince değinilecektir.

Fiili yolun oluşması için öncelikle İdarenin icrai bir eylem ya da ameliyede bulunması gerekmektedir¹³. Diğer bir ifade ile, idarenin bir eylemi ya da uygulaması olmaksızın, idari işlemin, tek başına, fiili yol oluşturması mümkün değildir¹⁴.

Ayrıca, ağır bir hukuka aykırılık içeren idari kararın fiilen uygulanması veya bu idari kararın fiilen uygulanacağını kati ve muhakkak olacağı tehdidinin var olması halinde, fiili yol söz konusu olacaktır¹⁵. Aynı şekilde, hukuka uygun bir idari kararın hukuka aykırı bir şekilde yerine getirilmesi veya hukuka aykırı bir şekilde yerine getirileceğinin muhakkak olması halinde de, fiili yol gündeme gelebilecektir¹⁶.

Ancak, bu unsurda dikkat edilmesi gereken husus, icari eylemin sonucunda hizmetten yararlananların mağdur olması gerekliliğidir. Mağdurun İdare olduğu durumlarda ise, fiili yol konusu olmayacaktır.

Nitekim, OĞURLU¹⁷, Danıştay 5. Dairesi' nin 14.02.1995 tarih, E.1991/3198, K. 1995/695 sayılı kararına¹⁸ konu fiilin bir haksız fiil olduğunu ancak, bu davada mağdurun İdare olması nedeni ile fiili yoldan bahsedilemeyeceğini ifade etmiştir.

¹³ ONAR, s.1668.

¹⁴ OĞURLU, s.60.

¹⁵ ONAR, s.1668.

¹⁶ OĞURLU, s.60.

¹⁷ OĞURLU, s.60.

¹⁸ Söz konusu kararda, kamu iktisadi teşebbüsü personelinden bir memurun, fabrikada çalışan bir işçinin geçirdiği iş kazası nedeni ile Sosyal Sigortalar Kurumunca tahakkuk ettirilen tedavi giderini yasal süre içerisinde yatırmadığı gerekçesi ile ödenmesi gereken para cezasının bir kısmının davacının maaşından kesilmesine ilişkin Yönetim Kurulu kararının davacı ile ilgili kısmını iptal edilmiştir. Danıştay tarafından tesis edilen iptal kararına gerekçe olarak, İdareye verilen zararın karşılanması için İdare tarafından Borçlar Hukukunun haksız fiil hükümlerine göre dava açılması gerektiği, zira, ilgili yasal düzenleme uyarınca kamu iktisadi teşebbüsü görevlilerinin görevleri ile ilgili olarak verdikleri zararlardan dolayı özel hukuk hükümlerine tabi olması, ancak idarenin bu yola başvurmaksızın resen tahsilinin hukuka aykırı olması gösterilmiştir.
www.danistay.gov.tr.

2.2. Açık Bir Hukuka Aykırılık Halinin Mevcudiyeti

Fiili yolun varlığından bahsedebilmek için idarenin icrai bir eyleminin mevcudiyetinin yanı sıra söz konusu icrai eylemin açıkça hukuka aykırı olması gerekmektedir.

Ancak, idarenin eyleminde görülen bu hukuka aykırılığın derhal görülebilecek şekilde açık ve bariz olması gerekmektedir¹⁹. Ayrıca, açık hukuka aykırılık hali, eylemin “idarilik” niteliğini kaybettirecek derecede ağır olmalıdır²⁰. Zira, “*usulsüzlük ve yolsuzluğun bu mahiyeti idari tasarrufun ve idari fiilin idarilik mahiyet ve vasfını değiştirmiş, onun bu karakterini kaybettirmiş olur*²¹”. Nitekim, idarenin eylemlerindeki basit hukuka aykırılıklar ve usulsüzlükler, fiili yol teşkil etmeyecektir²².

Fiili yol, idarenin hiçbir hukuki esasa dayanmayan eyleminden de doğabileceği gibi, idarenin eyleminin dayandığı işlemin yok hükmünde olması halinde veya dayanılan işlem hukuka uygun olmakla beraber uygulanmasında açıkça hukuka aykırılıklar bulunması halinde de söz konusu olabilecektir²³.

“Yok hükmünde veya açık ve ağır hukuka aykırılık taşıyan bir işlemin uygulanması; herhangi bir hukuki işleme dayanılmaksızın bir hak ve hürriyete tecavüz edilmesi durumunda idari faaliyetten söz edilemez. Çünkü idarenin hukuk dışına çıkma yetkisi bulunmamaktadır”²⁴”.

Kısaca, idarenin eylemlerinde bariz bir hukuka ya da usule aykırılık mevcut olmadıkça, fiili yoldan bahsetmeye olanak bulunmamaktadır.

¹⁹ ONAR, s.1669.

²⁰ YILDIRIM, s.21; ONAR, s.1669; OĞURLU, s.61.

²¹ ONAR, s.1669.

²² ONAR, s.1670. Zira, bu tür eylemler idarilik niteliğini koruyacaklardır. Ayrıca, ONAR, normal zamanlarda fiili yol teşkil edebilecek eylemlerin, olağanüstü hallerde basit usulsüz halleri olarak öngörülebileceğini ve bu hallerde fiili yol teşkil etmeyeceğini de ifade etmektedir. Bkz. ONAR, s.1670.

²³ ESİN, DÜNDAR, s.61; OĞURLU, s.61. Ayrıca konu ile ilgili olarak bkz. 3. Bölüm.

²⁴ YILDIRIM, s.21.

2.3. Mülkiyet Hakkına²⁵ veya Bir Temel Hak ve Özgürlüğe Tecavüz Teşkil Etme

Fiili yolun diğer bir şartı da, idarenin eyleminin mülkiyet hakkına veya temel hak ve özgürlüklere saldırı ve ihlal niteliğinde olmasıdır²⁶.

ONAR, fiili yolda, “*sadece bir hakkın ihlali değil bir tecavüz mahiyeti ve ağırlığı da mevcut*” olduğunu ifade etmektedir²⁷.

1982 Anayasası, bazı insan haklarına özel bir önem vermiştir; “basın hürriyeti”, “sürelî ve süresiz yayın hakkı”, “dernek kurma hürriyeti”, idarenin keyfi bir şekilde bu haklara müdahalesi ve bu hakların ihlali, eylemin fiili yola dönüşmesine neden olmaktadır²⁸.

Kısaca, fiili yolun varlığından bahsedebilmek için idarenin eylemi ile yaptığı ihlalin ve müdahalenin taşınır/taşınmaz mülkiyetine, kişi özgürlüklerine veya basın, mezhep, din, vicdan, çalışma, seyahat özgürlükleri gibi temel hak ve özgürlüklere yönelik olması gerekmektedir²⁹.

Bir kamu görevlisinin işkence yapma hakkı ve yetkisi yoktur, ancak kamu görevlisi tarafından bir kişiye işkence yapılması ile kişi özgürlüğü ihlal edilmekte ve bu nedenle de fiili yol söz konusu olmaktadır³⁰.

²⁵ Mülkiyet hakkının da, temel hak ve özgürlüklerden biri olduğu muhakkaktır. Ancak, yargı kararlarından da görüleceği üzere; uygulamada, idarenin usul dışı fiilleri olarak adlandırılan eylemleri en çok bu hakkın ihlaline yönelik olduğundan ve önceden de ifade edildiği üzere Kamu Hukukunda bu hakka özel bir önem verildiğinden, çalışmamızda, mülkiyet hakkı ihlalinin özellikle belirtme ihtiyacı duymuş bulunmaktayız.

²⁶ ONAR, s.1670; TAN, GÖZÜBÜYÜK, s.177.

²⁷ ONAR, s.1670.

²⁸ OĞURLU, s.61.

²⁹ YAYLA Yıldızhan, **İdare Hukuku**, İstanbul, 1990, s.143; ONAR, s.1670.

³⁰ ÖZAY İl Han, **Güneşığında Yönetim**, İstanbul, 2004, s.747. Bu yönde bir karar için bkz. Yargıtay 4. Ceza Dairesi’ nin 17.11.1986 tarih, E.1986/4898, K.1986/7786 sayılı kararı; **Yargıtay Kararları Dergisi**, C.13, S.2, 1987, s.200-203.

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi de bir kararında³¹, bir taşıma şirketinin araçlarına idarenin bazı ajanlarının zorla asker taşımasını fiili yol olarak kabul etmiştir.

3. FİİLİ YOLUN TÜRLERİ

Fiili yol, varlığına sebep olan hukuka aykırılıkların nedenlerine göre ikiye ayrılmaktadır:

3.1. Esas Yönünden Hukuka Aykırılık

İdarenin eylemi hiçbir işleme dayanmıyorsa³², eylemin dayanağı olan işlem yargı organı tarafından iptal edilmiş ise, bu durumda İdarenin eyleminin bir hukuki temele dayanmadığı veya dayandığı temelin hükümsüz olduğu kabul edilmektedir³³.

İdarenin hiçbir hukuki temele dayanmayan dolayısıyla “idarilik” niteliğini kaybeden eylemleri ise, esas yönünden hukuka aykırı fiili yol teşkil edecektir³⁴.

Aynı şekilde, İdare’ nin var olan işlemin öngördüğü eylemlerin yanı sıra, öngörülmeleyen eylemleri gerçekleştirmesi halinde de³⁵, esas yönünden hukuka aykırı fiili yol söz konusu olacaktır. Zira, öngörülenlerin dışındaki eylemlerin de herhangi bir hukuki temeli bulunmayacaktır.

İdarenin hiçbir hukuki esasa dayanmayan eylemlerinin yanı sıra yok hükmündeki işlemlere dayanılarak yapılan eylemleri de fiili yola

³¹ Askeri Yüksek İdare Mahkemesi 2. Dairesi’ nin, 06.01.1994 tarih, E.1994/994, K.1994/1137 sayılı kararı, **Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Dergisi**, S.9, s.85-87.

³² YAYLA, s.142.

³³ YENİCE Kazım, ESİN Yüksel, **Açıklamalı-İçtihatlı Notlu İdari Yargılama Usulü**, Ankara,1983, s.371.

³⁴ ONAR, s.1671.

³⁵ AYANOĞLU, s.145,146.

dönüşmektedir³⁶. Örneğin; fonksiyon gasbı, yetki gasbı gibi ağır yetki tecavüzünün neden olduğu yok hükmündeki işleme dayanılarak idarenin eylem yapması halinde idarenin hukuk dışı fiilleri söz konusu olacaktır³⁷.

Örneğin, herhangi bir yasal düzenlemede öngörülme-yen idari bir komisyon tarafından tesis edilecek karar gereği İdare tarafından icrai eylemde bulunması halinde bu eylem fiili yol teşkil edecektir. Nitekim, yasal dayanağı olmayan maki tefrik komisyonlarının yaptığı işlemlere geçerlilik tanınmayacağı³⁸ gibi, bu komisyon tarafından yapılan işlemler gereği yapılan ve ilgililerin temel hak ve özgürlüklerine tecavüz eden eylemler fiili yol teşkil edecektir.

3.2. Usul Yönünden Hukuka Aykırılık

İdarenin dayandığı işlem, hukuka uygun olmasına rağmen³⁹, idare eylemi gerçekleştirirken suç oluşturan veya kendisine yasaklanan bir usule başvurursa, idarenin usul yönünden hukuka aykırı bir eylemi dolayısıyla fiili yol söz konusu olacaktır⁴⁰.

Örneğin, Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun' a göre, takibi mümkün olmayan bir kamu alacağının⁴¹, icra dairesine

³⁶ ESİN, DÜNDAR, s.61,62; ÖZAY, s.745; ONAR, s.1671; YAYLA, s.142.

³⁷ ONAR, s.1671; ESİN, DÜNDAR, s.61,62.

³⁸ Yargıtay 20. Hukuk Dairesi' nin 28.04.1993 tarih, E. 1992/9572, K. 1993/3640 sayılı kararı. www.kazanci.com.tr

³⁹ ESİN, DÜNDAR, s.62.

⁴⁰ ONAR, s.1672; OĞURLU, s.62.

⁴¹ 6183 sayılı Kanun' un 70. maddesi gereği;

1. 233 sayılı Kamu İktisadî Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname hükümlerine tabi iktisadî devlet teşekkülleri, kamu iktisadî kuruluşları, bunların müesseseleri, bağlı ortaklıkları, iştirakleri ve mahallî idarelerin malları hariç olmak üzere Devlet malları ile hususî, kanunlarında haczi caiz olmadığı gösterilen mallar.

2. Borçlunun şahsı ve mesleği için gerekli elbise ve eşyası ile, borçlu ve ailesine gerekli olan yatak takımları ve ibadete mahsus kitap ve eşyası.

3. Vazgeçilmesi kabil olmayan mutfak takımı ve pek lüzumlu ev eşyası.

4. Borçlu çiftçi ise kendisinin ve ailesinin geçimleri için zaruri olan arazi ve çift hayvanları ve taşıtları ve diğer teferruat ve tarım aletleri; çiftçi değilse sanat ve

başvurulmadan idarece tahsil edilmesi durumu usul yönünden hukuka aykırılık teşkil edecek ve idarenin hukuk dışı fiili söz konusu olacaktır⁴².

Nitekim, Danıştay'ın bir kararında⁴³, kişinin babasının ölümünü bildirmeyerek babasının emekli maaşını almaya devam etmesi üzerine Emekli Sandığı' nın zararını herhangi bir yargı yoluna başvurmayarak tahsil etmesi hukuka aykırı olarak nitelendirilmiştir. Emekli Sandığı' nın oluşan zararı tahsil etmek istemesi hukuka uygun olmakla beraber, kendisine

mesleği için gerekli olan alet ve edevatı ve kitapları; arabacı, kayıkçı, hamal gibi küçük taşıt sahiplerinin ancak geçimlerini sağlayan taşıt vasıtaları,

5. Borçlu veya ailesinin geçimleri için gerekli ise, borçlunun tercih edeceği bir süt veren mandası veya ineği veyahut üç keçi veya koyunu ve bunların üç aylık yem ve yataklıkları,

6. Borçlu ve ailesinin iki aylık yiyecek ve yakacakları ile;

a) Borçlu çiftçi ise ayrıca gelecek mahsul için gerekli olan tohumluğu,

b) Borçlu bağ, bahçe veya meyve ve sebze yetiştiricisi ise kendisinin ve ailesinin geçimleri için zaruri olan bağ, bahçe ve bu işler için gerekli bulunan alet ve edevatı, malzemesi ve fide ve tohumluğu,

c) Geçimi hayvan yetiştirmeye münhasır olan borçlunun kendisinin ve ailesinin geçimleri için zaruri olan miktarda hayvan ile bu hayvanların üç aylık yem ve yataklıkları,

7. Memleketin ordu ve zabıta hizmetlerinde malul olanlara bağlanan emekli aylıkları ile, bu kabil kimselerin dul ve yetimlerine bağlanan aylıklar ve ordunun hava ve denizaltı mensuplarına verilen uçuş ve dalış ikramiyeleri,

8. Bir yardım sandığı veya derneği tarafından hastalık, zaruret ve ölüm gibi hallerde bağlanan aylıklar,

9. Vücut ve sağlık üzerine ika edilen zararlar için tazminat olarak zarar görenin kendisi veya ailesine toptan veya irat şeklinde verilen veya verilmesi gereken paralar,

10. Askerlik malullerine, şehit yetimlerine verilen harp malullüğü zammı ile, 1485 sayılı kanun gereğince verilen tekel beyiyeleri,

11. Borçlunun haline münasip evi "ancak evin değeri fazla ise bedelinden haline münasip bir yer alabilecek miktarı borçluya bırakılmak üzere haczedilerek satılabilir",

12. Harcırah Kanununa göre yapılan ödemeler,

13. 2022 sayılı kanun uyarınca bağlanan aylıklar

Haczedilemeyecektir.

⁴² KAMER Genç, "Kamu Gücünün Kullanılması", **İdare Hukuku ve İdari Yargı İle İlgili İncelemeler**, Ankara, 1980, s.395; ESİN, DÜNDAR, s.62.

⁴³ Danıştay 10. Dairesi' nin 23.03.1999 tarih, E.1998/7391, K. 1999/1175 sayılı kararı, Danıştay Dergisi, S.101, s.743.

verilmeyen bir yetki kullanarak; ilgilinin kusur ve meydana getirdiği zararı resen tespit etmesi ve zararı tahsil etmesi usul yönünden hukuka aykırılık oluşturmaktadır. Bu aykırılığın giderilmesi için anılan kararda da ifade edildiği üzere, Emekli Sandığı' nın ilgili aleyhine dava açması ve yargı organı tarafından zarar ve kusur oranı belirlenerek İdare lehine karar verilmesi halinde hükmün infazı sureti ile zararın tahsil edilmesi gerekmektedir.

4. FİİLİ YOLUN SONUÇLARI VE İDARENİN SORUMLULUĞU

İdarenin herhangi bir hukuki esasa dayanmayan eylemleri idarilik niteliğini haiz olmadıklarından⁴⁴, bu eylemler idari yargının konusunu oluşturmamaktadır. Ancak, bu eylemlere karşı, haksız fiil davası açılabilir⁴⁵. Başka bir deyişle idari rejime göre, idarilik niteliği taşıyan işlem ve eylemler idari yargıda yargılanma ayrıcalığına sahip iken, işlem ve ye eylemlerin idarilik niteliğini kaybetmesi, bu ayrıcalıktan yararlanma hakkını da ortadan kaldırmaktadır.

4.1. Eylemin “İdarilik” Niteliğinin Değişmesi⁴⁶

Fiili yolun söz konusu olması halinde, idare temel hak ve özgürlüklere müdahalede normal olmayan usul ve eylemlere başvurarak saldırıda bulunmuş olacağından, İdare artık kamu kudretine ait imtiyazdan yararlanamayacaktır⁴⁷. Zira, İdare' nin eyleminde bulunan “ağır hukuka aykırılık”, artık bu eylemi “idari bir usul” olmaktan çıkaracak ve “adi bir fiile” dönüştürecektir⁴⁸.

⁴⁴ YILDIRIM, s.21.

⁴⁵ ONAR, s.1777,1799.

⁴⁶ Bkz. Bölüm 2.2.

⁴⁷ GENÇ, s.394; OĞURLU, s.64.

⁴⁸ ONAR, s. 1672.

Böylelikle, İdarenin bu tür eylemleri “idarilik” niteliğini kaybedecek ve söz konusu eylemlere ilişkin uyuşmazlıklar adli yargıda görülecektir⁴⁹. “İdarilik” niteliğini kaybeden bu haksız fiiller İdare’ den kaynaklanmakta olduğundan, adli yargıda açılacak davada, davalı İdare olacaktır⁵⁰.

4.2. Sorumluluğun Değişmesi

İdarenin fiili yol teşkil eden eylemlerinden doğan sorumluluğu Medeni Hukuk ve Borçlar Hukuku esasına dayalı bir sorumluluk olacaktır⁵¹. Zira, “*fiili yolda artık o tutum ve davranış ne İdare ne de kamu görev ve yetkileri ile bağdaştırılması mümkün olmadığından olay tam anlamıyla bir suç ve hukuksal yönden de ‘haksız fiil’ e dönüşmekte...⁵²*” dir.

Eylemin haksız fiile dönüşmesi sonucu uyuşmazlığı çözümlenmekte Adliye Mahkemelerinin görevi olmaktadır⁵³.

Danıştay da, İdare tarafından gerçekleştirilen bu tür eylemleri haksız fiil olarak nitelemekte ve bu eylemlere ilişkin uyuşmazlıklarda adli yargının görevli olduğunu ifade etmektedir⁵⁴.

Nitekim, Uyuşmazlık Mahkemesi de bir kararında⁵⁵, köy halkının bir kaynak suyundan “kadim yararlanma hakkı”nın köye içme suyu getirilmesi ile zedelendiği ve ilgililerin bahçe sulamalarına engel olmasından

⁴⁹ GENÇ, s.394.

⁵⁰ Yargıtay 4. Hukuk Dairesi’ nin 17.11.1986 tarihli, E. 1986/4898, 1986/7786 K. sayılı kararında, “idarilik” niteliğini kaybeden fiilden Devletin sorumlu olduğunun kabulüne hükmedilmiştir. Yargıtay Kararlar Dergisi, C.XIII, S.2, Şubat 1987, s.200-203.

⁵¹ ONAR, s.1673; ÖZAY, s. 745; YILDIRIM, s.21.

⁵² ÖZAY, s. 745.

⁵³ ONAR, s.1668; ÖZAY, s. 745; YILDIRIM, s.21; DURAN, s.55,56.

⁵⁴ Örneğin, bir yol yapımı sırasında kamulaştırma olmaksızın bağın yola katılması halinde, idarenin haksız fiilin mevcut olduğu ve bu eylemden kaynaklanan zarara ilişkin uyuşmazlığın adli yargıda çözümlenmesi gerektiği hakkında bkz. Danıştay 12. Dairesi’ nin 11.12.1980, E.1980/2704, K. 1980/4391 sayılı kararı, TAN, GÖZÜBÜYÜK, s.178.

⁵⁵ Uyuşmazlık Mahkemesi, 17.06.1996, E.1996/36, K.1996/78 sayılı kararı, Resmi Gazete 08.07.1996, S.22690.

kaynaklanan uyuşmazlığın adli yargıda çözümlenmesi gerekliliği belirtilmiştir.

Uyuşmazlık Mahkemesi bir başka kararında⁵⁶, TRT' nin bir maçı, yayın hakkı satın almadan ve arada bir sözleşme olmaksızın izinsiz yayınlaması nedeni ile açılan davada, davalı kurumun bir kamu kurumu olduğunu, ancak yasal dayanaktan yoksun eyleminden doğan zararın adli yargıda çözümleneceği belirtilmiştir.

4.3. Adliye Hâkiminin Görev ve Yetkisi

İdari Yargılama Usulü Kanunu' nun 2. maddesi gereğince, idari yargı, idari işlemin ve eylemin hukukilik denetimi ile sınırlıdır. Ancak, adli yargı, idari yargıdan farklı olarak sadece hukuka aykırılığı tespit etmemekte, uyuşmazlığın zararlı sonuçlarını da gidermektedir.

Önceden de ifade edildiği üzere⁵⁷, fiili yol teşkil eden eylemler, “idarilik” niteliklerini yitirmelerinden ötürü, bu eylemlerin neden olduğu uyuşmazlıklar adli yargıda çözümlenecektir. Bu durum karşısında ise, yargı organı tarafından söz konusu eylemlerin sadece hukuka aykırılığı tespit edilmeyecek, zararlı sonuçları da giderilecektir. Diğer bir ifade ile, idare tarafından gerçekleştirilen, fakat “idarilik” niteliğini kaybeden eylemlere ilişkin uyuşmazlıklarda yargının yetkisi geniştir.

Fiili yolda, hâkim, fiilin varlığını, kapsamını ve bütün sonuçlarını araştırarak, tespit edecek ve fiili yola sebep olan eylemi ve buna bağlı hareketleri durduracak, bundan doğan zararların idareye tazminine karar verebilecektir⁵⁸. Adli yargı hâkimlerinin haksız fiil niteliğindeki eylemleri sona erdirme yetkisi bulunduğu göz önüne alınırsa, yargının idareye belirli

⁵⁶ ⁵⁶ Uyuşmazlık Mahkemesi, 23.12.1996, E.1996/65, K.1996/110 sayılı kararı, Resmi Gazete 21.01.1997, S.22884; Uyuşmazlık Mahkemesi, 12.02.1996, E.1995/87, K.1996/34 sayılı kararı, Resmi Gazete 17.03.1996, S.22583.

⁵⁷ Bkz. Bölüm 4.1. ve 4.2.

⁵⁸ ÖZAY, s.745; ONAR, s.1674,1675.

şekilde hareket etmesini; İdareye fiili yolu sona erdirmesini emretmesi söz konusu olabilecektir⁵⁹.

SONUÇ

İdarenin usul dışı fiilleri, idarenin “idarilik” niteliğini kaybeden mülkiyet hakkı başta olmak üzere temel hak ve özgürlükleri ihlal eden veya bu özgürlüklere saldıran hukuka ve usule açıkça aykırı icrai eylemlerdir.

Söz konusu eylemler, “idarilik” niteliğini haiz olmadıklarından artık birer özel hukuk kavramı olan haksız fiiller olup, bu nedenle söz konusu eylemlere ilişkin uyuşmazlıklar da adli yargı da çözümlenmelidir.

Adli yargı hâkimi, fiili yola ilişkin uyuşmazlığın yargısal denetiminde ve doğan zararların telafisinde tek yetkili yer olmakta⁶⁰, İdareye eylemlerine son verme emri verilebilmektedir.

Ancak, içtihatlarımızda “fiili yol” kavramına pek yer verilmemekle beraber, teorinin ilkeleri de bugüne kadar yargı kararları ile açıkça ortaya konulmamıştır. Oysa ki, “fiili yol” kavramı ve teorisi, içtihatlar ile ortaya konuldukça ve yargı organları tarafından kullanıldıkça gelişecektir⁶¹.

⁵⁹ OĞURLU, s.67.

⁶⁰ OĞURLU, s.65.

⁶¹ Aynı yönde bir görüş için bkz. OĞURLU, s.71.

