

PAPER DETAILS

TITLE: IMAR PLANLARINDA KAMUSAL KULLANIMA AYRILAN YERLERIN UZUN SURE
KAMULASTIRILMAMASI KARSISINDA ALMAN HUKUKUNDAN BIR COZUM ONERISI:

YUKUMLULUK DAVASI

AUTHORS: Ahmet YILDIZ

PAGES: 283-306

ORIGINAL PDF URL: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1481512>

İMAR PLANLARINDA KAMUSAL KULLANIMA AYRILAN YERLERİN UZUN SÜRE KAMULAŞTIRILMAMASI KARŞISINDA ALMAN HUKUKUNDAN BİR ÇÖZÜM ÖNERİSİ: YÜKÜMLÜLÜK DAVASI

LANGANDAUERNDEN UNTERBLEIBEN DES VOLLZUGS BAUPLANUNGSRECHTLICH VORGESEHENER ENTEIGNUNGEN - RECHTSSCHUTZ DURCH VERPFLICHTUNGSKLAGEN?

Araş. Gör. Ahmet Çağrı YILDIZ*

ÖZ

İmar planlarında kamusal kullanıma ayrılan yerlerin uzun süre kamulaştırılmaması, taşınmaz maliklerinin mülkiyet hakları bakımından bir ihlal teşkil etmektedir. Zira her ne kadar fiilen kamulaştırma veya el atma gerçekleşmemiş olsa da mülkiyet hakkının gerçekte kullanılması yönünden olumsuzluklar doğmaktadır. Bu sorunun çözümüne yönelik olarak yargısal koruma sağlanması bakımından ülkemizde geçmişten beri çeşitli içtihatlar geliştirilmiştir. Bununla birlikte, öğretide ve yargı kararlarında hukuki el atma olarak isimlendirilmiş olan bu sorunun çözümüne yönelik etkili ve tutarlı bir yargısal koruma yolu halen bulunabilmiş değildir. Yargısal korumanın etkili ve tutarlı bir şekilde sağlanabilmesi, idari yargı sistemimizde, sorunun özelliklerine uygun çözümler sunmaya elverişli usullerin ve dava türlerinin bulunmasına bağlıdır. Alman idari yargılama hukukuna özgü bir dava türü olan yükümlülük davası, hukuki el atma ve benzeri özellikteki hukuki sorunlar için uygun bir çözüm sunmaktadır.

Anahtar Kelimeler: *Hukuki el atma, yargısal koruma, idari dava türleri, Alman idari yargılama hukuku, yükümlülük davası*

* Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, (ac.yildiz@tau.edu.tr). ORCID: 0000-0003-2866-7555.

**LONGLASTING NON-EXECUTION OF EXPROPRIATIONS
INTENDED BY DEVELOPMENT PLANS – JUDICIAL PROTECTION
BY THE ACTION FOR OBLIGATION?**

ABSTRACT

It constitutes a violation of the property right, when the real properties intended to be expropriated by development plans, however the expropriations are not executed for a long time. In this case, even though there is not any actual expropriation or confiscation, there are practical limitations in the use of the property right. Difficulties in selling the real property is an example. Various solutions have been developed by the jurisprudence in Turkey since the past, in terms of providing judicial protection against this problem. It has been named as “de jure confiscation” by the courts and the doctrine. However, an effective and noncontradictory way of judicial protection has not yet been found to solve this problem. Such judicial protection depends on the existence of appropriate procedures and types of legal actions in the administrative procedure law system. These procedures should be able to offer solutions, which are appropriate to the nature of the problem. The action for obligation, a type of legal action specific to German administrative procedure law, offers a suitable solution for de jure confiscation and legal problems of similar nature.

Keywords: *De jure confiscation, judicial protection, types of administrative legal actions, German administrative procedure law, action for obligation*

GİRİŞ

İmar planlarında kamusal kullanıma ayrılan yerlerin uzun süre kamulaştırılmaması, ülkemizde geçmişten beri güncelliğini koruyan bir hukuki sorundur. Bu sorun gerek mahkemelerimizin gerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarına konu olmuş ve çeşitli içtihatlar oluşmuştur. Öğretide ve yargı kararlarında *hukuki el atma* olarak isimlendirilmiş bulunan bu soruna yönelik olarak oluşan içtihatların ise aynı kalmadığı, zaman içerisinde önemli ölçüde değişim gösterdiği gözlemlenmektedir. Bununla birlikte, bu çalışmanın oluşmasına temel teşkil eden kanaate göre, bu soruna karşı yargısal korunma sağlanması bakımından tutarlı ve etkili bir çözüm yolu halen bulunabilmiş değildir.

Çalışmada öncelikle hukuki el atma sorununun çözülmesine yönelik tercih edilen yargısal koruma usullerinin zaman içerisinde nasıl değişim geçirdiği, konuyla ilgili Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına da değinilerek aktarılabilecek ve mevcut sistemimiz dâhilindeki çözüm yöntemlerinin kanaatimizce eksik yönlerine ilişkin izahatlerde bulunulacaktır. Sonrasında bu sorunun çözümü için uygun olabilecek, Alman idari yargılama hukukuna özgü bir dava türü olan yükümlülük davasına ilişkin açıklamalar yapılacaktır. Nihayetinde yükümlülük davasının işlevini karşılamaya elverişli bir dava türünün hukuki el atma sorunun yargısal çözümü için nasıl bir alternatif olabileceği ortaya konulacaktır.¹

A. Yıllar İçerisinde Hukuki El Atma Sorununa İlişkin Yargısal Koruma Arayışı

1. Hukuki El Atmada 1. Dönem (2010 Öncesi)

Hukuki el atmada ilk dönem olarak isimlendirdiğimiz bu dö-

¹ "Türk Hukukunda Uygulanabilirliği Ekseninde Alman İdari Yargılama Hukukuna Özgü Bir Dava Türü: Yükümlülük Davası" başlıklı yüksek lisans tezi, 2019 yılında İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı bünyesinde tarafımda savunularak oybirliğiyle kabul edilmiştir. Yükümlülük davası ve Türk hukukunda uygulanabilirliği konusunda detaylı bilgi için sözü edilen çalışma incelenebilir. Bu makalede ise hususi olarak yükümlülük davasının uygulanabilirlik alanlarından yalnızca birisine örnek teşkil eden hukuki el atma sorunu ele alınmıştır.

nemde ne idari yargı ne de adli yargı kolunda hukuki el atma konusunda sorunun çözülmesini sağlayacak kararlar verilmektedir. Adli yargı kolunda bu hususta davanın reddedilme gerekçesi olarak kamulaştırmasız el atma şartlarının gerçekleşmemiş olması ileri sürülmektedir. Bu dönemde, hukuki el atmanın ayrı bir sorun olarak ele alınması söz konusu olmamıştır. Dava konusu hukuki sorun, kamulaştırmasız el atma olarak kabul edilerek buna yönelik bir inceleme yapılmıştır. Bu inceleme sonucunda, mahkemenin ifadesiyle kamulaştırmasız el atma hükümlerinin uygulanmasının, mal sahibinin malı kullanımına engel olunarak taşınmazın elinden alınmasını gerektirdiği; mevcut durumda ise taşınmaz malın malikin elinden alınmadığı ve kullanma hakkına sahip olduğu gerekçeyle kamulaştırmasız el atma şartlarının gerçekleşmediğine karar verilmiştir². Kamulaştırmasız el atmanın gerçekleşmesi için taşınmaz mala fiilen el atılması gerekmektedir. Hukuki el atmada ise böyle bir durum söz konusu olmadığı için mahkemeler tarafından taşınmaz malın parasal karşılığının maliklere ödenmesi taleplerinin reddine karar verilmiştir.

İdari yargı organı ise kamulaştırma talebinde bulunan ilgilinin talebinin idare tarafından reddedilmesi üzerine açılan iptal davalarında, mahkemenin idareyi bir işlem yapmaya zorlayamayacağı gerekçesine dayanarak davaları reddetmiştir. Burada, Anayasa'da ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda yer alan, idari yargı yetkisinin idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olduğuna ve yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak idari eylem ve işlem niteliğinde veya idarenin takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı verilemeyeceği hükümlerine dayanılmıştır. Buradan hareketle, mahkemenin idareyi kamulaştırma işlemini yapmaya zorlayacak bir karar veremeyeceğine karar verilerek davalar reddedilmiştir³. Bu dönem ve sonrasında uzun süre, imar planında kamusal kullanıma ayrılmış olmasına rağmen kamulaştırılmamış olan alanlarda taşınmaz maliki olan ilgililerin mülkiyet haklarının kullanımının sınırlanmış olmasından kaynaklanan zararlarının tazmin edilmesi talebiyle açtıkları tam yargı davalarında hukuken mülkiyet hak-

² Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2007/5-805 K. 2007/826, T. 07.11.2007.

³ Danıştay 6. Daire, E. 2002/3693, K. 2004/125, T. 14.01.2004.

kının kullanımında herhangi bir kısıtlama bulunmadığı gerekçesiyle davalar reddedilmiştir⁴. Netice itibariyle bu dönemde imar planlarında kamusal kullanıma ayrılmış alanların uzun süre kamulaştırılmamasından kaynaklanan mağduriyetlerin yargı yoluyla giderilmesi konusunda herhangi bir çözüm veya gelişme görülmemektedir.

2. Hukuki El Atmada 2. Dönem (2010-2012)

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, hukuki el atma sorunun iç hukumuzda çözümü bakımından önemli bir adım atarak, idarenin tazminat sorumluluğunun doğması için fiilen el atma şartının gerçekleşmiş olması kabulünden dönmüş ve *“uzun yıllar programa alınmayan imar planının fiilen hayata geçirilmemesi nedeniyle kamulaştırma ya da takas cihetine gitmeyen davalı İdarece, pasif ve suskun kalınmak ve işlem tesis edilmemek suretiyle taşınmaz müdahale edildiği; bu haliyle İdarenin eyleminin, mülkiyet hakkının özüne dokunan ve onu ortadan kaldıran bir niteliğe sahip bulunan kamulaştırmasız el koyma olgusunun varlığı için yeterli bulunduğu”*na karar vermiştir⁵. Burada Yargıtay, mülkiyet hakkının kısıtlanması bakımından kamulaştırmasız el atmanın sonuçları ile hukuki el atmanın sonuçları arasında bir fark bulunmadığı gerekçesine dayanarak mülkiyetin bedele çevrilmesi amacıyla idareden tazminat istenebileceğine hükmetmiştir.

Yargıtay'ın verdiği bu kararın temel dayanağı ise Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından 23.09.1982 tarihinde verilen Sporrong ve Lönnroth v. İsveç kararı olmuştur⁶. Bu karara konu olayda, Stockholm İdare Kurulu, Sporrong miras şirketine ait taşınmaz için 1954 ve Bayan Lönnroth'a ait taşınmaz için 1968 yılında imar yasağı getirmiştir. İsveç hükümeti tarafından Stockholm Belediyesi'ne Sporrong miras şirketine ait taşınmaz için 1956 ve Bayan Lönnroth'a ait taşınmaz için 1971 yıllarında kamulaştırma izni verilmiştir. Belediye, taşınmazların kamulaştırılması için gerekli işlemleri yapmamıştır. Sporrong miras şirketinin taşınmazı üzerindeki kamulaştırma izni 23 yıl, imar yasağı 25 yıl; Bayan Lönnroth'un taşınmazı üzerindeki kamulaştırma izni 8 yıl, imar yasağı 12 yıl

⁴ Danıştay 6. Daire, E: 2010/8980, K. 2011/131, T. 01.02.2011.

⁵ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2010/5-662, K. 2010/651, T. 15.12.2010.

⁶ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sporrong ve Lönnroth v. İsveç, Başvuru No. 7151/75, 7152/75, T. 23.09.1982.

sürmüştür. Kamulaştırma izinleri ve imar yasakları sebebiyle başvuru-
lar taşınmazlarını satma, kiralama, kullanma, değişiklik yapma, ipotek
etme gibi yetkilerini kullanma konusunda sorun yaşamışlardır. Kamulaş-
tırma izinlerinin hükümet tarafından kaldırılmasının ardından malikler
İsveç mahkemelerinde mülkiyet haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle taz-
minat talebinde bulunmuştur. Mahkeme, kanunlara uygun biçimde ve
kamu yararı amacıyla mülkiyet hakkına kısıtlama getirildiğine karar ver-
miştir. Kamulaştırma izni, maliklerin sahibi oldukları şeyleri kullanma ve
tasarruf etme haklarına dokunmadığı halde, bu hakların fiilen kullanılma
olasılığını önemli ölçüde düşürmektedir. Bu nedenle, başvuru-
cuların mülkiyet hakkına bir müdahale vardır. Kamulaştırma izinleri ve inşaat
yasaklarının uzun bir süre devam etmesi müdahalenin sonuçlarını ağır-
laştırmıştır⁷. Mahkeme, ilk olarak İsveç makamlarının başvuru-
cuların taşınmazlarını kamulaştırmadığını belirtmiştir. Bu nedenle başvuru-
cular şekli olarak hiçbir zaman mülkiyetlerinden yoksun bırakılmamışlardır.
Ancak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, hakları “pratik ve etkili” bir şe-
kilde güvence altına almayı amaçladığından, başvuru-
cuların iddia ettiği gibi de facto bir kamulaştırma bulunup bulunmadığı belirlenmek zorun-
dudur⁸. Mahkemeye göre şikâyet konusu sonuçlar, malvarlığı üzerinde ta-
sarruf etme imkânının daraltılmasından kaynaklanmaktadır. Burada hak,
tamamen kaybolmamakla birlikte özünden birazını yitirmiştir. Söz ko-
nusu durum, mülkiyetten yoksun bırakma değildir. Ancak mülkiyet hak-
kının kullanılmasının sınırlandırılması söz konusudur. Başvuru-
cular bü-
tün bu dönem boyunca, mülklerinin geleceği konusunda tamamen belir-
siz bir durumda bırakılmışlardır. Mahkemeye göre, Sporrong Miras Şir-
keti ile Bayan Lönnroth, ancak sürelerin kısaltılması veya tazminat için
talepte bulunma imkânları kendilerine verilmiş olması halinde meşru sa-
yılabilir olan ferdi ve aşırı nitelikte bir yük taşımışlardır. Mahkeme’nin
görüşüne göre, başvuru-
cuların gerçekten zarar görüp görmediklerini bu
aşamada belirlemek gerekli değildir. Gerekli dengenin bulunmamasına
yol açan şey, onların hukuki durumlarıdır⁹. Bu gerekçelere dayalı olarak

⁷ Sporrong ve Lönnroth v. İsveç, para 60.

⁸ Sporrong ve Lönnroth v. İsveç, para 63.

⁹ Sporrong ve Lönnroth v. İsveç, para 73.

mahkeme, başvuruçuların mülkiyet haklarının ihlal edildiğine karar vermiştir. Dolayısıyla bu kararda, mülkiyet hakkı ihlalinin gerçekleşmiş sayılması için idare tarafından taşınmaza fiilen el atılması şartının gerçekleşmiş olması gerekmediği ortaya konulmuştur. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da aradan uzun süre geçmiş olmakla birlikte, bu karara dayanarak hukuki el atma sorununu kamulaştırmaz el atmadan farklı bir husus olarak ele almıştır. Danıştay'ın önceki yaklaşımı ise bu dönemde devam etmektedir.

İfade edilmesi gerekir ki 2011 yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Hakan Arı başvurusunda Türkiye aleyhine imar planında kamusal kullanıma ayrılan bir alanda bulunan taşınmazın uzun süre kamulaştırılmaması nedeniyle mülkiyet hakkı ihlali kararı vermiştir. Türkiye'de yargı organlarının hukuki el atma sorunu konusunda çözüm yolu arayışında bu kararın da etkisi bulunmaktadır. Bu karara aşağıda değinilecektir.

3. Hukuki El Atmada 3. Dönem (2012-2013)

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun, hukuki el atmayı tanımı ve adli yargıyı bu konuda görevli bulmasının ardından hukuki el atma davalarında yapılan görev itirazları neticesinde meseleyi Uyuşmazlık Mahkemesi ele almıştır. Uyuşmazlık Mahkemesi, 09/04/2012 tarihinde verdiği E. 2011/238, K. 2012/63 ve E. 2012/41, K. 2012/77, sayılı kararlarıyla; "...davanın konusunun, davalı idarece 3194 sayılı Kanunu uyarınca kamu gücü kullanılarak tek yanlı irade ile yapılan imar planlarında yeşil alan olarak yer alan davacılara ait taşınmazın bedelinin tazminine ilişkin bulunduğu anlaşılmış olup, belirtilen duruma göre, imar planı ve buna dayalı imar uygulaması sonucunda uğranılan zararın tazminine yönelik bulunan davanın, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2/1-b maddesinde yer alan "İdari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı davaları" kapsamında idari yargı yerince çözümlenmesi gerekmektedir." ifadeleriyle hukuki el atma uyuşmazlıklarının çözümü bakımından idari yargıyı görevli bulmuştur¹⁰.

¹⁰ Uyuşmazlık Mahkemesi, E. 2011/238, K. 2012/63, T. 09.04.2012, Uyuşmazlık Mahkemesi, E. 2012/41, K. 2012/77, T. 09.04.2012.

Danıştay ise bu dönemde hukuki el atma uyuşmazlıklarının tam yargı davası yerine iptal davası yoluyla çözümlendirilmesi yönünde bir yaklaşım sergilemektedir. 24.05.2012 tarihinde, *“Bu nedenle, kamu yararı-
nın gerekleri ile mülkiyet hakkı arasında gözetilmesi gereken adil dengenin bo-
zulduğundan ve mülkiyet hakkının kullanımının belirsizliğe itildiğinden söz edi-
lebilmesi için, imar planının onaylanmasından sonra kamulaştırmanın ne kadar
zaman içinde yapılması gerektiği belirlenmelidir. Bugün itibarıyla, mevzuatta bu
konuyu düzenleyen açık bir düzenleme yer almamaktadır. Diğer yandan, 2942
sayılı Kamulaştırma Kanununun 23. maddesinde, kamulaştırma bedelinin kesin-
leşmesi tarihinden itibaren beş yıl içinde, kamulaştırma ve devir amacına uygun
hiç bir işlem veya tesisat yapılmaması veya kamu yararına yönelik bir ihtiyaca
tahsis edilmeyerek taşınmaz malın olduğu gibi bırakılması şartıyla malike taşın-
mazını geri alma hakkı öngörülmüştür. Görüldüğü üzere, yasa koyucu, mülkiyet
hakkını ilgilendiren konularda, idarenin beş yıl boyunca hareketsiz kalmasını,
malikler lehine bazı haklar doğması bakımından yeterli görmüştür. Yasa koyucu-
nun bu eğiliminin, uyuşmazlık konusu olayda da kıyasen uygulanması hukuka
ve hakkaniyete uygun olacağından, imar planlarının onaylanmasından itibaren
beş yıl geçmesine karşın, ilgili idarelerce kamunun kullanımına ayrılan taşın-
mazların kamulaştırılmaması durumunda, mülkiyet hakkının kullanımının be-
lirsizliğe itildiğini, dolayısıyla, kamu yararı-
nın gerekleri ile mülkiyet hakkı ara-
sında gözetilmesi gereken adil dengenin bozulduğunu kabul etmek gerekmektedir.
Uyuşmazlık konusu olayda da, söz konusu beş yıllık süre geçmiştir. Bu iti-
barla, davacıların başvurusu üzerine 3194 sayılı İmar Kanununun 10. Maddesi
hükmi uygulanmak suretiyle maliki oldukları taşınmazın davalı belediyece imar
programına alınması, bu program dahilinde geciktirilmeksizin kamulaştırılması
zorunludur.”¹¹* şeklinde karar vererek bu yaklaşımını açıkça ortaya koy-
muştur.

4. Hukuki El Atmada 4. Dönem (2013 ve sonrası)

Anayasa Mahkemesi, Kamulaştırma Kanunu’nun Geçici 6. mad-
desindeki bazı düzenlemelere ilişkin iptal davasında 25.09.2013 tarihinde
verdiği kararında *“Sonuç olarak, davacının taşınmazının imar planlarında
“dere mutlak koruma alanı”nda bırakılması nedeniyle, tasarruf hakkının kısıt-*

¹¹ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E. 2007/2255, K. 2012/801, T. 24.05.2012.

lanmasının kamulaştırmasız el atma sonucu olduğu ve tasarruf hakkının kısıtlanması sebebiyle doğan zararın ancak idari yargıda açılacak bir tam yargı davasına konu edilebileceği sonucuna ulaşılmaktadır.” ifadelerine yer vererek hukuki el atma sorununun idari yargıda tam yargı davasıyla çözümlenmesi gerektiğine karar vermiştir¹².

Bu dönemde Danıştay, aynı yaklaşımı Anayasa Mahkemesi’nin kararından da önce sergilemeye başlamıştır. 17.04.2013 tarihinde 6. Daire tarafından verilen kararda, “Bu durumda, davacıya ait taşınmazın imar planında “yol ve otopark” olarak belirlenmesi nedeniyle 3194 sayılı İmar Kanunu’nun 10. maddesi uyarınca imar planının yürürlüğe girmesinden itibaren en geç 3 ay içinde bu planı tatbik etmek üzere 5 yıllık imar programının belediyece hazırlanmaması ve bunun sonucunda taşınmazın kamulaştırılmaması nedeniyle davacının mülkiyet hakkının belirsiz bir süre ile kısıtlandığı ve bu kısıtlanmanın idarece bir karar alınarak kaldırılmadığının sabit olması karşısında, taşınmaz malın değerinin hesaplanarak ilgisine ödenmesi dışında başka bir yol kalmamıştır. İdarece taşınmaz kamulaştırılmış olsaydı taşınmaz bedelinin mahkemece Kamulaştırma Kanunu hükümleri çerçevesinde tespit edilerek hak sahibine ödenmesi gerekecekti; bu nedenle taşınmaz değerinin belirtilen Kanun hükümleri dikkate alınarak saptanması gerekmektedir. Öte yandan, davacıya ödenmesine hükmolunacak tazminat tutarının, taşınmazın idare adına tapuda tescil edilmesi sırasında kamulaştırma bedeli yerine geçecek miktar olarak kabul edilmesi ve buna göre işlem yapılması zorunludur.” ifadeleri yer almaktadır¹³. Bu karardan anlaşıldığı üzere artık hukuki el atma uyuşmazlıkları tam yargı davası formunda görülmeye başlanmıştır. Bu davada kamulaştırma bedeli hesaplanıp, tazminat olarak bu miktara hükmedilmekte ve bu miktar kamulaştırma bedeli sayılmak suretiyle taşınmazın kamulaştırılması gerektiğine karar verilmektedir.

Bu dönemde Yargıtay ise hukuki el atma uyuşmazlıklarını kamulaştırmasız el atma uyuşmazlıklarından tamamen ayırarak, hukuki el atma uyuşmazlıkları bakımından idari yargının görevli olduğuna açıkça karar vermektedir¹⁴.

¹² Anayasa Mahkemesi, E. 2013/93, K. 2013/101, T. 25.09.2013.

¹³ Danıştay 6. Daire, E. 2011/8152, K. 2013/2702, T. 17.04.2013.

¹⁴ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2013/603, K. 2013/1503, T. 30.10.2013.

B. Mevcut İdari Yargılama Hukuku Sistemi Dâhilinde Çözüm Arayışı

Özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Türkiye aleyhine verdiği Hakan Arı kararının ardından hukuki el atma konusunda yargısal çözüm arayışları daha etkin bir hal almıştır. Hakan Arı kararı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından 11 Ocak 2011 tarihinde verilmiştir. Bu karara konu olayda Hakan Arı, tapu sicilinde fidanlık olarak kayıtlı bulunan taşınmazın imara açık alana dâhil olduğunu öğrenmesi üzerine imar izni almak üzere Mersin Belediyesi'ne başvurmuştur. Taşınmazın imar planında okul alanı olarak gözüktüğü ve hakkında kamulaştırma kararı alındığı gerekçesiyle imar izni verilmemiş; fakat kamulaştırmanın kaynak yetersizliği nedeniyle derhal yapılamayacağı bildirilmiştir. Başvurucu bir yıl sonra maliki olduğu araziden yararlanma hakkının kısıtlanması suretiyle mülkiyet hakkının özüne dokunulduğu gerekçesiyle maddi ve manevi tazminat davası açmış, tüm yargısal süreç sonucunda 2007 yılına kadar bir sonuç alamamıştır. Bunun üzerine mülkiyet hakkı ihlali iddiasıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvuruda bulunmuştur. Mahkemeye göre, başvuranın mülkiyet hakkına yönelik bir müdahale söz konusudur. Taşınmazın şehir imar planında okul yapımı için öngörülmesi yalnızca imar yasağından etkilenmesine yol açmamış, aynı zamanda araziden istifade edilmesini de olanaksız hale getirmiştir. Mahkeme, başvuranın taşınmazına el atılmaması nedeniyle re'sen gerçekleşmiş bir müdahalenin olmadığını; bunun yanında mülkiyetin devrinin gerçekleşmemiş olduğunu, fakat meseleyi görünenlerin ötesine geçerek gerçek yüzüyle inceleyeceğini belirtmiştir. Bu bağlamda, başvuran tarafından öne sürülen durumun etkilerinin mülkiyet hakkına yönelik kısıtlamalardan ileri geldiğini ve sonucu itibarıyla bütün olarak taşınmazın kullanılabilirliğini azalttığını, hakkın özü bakımından bir kayıp bulunsa da tam olarak kaybolmadığını belirtmiştir. Bunun ardından mahkeme, kamu yararının gerekleri ile başvuranın temel haklarının korunması arasında bulunması gereken adil dengenin gözetilip gözetilmediğini incelemeye almıştır. Böylesi karmaşık ve düzenleme yapılmasını gerektiren alanlarda devletlerin şehir planlamasına yönelik politikalarında belirli bir takdir payından yararlanmalarını doğal karşılamaktadır. Mevcut şartlar çerçevesinde mahkeme, başvuranın hakkına yönelik müdahalede genel kamu menfaatlerine riayet edildiği kanaatine ulaşmıştır. Bununla birlikte,

başvuran ilgili bütün bu dönem boyunca mülkiyetinin akıbeti konusunda bir belirsizliğe itilmiştir. Söz konusu bu durumun başvuranın mülkiyet hakkından tam anlamıyla yararlanması önünde engel teşkil ettiğine ve arazinin satış şansı da dahil, sonucu itibarıyla taşınmazın değerini önemli ölçüde azalttığına karar vermiştir. Ayrıca başvuranın uğradığı kayıp hiçbir tazminat miktarı ile giderilmemiştir. Bütün bu sözü edilenler neticesinde mahkeme, başvuranın kamu yararının gerekleri ile mülkiyet hakkı arasında gözetilmesi gereken adil dengeyi bozan alışılmışın dışında ve ölçüsüz bir yüke katlanmak zorunda kaldığı gerekçesiyle mülkiyet hakkı ihlaline ve tazminata hükmetmiştir^{15,16}

İfade edildiği gibi, bu kararın da etkisiyle Türkiye’de imar planlarında kamu hizmetine ayrılan yerlerin uzun süre kamulaştırılmamasından kaynaklanan mülkiyet hakkı ihlali sorunlarının çözümü bakımından yeni bir arayışa girilmiştir. Bu konuda görevli yargı kolunun idari yargı olduğuna, Anayasa Mahkemesi ve Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarının ardından kesin kanaat getirilmesiyle birlikte, idari yargı kolu içerisinde uyuşmazlıklar çözümlendirilmeye çalışılmıştır. Bu arayış, elbette mevcut idari yargılama hukuku sistemimizin imkânları çerçevesinde olmuştur.

Bilindiği üzere, idari yargılama hukuku sistemimizde yalnızca iptal ve tam yargı davaları bulunmaktadır. Dolayısıyla uyuşmazlıkların bu iki dava türünden birisiyle çözüme kavuşturulması zorunluluğu hâsıl olmaktadır. İptal davaları, idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat unsurlarının biri yönünden hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan davalar olup, yalnızca idari işlemlerin iptalini sağlamaktadır. Tam yargı davaları ise kanuni ifadesiyle “*idarenin eylem ve işlemlerinden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı davaları*” şeklinde düzenlenmiştir. Bu hüküm, tam yargı davalarının uygulamadaki kapsamı ve işlevini tam olarak yansıtmamaktadır. Zira hukukumuzda tam yargı davası hem uygulanmasıyla hem öğretide ele alınış şekliyle hem de 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun m. 3/2 (d), m. 16/4 c. 2, m. 17/1

¹⁵ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Hakan Arı v. Türkiye, Başvuru No: 13331/07, T. 11.01.2011.

¹⁶ Benzeri için bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Hüseyin Kaplan v. Türkiye, Başvuru No: 24508/09, T. 01.10.2013.

c. 1, m. 24 (e), m. 28/6, m. 45/1 c. 2 ve m. 46/1 (b) hükümlerinde ele alınış şekliyle idarenin eylem ve işlemlerinden kaynaklanan zararların tazmin edilmesine yönelik bir dava türü olarak karşımıza çıkmaktadır. Başka bir ifadeyle, tam yargı davaları salt birer tazminat davası olarak uygulanmaktadır. Fakat öğretimizde, tam yargı davasının salt bir tazminat davası olmadığı; aynı zamanda idarenin bir takım edim yükümlülüklerini yerine getirmemesi halinde, mahkeme tarafından bir eda hükmü verilmek suretiyle idarenin bu yükümlülüklerini yerine getirmesine karar verilmesine imkan tanıyan bir dava türü olduğu da savunulmaktadır¹⁷. Fakat bu görüş, öğretime genel kabul gören ve uygulamada cari olan bir görüş değildir. İfade edildiği gibi, tam yargı davası yalnızca bir tazminat davası olarak kabul edilmektedir¹⁸. Mahkemenin, idarenin bir işlem tesis etmesine veya eylemde bulunmasına karar vermesinin mümkün olmadığı kabul edilmektedir. Başka bir ifadeyle, hukukumuzda idari yargı mercilerinin idareye yönelik olarak bir işlem tesis etme veya eylemde bulunmayı içeren bir eda hükmü vermesi mümkün değildir.

İptal davasında mahkeme, idari işlemin hukuka aykırı olduğunun anlaşılması halinde işlemin iptaline hükmeder. Bu hüküm, kurucu nitelikte bir hükümdür. Hükmün kurucu özelliği, işlemi kendiliğinden hukuk âleminde kaldırması anlamına gelmektedir¹⁹. İptal davalarında mahkemenin yetkisi bu şekilde bir olumsuz kurucu hüküm vermekle sınırlıdır. Mahkeme, idarenin yerine geçerek bir karar veremeyeceği gibi

¹⁷ Turan Yıldırım vd., *İdare Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 733; Şeref Gözübüyük/Turgut Tan, *İdare Hukuku Cilt II*, 8. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, s. 707; Ramazan Çağlayan, *İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması*, Asil Yayın Dağıtım, Ankara, 2004, s. 230; Lutfi Duran, "İdari İşlem Niteliğinde Yargı Kararlarıyla Vergi Davalarının Çözümü (I)", *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt 20, Sayı 4, Aralık 1987, 1-17, s. 9.

¹⁸ Yıldırım v.d., s. 733; İl Han Özay, *Günüşiğinde Yönetim II Yargısal Koruma*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004, s. 181; Çağlayan, s. 100; Celal Erkut, "İdari Yargıya Başvuru Haklarının Sınırı ve İdari Davaların Kapsamı", *2000 Yılında Danıştay İdari Yargı Sempozyumu*, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, 2000, 89-93, s. 93.

¹⁹ Yıldırım v.d., s. 797; Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018, s. 422; Şeref Gözübüyük, Şeref/Turgut Tan, *İdare Hukuku Cilt II*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, s. 544.

idareyi bir işlem tesis etmeye de zorlayamaz. Bu husus, hem Anayasa'da hem İYUK'ta düzenleme altına alınmıştır. Anayasa m. 125/4'e göre "Yargı yetkisi, idarî eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olup, hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamaz. Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı verilemez.". İYUK m. 2/2 hükmü ise "İdari yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır. İdari mahkemeler; yerindelik denetimi yapamazlar, yürütme görevinin kanunlarda ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya idarenin takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı veremezler." şeklinde düzenlenmiştir. Bu hükümler, yargı organının, idareyi belirli bir işlem tesis etmeye zorlayamayacağı şeklinde yorumlanmaktadır²⁰. Başka bir ifadeyle, idare mahkemesi bir eda hükmü tesis edemez. Bu nedenle idarelerin karşısında kendisi zorlayıcı bir güç bulunmadığı gibi²¹, mahkeme tarafından verilen kararların ne şekilde uygulanacağı idarenin hukuk devleti anlayışına bağlıdır²².

Mahkemenin, idareye yönelik bir eda hükmü veremeyeceği kabul edilmekle birlikte sıklıkla mahkeme kararlarının gerekçe kısmında idarenin hangi işlemi yapması gerektiği veya ne şekilde işlem tesis etmesi gerektiği açıkça ifade edilmektedir. Bu şekilde yargısal korumanın daha etkili hale gelmesi amaçlanmaktadır²³. Zira hukuka uygunluk denetimi yapan yargı organı, doğrudan eda hükmü vermesi söz konusu olmadığı için hangi davranışın hukuka uygun olduğunu bu şekilde idareye göstermektedir. Bu durum, bazı durumlarda idarenin ne şekilde karar vermesi gerektiğinin mahkeme tarafından gösterilmesi gerektiğini, bunun bir ih-

²⁰ Yıldırım v.d., s. 664; Gözübüyük/Tan, s. 529.

²¹ Ragıp Sarıca, *İdari Kaza, Cilt: 1, İdari Davalar*, Kenan Matbaası, İstanbul, 1949, s. 122; Yıldırım Uler, *İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970, s. 103.

²² Çağlayan, s. 274; Ender Ethem Atay, "Kuvvetler Ayrılığı İlkesi Uyarınca Yürütme Yargı Ayrılığı ve İdari Yargı Denetiminin Niteliği", *Danıştay ve İdari Yargı Günü* 140. Yıl, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, 2008, 123-148, s. 141.

²³ Şeref Gözübüyük, *Yönetmelik Yargı*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, s. 250.

tiyaç olduğunu ortaya koymaktadır. Bu nedenle, idarenin nasıl bir işlem tesis etmesi gerektiğinin karar gerekçelerinde açıkça gösterilmesi uygulaması karşısında idari yargı sistemimizin idareyi bir işlem yapmaya zorlamama özelliği tartışma konusu edilebilir bir husus haline gelmektedir.

Hukuki el atmada 3. dönem olarak ele aldığımız süreçte mahkemelerin, her ne kadar idareyi kamulaştırma yapmaya zorlaması teorik olarak mümkün olmasa da verilen kararların pratik sonuçları bakımından ele alındığında esasında bunu yaptığı görülmektedir. Bu durum da aynı şekilde, bazı hallerde mahkemenin idareyi belirli bir işlem yapmaya zorlamasının hukuk devletinde gerekli olduğunu göstermektedir. Mahkemenin, idareyi kamulaştırma işlemini yapmaya zorlama yetkisinin bulunması halinde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ilgili kararlarında tespit edilen mülkiyet hakkı ihlallerinin önüne geçilmesine imkân tanıyan ve kendi içerisinde tutarlı bir yargısal koruma sistemi tesis edilmiş olacaktır.

2013 sonrası dönemde ise idari yargı organları, yaklaşımlarında değişikliğe giderek tekrar mahkemenin idareyi işlem tesis etmeye zorlamayacağı gerekçesine dayanmaya ve iptal davalarında ret kararı vermeye başlamışlardır. Bu yaklaşım nedeniyle hukuki el atma uyumsuzlukları iptal davası yerine tam yargı davası yoluyla çözüme kavuşturulmaya çalışılmaya başlanmıştır. Tam yargı davası uygulamasında mahkemeler, idarelerin imar planlarında kamusal kullanıma ayrılan yerlerin uzun süre kamulaştırılmamasının mülkiyet hakkı ihlali meydana getirmesi nedeniyle tazminata hükmedilmesi gerektiği kanaatini ortaya koymakla birlikte mevcut idari yargılama hukuku sistemimizde tam yargı davalarının sunduğu imkânlar çerçevesinde bir çözüm uygulamak mecburiyetindedirler. Bu kapsamda ulaşılan çözüm ise 2013 öncesi dönemdeki iptal davası uygulamasından daha çelişkili ve tutarsız bir çözüm yoludur. Bu dönemde mahkemeler, tam yargı davasında hükmedecekleri tazminatı kamulaştırma bedelinin hesaplanması usulüne göre hesaplamaktadır. Bu kararın ardından mahkemenin hükmettiği tazminat miktarının kamulaştırma bedeli kabul edilerek ödenmesi ve taşınmazın kamulaştırılması gerekmektedir. Bu ise mahkemenin idareyi kamulaştırma işlemini yapmaya zorlayamaması kabulüyle çelişmesi bir yana, kamulaştırma bedelinin bile mahkeme tarafından belirlenmesi anlamına gelmektedir. İptal davasında

yerine geçme yasağını ihlal etmeme gerekçesi ve nedeniyle tercih edilen bu çözüm yolu yerine geçme yasağını çok daha vahim şekilde ihlal etmektedir. Bu durumun idari yargılama hukuku sistemimize teorik olarak aykırı olduğu ve çok çelişkili bir uygulama teşkil ettiği açıktır. Bununla birlikte, bir önceki paragrafta ifade edildiği gibi böyle bir çözüm yolunun uygulanması mecburiyeti esasında hukuk devletinde mahkemenin yeri geldiğinde idarenin belirli işlemleri yapmasına hükmedebilmesi gerekliliğini de ortaya koymaktadır. Fakat idari yargılama hukuku sistemimizde bu ihtiyacı karşılamaya elverişli imkânlar bulunmamaktadır.

C. Çelişkisiz Bir Çözüm Yolu: Yükümlülük Davası

Yükümlülük davası, Alman idari yargılama hukukuna özgü bir dava türüdür. Bu dava, bir ilgilinin idareden bir işlem yapma talebinde bulunmasından sonra idarenin bu talebi reddetmesi veya talep karşısında hareketsiz kalması sonucunda açılan bir davadır. Bu dava ile mahkemeden, idarenin hukuken yapmakla yükümlü olduğu, fakat ilgilinin talebine rağmen yapmadığı idari işlemin yapılmasına hükmetmesi talep edilir. Davanın kabul edilmesi durumunda mahkeme idarenin bu işlemi yapmasına hükmedebilir. İdare bu kararı uygulayarak işlemi tesis etmek zorundadır²⁴.

Bu dava, hukukumuzdaki İYUK m. 10 başvurusu sonrasındaki yargısal sürece bir alternatif olarak düşünülebilir. Zira İYUK m. 10 başvuruları da aynı şekilde ilgililerin idareden bir işlem tesis etme taleplerinden ibarettir. İdarelerin bu talepleri açıkça reddetmesi veya talep karşısında altmış gün boyunca hareketsiz kalarak zımnen reddetmesi karşısında ilgili iptal davası açarak ret işleminin iptal edilmesini talep edebilmektedir. Dolayısıyla hukukumuzda idarelerin ilgililer hakkında hukuken yapmaları gerektiği halde yerine getirmedikleri yükümlülüklerinin yerine getirilmesine yönelik olarak uygulanan yargısal denetim usulü

²⁴ Yükümlülük davası hakkında detaylı bilgi için bkz. Rolf Schmidt, *Verwaltungsprozessrecht*, Verlag Dr. Rolf Schmidt, Hamburg 2016, s. 187-206, 272-274; Friedhelm Hufen, *Verwaltungsprozessrecht*, Verlag C.H. Beck, München, 2016, s. 342-365, 477-488; Wilfried Erbguth, Anette Guckelberger, *Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsverfahren und Staatshaftungsrecht*, Nomos, 2018, Baden-Baden, s. 482-497.

İYUK m. 10 kapsamında iptal davasıdır. Bununla birlikte, iptal davası idari yargılama usulünün klasik dava türü olup, idarenin hukuka aykırı müdahalelerinin ortadan kaldırılmasına yönelik olarak tasarlanmıştır. Yükümlülük davası ise idarenin hukuki edim yükümlülüklerini yerine getirmemesi durumunda ilgililere yargısal korunma imkânı tanımak üzere öngörülmüş bir dava türüdür.

İmar planlarında kamusal kullanıma ayrılmış yerlerin uzun süre kamulaştırılmamasının meydana getirdiği mülkiyet hakkı ihlalinin ortadan kaldırılması, bu alanların idareler tarafından mümkün olduğunca hızlı şekilde kamulaştırarak bedellerin taşınmaz maliklerine ödenmesine bağlıdır. Başka bir ifadeyle, idarelerin imar planlarında kamusal kullanıma ayrılmış yerleri belirli bir süre içerisinde kamulaştırma yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi karşısında hakları ihlal edilenler için haklarının yerine getirilmesini temin edecek yargısal korunma yollarının bulunması hukuk devletinin bir gereğidir. Zira etkili yargısal koruma kavramı, aynı zamanda eksiksiz bir yargısal korumanın gerekliliğini de ifade etmektedir. Eksiksiz yargısal koruma, idari yargı bakımından, idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargısal koruma imkânlarının tanınmasının yanında idarenin eylemsizlik ve işlemsizlik durumlarında da bireylere yargı organı tarafından korunma imkânı tanıyan bir yargısal sistemin bulunması gerektiğini ifade etmektedir²⁵. Başka bir ifadeyle, yalnızca idarenin bireylere müdahalelerine karşı değil, aynı zamanda idarenin yükümlülüklerini yerine getirmediği durumlara karşı hukuken korunma taleplerinin de karşılanmasına uygun türden kararlar verilmesini sağlayacak bir yargı sistemi tasarlanması gerekmektedir²⁶. Bunun tasarlanması ise kanun koyucunun sorumluluğundadır²⁷. İdarenin edim yükümlülüklerini yerine getirmediği durumlar bakımından bu gerekliliğin karşılanması, idari yargı mercilerinin idarenin

²⁵ Hans Hofmann vd., *Kommentar zum Grundgesetz*, Carl Heymanns, 2011, s. 637; Peter Micheal Huber vd., *Kommentar zum Grundgesetz*, Franz Vahlen, München, 2010, s. 1889; Thomas Würtenberger, *Verwaltungsprozessrecht*, Verlag C.H. Beck, München, 2011, s. 2.

²⁶ Huber, s. 1889.

²⁷ Huber, s. 1891; Würtenberger, s. 2; Jörn Ipsen, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Carl Heymanns, Berlin, 2007, s. 291.

bir işlem tesis etme veya eylemde bulunmasına yönelik bir eda hükmü verebilme yetkisine sahip olmasına bağlıdır.

Bu tür durumlara çok tipik bir örnek teşkil eden hukuki el atma sorunu ülkemizde yıllardır gündemde olan bir husustur. Bu soruna karşı yargısal korunma yöntemi arayışı halen devam etmektedir. Yükümlülük davası ise tasarlanma amacı ve şekli itibariyle tam olarak bu türden sorunlara yöneliktir.

Yükümlülük davasının kabulü ve uygulanması bakımından akla gelecek en önemli soru idarenin takdir alanına ilişkindir. Zira ifade edildiği üzere, mahkemelerin idarenin takdir yetkisini sınırlandıracak, yönlendirecek veya ortadan kaldıracak kararlar vermeleri mümkün değildir. Ancak bu durum idarenin takdir yetkisinin sınırsız olduğu ve takdir yetkisine dayanan idari işlemlerin hiçbir yargısal denetime tabi olmayacağı anlamına gelmemektedir²⁸. İdari yargı mercileri, idarenin işlemlerinin yerindeliğini denetleyemez. Fakat takdir yetkisinin hukuka uygun kullanılıp kullanılmadığını denetleyebilir. Yükümlülük davasında da mahkemenin denetim yaparken idarenin takdir alanına müdahale etmemesi öngörülmüştür. Mahkemenin yetkisi bu dava da aynı iptal davasında olduğu gibi hukuka uygunluk denetimi yapmakla sınırlıdır. Alman İdare Mahkemeleri Kanunu'nun (WvGO) m. 114 hükmü bunu düzenlemektedir. Maddeye göre, "İdare, kendi takdirine dayanarak muamelede bulunmaya yetkili ise mahkeme; idari işlemin, işlemin reddedilmesinin ya da talebin ihmal edilmesinin, takdir yetkisinin kanuni sınırlarının aşılmış olması ya da takdir yetkisi tanıyan normun amacına uygun olarak kullanılmamış olması sebebiyle hukuka aykırı olup olmadığını denetler. İdare, takdir yetkisinin kullanılmasına ilişkin gerekçesini yargı süreci devam ederken de tamamlayabilir.". Buna göre, yükümlülük davasında da mahkeme idarenin takdir alanına müdahale etmemekte, yalnızca takdir yetkisinin hukuka uygun kullanılıp kullanılmadığını denetlemektedir. Yükümlülük davasında mahkeme, gerekli hallerde

²⁸ Sait Güran, "İdari Yargı Denetiminin Kapsamı ve Sınırları", *Danıştay ve İdari Yargı Günü* 140. Yıl, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, 2008, 57-61, s. 60; Ali Ülkü Azrak, "İdari Yargı Denetiminin Sınırı Olarak İdarenin Takdir Yetkisi", *İdare Hukuku İlimleri Dergisi*, Y. 6, S. 1-3, Aralık 1985, 17-28, s. 27; Cemil Kaya, *İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 120.

bir eda hükmü ile idareyi belirli bir işlemi tesis etmeye mahkûm etse de takdir alanına ilişkin düzenlemeler nedeniyle sınırlı bir denetim yetkisine sahiptir²⁹. İdarenin takdir yetkisinin bulunduğu ve bu yetkinin hukuka uygun kullanıldığı hallerde mahkeme yükümlülük davasını reddetmektedir. İdarenin takdir yetkisini hukuka aykırı şekilde kullandığı durumlarda ise mahkeme, hukuka aykırılığın belirlenmesiyle yetinmekte ve idarenin takdir yetkisini tekrar hukuka uygun şekilde kullanarak yeniden bir işlem tesis etmesine hükmetmektedir. İdarenin bu hükmü uygularken mahkemenin karar gerekçesinde yer alan hukuki mütalaasına riayet etmesi gerekmektedir³⁰. Bu şekilde yeniden hukuka aykırı şekilde bir karar verilmesinin önüne geçilmesi amaçlanmaktadır. Tekrar vurgulamak gerekir ki mahkeme verdiği kararda ve kararının gerekçesinde idareyi takdir yetkisini ne şekilde kullanacağı konusunda yönlendiremez. Bu hususlar göstermektedir ki hukukumuzda yabancı olan bu dava türünün hukukumuzda kabul edilegelen idarenin takdir alanına müdahale etmeme ilkesine aykırı bir yönü bulunmamaktadır. Kaldı ki kanaatimizce, idarenin takdir alanına müdahale etmeme ve yerine geçerek karar vermeme hususları hukukumuzda doğru yorumlanmamakta ve çok geniş şekilde uygulanmaktadır. Mahkemenin bazı durumlarda idareye hukuka uygun davranmış olmak için nasıl bir karar vermesi gerektiğini göstermesi idari yargının varlığının çok doğal bir sonucu olmasına rağmen bu yetki hukukumuzda kabul edilmemektedir. Hâlbuki burada mahkeme yalnızca idareye hukukun ne olduğunu göstermektedir. Bunun ise kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı bir yönü bulunmamaktadır. Aksine kuvvetler ayrılığı ilkesinin gerektirdiği denge ve fren mekanizmasının sağlanması bakımından önem arz etmektedir.

Yükümlülük davasında idarenin takdir yetkisinin bulunmadığı, bağlı yetkinin söz konusu olduğu durumlarda ise mahkeme, idarenin, ilgilinin talep ettiği işlemi tesis etmesine doğrudan hükmedebilmektedir. Zira bu tür durumlarda zaten idarenin hukuka uygun davranmış olmak için elinde bulunan tek seçenek bu işlemi tesis etmektir. Yükümlülük davasında mahkemenin vermiş olduğu bu karar, idareye hukuka uygun tek

²⁹ Hufen, s. 447; Ipsen, s. 157.

³⁰ Hufen, s. 453; Ipsen, s. 356; Steffen Detterbeck, *Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht*, C.H. Beck, München, 2017, s. 103.

alternatif olan davranışı göstermekten ibarettir. Böylesi bir kararın idarenin yerine geçerek işlem tesis etme yasağına aykırı olduğunu söylemek mümkün değildir. Belirtilmesi gerekir ki burada söz konusu işlem mahkeme kararıyla tesis edilmiş sayılmamakta, idarenin mahkeme kararını uygulayarak işlemi bizzat kendisinin tesis etmesi gerekmektedir³¹.

SONUÇ

Hukuki el atma olarak bilinen imar planlarında kamusal kullanıma ayrılan alanların uzun süre kamulaştırılmaması sorunu yukarıda ifade edildiği gibi bir mülkiyet hakkı ihlali teşkil etmekte ve bu alanlarda bulunan taşınmazların makul bir süre içerisinde kamulaştırılması idarenin bir yükümlülüğü haline gelmektedir. İdarenin bu yükümlülüğünü yerine getirmemesi durumunda ilgililere sağlanacak yargısal korumanın ise sorunun niteliğine uygun ve uyumsuzluğu hukuki şekilde giderici nitelikte olması gerekmektedir. İfade edildiği üzere, hukukumuzda bu tür uyumsuzluklar için öngörülmüş olan İYUK m. 10 kapsamında açılan iptal davaları uyumsuzlukları çelişkisiz biçimde çözememektedir. Son dönemde gündeme gelen uygulama olan tam yargı davası yoluyla hukuki el atma uyumsuzluklarını çözmeye çalışmak ise çok daha tutarsız ve isabetsiz bir çözüm yoludur. Zira bu durumda idarenin olağan kamulaştırma usulünü uygulamasının da önüne geçilmiş olmaktadır.

Yapılan açıklamalar neticesinde mahkemenin belirli durumlarda idareyi yükümlülüklerini yerine getirerek belirli işlemleri yapmaya zorlama imkânının bulunması gerektiği açıkça anlaşılmaktadır. Hukuki el atma sorunu da bu ihtiyaca çok önemli bir örnek teşkil etmektedir. İmar planlarında kamusal kullanıma ayrılan alanlarda bulunan taşınmazların makul süre içerisinde kamulaştırılmaması halinde mahkemenin idareyi kamulaştırmayı yapmaya zorlayabilmesi bir gereklilik arz etmektedir. Fakat mevcut idari yargılama hukuku sistemimizde yer alan müesseseler böylesi bir imkâna göre tasarlanmamıştır. Bu nedenle idarenin yükümlülüklerini yerine getirmediği durumlar için esasında idarenin hukuka aykırı müdahalelerini ortadan kaldırmak amacıyla kurgulanmış bulunan iptal davası uyarlanmaya çalışılmaktadır. Buna rağmen, iptal davasının

³¹ Schmidt, s. 124; Hufen, s. 594.

özellikleri, bu işlevin yerine gelmesini temin etmek bakımından yetersiz kalmaktadır. Hukuki el atma sorunun çözülmesi için salt tazminat davası niteliğindeki tam yargı davasının uygulanmaya çalışılması ise çok daha vahim bir durumdur.

İdarenin her türlü eylem ve işleminin yargı denetimine açık olması, başka bir ifadeyle, tam ve etkili yargısal korumanın sağlanabilmesi, kanunlarla buna yönelik bir sistemin kurgulanmasına bağlıdır. Aynı zamanda bu ilkenin gerçekleştirilebilmesi kanunla kurgulanan bu sistemin her türlü dava edilebilir uyumsuzluğun tam ve hukuki şekilde çözümlenebilmesini sağlayabilecek müesseseleri barındırmasına bağlıdır. İdarenin, edim yükümlülüklerini yerine getirmemesi halinde sağlanacak yargısal korumanın şartlarından birisinin de yukarıda yapılan açıklamalar gereğince, idareyi -şartları varsa- belirli bir işlemi tesis etmeye açıkça mahkûm edebilme imkanının bulunması olması gerekmektedir. Aksi halde bu tür uyumsuzlukların tam, hukuki ve çelişkisiz şekilde çözüme kavuşturulması mümkün olmayacaktır. Bu amacın gerçekleştirilebilmesi için ise Alman idari yargılama hukukunda tekemmül etmiş bulunan yükümlülük davası veya idari yargı organını yükümlülük davasının işlevini karşılamaya yetkili kılan benzeri bir dava türü kanaatimizce uygun bir çözüm imkânı sunabilir.

ZUSAMMENFASSUNG

Es stellt eine Verletzung des Eigentumsrechts dar, wenn bauplanungsrechtlich vorgesehene Enteignungen lange Zeit nicht vollgezogen werden. In diesem Fall, obwohl eine tatsächliche Beschlagnahme nicht vorliegt, bestehen dennoch rechtlich relevante Beschränkungen. Zum Beispiel ist es nicht einfach, das Grundstück zu verkaufen, da es bauplanungsrechtlich für eine Enteignung vorgesehen ist. Deswegen muss die Verwaltung solche Grundstücke -so schnell wie möglich- enteignen und die unangenehme Situation für den Eigentümer beseitigen. In der Türkei gibt es seit Jahren unterschiedliche Rechtsprechung, um dieses Problem, das als „de jure Beschlagnahme“ bezeichnet wird, gerichtlich zu lösen. Es wurde jedoch noch kein wirksamer bzw. effektiver Rechtsschutz entwickelt. Dieser hängt von der Existenz insbesondere geeigneter Verfahren und Klagearten ab.

Im deutschen Verwaltungsprozessrecht existieren verschiedene Klagearten, nämlich die Anfechtungsklage, die Verpflichtungsklage, die allgemeine Leistungsklage, die Feststellungsklage, die Fortsetzungsfeststellungsklage usw. Dagegen bestehen im türkischen Verwaltungsprozessrecht nur zwei Klagearten, die Anfechtungsklage und die verwaltungsgerichtliche Schadensersatzklage. Diese Klagearten sind nicht nur zahlenmäßig weniger, sondern auch unzureichend hinsichtlich der vollständigen Realisierung der Funktion der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Dieses Problem folgt aus dem Umfang der Anfechtungsklage. Durch die Anfechtungsklage wird die Rechtmäßigkeit der Verwaltungsakte geprüft und rechtswidrige Verwaltungsakte gerichtlich aufgehoben. Allerdings müssten in bestimmten Fällen neue Verwaltungsakte nach der Aufhebungsentscheidung des Gerichtes erlassen werden, um einen rechtmäßigen Zustand herzustellen. Dennoch ist es im türkischen Verwaltungsprozessrecht für das Gericht nicht möglich, zum Erlass eines neuen Verwaltungsaktes zu verpflichten. Hiergegen spricht die enge Auslegung des Art. 125 Abs. 4 der Türkischen Verfassung. Diese Problematik wurde im französischen Recht gelöst. Das Gericht verurteilt zum Erlass eines neuen Verwaltungsaktes. Aber diese Lösung wird im türkischen Recht nicht akzeptiert. Im deutschen Recht existiert nach § 42 VwGO eine effektive Rechtsschutzmöglichkeit in Form der selbständigen Verpflichtungsklage. Dabei begehrt der Kläger die Verurteilung zum Erlass eines abgelehnten oder unterlassenen Verwaltungsaktes. Durch die Verpflichtungs-

klage gestaltet nicht das Gericht selbst die Rechtslage per Urteil, sondern verpflichtet die Verwaltung zum Erlass eines Verwaltungsaktes. Die Rechtsnatur der Verpflichtungsklage als Leistungsklage (keine Gestaltungsklage) kann mit der türkischen Doktrin zur Gewaltenteilung in Übereinstimmung gebracht werden.

De jure Beschlagnahme ist ein gutes Beispiel dafür, dass das Verwaltungsgericht in bestimmten Fällen zum Erlass eines Verwaltungsaktes verpflichtet muss. Denn um die Verletzung des Eigentumsrechts zu beheben, müsste die Verwaltung die Grundstücke so schnell wie möglich enteignen und die Entschädigung bezahlen. Wenn die Verwaltung die Enteignung nicht vollzieht und dadurch die Nutzung des Eigentums beschränkt, muss das Gericht zur Vollziehung der Enteignungsmaßnahme verpflichtet. Das ist im türkischen Recht allerdings prozessrechtlich nicht möglich. Deswegen konnten die Gerichte dieses Problem lange Zeit nicht lösen. Nach der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in Sachen „Hakan Ari“ hat sich eine neue Perspektive zur Problembewältigung ergeben. Die damit verbundenen Vorschläge werden bewertet. Verschiedene Gerichte, einschließlich das Verfassungsgericht haben verschiedene Lösungsansätze entwickelt. Diese Lösungen sind jedoch nicht zufriedenstellend und ohne rechtliche Bedenken. Meiner Meinung nach wäre die beste Lösung für dieses Problem die Verurteilung durch das Verwaltungsgericht zum Erlass eines Verwaltungsaktes. Danach müsste die Verwaltung den Enteignungsprozess per Verfügung beschleunigen.

Dieser Aufsatz verdeutlicht, dass aus rechtsstaatlichen Gründen die (behördliche) Verpflichtung zum Erlass eines Verwaltungsaktes gerichtlich ausgesprochen werden muss. Das ist eine rechtsstaatliche Anforderung. De jure Beschlagnahme ist somit ein typischer Fall für diese Anforderung. Eine Klageart, die die Funktion der Verpflichtungsklage erfüllt, kann eine angemessene Lösung sein, um dieses Problem und die Probleme ähnlicher Art im Einklang mit den Grundsätzen der Rechtsstaatlichkeit und der Gewaltenteilung zu bewältigen.

KAYNAKÇA

AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA, Cemil, *Türk İdare Hukuku*, 9. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018.

ATAY, Ender Ethem, “Kuvvetler Ayrılığı İlkesi Uyarınca Yürütme Yargı Ayrılığı ve İdari Yargı Denetiminin Niteliği”, *Danıştay ve İdari Yargı Günü 140. Yıl*, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, 2008, s. 123-148.

AZRAK, Ali Ülkü, “İdari Yargı Denetiminin Sınırı Olarak İdarenin Takdir Yetkisi”, *İdare Hukuku İlimleri Dergisi*, Y. 6, S. 1-3, Aralık 1985, s. 17-28.

ÇAĞLAYAN, Ramazan, *İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması*, Asil Yayın Dağıtım, 3. Baskı, Ankara, 2004.

DETTERBECK, Steffen, *Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsverfahren*, 15. Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 2017.

DURAN, Lütfi, “İdari İşlem Niteliğinde Yargı Kararlarıyla Vergi Davalarının Çözümü (I)”, *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt 20, Sayı 4, Aralık 1987, s. 1-17.

ERBGUTH, Wilfried/GUCKELBERGER, Anette, *Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsverfahren und Staatshaftungsrecht*, 9. Auflage, Baden-Baden, Nomos, 2018.

ERKUT, Celal, “İdari Yargıya Başvuru Haklarının Sınırı ve İdari Davaların Kapsamı”, *2000 Yılında Danıştay İdari Yargı Sempozyumu*, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, 2000, s. 89-93.

GÖRNING, Gilbert/DEPENHEUER, Otto/BECKER, Ulrich/BRENNER, Micheal/HUBER, Peter Michael, *Kommentar zum Grundgesetz*, 6., vollständig neuarbeitete Auflage, München, Franz Vahlen, 2010.

GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, *Yönetmelik Yargı*, Turhan Kitabevi, 35. Baskı, Ankara, 2016.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref, “İptal Davasının Sonuçları”, *Yavuz ABADAN'a Armağan*, Ankara, 1969.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref/TAN, Turgut, *İdare Hukuku Cilt II*, 8. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016.

GÜRAN, Sait, “İdari Yargı Denetiminin Kapsamı ve Sınırları”, *Danıştay ve İdari Yargı Günü 140. Yıl*, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, 2008, s. 57-61.

HOFMANN, Hans(Hrsg.)/HOPFAUF, Axel(Hrsg.) v.d., *Kommentar zum Grundgesetz*, 12. Auflage, Lavis, Carl Heymanns, 2011.

HUFEN, Friedhelm, *Verwaltungsprozessrecht*, 10. Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 2016.

IPSEN, Jörn, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 5., neu bearbeitete Auflage, Berlin, Carl Heymanns, 2007.

KAYA, Cemil, *İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi*, On İki Levha Yayıncılık, 2. Baskı, İstanbul, 2014.

KAYA, Cemil, *İdari Yargı Kararlarının Uygulanması Konusunda Danıştay'ın Yaklaşımı*, Legal, İstanbul, 2011.

ÖZAY, İl Han, *Günüşiğinde Yönetim II Yargısal Koruma*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004.

SARICA, Ragıp, *İdari Kaza, Cilt, 1, İdari Davalar*, Kenan Matbaası, İstanbul, 1949.

SCHMİDT, Rolf, *Verwaltungsprozessrecht*, 18. Auflage, Hamburg, Verlag Dr. Rolf Schmidt, 2016.

ULER, Yıldırım, *İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970.

WÜRTENBERGER, Thomas, *Verwaltungsprozessrecht*, 3. neu bearbeitete Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 2011.

YILDIRIM, Turan/YASİN, Melikşah/KAMAN, Nur/ÖZDEMİR, Eyüp/ÜSTÜN, Gül/OKAY TEKİNSOY, Özge, *İdare Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, Güncelleştirilmiş 7. Baskı, İstanbul, 2018.