

KARADENİZ TEKNİK ÜNİVERSİTESİ * SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

KAMU YÖNETİMİ ANABİLİM DALI

YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

**TÜRK HUKUKUNDA KAMULAŞTIRMA VE KAMULAŞTIRMASIZ EL ATMA
YOLUYLA MÜLKİYET HAKKINA MÜDAHALE VE A.İ.H.M. ' NİN MÜLKİYET
HAKKINA MÜDAHALELERE BAKIŞI**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Tayfun TUNA

EKİM 2012

TRABZON

KARADENİZ TEKNİK ÜNİVERSİTESİ * SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

KAMU YÖNETİMİ ANABİLİM DALI

YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

**TÜRK HUKUKUNDA KAMULAŞTIRMA VE KAMULAŞTIRMASIZ EL ATMA
YOLUYLA MÜLKİYET HAKKINA MÜDAHALE VE A.İ.H.M.' NİN MÜLKİYET
HAKKINA MÜDAHALELERE BAKIŞI**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Tayfun TUNA

Tez Danışmanı: Yrd. Doç. Dr. Mustafa CİN

EKİM – 2012

TRABZON

ONAY

Tayfun TUNA tarafından hazırlanan ‘‘Türk Hukukunda Kamulaştırma Ve Kamulaştırmaz El Atma Yoluyla Mülkiyet Hakkına Müdahale ve A.İ.H.M.’ nin Mülkiyet Hakkına Müdahalelere Bakışı’’ adlı bu çalışma 05/10/2012 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda oy birliği ile başarılı bulunarak jürimiz tarafından İktisat Anabilim dalında **yüksek lisans tezi** olarak kabul edilmiştir.

Yrd. Doç. Dr. Mustafa CİN (Başkan-Danışman)

Prof. Dr. Yusuf şevki HAKYEMEZ

Yrd. Doç. Dr. Ali Cengiz KÖSEOğLU

Yukarıdaki imzaların, adı geçen öğretim üyelerine ait olduklarını onaylım. .../.../2012

Prof. Dr. Ahmet ULUSOY

Enstitü Müdürü

BİLDİRİM

Tez içindeki bütün bilgilerin etik davranış ve akademik kurallar çerçevesinde elde edilerek sunulduğunu, ayrıca tez yazım kurallarına uygun olarak hazırlanan bu çalışmada orijinal olmayan her türlü kaynağa eksiksiz atıf yapıldığını, aksinin ortaya çıkması durumunda her tür yasal sonucu kabul ettiğimi beyan ediyorum.

Tayfun TUNA
23/10/2012

ÖNSÖZ

“Türk Hukukunda Kamulaştırma ve Kamulaştırmaz El Atma Yoluyla Mülkiyet Hakkına Müdahale ve AİHM'nin Mülkiyet Hakkına Müdahalelere Bakışı” konulu, 3 bölümden oluşan tez çalışmamızda Mülkiyet Kavramının Tarihsel Gelişimi birinci bölümde incelenmiş, sonrasında Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 46. Maddesinde içeriği ve şartları tanımlanan, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu ile yasal düzlemde uygulaması düzenlenen Kamulaştırma müessesesi ikinci bölümde, devletin özel mülkiyete konu taşınmazlara kamulaştırmaz el atmasını da üçüncü bölümde irdeledik.

Çalışmamızın ikinci ve üçüncü bölümleri konunun iç hukuktaki görünümünü aksettirirken ayrıca son bölüm olan üçüncü bölümde ise yargı düzenimizde teorik olarak bu tür ihtilafların gidebileceği son mercii olan ve iç hukuk yolları tüketildiğinde hukuki ihtilafların taşındığı ulusal-üstü yargı platformu işlevi gören Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin mülkiyet hakkına müdahalelere bakışını irdeleyerek çalışmamızı bitirdik.

Tez çalışmamda yardımlarını esirgemeyen; Yrd. Doç. Dr. Mustafa CİN, Av. Hatice UZUN, Av. Ayla BAKİ, Av. Ali ÇAKMAK ve Nevim KÖSE ile eserlerinden yararlandığım ve çalışmama büyük katkıları olan tezin kaynakça kısmındaki müelliflere şükranlarımı sunarım. Son olarak bugünlere gelmemde katkılarına değer biçemeyeceğim aileme de sonsuz teşekkür ederim.

Trabzon, Ekim 2012

Tayfun TUNA

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ	IV
İÇİNDEKİLER.....	V
ÖZET	XI
ABSTRACT	XII
KISALTMALAR LİSTESİ	XIII
GİRİŞ.....	1-3

BİRİNCİ BÖLÜM

1. MÜLKİYET KAVRAMININ TARİHSEL GELİŞİMİ.....	4-21
1.1. Mülkiyet Kavramının Nesnel Olarak Kapsamı	4
1.2. Tarihsel Gelişimi	5
1.2.1. Antik Yunan Medeniyetinde Mülkiyet Hakkının İzleri	6
1.2.2. Roma Hukukunda Mülkiyet Hakkı Anlayışı.....	7
1.2.3. İslam Hukukunda Mülkiyet Hakkı Anlayışı	8
1.2.4. Avrupa ve Kuzey Amerika Siyasi Belgelerinde Mülkiyet Hakkı	9
1.2.5. B.M. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi İle Bölgesel Örgütlerin Ulus-üstü Hukuk Belgelerinde Mülkiyet Hakkı.....	10
1.2.6. Osmanlı-Türk Anayasalarında Mülkiyet Hakkı.....	12
1.2.7. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı	16
1.2.7.1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin İç Hukuktaki Yeri.....	16
1.2.7.2. A.İ.H.S. Mülkiyet Hakkının Düzenlenişi	17
1.2.7.3. Mal ve Mülk Kavramı.....	18
1.2.7.4. Mülkiyet Hakkının Kapsamı.....	18
1.2.7.5. A.İ.H.M Göre Somut Olarak Mülkiyet Hakkı Kapsamına Giren Durumlar	19

1.2.7.5.1. Tahkim Kararları	19
1.2.7.5.2. Müşteri Kitlesi	19
1.2.7.5.3. Eşitlik İlkesi ve Bir Uygulamannın Gerçekleşeceğine Dair Meşru Beklenti	20
1.2.7.5.4. Emeklilik Maaş Hakkı	20
1.2.7.5.5. Kira Geliri Elde Etme Hakkı	21
1.2.7.5.6. Bir Faaliyetin Yapılmasına Dair Ruhsat.....	21
1.2.7.5.7. Mülkiyet Hakkı Kapsamında Değerlendirilen Diğer Şeyler	21

İKİNCİ BÖLÜM

2. TÜRK HUKUKUNDA KAMULAŞTIRMA.....	22-95
2.1. Kamulaştırmanın Hukuki Niteliği ve Tanımı	22
2.2. Kamulaştırma Kurumunun Benzer Kurumlardan Farkı	26
2.3. Türk Hukukunda Kamulaştırmanın Tarihi Seyri	28
2.4. Kamulaştırmanın Unsurları	30
2.4.1. Yetki Unsuru	30
2.4.1.1. Kamulaştırma Usulünden Yararlanabilecek Kurumlar.....	30
2.4.1.1.1. Devlet ve Kamu Tüzel Kişilikleri.....	30
2.4.1.1.2. Yürüttükleri Faaliyetle İlgili Olarak Kanunda Açık Hüküm Bulunması Şartı ile Gerçek Kişiler ve Özel Hukuk Tüzel Kişileri Yararına Kamulaştırma.....	37
2.4.1.2. Görevli Olma Şartı.....	40
2.4.2. Sebep Unsuru	42
2.4.3. Amaç Unsuru.....	44
2.4.4. Konu Unsuru	46
2.4.4.1. Kamulaştırılmaya Uygun Taşınmazlar	47
2.4.4.1.1. Arazi	47
2.4.4.1.1.1. Arazinin Tanımı.....	47
2.4.4.1.1.2. Arazi ve Arsa Ayrımı	47
2.4.4.1.1.3. Arazilerin Bütünleyici Parçaları, Doğal Ürünleri ve Eklentileri.....	49

2.4.4.1.2. Kaynaklar.....	51
2.4.4.1.3. Tapu Kütüğüne Kayıt Edilebilen Bağımsız ve Sürekli Haklar	54
2.4.4.1.4. Kat Mülkiyeti Kütüğüne Kayıtlı Bağımsız Bölümler.....	59
2.4.4.2. Kamulaştırılmaya Uygun Olmayan Şeyler	63
2.5. Kamulaştırma Kararının Uygulama Süreci	64
2.5.1. Kamulaştırılacak Taşınmaz ve Pazarlık Süreci	64
2.5.1.1. Kamulaştırılacak Taşınmazın Belirlenmesi ve Taşınmazla İlgili Bilgilerin Toplanması	64
2.5.1.2. Kamulaştırılacak Taşınmaz ile Alakalı Tapu Siciline İdari Şerhin İşlenmesi	67
2.5.1.3. Kıymet Taktir Komisyonu ve Uzlaşma Komisyonu Oluşturması	68
2.5.1.4. Taşınmaz Maliklerine Resmi Taahhütlü Yazı ile Pazarlığa Çağırılması.....	69
2.5.2. Pazarlık Sürecinin Hukuki Sonuçları	71
2.6. Kamulaştırmaların Hukuk Mahkemelerindeki Süreci	73
2.6.1. Kamulaştırılacak Taşınmazın Değerinin Tespiti	73
2.6.2. Kamulaştırma Bedelinin Tespit Esasları	74
2.6.2.1. Taşınmazın Fiziki Özellikleri	75
2.6.2.2. Taşınmazın Değerini Etkileyecek Her Türlü Nitelik ve Unsur	76
2.6.2.3. Taşınmazın “Aynı”nın Vergi Beyan Değeri.....	76
2.6.2.4. Resmi Makamların Taşınmazın Değeri İle İlgili Yaptıkları Tespitler	76
2.6.2.5. Arazilerde Değer Tespit Esas ve Unsurları.....	77
2.6.2.5.1. Arazilerde Değer Tespiti	79
2.6.2.5.1.1. Sulu ve Kuru Tarım Arazisi Ayrımı	79
2.6.2.5.1.2. Kapitalizasyon Faiz Oranının Belirlenmesi.....	82
2.6.2.5.1.3. Arazinin Münavebe Durumu.....	82
2.6.2.5.1.4. Ürünlerin Verimlerinin, Giderlerinin ve Satış Fiyatlarının Belirlenmesi	83
2.6.2.5.1.5. Kapama Bağ, Bahçe ve Ağaç Usulü	83
2.6.2.5.1.6. Seralar	85

2.6.2.5.1.7. Arazilerde Objektif Değer Artırıcı	
Unsurlar	85
2.6.2.5.2. Arsalarda Değer Tespiti	87
2.6.2.5.2.1. Uygun Emsallerin Bulunması	88
2.6.2.5.2.2. Emsallerin Değerlendirmeye Alınması	90
2.6.3. Taşınmazın Boşaltılması	91
2.6.4. Taşınmaz Maliklerinin Taşınmazı Geri Alma Hakkı	92
2.7. Özellik Arz Eden Kamulaştırmalar	92
2.7.1. Acele Kamulaştırma	92
2.7.2. Acele Kamulaştırma Kararı Almaya Yetkili Organ ve Acillik Halinin Varlığı	93
2.7.3. Maddenin Uygulanmasındaki Sorunlar	93
2.7.4. Kamuya Ait Taşınmazların Kamulaştırılması	94
2.8. Cezai Hükümler	95

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

3. DEVLETİN ÖZEL MÜLKİYETE KONU TAŞINMAZA KAMULAŞTIRMASIZ EL ATMASI.....	96-141
3.1. Kamulaştırmasız El Atma Kavramı	96
3.2. Kamulaştırmasız El Atmada Görevli Yargı Yolu ve Görevli Mahkeme.....	98
3.3. Kamulaştırmasız El Atmanın Temel Unsurları	99
3.3.1. Taşınmaza El Atmanın Kamulaştırmaya Yetkili Devlet, Kamu Tüzel Kişisi ya da Yararına Kamulaştırma Yapacak Gerçek Kişi veya Özel Hukuk Tüzel Kişisi Tarafından Yapılması Gerekliliği	99
3.3.2. El Koyma İşleminin de Kamu Yararı İlkesinin Amaçlanması.....	101
3.3.3. Daha Önce Aynı Taşınmaz ile İlgili Kamulaştırma İşleminin Yapılmamış Olması	102
3.3.4. El Koymanın Fiilen yâda Hukuken Olması	103
3.3.4.1. 221 Sayılı Kanun Kapsamındaki Gayrimenkuller	103
3.3.4.2. 3194 sayılı İmar Kanun 18. Maddesinin Uygulanması ve Düzenleme Ortaklık Payı.....	104

3.3.4.3. İmar Planlarındaki Düzenlemelerle Bir Kısım Taşınmazın Kamu Hizmetine Tahsisi ve Maliklerin Tasarruf Yetkisinin Kısıtlanması	104
3.3.4.4. Taşınmazın Acele Kamulaştırılması	105
3.3.4.5. Kamulaştırma Kanununun 35. Maddesi Çerçevesinde Malikin Taşınmazın Bir Kısımını Yapı İzni Karşılığı Bedelsiz Terk Etmesi ya da El Koymaya Muvafakat Etmesi	105
3.3.4.6. Hukuken ve Fiilen El Atma Olarak Kabul Edilmeyen Haller	108
3.4. Taşınmaz Mülkiyetine Müdahalede İdari ve Adli Yargı Ayrımı	109
3.5. Anayasa Mahkemesi Tarafından İptal Edilen 2942 Sayılı Kamulaştırma Kanununun 38. Maddesinin A.İ.H.M.'nin Yansımaları ve Bugünkü Durum	109
3.5.1. 2942 sayılı Kanununun 38. Maddesinin Yürürlüğü	109
3.5.2. 38. Madde Uygulamasının A.İ.H.M Önüne Getirilmesi ve Örnek Davalar	110
3.5.3. 2942 Sayılı Kanununun 38. Maddesinin İptal Süreci	112
3.6. Kamulaştırma Kanun 38. Maddesinin Anayasa Mahkemesi Tarafından İptal Edilmesinden Sonraki Durum.....	113
3.7. 2942 Sayılı Kamulaştırma Kanununun Geçici 6. Maddesi Kamulaştırmaz El Koyma Sebebiyle Tazmin	114
3.7.1. Kanunun Uygulanacağı Taşınmazlar	114
3.7.2. Uzlaşma Görüşmeleri	115
3.7.3. Uzlaşma Görüşmelerinin Yürütülme Esasları ve Sonuçları.....	115
3.8. İdarenin Taşınmazlara İmar Durumundaki Kayıtlamalarla El Atması.....	118
3.8.1. Kayıtlamalarla El Atmanın Tanımı	118
3.8.2. Yargıtay'ın Konuya Bakışı.....	119
3.8.3. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 15.12.2010 Tarihli İçtihadı.....	121
3.8.4. İmar Planından Kaynaklanan Davalarının İdari Yargı Yerinde Çözümlemesi.....	122
3.9. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Mülkiyet Hakkına Bakışı	126
3.9.1. İlk Kural (Mal ve Mülk Dokunulmazlığına Saygı Gösterilmesi).....	126
3.9.2. İkinci Kural (Mülkiyetten Yoksunluk).....	127
3.9.2.1. Hukukilik İlkesi/Sınırlamanın Kanun da Öngörülmüş Olması.....	128
3.9.2.2. Kamu Yararı / Müdahale Kamu Yararını Amaçlamalı.....	129

3.9.2.3. Adil Denge ve Orantılık.....	129
3.9.2.4. Sınırlamanın Makul Karşılıkla Yapılması (Tazminat Ödeme).....	130
3.9.3. Üçüncü Kural (Mülkiyetin Kullanımın Kontrolü)	130
3.10. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türkiye İle İlgili Kararları	131
3.10.1. Devletin Hüküm ve Tasarrufu Altında Olması Gereken Yerlerin Özel Mülkiyete Konu Olması Hali.....	131
3.10.2. İmar Hukuku, Kamulaştırma ve Kamulaştırmaz El Atma Kaynaklı Davalar	132
3.10.3. Kıbrıs Kaynaklı Davalar.....	137
3.10.3.1. “Loizidou” ve “Orams” Davaları.....	137
3.10.3.2. XenidesAristes– Türkiye Davası	140
SONUÇ	142
YARARLANILAN KAYNAKLAR	146
ÖZGEÇMİŞ	155

ÖZET

Taşınır ve taşınmazlar üzerindeki özel mülkiyet hakkı tarihin ilk medeniyetlerinden günümüze kadar çeşitli içeriklerde var olmuştur. Günümüz devletlerinde mülkiyet yetkisi bir hak olarak anayasal güvence altına alındığı gibi uluslararası insan hakları belgelerinde de bir insan hakkı olarak kendine yer bulmuştur. Ülkemizde geniş uygulama örnekleri bulunan “Kamulaştırma” ve “Kamulaştırmaz El Atma”yı teorik şartları ile birlikte değerlendirirken uygulamaya yön verici özelliklerinden dolayı yüksek mahkemelerin bu konularda verdiği kararlarda çalışmamızda geniş yer bulmuştur.

Üç bölümden oluşan bu çalışmamızın ilk bölümünde, mülkiyet kavramının tarihsel gelişimini, ikinci bölümde Türk hukukunda kamulaştırma ve üçüncü bölümde ise özel mülkiyete konu taşınmazlara kamulaştırmaz el atmayı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin bu konudaki kararlarını da aktararak ele almaya çalıştık. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının konunun içine alınması Türkiye’nin de taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Ek Protokollerinden sonra artık bir zorunluluk haline gelmiştir. Zira Anayasamızın 90. Maddesi dikkate alındığında bu insan hakları belgelerinin iç hukukun bir parçası haline gelmesi yargılama faaliyetlerinde göz önünde bulundurulmasını da zorunlu kılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Türkiye, kamulaştırma

ABSTRACT

The first civilizations in history on the right of private ownership of movable and immovable property to the present day there has been a variety of contexts. Today the authority as a right of property protected by the Constitution states taken as a human right in international human rights instruments, such as has found its place. Examples of wide application in our country, the "expropriation" and "expropriation Hand Throw" from the transmitter features a direct implementation of the theoretical conditions for evaluating the high courts with the decisions on these issues in a large study has found.

The first part of this study is composed of three parts, the historical development of the concept of property, expropriation, and the third section, second section of the Turkish law's hand to the expropriation of privately owned estates, the European Court of Human Rights tried to address this issue by transferring the decisions taken. Decisions of the European Court of Human Rights, which Turkey is signatory should be enclosed in the subject and the Additional Protocol to the European Convention on Human Rights has become a necessity now and then. Because 90 of the Constitution Considering Article become part of this human rights instruments in domestic law, also requires the consideration of judicial activities.

Key Words: Turkey, expropriation

KISALTMALAR LİSTESİ

AIHM.	:Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AIHS.	:Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
Ank. Bar. Der.	:Ankara Barosu Dergisi
AMKD.	:Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi
AÜHFD	:Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBFD	:Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
AYM	:Anayasa Mahkemesi
C	:Cilt
DD	:Danıştay Dava Dairesi
DEÜHFD	:Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
E	:Esas
EÜHFD	:Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD.	:Hukuk Dairesi
HGK	:Hukuk Genel Kurulu
HUMK	:Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
GKRK	:Güney Kıbrıs Rum Kesimi
İBK	:İçtihadı Birleştirme Kararı
İçt. Bir. Kur.	:İçtihatları Birleştirme Kurulu
İD.	:İdari Daire
İDDK	:İdari Dava Daireleri Kurulu
İÜHFD	:İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İÜHFM	:İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İHİD	:İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi
İBD	:İstanbul Barosu Dergisi
K	:Karar
KK.	:Kamulaştırma Kanunu
KKTC	:Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti

M	:Madde
MK	:Medeni Kanun
R.G.	:Resmi Gazete
s	:Sayfa
S	:Sayı
TAAD	:Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TTK	:Türk Ticaret Kanunu
Tur. TK	:Turizmi Teşvik Kanunu
UYM	:Uyuşmazlık Mahkemesi
Y.	:Yargıtay

GİRİŞ

Kamu adına yetki kullanan devlet birimlerinin bu yetkiyi kullanırken bireylerin özel mülkiyet alanlarına girmeleri çok karşılaşılan bir olgudur. Bu çalışmamız da mülkiyet hakkına müdahale türlerinin en geniş yelpazesini oluşturan kamulaştırma işlemini ve kamulaştırmatsız el atma eylemini geniş bir şekilde irdelemeye çalıştık. T.C. Anayasasının 46. maddesinde ayrıntılı olarak düzenlenen kamulaştırma kurumu ayrıca ulusal-üstü insan hakları belgelerinde de kendisine yer bulmuştur. Nitekim Türkiye'nin de taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1 Numaralı Ek Protokolünün 1. maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkı gerek tek başına gerekse diğer maddelerle ilişkisi anlamında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından hak ihlallerinin tespitinde referans alınan önemli bir maddedir. Türkiye ile ilgili özellikle Güneydoğu Anadolu Bölgesinde ki terör eylemleri ve Kıbrıs kökenli davalar dışında son yıllarda devletin özel mülkiyete konu taşınmazları kamulaştırması ya da kamulaştırmatsız el atması sonucu doğan bir dava zümresi de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin önüne gitmektedir. Bu arada şunu da belirtelim ki, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin önüne giden birçok dava dosyasında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1 Numaralı Ek Protokolünün 1. maddesinde düzenlenen *"her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı"* ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 17. maddesinde düzenlenen *"Hakların Kötüye Kullanılması Yasağı"* birlikte uygulanarak bu yetkinin kullanımı sorgulanmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve ek protokollerin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından anlamlandırılması ve bu faaliyette ortaya çıkan kıstasları, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 90. maddesinin son hali düşünüldüğünde iç hukukumuzda kamu adına yetki kullanan devlet birimlerinin dikkatle izlemesi gerektiği, iç hukuku uygulayan yargı organlarının ise görev tanımlarında ve uygulayacakları mevzuattaki genişleme nedeniyle iyice bilmeleri ve özümsemeleri gerektiği muhakkaktır.

Çalışmamızın ilk bölümünde mülkiyet hakkını anlatmayı uygun gördük. Çünkü ileriki bölümlerde anlatacağımız hususlar aslında bir şekilde onunla ilgili olduğundan mülkiyet hakkının anlaşılması önem taşımaktadır. Mülkiyet hakkı tarihin ilk devrelerinden

bugüne kadar dünya medeniyet tarihinde iz bırakmış, Eski Yunan, Roma ve İslam medeniyetleri dahil tüm medeniyetlerde bir şekilde var olmuştur. Yakın geçmişteyse Kuzey Amerika ve Avrupa da ortaya çıkan siyasal belgeler ve bu belgelerin içerisinde yer alan mülkiyet hakkına ilişkin düzenlemeler daha sonra ortaya çıkan Birleşmiş Milletlerin ve bölgesel örgütlerin insan hakları belgelerine ilham kaynağı olmuştur. Konuya Osmanlı - Türk Anayasa geleneği açısından baktığımızda ise anayasal metinlerimizin içerisinde mülkiyet hakkına ilişkin düzenlemeler mutlaka olmuştur. Ayrıca Türkiye'nin de taraf olduğu ve yukarıda da bahsettiğimiz Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ek 1 numaralı protokolü de Anayasanın 90. maddesi çerçevesinde artık bir iç hukuk normu haline gelmiştir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde devletin anayasal bir kurum olan kamulaştırma kurumunu kullanarak özel mülkiyete tabi taşınmazlara girmesini, çalışmamızdaki bir sonraki bölüm olan devletin bu anayasal kurumu kullanmayarak özel mülkiyete tabi taşınmazlara kamulaştırmaması el atmasını da anlamaya yarayacak şekilde ele aldık. Bundaki amacımız, konusunda özel ve ayrıntılı düzenlemeler getiren 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun özellikle değer tespiti ile ilgili hükümlerinin kıyasen kamulaştırmaması el atmaya da uygulanacak olmasıdır. Kamulaştırma Kanununun değer tespiti ile ilgili hükümlerinden sadece kamulaştırmaması el atmada değil yine Kamulaştırma Kanununun içerisinde düzenlenen acele kamulaştırma kurumunun uygulanmasında da yararlanılmaktadır. İdarenin kamulaştırma kararı alarak bu kararı uygulama sürecine girmesi ve bu süreçte tüketmesi gereken kanuni usulün uzun, ayrıntılı ve meşakkatli bir yolu gerektirmesi, idarenin ise bazı işlerinin beklemeye tahammülünün olmaması bazı ara çözümler ihdas edilmesine sebep olmuştur. Acele kamulaştırma kurumu da bunlardan birisidir. Acilliğine Bakanlar Kurulu tarafından karar verilen bazı hallerde bu kurumdan yararlanılmakta ancak istisnai bir yol olan acele kamulaştırma kurumu gün geçtikçe daha fazla kullanılır hale gelmiştir. İdarenin tüm işlemleri olduğu gibi bu konuda yargı denetimine tabi olduğundan özellikle acele kamulaştırma kurumunu istisnai bir kurum olma özelliğinden çıkararak ve gittikçe daha fazla kullanılmasına sebep olan yetki devri kararları idari yargı tarafından şekilci bir yaklaşımla denetlenmektedir. Bu arada şunu da belirtelim ki, ikinci bölümde -esas itibariyle bir idari işlem olduğunu düşündüğümüz-

kamulaştırmayı; yetki, konu, sebep, amaç ve şekil unsurlarını açısından inceledik. Kamulaştırma Kanunu içerisinde yer alan bir çok husus da bu çerçevede anlatılmıştır.

Çalışmamızın son bölümü olan üçüncü bölümde ise, kamulaştırmatsız el atmayı önce kavram olarak, sonrasında ise unsurlarıyla ele aldık. Adli yargının görev alanına giren kamulaştırmatsız el atma olgusunun idari yargının görev alanına giren bazı durumlarla olan benzerliği bu iki yargı yolunun görev alanlarının net olarak belirlenmesi ve birbirinden ayrılabilmesini gerekli kılmaktadır. Yüksek yargının bu konudaki kıstasları yine yüksek yargının referans kararları ile birlikte aktarılmıştır. Ayrıca son yıllarda oldukça fazla tartışma götüren bir başka konu olan özel mülkiyete tabi taşınmazlara devletin fiilen el atmamasına rağmen imar planlarındaki kısıtlamalarla bu taşınmazların sahiplerine getirilen yükümlülükler yüksek yargı mercilerinin bu konudaki değerlendirmesi ortaya koyularak anlatılmaya çalışılmıştır. Bahsettiğimiz tartışmalarla eş zamanlı olarak 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 38. maddesinin iptali ile devletin kamulaştırmatsız el attığı taşınmazlar için uygulanan 20 yıllık zamanaşımı süresi ortadan kalkmıştır. Anayasa Mahkemesinin maddeyi iptali ile birlikte ortaya çıkan kanuni boşluk kanunun koyucunun 2011 yılında gerçekleştirmiş olduğu bir düzenlemeyle giderilmeye çalışılmış, kamulaştırma kanununa eklenen geçici 6. maddeyle bu sorunun çözümü yönündeki uğraşlar çalışma içerisinde yer bulmuştur.

BİRİNCİ BÖLÜM

1. MÜLKİYET KAVRAMININ TARİHSEL GELİŞİMİ

1.1. Mülkiyet Kavramının Nesnel Olarak Kapsamı

Mülkiyet kavramı esas itibariyle üzerinde hakimiyet tesis edilecek maddi yada maddi olmayan bir malın varlığını gerektirir. Bu mallardan maddi olmayan mallar olarak adlandırılan bölüm şahsi haklardan Fikri ve Sana-i Haklara kadar oldukça geniş bir hak yelpazesinin hükmi olarak kabul edilmiş varlık halini içermekteyken maddi mallar ise ayniyeti olan cismani eşyaları ifade ettiğinden bu eşyalar üzerindeki haklarda aynı haklar olarak adlandırılmıştır.¹Bununla bağlantılı olarak eşya fiziki olarak elinde veya hakimiyet sahasında bulduranın (yani zilyet) hâkimiyet tesis etme eyleminin hukuk düzenince tanınması ve korunması olgusu mülkiyet kavramının hak boyutunu ortaya çıkarmıştır.² Mülkiyet hakkının medeni kanunumuzda bir tanımı yoktur.³Buna rağmen Türk Medeni Kanununun 683. maddesindeki⁴ düzenleme ile birlikte öğretilerdeki tanımlamalar göz önünde bulundurduğunda mülkiyet hakkını bir eşyaya malik olan şahıslara (gerçek ya da tüzel kişi) eşya üzerinde kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma⁵ ile dışarıdan gelen müdahalelere karşı def etme yetkisi veren bir hak olarak tanımlayabiliriz.⁶ Bahsedilen bu

¹ Erol Cansel, Ali Naim İnan, “Aynı Hak Kavramı, Taksimi ve Eşya Hukukunun Konusu”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 21(1), (1964), s.345-367, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/338/3459.pdf>(15.01.2011).

² M.Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, , Gözden Geçirilmiş 11. Baskı, İstanbul: Filiz Kitapevi, 2006, s.87-88 ; Jale G. Akipek, **Türk Eşya Hukuku – Zilyetlik ve Tapu Sicili**, Cilt 1, AÜHF Yayını, Nr.303 Ankara; Sevinç Matbaası, 1972, s. 8 - 13

³ Oğuzman, Seliçi, Oktay - Özdemir, s.229 ; RonaSerozan, **Taşınır Eşya Hukuku**, Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul: Filiz Kitapevi, 2007, s.198

⁴ T.M.K. Madde 683 “*Bir şeye malik olan kimse, o şeyde kanun dairesinde dilediği gibi tasarrufta bulunma yetkisine sahiptir.*”

⁵ Şeref Ertaş, **Eşya Hukuku**, , Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Bası, Ankara: Seçkin Yayınevi 2006, s.61

⁶ Oğuzman, Seliçi, Oktay - Özdemir, a.g.e., s.229-235

yetkiler malın fiilen kullanılması, ürünlerin toplanması, malda değişiklik yapılması, malın tahrip ve tağyir edilmesi gibi fiili tasarruflar⁷ ile malı başkasına devretme, üzerine hak tesis etme gibi hukuki tasarruflar tarzında aktif bir görünüm göstermesine mülkiyetin *aktif unsurları* adı verilmektedir.⁸

Mülkiyet hakkını dışarıdan gelecek müdahalelere karşı koruyucu yetkiler⁹ ise, öğretide mülkiyetin *menfi unsurları* diye adlandırılmaktadır.¹⁰Türk Medeni Kanununun 683. maddesinde düzenlenen “ *Malik, malını haksız olarak elinde bulunduran kimseye karşı istihkak davası açabileceği gibi, her türlü haksız el-atmanın önlenmesini de dava edebilir*”¹¹ hükmü, mülkiyetin korunmasının yasal dayanaklarını teşkil etmektedir.

1.2. Tarihsel Gelişimi

Mülkiyet anlayışı dünyanın hemen hemen her bölgesinde kurulmuş uygarlıklarda bir şekilde var olmuştur. Örneğin en eski kanunlar olarak bilinen 282 maddelik Hammurabi Kanunlarında Babil’ de yaşayan insanlardan özgür olanların menkul ve gayrimenkul mülkiyeti hakkı, özgür olmayanların ise menkul mülkiyeti hakkına sahip oldukları tarihi kaynaklarca bildirilmektedir.¹²Babil kanunlarının ilginç bir yönü de kusurlu davranışlar sonucu ortaya çıkan durumlarda örneğin başka birinin hayvanına bilmeden

⁷ Hüseyin Hatemi, RonaSerozan ,Abdülkadir Arpacı, **Eşya Hukuku**, İstanbul: Filiz Kitapevi, 1991, s. 66

⁸ Oğuzman, Seliçi, Oktay - Özdemir, a.g.e., s.229 ; Ertaş, a.g.e., s.234

⁹ Oğuzman, Seliçi, Oktay - Özdemir, a.g.e., s.231

¹⁰ Ertaş, a.g.e., s. 235-236

¹¹ Bkz . Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T. 03.02.2010, E. 2010/4-4, K. 2010/56 “ *Dava, davacı dernek tarafından yaptırılan cami üzerine davalılar arasındaki anlaşma uyarınca kurulmuş olan cep telefonu baz istasyonunun kaldırılması isteğine ilişkindir. Eldeki davada, davalıların kendi aralarındaki kira sözleşmesine dayanarak, davacının maliki olduğu taşınmazda bulunan caminin üzerine, onun bilgi ve onayı da olmadan cep telefonu baz istasyonu ve tesisi kurdukları belirlenmiş olup; bunun mülkiyet hakkına haksız el atma niteliğinde olduğu açıktır. Davalıların kendi aralarında yaptıkları kira sözleşmesine dayanarak, bu sözleşmeye taraf olmayan ve rıza da göstermeyen tapu kayıt malikinin, üstün hakkını bertaraf edecek nitelikte bir haklarının varlığını ileri sürmeleri ve bunun hukuken kabul görmesi de olanaklı değildir. Bu açık durum karşısında, doğrudan mülkiyet hakkını ilgilendiren böyle bir el atmanın önlenmesine yönelik dava hakkının, mülkiyet hakkı sahibi davacıya ait olduğunun ve aktif dava ehliyetinin bulunduğu kabulü gerekir.*”(Palmiye İçtihat Programı)

¹² Lale Beşe, “**Kamulaştırma Davalarında Hak Düşürücü Zaman Sorunu**” , Türk Hukuk Sitesi, Makale Kütüphanesi, <http://www.turkhukuksitesi.com/showthread.php?t=22283>, 2010 tarihinde ulaşılmıştır.

zarar verme halinde tazmin yükümlülüğünü öngörmesidir.¹³ Ancak bize etkileri bakımından günümüz batı uygarlığının mülkiyet anlayışının gelişim temelleri ile İslam Hukuku ve Osmanlı - Türk Anayasalarında ki mülkiyet anlayışı ile konuyu sınırlamanın doğru olacağını düşünüyoruz.

1.2.1. Antik Yunan Medeniyetinde Mülkiyet Hakkının İzleri

Eski Yunan medeniyetinde de özel mülkiyetin varlığı kabul edilmiştir. Platon (Eflatun) 'Devlet' adlı eserinde 'iyilik', 'eşitlik', 'güçlülük' ve 'haklılık' gibi insanlık durumlarını inceleyerek düşlediği en iyi devleti anlatmıştır. Platon toplumu sınıflara ayırdığından (ve yaşadığı dönemde kölelik kurumunun var olduğu ve yaptığı tasnifte özgür insanları kastettiği köleleri sınıfsal olarak bir yere dâhil etmediğini belirttikten sonra) bekçi olarak ifade ettiği yönetici sınıfın kesin bir zorunluluk olmadıktan sonra mal mülk edinmesine karşı çıkmıştır. Zira bunun onları azıtacağını düşünmüş¹⁴ buna karşı yurttaşların bu mallara sahip olabileceği ancak onların mallarını bekçilerin hizmetine sunması gerektiğini belirtmiştir¹⁵. Platon'un öğrencisi Aristoteles Platon adlı eserinde mülkiyet konusundaki düşüncesini şöyle belirtmektedir; "*Özel mülkiyet, toplumsal mülkiyet'e göre daha üretkendir ve büyümeyi, ilerlemeyi, gelişmeyi sağlar. Toplumsal mülkiyet ne kadar yoğun ise savaş çıkma ihtimali yüksektir. Çünkü herkes genellikle kendisinin daha çok çalıştığını belirterek kendisine daha az verildiğini söyler. Özel mülkiyet, o sahibi olduğu kişiye haz verir. İnsanlığın tarihi, özel mülkiyetin genelde benimsendiğini kanıtlamaktadır. Toplumsal mülkiyette zorlama vardır, özel mülkiyette ise insanlar iyiliksever ve cömerttirler.*"¹⁶

Antik Yunan medeniyetinin Akdeniz havzasındaki kendi çağdaşı veya kendinden sonra gelen medeniyetlere etkisi büyük olmuştur. Eski Roma medeniyetinin, Yunan medeniyetinden kazanımları da bu çerçevede büyük olmuştur.

¹³ Kayıhan İçel, Süheyl Donay, **Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku**, 4.Baskı, İstanbul: Beta Yayınevi, 2005, s.39

¹⁴ Platon, "**Devlet**", Hasan Ali Yücel Serisi, (Çev.Sebahattin Eyüboğlu, M.Ali Cimgöz), İş Bankası Yayınları, XIX Baskı, İstanbul: 2010, bis 416 e, s.113

¹⁵ Platon, a.g.e., s.112

¹⁶ Onur Özdemir, "**Eski Yunanda Özel Mülkiyet**", <http://ekonomipenceresionur.blogspot.com/2010/08/eski-yunan-da-ozel-mulkiyet.html>, (15.01.2010)

1.2.2. Roma Hukukunda Mülkiyet Hakkı Anlayışı

Günümüz batı hukukuna kaynaklık ettiği kabul edilen Roma Hukukunda var olan mülkiyet anlayışı, bugün kıta Avrupası hukuk sisteminde kabul edilen mülkiyet anlayışından çok farklı değildi. Roma Hukukunda mülkiyetin, “*Bir kimsenin bir mal üzerinde sahip olduğu en geniş yetkileri içeren bir aynı hak*” olduğu kabul edilmekte, buna göre mülkiyet hakkının malike üç yetki verdiği kabul edilmekteydi. Bunlar sırasıyla; 1- Ius Utendi (kullanma yetkisi) 2- Ius Fruendi (semerelerden yararlanma yetkisi) 3- Ius Abutendidir (mal üzerinde tasarruf etme yetkisi).¹⁷¹⁸

Roma Hukuku’nda Eşya Hukuku için teknik bir tabir mevcut değildi, bunun sebebi aynı hakların konusu olan ‘*res*’ kelimesinin genişliğidir, *res* sadece maddi malları değil bir hakkın konusu olabilecek her şeyi ifade ederdi. Bu kapsamıyla *res* alacak haklarını ve mirası da içerirdi.¹⁹ Romalılar ‘*res*’ i çeşitli açılardan ayırma tabi tutmuşlar, ilk dönemlerdeki en önemli ayırım *resmancipi – necmancipi* ayırımıdır. Resmancibi İtalya’daki araziler ile üzerindeki evcil hayvanlar ile köleleri kapsarken bunun dışındaki mallar *necmancipi* olarak kabul edilmiştir. Bu ayırımın dışındaki en büyük ayırım ise malların ferdi haklara konu olabilmelerine göre *res extrapatrimonium ve res in patrimonium*’dur. *Res in Patrimonium* mallar özel mülkiyete konu olabilen mallardı ve *Res extrapatrimonium* içersine giren mallar üzerinde aynı hak tesisi mümkün değildi. Bahsi geçen mallar ya ilahi hukuka yada beşeri hukuka ilişkin mallardır. İlahi hukuka tabi mallar mabetler, tapınma araçları vb. eşyalardır. Beşeri hukuka tabi olan mallar ise kendi içerisinde ayrımlara tabi olmakla birlikte devletin mülkiyetinde ki kamu malları olan umumi yollar, meydanlar, limanlar ve devamlı akan sular gibi toplumun faydalanmasına tahsis edilmiş yerler bu kapsamdadır. Kamu mallarının dışında herkesin ortak mallı olduğu kabul edilen yani ne devletin nede özel şahsıların mülkiyetinde olmayan mallar da beşeri hukuka tabi mallar olarak kabul edilirdi ve bunlara örnek olarak da denizden avlanan

¹⁷ Seldağ Güneş Ceylan, “Roma Hukukundan Günümüze İstihkak Davaları (Rei Vindicatio)”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 3(1-2), (1999), <http://www.oocities.com/vbicak/gazi1999.pdf>, (15.01.2011)

¹⁸ Şakir Berki, “Romada Aynı Haklar”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 1(5), (1948), s. 323- 375, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/242/2138.pdf>, (15.01.2011)

¹⁹ Bülent Tahir, Belgin Erdoğan, **Roma Usul Hukuku**, 3.Baskı , İstanbul: Filiz Kitapevi, 1989, s.2

balıklar verilebilir. Üçüncü tip beşeri hukuka tabi mallar ise topluluğa ait mallar olarak adlandırılan tiyatro ve park gibi herkesin yararlanmasına açık olan yerlerdir.²⁰

Roma Eşya Hukuku'nda menkul mal, gayrimenkul mal *ayrımı Resimmobiles – resmobiles* kelimeleri ile adlandırılmış; eşyanın bir yerden bir yere taşınabilmesi özelliğine göre yapılan bu ayırmda arazi ve üzerindeki yapılar resmobiles, köleler ile insanlar tarafından yeri değiştirilebilen mallar ise resmobiles olarak kabul edilmiştir. Roma da zaman içerisinde resmancipi ve necmancipi ayırımı kalktıktan sonra İmparator İustinianus dönemine immobiles – resmobiles ayırımı yani menkul gayrimenkul ayırımı önem kazanmış²¹, bu ayırım günümüz hukukuna kadarda gelmiştir.

1.2.3. İslam Hukukunda Mülkiyet Hakkı Anlayışı

İslam hukukunda menkul veya gayrimenkul eşyanın İslam'ın belirlediği usul ve yöntemlerle özel mülkiyete konu olması mümkündür. İslam'ın ilk yıllarından günümüze gelinceye kadar müslüman toplumlar da toplumsal yaşam içerisinde helal yoldan kazanç teşvik edilmiştir. Bunun doğal bir sonucu olarak kişisel mülkiyet temel bir hak olarak kabul edilmiş,²² bu sebeple müslüman toplumlar tarihsel süreç içerisinde özel mülklerin sahibi olabilmişlerdir.²³

Mutezile bilginleri 'rızık' kavramını açıklarken kavramı malikin mülkünden faydalanması ya da kendisinden faydalanmaya herhangi bir mani bulunmayan şey olarak tarif etmişlerdir.²⁴ Kur'an-ı Kerim'de otuzun üzerinde ayette namazla birlikte zekâtın emredilmesi, faizi yasaklayan ayette; “*eğer faizden tövbe ederseniz ana paranız sizindir*” demek suretiyle faizle birlikte ödünç verilen anaparadan bahsedilmesi, miras, ticaret ve

²⁰ Tahir, Erdoğan, a.g.e., s.4-5

²¹ Tahir, Erdoğan, a.g.e., s.9

²² İbrahim Ağah Çubukçu, “Din ve İnsan Hakları”, **Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi**, 26, (1953), s.119-130, <http://dergiler.ankara.edu.tr/search.php> (15.01.2011)

²³ Abdurrahman Uçmaz, **Selçuklularda Toprak ve İktâ Sistemi**, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, Gaziosmanpaşa Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007, s.33-80 <http://www.belgeler.com/blg/1280/selcuklularda-toprak-ve-ikta-sistemi-the-land-and-ikta-system-in-seljuks>, (15.08.2012)

²⁴ Muhit Mert, “Klasik Bir Kelam Problemi Olarak Rızık Kavramının Tanımları ve Bu Tanımların İçerdiği Problemler”, **Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi**, 1, (2005), s. 1-19, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/37/53/484.pdf> (15.01.2011)

borçlanma ile ilgili düzenlemelerin yapılması özel mülkiyetin varlığını açıkça göstermektedir.

İslam hukukunda mülk edinme usulleri incelendiğinde birden fazla mülk edinme usulünün varlığı göze çarpmaktadır. Bu usullerden ilki *işgal* usulüdür, bu usul sadece mülk edinme yolu olarak değil, aynı zamanda mülkiyet hakkının kaynağı olarak da kabul edilmektedir. İslâm'da, mülkiyet hakkı için menkullerde işgal (veya kabz) etme yeterli iken gayrimenkullerde ayrıca ihya şartı da gerekmektedir. *İhya*; sahipsiz arazinin zeminini temizlemek, su ulaştırmak veya kazıp taşını ayıklamak gibi işlemleri ifade eder. İkinci mülk edinme yolu ise *emek*dir. Burada araziyi ihraz ve ihya fiilleri emek olarak düşünülebilirse de, mülkün mücerret olarak bu fiillerin bedeli olmadığı da açıktır. İslâm emek-sermaye ortaklığını kârdan pay vermekle işletmecinin emeğini mülk edinme yolu olarak belirlemiştir. Bu ortaklıkta başkasının sermayesini işleten kimse, sırf emeği karşılığında kârdan anlaşmaya göre pay alır. Maddî zarara sadece sermaye sahibi katlanırken; emek sahibinin zarara katlanması, yalnızca emeğinin boşa gitmesi şeklinde olur.²⁵

İslam hukukundaki diğer mülk edinme usulleri olarak; satın alma, koru ve otlak olarak çevirme, sulh ve savaş yoluyla kazanılan toprakların bir kısmının yöneticilere ve askerlere belirli esaslar dahilinde dağıtılması da bu kapsamda sayılabilir²⁶

1.2.4. Avrupa ve Kuzey Amerika Siyasi Belgelerinde Mülkiyet Hakkı

Mülkiyet kavramının batı dünyasındaki gelişiminde Avrupa ve Kuzey Amerika'daki siyasi mücadelelerin önemli bir yeri vardır zira bu mücadeleler sonucu ortaya çıkan belgelerde mülkiyet hakkına güçlü vurgular yapılmıştır. Modern anayasacılık çalışmalarının ilk örneği kabul edilen *1215 Tarihli Magna Carta Libertatum* da asiller İngiltere kralından mülkiyet hakkına saygı göstermesini talep ederken yine İngiltere de

²⁵ Yüksel Salman, "İslam da Mülkiyet Hakkı", **Diyanet Dergisi**, Kasım, (2011), s.1 <http://www.diyanet.gov.tr/turkish/DIYANET/2001aylik/kasim/dintoplum> , (15.01.2011)

²⁶ Halil İnalçık, **Osmanlı Devlet, Kanun, Diploması**, 1.Baskı, İstanbul : Timaş Yayınevi, 2011, s. 93,

1628 tarihli *Haklar Dilekçesi*, 1679 tarihli *Habeas Corpus Act* ve 1689 tarihli *Haklar Bildirgesinde* de mülkiyet hakkının izlerine rastlamak mümkündür.²⁷

Mülkiyet kavramının Kuzey Amerika'daki gelişimi açısından Amerika Birleşik Devletlerinin kuruluş dönemi bildirgelerinden olan 1776 Tarihli *Virginia Haklar Bildirgesinin* önemli bir yeri vardır. Bu bildirinin 1. Maddesindeki “*Tüm insanlar doğuştan eşit derecede özgür ve bağımsızdırlar ve toplum haline geldikleri zaman ... mülkiyet edinme ve sahip olma hakları olmak üzere hiçbir sözleşmeyle gelecek nesilleri yoksun bırakamayacakları ya da ellerinden alamayacakları, varlıklarına yerleşik belli haklara sahiptirler*” , 6. Maddesindeki “*hiç kimse... Kamusal kullanım için mülkünden yoksun bırakılamaz*” hükümleri açıkça mülkiyet hakkını tanıyan ve onların korunması gayesi güden ifadelerdir.

Fransız devrimi sırasında hazırlanan 1789 Tarihli Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'nin 2. maddesinde yer alan “*Her siyasal birleşmenin amacı, insanın doğal ve zamanaşımı ile ortadan kalkmayan haklarının korunmasıdır. Bu haklar; özgürlük, mülkiyet, güvenlik ve baskıya karşı direnme haklarıdır.*” Aynı bildirinin 17. maddesinde düzenlenen “*Mülkiyet kutsal ve dokunulamaz bir hak olduğundan, adil ve önceden bir tazminat ödenmesi koşulu altında ve yasayla öngörülen kamusal gereksinim açıkça gerektirmedikçe, hiç kimse mülkiyetinden yoksun bırakılamaz.*” ifadeleri mülkiyet hakkına açık ve güçlü göndermelerin diğer tarihi örnekleridir.²⁸

1.2.5. B.M. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi İle Bölgesel Örgütlerin Ulus-üstü Hukuk Belgelerinde Mülkiyet Hakkı

1948 tarihli Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 17. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen “*Herkesin tek başına veya başkalarıyla ortaklaşa mülkiyet hakkı vardır.*” 2. fıkrasında belirtilen “*Hiç kimse keyfi olarak mülkiyetinden*

²⁷ M. Semih Gemalmaz, **İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, 1. Baskı, İstanbul: Beta Yayınevi, 1997, s.3-69

²⁸ Bahri Savcı, “ İnsan Hakları Üzerine Uluslar arası Alanda Norm İlkeler ve İç Hukuku ”, **AÜSBF Dergisi**, 35(1), (1943), [http://dergiler.ankara.edu.tr/detail.php?id=42&sayi_id=445&makale\(15.01.2011\)](http://dergiler.ankara.edu.tr/detail.php?id=42&sayi_id=445&makale(15.01.2011))

yoksun bırakılamaz.” ifadeleri mülkiyet hakkını korunması gereken bir insan hakkı olduğuna işaret etmektedir. İkinci dünya savaşından sonra üretilen insan hakları belgelerinde de mülkiyet hakkına yapılan güçlü vurguların izlerini görmekteyiz. Avrupa Konseyi’nin girişimleri ile 20 Mart 1952’de Paris’te imzalanıp 18 Mart 1954’de yürürlüğe giren ve Türkiye’nin de 18 Mayıs 1954 tarihinde onayladığı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 1 Numaralı Ek Protokolün 1. maddesinde yer alan, ‘*mülkiyetin korunması*’ başlıklı hüküm mülkiyet hakkını kesin ve net bir biçimde yasal koruma altına almıştır.²⁹ Buna göre;

“Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Herhangi bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir.”

Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka hanel getirmez.”

Kıta Avrupa’sındaki bu gelişmelere paralel olarak Amerikan Devletler Örgütü tarafından hazırlanan Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Beyannamesinin 17. maddesinde “*Her kişinin, her yerde, haklara ve yükümlülüklerle sahip bir kişi olarak tanınma ve temel medeni haklardan yararlanma hakkı vardır*” denirken 23. maddesinde “*Her kişinin, iyi bir yaşamın zorunlu gereklerini karşılayacak ve kişinin onurunun ve konutunun muhafaza edilmesine yardımcı olacak türdeki özel mülkiyete sahip olma hakkı vardır*”³⁰ hükmü özel mülkiyete sahip olma hakkını beyannamedeki İnsan Hakları Hak Kategorisinin içerisine almıştır.

²⁹ Mustafa Erdoğan, **İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku**, Nr. 26, Ankara: Orion Yayınevi, 2007, s.154-157

³⁰ http://www.canaktan.org/hukuk/insan_haklari/yirminci-yuzyilda/amerikan_insan_haklari.htm (15.01.2011)

İnsan hakları belgelerinin Afrika’da ki seyri ise Afrika Birliği Örgütü tarafından hazırlanan Afrika Hakların ve İnsanların Hakları Şartıdır. Bu belgenin 14. maddesinde “Mülkiyet hakkı güvence altına alınacaktır. Bu hakka sadece, kamusal gereksinim yararı ya da topluluğun genel menfaati nedeniyle ve konuya ilişkin yasaların hükümlerine uygun olarak müdahale edilebilir”³¹ diyerek diğer İnsan Hakları Belgelerindeki çizgiyi devam ettirmiştir.

Tüm bu belgelerde yer alan düzenlemeler dikkate alındığında, mülkiyet hakkının, temel insan hak ve özgürlükleri arasında yer alan mutlak, başkaları tarafından saygı gösterilmesi gereken ve zamanaşımına uğraması mümkün bulunmayan bir hak olduğu net bir şekilde anlaşılmaktadır.³²

1.2.6. Osmanlı-Türk Anayasalarında Mülkiyet Hakkı

Osmanlı Türk Anayasacılığının temelini 1808 Senedi İttifak ile başladığı kabul edilir. Bunu takip eden zaman içerisinde 1839 tarihli Tanzimat Fermanı, 1856 tarihli Gülhane Hattı Hümayunu, 1876 tarihli Kanuni Esasi, 1921 tarihli Türkiye Anayasası, 1924, 1961 ve 1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasalarının çeşitli hükümlerinden mülkiyet hakkı düzenlenmiştir.

1. Senedi İttifak:1808 tarihli bu belge II. Mahmut ile âyanlar arasında imzalanmıştır. Taşrayı egemenlik altına alan âyanlar birtakım güvenceler ve ödünler almış, hanedanın iradesi yanında ayanlara da güç ve yetki verilerek devletin uğradığı otorite kaybının önüne geçilmeye çalışılmıştır. Böylece ilk kez olarak siyasa alanında bir yeri olduğu kabul edilen ‘Hanedanlar’ (âyan, ağa ve kendine buyrukluk güden derebeyleri) ile devlet erkânı, ulema ve ocak ağaları bir araya getirilerek mutabakat sağlanmış, bu mutabakatta bir yazılı belgeye geçirilmiştir. Bu belgenin en önemli özelliği *mülkiyet hakkı ayanlar açısından sağlamlaştırılmış*, ayanların idari sahalarındaki hakimiyetleri tanınmış

³¹ http://www.canaktan.org/hukuk/insan_haklari/yirminci-yuzyilda/afrikali_insan.htm. (15.01.2011)

³² Erdoğan, a.g.e., s.84-88

ayrıca belgenin 5. maddesinde ayanların kendilerine bırakılan topraktan başkasına el atamayacakları düzenlenmiştir.³³

2. Tanzimat Fermanı :Boğazlar ve Mısır sorununda Avrupa devletlerinin desteğini almak ve azınlıklara imtiyaz verme baskılarına son vermek amacıyla Abdülmecid zamanında Dışişleri bakanı Mustafa Reşit Paşa tarafından hazırlanmış ve Gülhane parkında okunmuştur. II. Mahmut döneminde başlayan batılı toplum oluşturma çalışmalarına hız vermiştir. Osmanlı Devleti'nde bütün ıslahatlarda olduğu gibi Tanzimat Fermanı'nda da yenilik isteği halktan değil yönetici tabakadan gelmiştir. (Meşrutiyetler hariç). Tanzimat Fermanı ilk kez padişahın üzerinde bir kanun gücü olduğunu göstermiştir. (Bu yönüyle Magna Charta'ya benzer). Bir hukuk devleti olma yolunda önemli bir adımdır, anayasacılık hareketi başlamıştır.1839 tarihli Tanzimat Fermanının 1. maddesinin b bendinde " ... *Mal emniyetine gelince, bu olmazsa kimse devletine ve milletine ısınamaz ve memleketin kalkınmasına ilgi göstermeyip daima bir kaygı içerisinde yaşar. Halbuki şu anda bir gerçektir ki, malından emin olan kimse kendi işiyle uğraşır, geçim çevresini genişletmeye çabalar ve kendinde her gün devlet ve millet gayreti ve vatan sevgisi artar .*"Böylece mülkiyet hakkından tüm uyruklar din farkı gözetilmeden yararlanabileceklerdir. Bu yararlanma doğal olarak şeriat hükümleri çerçevesinde olacaktır.³⁴

3. Islahat Fermanı: Kırım Savaşı'nın sonunda 1856'da Paris'te toplanan barış konferansına sunulmuştur. Fermanın sunulmasındaki amaç Osmanlı Devleti üzerindeki baskıları azaltmak konferanstan olumlu sonuçlar almak ve iç işlerimize karışmalarını engellemek olmakla beraber Avrupa devletlerinin iç işlerimize müdahalesine daha fazla zemin hazırlamıştır. Ferman daha çok Hristiyan azınlığa ve onların haklarını, ayrıcalıklarını genişletmeye yöneliktir. Fermanın dikkat çekici özelliği fermanın Islahat Fermanı'nın çok önemli düzenlemelerinden biri olan ve Osmanlı yasa, düzenleme ve yükümlülük esasına bağlı olmak koşulu ile yabancıların Osmanlı ülkesinde taşınmaz mallar edinebilecekleri kararını içeren bu madde, Arazi Kanunname-i Hümayunu ve Vilâyet Nizamnamesi gibi önemli düzenlemelerin hukukî altyapısını oluşturur. Bu anlamda çok önemli ve stratejik bir karardır. Bu madde mucibince alınan karar ile Avrupa

³³ Bülent Tanör, **Osmanlı Türk Anayasalar Gelişmeler**, Genişletilmiş 2. Baskı, İstanbul: Der Yayınları, 2010. s.33

³⁴ Tanör, a.g.e., s.61-76

sermayesinin Osmanlı topraklarında yayılmasına zemin hazırlanmıştır. 1867 yılında da yabancılara kentlerde ve kent dışında taşınmaz mal edinme hakkı verilmiştir.

4. Kanuni Esasi: Temsili bir organdan veya meclisten değil, padişahın tek yanlı iradesinden kaynaklanan Kanun-i Esasi bu bakımdan bir ferman anayasasıdır. Meşrutî bir rejim öngörmekle birlikte, teokratik Osmanlı monarşisinin geleneksel ilke ve kurumlarını anayasa hükmü haline getirmeye öncelik verir. Saltanat hakkı Osmanoğulları soyuna aittir ve umumun kefaleti altındadır. Geleneksel yetkilerinin büyük bölümünü sürdüren padişah hukuken sorumsuzdur. Devletin dini İslam'dır; padişah aynı zamanda halifedir ve şeriat kurallarını uygulatır, yasalar din kurallarına aykırı olamaz, şeyhülislamlık makamı ve şeriye mahkemeleri anayasada öngörülmektedir. 1876 tarihli Kanuni Esasinin 21. maddesinde "*Herkes Usulen mutasarrıf olduğu mal ve mülkünden emindir. Menfaattı umumiye için lüzumu sabit olmadıkça ve kanun mucibince değer parasını peşin verilmedikçe kimsenin tasarrufunda ki mülk alınamaz.*" Böylece mülkiyet hakkı gerçek anlamda ilk kez anayasal düzlemde teminat altına alınırken³⁵ devletin kamulaştırma hakkı ilk kez anayasal bir metne girmiştir. Kamulaştırma yasal anlamda Mecellenin 1216. maddesinde düzenlenmiştir.³⁶

5. 1921 Anayasası: Olağan anayasalardan çok farklıdır, sadece genel esasları kapsamaktadır, olağanüstü şartları ve acil ihtiyaçları karşılamak için, kısa ve özlü bir anayasa hazırlanmıştı. 20 Ocak 1921 Anayasası bir geçiş dönemi anayasası olarak, Milli Mücadelenin çok dinamik olağanüstü şartlarına uymakta ve demokratik niteliğinin yanı sıra ihtilalci karakteri vardır. Anayasanın ruhunda ve mantığında kuvvetler birliği sistemi hakimdir. Milli iradeyi millet namına temsil eden tek yetkili organın, Türkiye Büyük Millet Meclisi olduğunu belirtmektedir. Başkansız bir Cumhuriyet kuran bu anayasa ile milli irade meclis tarafından tescil edilmekte ve yürütülmekte, böylece kuvvetler birliği esası, kuvvetlerin şuurlu bir merkezde toplanmasını ve tek bir iradeye bağlanmasını da şart kılmaktaydı. 1921 Anayasasında mülkiyet hakkı ile ilgili bir hüküm yoktur. Savaş şartlarında hazırlanan bu anayasa Kanuni Esasiye atıf yaptığı, 1921 Anayasası ile çelişmeyen hükümleri geçerli olduğundan Kanuni Esasinin 21. maddesi burada da geçerlidir.

³⁵ Ahmet Mumcu, Coşkun Üçok, Gülnihal Bozkurt, **Türk Hukuk Tarihi**, 6. Baskı, Ankara: Turhan Kitapevi, 2008, s. 10..

³⁶ Kemal Gözler "Kanuni Esasi" [www. Anayasa.gen.tr/kanuni-esasi.htm](http://www.Anayasa.gen.tr/kanuni-esasi.htm)

6. 1924 Anayasası: 20 Nisan 1924 tarihinde kabul edilen 1924 Anayasası, kendinden önceki anayasada olduğu gibi, Anayasanın üstünlüğü ilkesi vurgulanmış ve egemenliğin kayıtsız şartsız milletten olduğu, Türk milletini ancak TBMM'nin temsil ettiği ve millet adına egemenlik hakkını yalnızca onun kullanacağı açıkça belirtilmiştir. 1924 Anayasasının 70. maddesi "*mülk edinme, malını ve hakkını kullanma hakları ve hürriyetleri Türklerin tabii haklarından*" Buradaki Türk tabiri yine anayasanın 88. maddesine göre "*Türkiye de din ve ırk ayırt edilmeksizin vatandaşlık bakımından herkese Türk denir*" diyerek vatandaşlık bağına esas alan Müslim, gayri Müslim, Türk ve diğer unsurlar yönünden ayrımcılığı kaldırmıştır.³⁷

7. 1961 Anayasası : 1961 Anayasasının 36. maddesinde mülkiyet hakkı şu şekilde düzenlenmiştir. "*Herkes mülkiyet ve miras hakkına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanımı toplum yararına aykırı olamaz*" 1961 Anayasası mülkiyet hakkını miras hakkı ile birlikte güvenceye alırken bu hakların sınırlanması kamu yararı amacıyla kanunla olabileceğini öngörmüştür. Mülkiyet hakkı bu anayasada "*Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler*" bölümünde düzenlenmiş, yani ikinci kuşak haklar sınıfında değerlendirilmiştir.

1961 Anayasasının 37. maddesinde topraksız çiftçilerin topraklandırılması amacıyla "*...devlet toprağın daha verimli kullanılmasını sağlayıcı tedbirleri almalıdır. Bunun yanında sosyal devlet ilkesinin bir yansıması olarak devlet; topraksız olan Ya da yeteri miktarda toprağı olmayan çiftçiyi topraklandırma için gerekli tedbirleri alacağını ve çiftçilerin toprağı işleyecek aletlere sahip olmasında yardım edeceğini belirtmiştir. Fakat devlet, tüm bunları yerine getirirken ormanların küçülmemesine ve toprak servetlerinin azalmamasına da özen gösterecektir.*"

1961 Anayasasının 38. maddesi ise kamulaştırma yetkisini düzenlemiştir. Bu maddeye göre, "*özel mülkiyet altında ki taşınmazların tamamı ya da bir kısmı kamulaştırmaya konu olabilir. Devletin tasarrufu altında ki mülkler kamulaştırmaya konu*

³⁷ Tanör, a.g.e.,s.241-297

olamazlar. Kamulaştırma, devlet Ya da kamu tüzel kişisi lehine, kamu yararının gerektirdiği hallerde ve kanunun gösterdiği ve usul ve esaslara göre yapılmalıdır ”.³⁸

8. 1982 Anayasası: 1982 Anayasasınının 35. Maddesinde mülkiyet hakkı düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, “Herkes, mülkiyet ve miras hakkına sahiptir. Bu haklar ancak kamu yararı amacıyla kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz.”

Mülkiyet Hakkı 1961 Anayasasından farklı olarak 1982 Anayasasında Kişinin Hakları ve Ödevleri Bölümünde düzenlenerek birinci kuşak haklar seviyesine yükseltilmiştir. Bunun patikteki önemi Anayasanın 91 maddesinde Olağan Kanun Hükmünde Kararnamelerle Kişinin Hak ve Ödevleri Bölümünde düzenlenen hakların sınırlanamamasıdır. Burada belirtmemiz gereken bir başka nokta da 1982 Anayasası “herkes” tabirini kullanarak yabancıların mülkiyet hakkını prensip itibariyle kabul etmiştir. Yabancıların Türkiye de mal edinmeleri kabul edilmiş ancak köy kanunu ve tapu kanunu ile bazı sınırlandırılmalar getirilmiştir.³⁹

1.2.7. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı

1.2.7.1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin İç Hukuktaki Yeri

AİHS hukukumuz bakımından bir milletlerarası antlaşmadır.⁴⁰ Bu nedenle, Anayasamızın 90. maddesine göre usulüne göre yürürlüğe girmiş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir.⁴¹

³⁸ Mehmet Akif Eteü, **Kamu Hukukunda Mülkiyet Hakkı ve AİHM Mülkiyet Hakkına Bakışı**, 1.Baskı, İstanbul : 12 Levha Yayınevi, 2009, s.146

³⁹ Eteü, a.g.e., s.169

⁴⁰ Özbudun, a.g.e., s.185

⁴¹ Madde 90 : “ Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (Ek cümle: 07/05/2004 - 5170 S.K./7.mad) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır. www.tbmm.gov.tr (12.05.2010)

Anayasamızın 90. maddesinin beşinci fıkrasına 2004 yılında eklenen hükümlerle normlar hiyerarşisinde usulüne göre yürürlüğe girmiş antlaşmalara kanunlara göre üstünlük tanınmış buna göre " temel hak ve özgürlüklere ilişkin " uluslararası antlaşmalarda ki hükümlerle kanunlar arasında çıkacak ihtilaflarda uluslararası antlaşma hükümlerinin esas alınacağı belirtilmiştir⁴²

Uluslararası antlaşmaların anayasa hükümleri karşısındaki konumu ise Türk anayasa doktrininde tartışmalıdır. Bir görüşe göre Anayasanın 90. maddesinde yapılan değişiklikle milletlerarası anlaşmaların anayasaya aykırılığı ileri sürülemediğine göre bunların anayasanın üzerinde olduğu başka bir görüş ise bunların anayasaya eşit güçte olduğu yine zikredilmesi gereken bir diğer görüş ise bunların Anayasanın altında kanuna eşdeğer düzeyde bir güce sahip olduğu⁴³ şeklindedir. Kanaatimizce bu belgeler ile anayasa hükmü arasındaki ilişki altlık üstlük şeklinde ifade edilemez. Her ne kadar somut olayda anayasa hükmüne değil usulüne göre yürürlüğe girmiş antlaşma hükmünün uygulanmasına öncelik verilecekse de usulüne göre yürürlüğe girmiş bir uluslararası antlaşmanın uygulanması da yine anayasanın bir maddesinden 90. maddeden hukuki meşrutiyetini almaktadır.

1.2.7.2. A.İ.H.S. Mülkiyet Hakkının Düzenlenişi

Mülkiyet hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Ek 1. Numaralı protokolünde yer almıştır. Ek 1 numaralı protokol 20 Mart 1952 tarihinde imzalanmış, Türkiye de ise 19 Mart 1954 tarihinde yürürlüğe girmiştir.⁴⁴

MADDE 1- Mülkiyetin korunması

Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Herhangi bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen

⁴² Gemalmaz, S, a.g.e., s.730-731

⁴³ Hüseyin PAZARCI, **Uluslararası Hukuk**, Gözden Geçirilmiş 7. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi, 2003, s.27 (Pazarıcı'ya göre, bu kuralın tek istisnası, 1982 Anayasasının 15.,16.,42. ve 92. maddelerinde düzenlenen konularla ilgili olarak yapılacak antlaşmalardır.

⁴⁴ Etkü, a.g.e., s.212

*koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir. Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka halel getirmez.*⁴⁵

Bu ara da şunu da belirtmek isteriz ki maddenin başlığı 1 Kasım 1998 tarihinde 11. Protokolle eklenmiştir. Maddenin düzenlediği hak öznesinin/öznelinin ne olduğu sorusunun cevabı ancak içtihat yoluyla; A.İ.H.M'nin 1979 tarihindeki Marckx v. Belçika Kararında⁴⁶ maddenin mülkiyet hakkını düzenlediği sonucuna varmıştır.⁴⁷

1.2.7.3. Mal ve Mülk Kavramı

AİHS'nin Ek 1 Numaralı Protokolünün 1. maddesinde belirtilen mal ve mülk kavramının ne olduğu, neyin mal ve mülk olarak sayılması gerektiği hususunu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları çerçevesinde değerlendirdiğimizde ilk şartın ekonomik bir değere sahip olma olduğunu görmekteyiz. Buna göre mal ve mülkün belli bir parasal değere sahip olması, ikinci şart ise aidat iddiasında bulunulan şeyin halen somut bir şekilde var olması ya da ilerde var olmasının muhtemel olması gerekir.⁴⁸

1.2.7.4. Mülkiyet Hakkının Kapsamı

A.İ.H.M gözlüğünden bakıldığında mülkiyet hakkı kavramının Türk iç hukukunda ki algılanışından daha geniş bir algılanışı vardır.⁴⁹Burada yalnızca aynı haklar değil bazı şahsi hakları içerir şekilde fikri ve sanayi hakları, ticaret hukuku, borçlar hukuku ve iş

⁴⁵ www.barobirlik.org.tr/insanhaklari/mevzuat/ub/belgeler/ekprotokol.as (06.05.2010)

⁴⁶ Aide Grgic, Zvonimirmataga, MatijiLongar, Ana Vilfan, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Ek Protokollerinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap**, (Çev. Özgür Heval ve Abdülcelil Kaya), İnsan Hakları El Kitapları, Nr.10, Avrupa Konseyi Yayınları, 2007, s.5

⁴⁷ Burak Gemalmaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı**, İstanbul: Beta Yayınevi, 2009 s 8-9; Etgü,, a.g.e., s. 203

⁴⁸ Etgü, a.g.e., s.206

⁴⁹ Gemalmaz, B, a.g.e., s. 124

hukuku uyumsuzlukları ile bu hukuk çerçevesinde değerlendirilebilecek alt hukuk disiplinlerinden kaynaklanabilecek hukuki ihtilafları da bu kapsamda değerlendirmiştir.⁵⁰

1.2.7.5. A.İ.H.M Göre Somut Olarak Mülkiyet Hakkı Kapsamına Giren Durumlar

1.2.7.5.1. Tahkim Kararları

A.İ.H.M 1972 yılında Stran Refineris ve Stratis Andreadis v. Yunanistan kararında Yunan hükümetinin " tahkim kararının, bir alacağın dolayısıyla da bir mülkün varlığını belirlemeye yeterli olmadığı " şeklinde ki iddiasını retetmiş Stran'ın ek.1 numaralı protokolün 1. maddesi çerçevesinde bir hakkının bulunduğuna karar vermiştir.⁵¹

1.2.7.5.2. Müşteri Kitlesi

A.İ.H.M Van Marle ve Diğerleri v. Hollanda davasında davacıların oluşturdukları profesyonel müşteri kitlesinin özel hak ve varlık anlamına geldiğini davalı devletin eyleminin kısmen de olsa davacıların bu varlıklarına helal getirdiğinden tazminata hükmetmiştir.⁵² Burada A.İ.H.M. Müşteri kitlesini mülkiyet hakkına benzer bir varlık görmüş ve 1. madde kapsamında değerlendirmiştir⁵³

⁵⁰ Dinç, a.g.e., s. 613

⁵¹ GilesDutertre, Extraitscles de jurisprudence – CoureurpeennedesDroits de l'Homme, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler**, (Çev. Avrupa Konseyi Yayınevi), Avrupa Konseyi Yayınları, 2007, s.444 - 458

⁵² **Van Marle ve Diğerleri v. Hollanda** " Mahkeme, başvuruçuların iddialarına dayandırdığı hakkın 1. maddenin konusunu oluşturan mülkiyet hakkına benzetilebileceği konusunda Komisyona'a katılmaktadır. Başvuruçular kendi çabaları sonucu bir müşteri kilesi oluşturmuşlardır; bu bir çok bakımdan özel hak niteliğindedir ve başvuruçuya ait bir öz varlıktır, yani 1. Maddenin kapsamında mülk tanımına girmektedir. Bu nedenle söz konusu hüküm , mevcut davada geçerlidir. (GilesDutertre, s.442)

⁵³ Etkü, a.g.e., s.206

1.2.7.5.3. Eşitlik İlkesi ve Bir Uygulamanın Gerçekleşeceğine Dair Meşru Beklenti

Pine Valley Development Ltd. ve Ötekiler v. İrlanda davasında bir uygulamayı gerçekleşeceğine dair meşru beklentiyi bir mülk olarak değerlendirmiştir.⁵⁴ Pine Valley Developments Ltd. ve diğerleri İrlanda'ya karşı davasında başvurucular sınai depolar ve büro açma ile ilgili bir planlama izni taslağına güvenerek bir miktar arazi satın almışlardır. Detaylı planlama onayı verilmediğinden satın alınan arazi değer kaybetmeye devam etmiştir. Nihayetinde planlama kanununun yanlış uygulanmasına çare olmak ve planlama izinlerinin geçerli kılınması amacıyla bir kanun kabul edilmiştir. Fakat başvuruculara yine de planlama izni verilmemiştir. Başvurucuların diğer mülk sahiplerine göre ayrımcılığa tabi tutuldukları yönündeki şikâyetleri Mahkeme tarafından kabul edilmiştir.⁵⁵

1.2.7.5.4. Emeklilik Maaş Hakkı

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin sosyal güvenlik şemsiyesi dahilinde ki hakların kaynağını ödenen sosyal güvenlik primlerini değil yasal olarak çizilen şartlara sahip olmayı aramaktadır.⁵⁶ Müller v. Avusturya davasında⁵⁷ Lüksemburda çalışan bay Müller daha sonra Avusturya da çalışmasına devam etmiş ancak kesilen primlerinden bir kısmı ana emeklilik fonuna değil yan emeklilik fonuna aktarılmış bu nedenle daha az emeklilik maaşı almak zorunda kaldığından bunu dava konusu yapmıştır. Avrupa İnsan

⁵⁴ Etkü, a.g.e., s.209 ; Benzer Karar **Iatris v. Yunanistan** "...yetkili makamların bir müdahalesi olmaksızın sinemayı on yıl işleten başvurunun bir varlık olarak kabul edilebilecek müşteri kitlesi oluşturduğu, geçerli bir kira sözleşmesine dayalı olarak sinema işleten istemcinin yerel idare makamlarca sinemadan çıkarılmasını mülkiyet hakkına müdahale olarak görmüştür. ... "A. Grgic ve arkadaşları , s.9

⁵⁵ Gemalmaz, B., a.g.e., s.410 ; Grgic ve diğerleri, a.g.e., s.26

⁵⁶ Sözleşmenin 1 Nolu Protokolünün 1. Maddesinin (14. Maddesiyle bağlantılı olarak) başvurunun Dul Kadın Ödeneğine ve Dul Anne Tahsisatına hak sahibi olamayışına ilişkin yakınmalarında uygulanabilir olduğuna;Bu şikayetle bağlantılı olarak Sözleşmenin 1 Nolu Protokolünün 1.maddesinin 14. Madde ile bağlantılı olarak ihlal edilmiş olduğuna ...Willis v. Birleşik Krallık Davası http://serkancengiz.av.tr/fileadmin/articles/Willis_vs_UK_Karar_C28045.pdf, (12.05.2010)

⁵⁷ (Başvuru No: 5849/72) , Palmiye İhtihat Programı

Hakları Mahkemesi bu kararında ilk kez bu nevi bir alacağı⁵⁸ mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirerek davacının davasını kabul etmiştir.⁵⁹

1.2.7.5.5. Kira Geliri Elde Etme Hakkı

Mellacher ve diğerleri v. Avusturya Kararında çıkarılan kira yasasıyla kira miktarlarının kontrol altına alınmasını İnsan Hakları Mahkemesi mülkün kullanımına müdahale olarak nitelmiştir.⁶⁰

1.2.7.5.6. Bir Faaliyetin Yapılmasına Dair Ruhsat

İçki ruhsatı iptal edilen bir şirketin açtığı davada içki ruhsatının iptal edilmesini şirketin itibarı ve değeri üzerinde olumsuz etki yaptığına karar vermiş ve bu iptalin mal ve mülk dokunulmazlığı kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine karar vermiştir.⁶¹

1.2.7.5.7. Mülkiyet Hakkı Kapsamında Değerlendirilen Diğer Şeyler

Devletin tazminat ödemekten imtina etmek için çıkardığı yasalar ile mevcut hakkı geri alması,⁶² yanıltıcı düzenlemeler ve uygulamalar nedeniyle şirket hisselerinin değer kaybı,⁶³ kamulaştırma bedelinin geç ödenmesi, yüksek enflasyona rağmen düşük faiz uygulanması gibi örnekler AİHM'nin mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirdiği diğer dava örnekleridir.

⁵⁸ Benzer Karar; Stec ve Diğerleri v. Birleşik Krallık Davası (Başvuru No: 65731/01), Palmiye İçtihat Programı

⁵⁹ Gemalmaz, B. , a.g.e., s.398

⁶⁰ Etgü, a.g.e., s. 209 ; Dinç, a.g.e., s.603

⁶¹ Etgü, a.g.e., s. 210

⁶² Etgü, a.g.e, s. 212 ; Pressos Compania Neveira SA ve Diğerleri, (Başvuru No:17849/91), Palmiye İçtihat Programı

⁶³ Dinç, a.g.e., s. 613

İKİNCİ BÖLÜM

2. TÜRK HUKUKUNDA KAMULAŞTIRMA

2.1. Kamulaştırmanın Hukuki Niteliği ve Tanımı

Kamulaştırmanın ne tür bir işlem olduğu konusu öğretide ve yargı kararlarında tartışılmıştır. Öğretide kamulaştırmanın hukuki niteliği konusundaki görüşleri üç grupta toplayabiliriz. Zor alım teorisi olarak bilinen görüşü savunanlara göre, kamulaştırma kamu hukuku işlemidir. Zira birey devlet arasındaki ilişkide devletin zor alım yetkisine sahip olduğu ayrıca yapılan işlemle bireyle özel mülkiyet arasındaki ilişki de kesilmektedir.⁶⁴ İkinci görüş sahipleri ise, hazine teorisi olarak da bilinen görüşlerinde kamulaştırma bedeli talebinden yola çıkarak işlemin özel hukuk niteliği taşıdığına iddia ederler.⁶⁵ Son olarak üçüncü görüş sahipleri ise, uzlaştırıcı karma bir yol izleyerek kamulaştırmayı idarenin tek taraflı yaptığı işlemler ve üstün konumunu dikkate alınarak kamu hukuku, malikin bedel talep edebilmesi itibarıyla ise özel hukuk işlemi olarak adlandırmaktadırlar.⁶⁶

Kanaatimizce, kamulaştırma işleminin özel hukuk yönü çok sınırlı olup kamu hukuku niteliği ağır basmaktadır. İdarenin aldığı kamulaştırma kararı bireysel bir idari

⁶⁴ Gürsel, a.g.e., s.38

⁶⁵ Aydın Zevkliler, “**Kamulaştırma, Satımın Özel Bir Çeşidi midir?**”, Prof. Dr. Osman Fazıl Berki’ye Armağan , AÜHF Yayınları, Nr. 411, Ankara : Sevinç Matbaası, 1977, s.935-938

⁶⁶ Akın Düren, **İdare Hukuku Dersleri**, AÜHF Yayınları, Ankara : Sevinç Matbaası 1979, s. 144; Akın Düren, Devletin Mülkiyete El Atmasından Doğan Tazminat Yükümlülüğü, AÜHF Yayınları, Ankara: Sevinç Matbaası, 1979, s.15

işlemdir⁶⁷ ve kamulaştırma işlemi sonucunda bedel ödenmesi de bireysel fedakarlığın toplum tarafından paylaşılması ve denkleştirilmesi düşüncesinin bir sonucudur.⁶⁸

Öğretide birçok yazar kamulaştırmayı tanımlamaya çalışmıştır. Gürsel kamulaştırmayı, “*mülkiyet hakkının kamu yararı nedeni ile sınırlandırılması ve kamu yararı amacı ile özel hukuk kişilerinin taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkının gerçek bedelinin ödenmesi koşuluyla idareye geçirilmesine yönelik kamu gücüne dayanarak, yasaya uygun olarak gerçekleştirilen idari veadli aşamadan oluşan bir süreci ifade eder*”⁶⁹ şeklinde tanımlamıştır. Giritli, Bilgen, Akgüner, Berk ise, kamulaştırmayı “*idare sahip olduğu zorlama gücüne dayanarak, gereksinimi olan malların mülkiyetini ya da kullanma hakkını zorla ele geçirebilir (...) özel kişiye, zor kullanma yaptırımı altında ve haklı bir tazminat karşılığında, sahip olduğu malların mülkiyetini ya da kullanma hakkını idareye terk etme ödevini yüklemiştir*”⁷⁰ şeklinde ifade etmektedir. Akyılmaz/ Sezginer/Kaya kamulaştırma, “mal sahibinin rızasına bakılmaksızın özel mülkiyette bulunan bir taşınmazın kamu malları arasında yer almasını sağlayan kamu hukuku usulüdür”⁷¹ derken Dönmezer kamulaştırmayı; “*istimlak amme kudretinin umumi menfaat dolayısıyla, fertlere ait gayri menkullerin mülkiyetini adil ve mukaddem bir bedel tediyesi suretiyle, cebren iktisap ettiği bir usuldür*”⁷² diye tanımlamaktadır. Onar kamulaştırmayı, “*idarenin umumi menfaatler düşüncesi ile amme kudretine dayanarak amme emlakine kalbetmek veya amme menfaatinin icap ettirdiği hususlara tahsis etmek veyahut bu hususlarda kullanmak üzere bedel mislini, değer bahasını vermek şartıyla bir gayrimenkulu cebren iktisap etmesi*” şeklinde tanımlarken⁷³ Azrak ise kamulaştırmayı, “*devletin veya diğer idare tüzel*

⁶⁷ Metin Günay, **İdare Hukuku**, 7.Aynı Bası, Ankara : İmaj Yayıncılık, 2002, s.112

⁶⁸ İlhan Ulsan, **Medeni Hukukta Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı**, Ek Bölüm İle Güncellenmiş 2. Tıpkı Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012, s.28

⁶⁹ Meltem Kutlu Gürsel, **Kamulaştırma Hukuku**, 1. Baskı , Ankara : Seçkin Yayınevi, 2009, s.19

⁷⁰ İsmet Giritli, Pertev Bilgen, Tayfun Akgüner, Kahraman Berk, **İdare Hukuku**, Güncellenmiş 5. Bası, İstanbul : Der Yayınları, 2012, s. 910-911

⁷¹ Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, **Türk İdare Hukuku**, Ankara : Seçkin Yayınevi, 2011, s. 527

⁷² Sulhi Dönmezer, İstimlak Hukuku, **İÜHF Mecmuası**, 7(1), (1941), s.41

⁷³ Sıdık Sami Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, 3.Bası, İstanbul : İsmail Akgün Matbaacılık – Hak Kitapevi, 1966, s.1513.

*kişilerinin normal kamu hizmetlerini yürütebilmek için ihtiyacı olan özel mülkiyete dahil taşınmaz mallara el konulmasından ibarettir” şeklinde tanımlamaktadır.*⁷⁴

Anayasa Mahkemesinin kamulaştırma işlemini nasıl nitelediği, kamulaştırmaya nasıl baktığı konusunda ise yıllar içerisinde verdiği kararlardan yola çıkarak yorum yapılabilir. Anayasa Mahkemesi kamulaştırmayı, idarenin malikin rızasını aramaksızın mülkiyet hakkını kamu yararına sonlandırması olarak nitelendirmekte⁷⁵ ayrıca özel mülkiyete sahip taşınmazlara el atmasının mülkiyet hakkının özüne dokunma değil bir sınırlama olduğunu belirtmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin 12.10.1966 gün, E. 76/38, K. 76/46 tarihli kararında “...kamulaştırma işleminde taşınmazın gerçek karşılığının ödenmesi halinde mülkiyet hakkı paraya çevrilmek suretiyle korunmuş olacağından (öze dokunma) durumu da (sınırlama) niteliğine dönüşmüş olacaktır” demektedir. Yine Anayasa Mahkemesinin 1976 tarihli başka bir kararında⁷⁶da “Özel mülkiyetteki bir taşınmazın, malikin rızası olmasa da, kamulaştırma yoluyla, yani zorla, kamu malları arasına geçirilmesi, aslında mülkiyet hakkının özüne dokunan bir işlemdir. (...) Kamu yararına dayanan kamulaştırma işleminde taşınmazın gerçek karşılığının ödenmesi halinde mülkiyet hakkı paraya çevrilmek suretiyle korunmuş olacağından, "öze dokunma" durumu da "sınırlama" niteliğine dönüşmüş olacaktır”⁷⁷ diyerek kamulaştırma işlemi neticesinde taşınmaza el atılmasının mülkiyet hakkının özüne dokunan bir işlem değil bir sınırlama olduğunu tekrar vurgulamıştır. Anayasa Mahkemesi 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 38. Maddesini iptal ettiği 10.4.2003 gün, E. 2002/112, K. 2003/33 sayılı kararında ise “ 2942 Sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 38. maddenin Anayasaya aykırılığı İdare kendisine Anayasa tarafından tanınan olanak ve yetkileri Yasa'ya uygun biçimde kullanmaksızın taşınmaza el atarak kamulaştırma ilkelerine aykırı davranamaz.(...) Yirmi yıllık hak düşürücü sürenin geçmesiyle taşınmaz malikin her türlü dava açma hakkının engellenmesi ve taşınmazın hiçbir karşılık ödenmeden idareye geçmesi, mülkiyet hakkının

⁷⁴ Ali Ülkü Azrak, **Millileştirme ve İdare Hukuku**, İÜHF Yayınları, Nr.483, İstanbul : Sulhi Garan Matbaası , 1976, s.56

⁷⁵ Gözübüyük, A. Şerif / Tan, Turgut, **İdare Hukuku**, Cilt 1-2 (Set), Güncelleştirilmiş 3 Bası, Ankara: Turhan Yayınevi, 2004, s.1043

⁷⁶ Ömer Karagöl, **Kamulaştırma Davalarında Bedel Tespit Esasları**, 1.Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2009, s.27

⁷⁷ Anayasa Mahkemesi, 12.10.1976 tarih, 1976/38 E – 1976/46 K , www.anayasa .gov.tr, (28.05.2012)

sınırlanmasını aşan, hakkın özünü zedeleyen bir durumdur. Bu nedenlerle kural, Anayasa'nın 13, 35 ve 46.maddelerine aykırıdır”⁷⁸diyerek idarenin bedelini ödmeden taşınmazların mülkiyetini zamanaşımıyla iktisap etmesini mülkiyet hakkının özüne dokunan bir işlem olarak görmüştür.

Danıştay'ın konuya bakışı da Anayasa Mahkemesinin bakışı ile paralellik arz etmektedir. Danıştay İçtihatı Birleştirme Kurulunun 29.01.1976 tarih, 1974/2 E. ve 1976/2 K. Sayılı ilamında⁷⁹ mülkiyet hakkına bakışı konusunda bazı ipuçları vermiştir. Söz konusu kararında mahkeme, “ *İmar planlarında kullanma biçimi ve amacı gösterilmiş olan bir saha, ancak bu amaca uygun olarak kamulaştırılabilecektir. Bir taşınmazın imar planlarında belirtilen amaç dışında kamulaştırılması olanaksızdır. Aksi takdirde, bu durum, imar planlarının uygulama imkânını ortadan kaldıracabileceği gibi, mülkiyet hakkını kısıtlayıcı nedenlere de ortam hazırlayacaktır(...)*Kamu düzenini, mülkiyet hakkını yakından ilgilendiren genel belgeler olarak imar plânları esaslarına uyulması, yasa emri olduğu, kadar kişni mülkiyet hakkının keyfi uygulamalardan korunması ve güvence altında bulundurulması yönünden de zorunludur ” diyerek yasaya uygun olarak işlem tesis edilmiş olmasının asıl olduğu yasa dışına çıkılması halinde bunun mülkiyet hakkını kısıtlayacağını daha doğrusu bunun ortamını hazırlayacağını belirtmiştir. Danıştay İçtihatı Birleştirme Kurulunun 20.05.1982 tarih, 1981/1 E. ve 1982/2 K. Sayılı ilamının azınlık oyunda da kamulaştırma işlemini mülkiyetin özüne dokunma değil ona getirilen bir sınırlama olduğu belirtilmiştir. Söz konusu kararın azınlık şerhinde “*kamu yararım gerçekleştirmek için zorla özel mülkiyetteki bir taşınmaza el konulması, ancak rayiç değeri ödenmek suretiyle, mülkiyet hakkının özüne dokunma olmaktan çıkmaktadır*” denmiştir.

Yargıtay'ın kamulaştırmayı nitelendirmesi ise bir İçtihadı Birleştirme Kararında şöyle ifade edilmiştir; “*İdare ile mal sahibi arasında akdi bir ilişkiden söz edilemez. Zira akitte esas olan tarafların serbest iradelerinin birleşmesidir. Burada, gerek hukuki işlemin kurulmasında gerekse unsurlarının tespitinde serbest iradelerin birleştiğinden de söz edilemez. Şu halde kamulaştırma parasını hukuka uygun bir idari işlem sonunda malı*

⁷⁸ Palmiye İçtihat Programı

⁷⁹ Palmiye İçtihat Programı

alınana verilen bir karşılık olarak nitelemek yerinde olur" ⁸⁰Görüldüğü gibi Yargıtay kamulaştırmayı bir özel hukuk işlemi olarak görmemekte tam tersine bir idari işlem olarak görmektedir.

Kanaatimizce kamulaştırma idarenin zor alım yetkisini kullanarak özel mülkiyete sahip taşınmazlara belli yasal prosedürlere uymak ve taşınmazların bedelini ödemek şartı ile hukuki bir el atmasıdır. İdareni kamulaştırma işlemi sonucunda bedel ödemesi yapması da yine kendisinin ortaya koyduğu bir iradenin sonucudur. Her ne kadar 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 8. maddesi "satın alma usulü" nü düzenleyerek kamulaştırma bedelinin adli yargıya müracaat etmeden idare ile malik arasındaki anlaşmayla da belirlenebilmesi imkanını tanımışsa da bu halde dahi yapılan işlem kamulaştırma işlemidir.

2.2. Kamulaştırma Kurumunun Benzer Kurumlardan Farkı

Hukuk devletlerinde sosyal gereksinimlerin sağlanması amacıyla kullanılan birçok yöntem vardır. Bu yöntemlerin bireylerin hak ve özgürlüklerinin kısıtlamaları ancak kanunla olabilir.⁸¹ Kamulaştırma kurumu dışında yine şahısların mülkiyet hakkına müdahale olarak niteleyebileceğimiz kaynağını Anayasadan ve yasalardan alan kamulaştırma dışında başka kurumlarda vardır. Bu kurumların da Anayasada yer almasında kanun koyucunun özel mülkiyet hakkının teminatlarını artırma düşüncesinin payı vardır.⁸² Yine bu kurumların gerek Anayasadaki tanımları gerekse yasalarda belirtilen özelliklerinden yararlanarak kamulaştırmanın ne olduğunu ve ne olmadığını ortaya koyarak daha iyi anlaşılmasını sağlayabiliriz. Türk hukukunda kamulaştırma benzeri kurumlara örnek olarak istimval, devletleştirme ve müsadereyi verebiliriz.

⁸⁰ Yargıtay İçtihatı Bileştirme Büyük Genel Kurulu Kararı, 20.10.1989, 1989/4E., 1989/3 K. (Palmiye İçtihat Programı)

⁸¹ Ergun Özbudun, **Anayasa Hukuku**, 8. Baskı, Ankara : Yetkin Yayınevi, 2005, s. 131

⁸² İbrahim Ö. Kaboğlu, **Özgürlükler Hukuku** , 6. Bası , Ankara : İmge Yayınevi, 2003, s. 456

a- İstimval

İstimval idarenin kamu kuvvetini kullanarak taşınırların mülkiyetini yada kullanma hakkını, taşınmazların ise sadece kullanma hakkını geçici bir süre için kazanmasıdır. Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 18, 121 ve 122. Maddelerinde düzenlenen bu kurum özellikle doğal afetler, savaş, iç karışıklık, ciddi ekonomik buhranlar gibi olağanüstü dönemlerde uygulanan istisnai bir usuldür.⁸³İstimvalle kamulaştırmanın en önemli farkı, istimval asıl olarak taşınırlar üzerinde istisna olarak da geçici bir süre için taşınmazların zilyetliğini alma şeklinde taşınmazlar üzerinde uygulanırken, kamulaştırma ise sadece taşınmazlar üzerinde mülkiyet veya irtifak hakkı kurularak uygulanır.⁸⁴

b- Devletleştirme

Devletleştirme kamu yararının gerektirdiği durumlarda devletin zor alım yetkisini kullanarak özel teşebbüse ait işletmeyi, işletmenin gerçek karşılığını ödeyerek kamunun mülkiyetine geçirmesidir.⁸⁵Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 47. Maddesinde düzenlenen bu kurum sonuçları itibariyle kamulaştırmaya nazaran daha geniş bir hak kitlesini etkilemektedir. Kamulaştırma sadece taşınmazlar üzerinde uygulanabilirken, devletleştirme uygulandığı özel teşebbüse ait işletmenin taşınır ve taşınmaz malları ile iş piyasasında ki ticari müktesebatını da (alacakları, borçları, sahip olduğu markalar vs.) devletin mülkiyetine geçirmektedir.⁸⁶

c- Müsadere

Müsadere kurumu Ceza Hukuku içerisinde mütalaa edilen bir kurumdur. Genellikle Türk Ceza Kanunu ile diğer kanunların cezai hükümler içeren düzenlemelerinde yer almaktadır. Müsadere bu kanunlardaki belli yasakların çiğnenmesi halinde yasağı çiğneyenlere bir müeyyide olarak uygulanmakta, uygulanan bu müeyyide sonucu suçta

⁸³ Kemal Gözler, **İdare Hukuku**, Cilt 2, 2. Bası, Bursa : Ekin Yayınevi , 2009, s.935

⁸⁴ Bilgen, a.g.e., s.14-15

⁸⁵ Bilgen, a.g.e., s.13

⁸⁶ Gözler, a.g.e, s.935

konu olan eşyanın mülkiyeti bedelsiz olarak devlete geçmektedir.⁸⁷Tanımdan da anlaşılacağı üzere kamulaştırmadan farklı olarak müsadere sonucu el konulan eşyanın bedelinin ödenmesi mevzubahis değildir.

2.3. Türk Hukukunda Kamulaştırmanın Tarihi Seyri

Türk Hukuku'nda mülkiyetin dokunulmazlığı ilk defa Gülhane Hattı Hümayununda yer almıştır. Kamulaştırma ile ilgili ilk hukuki metin ise 4 Recep 1272(1855) tarihli "Saltanat-ı Seniyye'nin tanzimi halinde lüzumu olup kıymet-i layihasıyla sahiplerinden mubayaa edeceği arazi ve saire hakkında" Nizamnamedir. 1876 tarihli Kanun-u Esasi'nin 21. maddesinde ise kamulaştırmanın ilk kez birey özgürlüğü bakımından ele alındığı görülmektedir. *"Herkes, usulen mutasarrıf olduğu mal ve mülkünden emindir. Menafi-i umumiye için lüzumu sabit olmadıkça ve kanunu mucibince değer pahası peşin verilmedikçe, kimsenin tasarrufunda olan mülk alınamaz"* hükmüne yer verilmiştir. İstimlak kelimesi ilk defa, Der saadet Belediye Kanunu ve Vilayet Belediye Kanunu'nda (1876) yer almıştır.⁸⁸1879 tarihli Menafi-i Umumiye için İstimlak Kararnamesi, genel kamulaştırma yasası, 1913 tarihli Kanunu Muvakkat ise belediyenin yapacağı kamulaştırma şeklini gösteren yasa özelliğindedir. 2947 sayılı 1934 tarihli "Belediyece Yapılacak İstimlak Hakkında Kanun" 1913 tarihli kanunu yürürlükten kaldırmış, bu kanun da 1939 tarih ve 3710 sayılı Belediye İstimlak Kanunu ile yürürlükten kaldırılmıştır. 31 Ağustos 1956 tarihinde kabul edilen eski 6830 sayılı İstimlak Kanunu ise diğer yasalarda kendisine aykırı düzenlemeler getiren hükümleri ortadan kaldırmıştır. 8 Kasım 1983 tarihinde yürürlüğe giren 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu 6830 sayılı İstimlak Kanunu'nu yürürlükten kaldırmıştır.⁸⁹

1982 Anayasasının 35. Maddesindeki düzenlenmeyi yukarıdaki bölümde zikretmiştik, buna göre " ... Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir" demek suretiyle prensip itibarıyla

⁸⁷ Kayıhan İçel, Füsun Sokulluoğlu – Akıncı, İzzet Özgenç, Adem Sözüer, Fatih S. Mahmutoglu, Yener Ünver, "Yaptırım Teorisi", Gözden Geçirilmiş 2. Bası, İstanbul : Beta Yayınevi, 2002 s.123

⁸⁸ Sulhi Dönmezer, "İstimlak Hukuku", **İÜHF Mecmuası**, 7(1), (1941), s.51 ; Karagöl, a.g.e., s.27

⁸⁹ Kadir Kırmacı, "Türk İdari Yargısında Kamulaştırma", Danıştay Başkanlığı Kamulaştırma Konferansı, 6 Aralık 2011, www.yargitay.gov.tr/abproje/belge/.../KKirmaci_Kamulastirma.pdf (30.07.2012)

mülkiyet hakkının esas, sınırlanmasının ise istisna olduğunu, buna göre getirilecek bir sınırlamanın ancak kamu yararı amacıyla olabileceğini belirtmiştir.⁹⁰ Anayasamızın 35. maddesindeki felsefe Anayasamızın 46. maddesinde de devam ettirilerek 03.10.2001 tarih ve 4709 sayılı kanunla değiştirilerek daha sonra bazı maddeleri değiştirilecek olan 2942 sayılı kamulaştırma kanuna dayanak teşkil edecek hale getirilmiştir.⁹¹ Anayasanın 46. maddesine göre;

Devlet ve kamu tüzel kişileri; kamu yararının gerektirdiği hallerde, gerçek karşılıklarını peşin ödemek şartıyla, özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların tamamını veya bir kısmını, kanunla gösterilen esas ve usullere göre, kamulaştırmaya ve bunlar üzerinde idari irtifaklar kurmaya yetkilidir.

Kamulaştırma bedeli ile kesin hükme bağlanan artırım bedeli nakden ve peşin olarak ödenir. Ancak, tarım reformunun uygulanması, büyük enerji ve sulama projeleri ile iskan projelerinin gerçekleştirilmesi, yeni ormanların yetiştirilmesi, kıyıların korunması ve turizm amacıyla kamulaştırılan toprakların bedellerinin ödenme şekli kanunla gösterilir. Kanunun taksitle ödemeyi öngörebileceği bu hallerde, taksitlendirme süresi beş yılı aşamaz; bu takdirde taksitler eşit olarak ödenir.

Kamulaştırılan topraktan, o toprağı doğrudan doğruya işleten küçük çiftçiye ait olanlarının bedeli, her halde peşin ödenir. İkinci fıkrada öngörülen taksitlendirmelerde ve herhangi bir sebeple ödenmemiş kamulaştırma bedellerinde kamu alacakları için öngörülen en yüksek faiz uygulanır.”

Anayasanın 46.maddesi oldukça net ve doğrudan ifadelerle kamulaştırma kurumunun ana hatlarını çizmiştir. 1983 yılında çıkarılan 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununda 24.04.2001 tarih ve 4650 sayılı kanun ile 18.06.2010 tarih ve 5999 sayılı kanunlar ile yapılan değişiklikle kamulaştırma işlemi aşağıda ayrıntısını vereceğimiz usul ve esaslar çerçevesinde yapılmaya başlanmıştır.

⁹⁰ Veysel Başpınar, **Mülkiyet Hakkını İhlal Eden Müdahaleler** , 1. Baskı, Ankara : Yetkin Yayınevi, 2009, s.85

⁹¹ Gürsel, a.g.e., s.23-28

2.4. Kamulaştırmanın Unsurları

2.4.1. Yetki Unsuru

2.4.1.1. Kamulaştırma Usulünden Yararlanabilecek Kurumlar

2.4.1.1.1. Devlet ve Kamu Tüzel Kişilikleri

2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 1. maddesi⁹² uyarınca kamulaştırma yapmaya devlet veya kamu tüzel kişilikleri yetkilidir.⁹³Kamulaştırma Kanununun 1. maddesindeki bu ayırım, Kamulaştırma Kanununun 2. maddesindeki idare kavramının tanımı ile tamamlanmıştır. Söz konusu maddenin 2. Fıkrasında, idare tabirinin “*yararına kamulaştırma hak ve yetkisi tanınan kamu tüzelkişilerini, kamu kurum ve kuruluşlarını*” ifade ettiği belirtilmiştir.⁹⁴Bunun dışında tüzel kişiliği bulunmayan kamu idare ve kurumlarının kamulaştırma yetkileri yoktur.⁹⁵

T.C. Anayasasının 123. maddesi Türkiye Cumhuriyetinin merkezi ve yerinden yönetim kamu idareleriyle yönetilmesini öngörmüş ve bu maddeyi izleyen 126 ve 127. maddelerde de idare esaslarını düzenlemiştir.⁹⁶T.C. Anayasasının 123. Maddesinin üst başlığı “İdarenin Esasları”, alt başlığı ise “İdarenin Bütünlüğü ve Kamu Tüzel Kişiliği” ifadelerini içermektedir. Alt başlıkta geçen “İdarenin Bütünlüğü” terimi aslında Türkiye Cumhuriyetinin üniter yapısını da ifade etmektedir. Ancak bu Türkiye Cumhuriyeti idare örgütünün tek tür görev ve yetkiye sahip olduğu anlamına gelmez. Zira kanun koyucu idari kuruluşları değişik türde ve farklılıkta düzenlemiş ayrıca bahsi geçen idari bütünlük içerisinde merkezi idari birimleri yerel yönetim birimleri üzerindeki denetimi hiyerarşi ve

⁹² Madde 1 – “ Bu Kanun; kamu yararının gerektirdiği hallerde gerçek ve özel hukuk tüzelkişilerinin mülkiyetinde bulunan taşınmaz malların, Devlet ve kamu tüzelkişilerince kamulaştırılmasında yapılacak işlemleri, kamulaştırma bedelinin hesaplanmasını, taşınmaz malın ve irtifak hakkının idare adına tescilini, kullanılmayan taşınmaz malın geri alınmasını, idareler arasında taşınmaz malların devir işlemlerini, karşılıklı hak ve yükümlülükler ile bunlara dayalı uyuşmazlıkların çözüm usul ve yöntemlerini düzenler. Özel kanunlarına dayanılarak gerçek ve özel hukuk tüzelkişileri adına yapılacak kamulaştırmalarda da, bu Kanun hükümleri uygulanır. ”

⁹³ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, a.g.e., s. 531;Giritli, Bilgen,Akgüner, Berk, a.g.e., s. 913

⁹⁴ Günday, a.g.e., s. 7 - 16

⁹⁵ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, a.g.e., s.532

⁹⁶ Giritli, Bilgen,Akgüner, Berk, a.g.e., s.241 ; Günday, a.g.e., s.8-9

idari vesayet aracılığıyla sağlamaktadır.⁹⁷Merkezi yönetimin yerel yönetimleri denetleyebilmesi idari hukukunda idari vesayet yetkisi⁹⁸olarak adlandırılır ve bu denetleme merkezi idarenin belli yasal prosedürleri uygulayarak yerel idari birimlerin işlemlerini değişikliğe uğratabilmesiyle sonuçlanabilmektedir.⁹⁹

Kamulaştırma Kanununun 1 ile 6. Maddeleri arasındaki düzenlemeler dikkate alındığında idari vesayet ilişkisi içersin de olduğunu belirttiğimiz hem merkezi kamu idaresine yani devlete hem de yerel kamu idarelerine kamulaştırma yetkileri birbirlerinden bağımsız olacak şekilde verilmiştir. Ancak devlet tüzel kişiliği içerisinde teşkilatlanmış merkezi idarelerin kamulaştırma yetkileri görevleri ile sınırlı olmak üzere tüm ülke geneline yayılmışken merkezi teşkilatlanma dışındaki yerel idari birimlerin (il özel idaresi, belediye ve köy idari birimleri) kamulaştırma yetkileri ise kendi idari yetki sınırları ve görev tanımları ile sınırlanmıştır.¹⁰⁰ Yerel idari birimlerin kendi idari yetki sınırları içerisinde kamulaştırma yapabilecekleri asıl olmakla birlikte Danıştay bazı kararlarında bu kuralı yumuşatmıştır. Örneğin belediye sınırları içerisinde yeterli su kaynağı bulunmaması sebebiyle köy sınırları içerisindeki kaynak ve taşınmazın kamulaştırılmasında mevzuatta aykırılık bulmamaktadır.¹⁰¹ Danıştay bir kararında belediyelerin belediye sınırları dışında bulunan suyollarının ve kaynaklarının bakımı, onarılması, temizlenmesi ve suyun sağlıklı şartlarda muhafaza görevinin de belediyelere ait olmasını belediye sınırları içerisinde yeterli su bulunmaması hali ile birlikte değerlendirerek belediyelerin kamulaştırma yetkilerinin varlığını kabul etmiştir.¹⁰²

⁹⁷ Giritli, Bilgen, Akgüner, Berk, a.g.e., s.240-241

⁹⁸ Günday, a.g.e., s.74 ; Giritli, Bilgen,Akgüner, Berk, a.g.e., s.233

⁹⁹ Giritli, Bilgen,Akgüner, Berk, a.g.e., s.233

¹⁰⁰ Karagöl, a.g.e., s.33

¹⁰¹ Böke, Kamulaştırma Bedelinin Tespiti Davaları, a.g.e., s.62 ; (Aksi görüş) Akyılmaz, Sezginer, Kaya, a.g.e., s. 532

¹⁰² Danıştay 6. Dairesi, 06.06.1990 tarih, 1989/835 E. – 1990/1216 K. “ 831 sayılı yasanın 1.maddesinde kamunun ihtiyacı olan suların tedarik ve idaresinin belediye teşkilatı olan mahallerde belediyelere ait olduğu, aynı yasaya2659 sayılı yasa ile eklenen 1.maddede de, bir belde veya halkının müşterek ihtiyacına mahsus suların kaynaklarının belediye sınırları dışında bulunsa bile, su yollarının ve kaynaklarının bakımı, onarılması, temizlenmesi ve suyun sağlık şartlarına uygun bir halde bulundurulmasının da belediyelere ait olduğu kurala bağlanmış olup, anılan yasa kurallarının birlikte incelenmesinden, belediyelerin yasalarla verilen görevi yerine getirmek amacıyla kendi sınırları içinde o göreve uygun nitelikte taşınmaz bulunmaması halinde kendi sınırları dışındaki taşınmazları

Kamu idarelerinin yanında kanunla kurulan kamuya ait kurumlarında kamulaştırma yetkileri vardır. Bu kurumlarının kuruluş amaçları belli hizmetlerin kamu eliyle yerine getirilmesidir. Bu çerçevede görev tanımlarındaki görevlerin yerine getirilmesi amacıyla ve görevleri ile sınırlı olmak üzere kamulaştırma yapabilmekte ayrıca özel kanuni düzenleme olması ve kamu yararı bulunduğu takdirde gerçek ve özel hukuk tüzel kişilikleri yararına da kamulaştırma yapabilmektedir. Bu kurumların kamulaştırma yetkilerinin dayandığı kanunları şöyle özetleyebiliriz;

- i. 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap İşlet Devret Modeli Çerçevesinde Yapıtılması Hakkında Kanun
- ii. 6326 sayılı Petrol Kanunu
- iii. 3213 sayılı Maden Kanunu
- iv. 4646 sayılı Doğal Gaz Piyasası Kanunu
- v. 4691 sayılı Teknoloji Geliştirme Bölgeleri Kanunu
- vi. 3218 sayılı Serbest Bölgeler Kanunu
- vii. 4562 sayılı Organize Sanayi Bölgeleri Kanunu
- viii. 3096 sayılı Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtımı ve Ticareti İle Görevlendirilmesi Hakkındaki Kanun
- ix. 3154 sayılı Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkındaki Kanun

Bu bölümle ilgili olarak bahsedilmesi gereken bir başka husus da Kamulaştırma Kanununun 5. ve 6. Maddelerinde düzenlenen karar ve onay mercilerini de dikkate alarak ve onlardan yararlanarak kamulaştırma yetkisine sahip kamu idareleri ve kurumlarının belirlenmesidir, buna göre;

- a) Merkezi kamu idaresi; Devlet (Cumhurbaşkanlığı, başbakanlık, bakanlıklar ve merkeze yardımcı kuruluşlar)
- b) Yerinden yönetim kamu idareleri; İl Özel İdaresi, Belediye ve Köy

kamulaştırmalarının mümkün olduğu sonucu çıkmaktadır" (www.kanunum.com adresinden 20.05.2012 tarihinde erişilmiştir.)

- c) Kamu Kurumları;
 - a. Kamulaştırma Kanununun 6. ve 7. Maddesinde belirtilen kamu kurumları;
 - 1. Yükseköğretim Kurulu
 - 2. Üniversite,
 - 3. Türkiye Radyo - Televizyon Kurumu,
 - 4. Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu
 - b. Genel müdürlük şeklinde örgütlenmiş kamu kurumları; Katma Bütçeye sahip Genel Müdürlükler bu kapsamdadır, Karayolları Genel Müdürlüğü, Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü, Eti Maden İşletmeleri Genel Müdürlüğü vb.
 - c. İktisadi devlet teşekkülleri şeklinde faaliyet gösteren kamu tüzel kişilikleri;
 - 1. Ziraat Bankası A.Ş, Vakıfbank A.Ş, Halkbank A.Ş.
 - 2. BOTAŞ (Boru Hatları ile Petrol Taşımacılık A.Ş.),
 - 3. TEİAŞ (Türkiye Elektrik İletim A.Ş.)
 - 4. TEDAŞ (Türkiye Elektrik Dağıtım A.Ş) vb.
 - d. Özel Kanunlarla Kurulan başkanlık şeklinde örgütlenmiş ve mevzuatlarında kamulaştırma yetkileri bulunan kamu kurumları EPDK (Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu), TOKİ (Toplu Konut İdaresi Başkanlığı) vb.
 - e. Kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları
 - 1. Barolar
 - 2. Odalar ve oda birlikleri vb.

Yargı kararlarında ve öğretide tartışılan bir başka konuda meslek kuruluşlarının kamulaştırma yetkilerinin olup olmadığıdır. Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının hukuksal konumlarının tespiti kamulaştırma yetkilerinin varlığı ile doğrudan bağlantılıdır. Yüksek yargı organlarının meslek kuruluşlarının hukuki niteliği ile ilgili nitelemeleri 1961 ve 1982 Anayasaları döneminde farklılık arz etmektedir.

Anayasa Mahkemesinin meslek kuruluşlarını nitelemesi 1961 Anayasası ve 1982 Anayasası döneminde farklı olmuştur. Anayasa Mahkemesinin bu dönemde Ziraat Odaları ve Ziraat Odaları Birliği Kanununun 31/c maddesinin iptali ile ilgili açılan bir davada bu kuruluşları “*Yasa koyucu bunların iştigal konularının toplum içindeki önemini göz önüne alarak kuruluşlarını yasa ile düzenlemekte kamu yararı görmüş ve bunun sonucu olarak*

belli melek mensuplarının bu kuruluşlara katılmalarını zorunlu kılmak, kuruluşun yapacağı işleri, yani görevlerini, yasa ile belirli bir duruma sokmak ve kamu görevi niteliğinde bazı hizmetler yüklemek, mecburi mahiyette olmak üzere aidat, ücret, masraf niteliğinde bir takım gelir sağlamak yetkisi vermek gibi özel kuruluşlarda bulunmayan kamu yetkileriyle donatmıştır”¹⁰³ şeklinde tanımlamıştır. 1982 Anayasası döneminde ise Anayasa Mahkemesinin önüne gelen 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 77, 86, 154. maddelerini değiştiren ve yine aynı kanuna ilave edilen bazı ek maddelerinde iptali için açılan başka bir davada ise Anayasa Mahkemesi meslek kuruluşlarının kamu tüzel kişilikleri olduğunu kesin olarak ifade etmiştir. Mahkeme kararında “ 1982 Anayasasının sözü edilen kuruluşlarla ilgili esasları içeren 135. maddesi; konuya bazı noktalarda açıklık ve daha yoğun bir denetim sisteminin ölçütlerini getirmiştir. Şöyle ki: Meslek kuruluşlarının amaçları belirlenerek, dolayısıyla faaliyet alanları sınırlandırılmış, bunların birer kamu tüzel kişisi olduğu açıklığa kavuşturulmuş”¹⁰⁴ demek suretiyle meslek kuruluşlarının Türkiye Cumhuriyeti teşkilat yapısı içerisindeki yerini belirtmiştir.¹⁰⁵ Mahkeme yine aynı kararında meslek kuruluşları ile devlet tüzel kişiliği arasındaki ilişkiye de açıklık getirmiştir. Bu ilişkinin diğer kamu tüzel kişilikleri ile devlet arasında olan ilişki gibi idari vesayet ilişkisi olduğunu da açıkça vurgulamıştır. Örneğin Anayasa Mahkemesi 1136 sayılı Avukatlık Kanununun Ek 2. maddesindeki “ Türkiye Barolar Birliğini veya Baroları temsil etmek üzere uluslararası toplantı ve kongrelere katılmak Adalet Bakanlığının iznine tabidir” hükmünü “merkezi idarenin, yerinden yönetim kurumları üzerinde denetiminin Anayasadan kaynaklanan bir hak olduğunu” belirterek iptal etmemiştir.

Danıştay’ın meslek kuruluşlarını hukuki nitelendirmesi ise 1961 Anayasası dönemi ile 1982 Anayasası döneminde çok fazla farklılık arz etmemektedir. 1961 Anayasası

¹⁰³ A.Y.M. 17.06.1969 tarih, 1968/60 E ve 1969/36, www.anayasa.gov.tr (20.05.2012)

¹⁰⁴ A.Y.M. 01.03.1985 tarih, 1984/12 E ve 1985/6 www.anayasa.gov.tr (20.05.2012)

¹⁰⁵ **Cumhurbaşkanlığı Devlet Denetleme Kurulu Araştırma ve İnceleme Raporu**, “Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının teşkilat ve mali yapıları, faaliyetleri, denetimleri, organlarının seçimlerine dair esasların değerlendirilmesi ile bunların etkin ve verimli şekilde hizmet yürütmelerinin ve geliştirilmesinin sağlanması amacıyla alınması gereken tedbirler”, s.264, (Devlet Denetleme Kurulu’nun 24.03.2008 tarih ve 388 sayılı Kararına dayalı olarak 28.09.2009 tarih, 2009/6 sayı ile yayınlanmıştır.) <http://www.tccb.gov.tr/ddk/ddk41.pdf> , (20.05.2012)

döneminde 1961 Anayasasının 38. ve 112. maddelerinde¹⁰⁶ kamu tüzel kişiliğine sahip kamu kurumları tanımı içerisine mesleki kuruluşlarının alınmaması sebebiyle bunların kamu tüzel kişiliklerinin varlığı kabul edilmemekte ancak özel kurumlarda bulunmayan bir takım kamusal yetkilerle donatıldığı ise kabul edilmekteydi.¹⁰⁷

1982 Anayasasının 135. maddesinin “*Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve üst kuruluşları...kamu tüzel kişilikleridir*” şeklindeki düzenlemesine rağmen Danıştay’ın içtihatları mevcut uygulamanın sürdürülmesi şeklinde olmuştur. Danıştay’ın meslek kuruluşlarına bakış açısında ise bir tutarlılık yoktur. Kamu kurumlarının kamusal yetkileri olduğunun en büyük göstergesi bu kurumların kendi faaliyet alanları ile ilgili olarak yönetmelik, genelge gibi genel düzenleyici işlemler yapabilmesi, bunları yayınlayabilmesi ayrıca hükmettikleri kitleye disiplin cezası uygulayabilmesi gibi faaliyetlerdir. Örneğin, meslek kuruluşlarının yönetmelik çıkarma yetkilerinin olduğunu kabul eden Danıştay, aynı meslek kuruluşlarının kamulaştırma yetkilerini ise kamusal yetkilerinin sınırlı olduğu gerekçesi ile kabul etmemektedir.¹⁰⁸ Danıştay’ın bu tutumu öğretide de eleştirilmiştir. Bazı yazarlar meslek kuruluşlarını kamulaştırma yapabilecek kurumlar arasında göstermektedir.¹⁰⁹ Gürsel 1982 Anayasasının 135. Maddesinde bunların kamu tüzel kişiliği olduğunun açıkça belirttiğini belirtmekte ve buna göre bunların kamulaştırma yetkisinin var olduğunu vurgulamaktadır. Ayrıca yazar 2004 yılında 5174 sayılı yasa ile Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanununun 80.

¹⁰⁶ Madde 38 - (20.9.1971-1488) (11) Devlet ve kamu tüzel kişileri, kamu yararının gerektirdiği hallerde, karşılıklarını peşin ödemek şartıyla, özel mülkiyette bulunan taşınmaz malları, kanunla gösterilen esas ve usullere göre, tamamını veya bir kısmını kamulaştırmaya ve bunlar üzerinde idarî irtifaklar kurmaya yetkilidir.

Madde 112 - İdarenin kuruluş ve görevleri merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayanır. İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir. *Kamu tüzel kişiliği, ancak Kanunla veya Kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulur.*(<http://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa61.htm>-16.01.2011 tarihinde ulaşılmıştır.

¹⁰⁷ Cumhurbaşkanlığı Devlet Denetleme Kurulu Araştırma ve İnceleme Raporu, s.270

¹⁰⁸ Danıştay6. Dairesi, E. 1986/212, K. 1986/321,T. 26.3.1986

“ *...Yukarıda belirtilen yasal düzenlemeler kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları (...) kamu kurumlarından ayrı kendine özgü kuruluşlar olduğu (...) kamulaştırma gibi sadece Devlet ve kamu tüzel kişilerine tanınan ve yukarıda tanımlandığı gibi bir zor alım olan kamulaştırma yetkileri bulunmamaktadır.*”, Palmiye İchtihat Programı

¹⁰⁹ Turan Çınar, **Kamulaştırma Davaları**, 2. Bası, Ankara: Adalet Yayınevi, 2010, s.38 ; Ali Haydar Karahacıoğlu, **Kamulaştırma Kanunu (Açıklamalı ve İchtihatlı)**, 2. Basım, Ankara: Adil Yayınevi, 1995, s. 124

maddesi ile bakanlığın izni ile kamulaştırma yapabileceklerinin belirtilmesinin önemli bir gelişme olduğunu belirtmektedir. Ancak izin müessesinin kamulaştırma kanunu ile uyuşmadığını çünkü Kamulaştırma Kanununun 5. maddesinde kamu tüzel kişiliklerinin yetkili organlarının kamulaştırma kararı almaya yetkisinin düzenlediği ve yine aynı Kanunun 6. maddesinde ise bu kararların “onay” mercilerinin belirtildiğini belirtilerek yapılan düzenleme ile kamulaştırma için ayrıca izin alınmasının kamulaştırma kanunu ile uyumsuz olduğunu belirtmektedir.¹¹⁰Giritli/Bilgen/Akgüner/Berk ise, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının kamulaştırma yapamayacağını belirtmekte bu konuda Danıştay’ın istişare (danışma) görüşlerine atıf yapmaktadırlar.¹¹¹Karagöl ise Kamulaştırma Kanununun 2. maddesinin ilk taslağının kanuni gerekçesinden de hareket ederek kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının kamulaştırma yetkisine sahip kamu tüzel kişilikleri olarak sayıldığını belirtmektedir.¹¹²Yargı organlarının meslek kuruluşlarını hukuki nitelemesi ile ilgili olarak Yargıtay’ın değerlendirmesi de Danıştay ile aynı çizgidedir.¹¹³

Tüm bu görüşler ışığında, *kanaatimizce* 1982 Anayasasının 135. maddesinde meslek kuruluşlarının kamu tüzel kişilikleri oldukları açıkça ifade edilmiş ve Kamulaştırma Kanununun 5. maddesinin ‘b’ bendinde de “ *Kamu kurumları yararına kamulaştırmalarda yönetim kurulu veya idare meclisi, bunların olmaması halinde yetkili idare organları*” yetkili olduğu açık bir şekilde düzenlenmiş olması karşısında kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının kamulaştırma yetkileri vardır.

¹¹⁰ Gürsel, a.g.e., s. 58 ve 59

¹¹¹ Giritli, Bilgen, Akgüner, Berk, a.g.e., s.914

¹¹² Karagöl, a.g.e., s.33

¹¹³ Yargıtay12. H.D. E.1994/12721, K. 1994/13068, T. 27.10.1994 “...Ziraat Odaları ve Ziraat Odaları Birliği Kanununun 1. maddesindeki, bu odaların kamu kurumu niteliğinde, meslek kuruluşları olduğu yolundaki hükmün, Ceza Kanunları yönünden göz önünde tutulması gerekir. Bu odaların mallarının, Devlet malı niteliğinde olduğunu kabule imkan vermez. Aynı kanunun 19. maddesine göre de, borçlu kuruluş genel bütçeye tabi bulunmadığından ve ayrıca mallarının haciz edilemeyeceğine dair anılan kanunda özel bir hüküm olmadığından borçlu kurumun malları haciz edilebilir..” (Palmiye İçtihat Programı)

2.4.1.1.2. Yürüttükleri Faaliyetle İlgili Olarak Kanunda Açık Hüküm Bulunması Şartı ile Gerçek Kişiler ve Özel Hukuk Tüzel Kişileri Yararına Kamulaştırma

Gerçek kişilerin veya özel hukuk tüzel kişilerinin yürüttükleri faaliyetleri düzenleyen kanunda açık hüküm bulunması şartı ile bunların kamulaştırma işleminin sonuçlarından yararlanabilecekleri kamulaştırma kanunda düzenlenmiştir. Kanunun 1. maddesinin son fıkrası “...*Özel kanunlarına dayanılarak gerçek ve özel hukuk tüzelkişileri adına yapılacak kamulaştırmalarda da bu Kanun hükümleri uygulanır*” ifadesi ile doğrudan kamulaştırma yetkisinin kullanımından değil adlarına bu yetkinin kullanımından bahsetmektedir. Kanunda geçen “ ... *adına yapılacak kamulaştırmalar*” ifadesini “ *yararlarına yapılacak kamulaştırmalar*” şeklinde anlamak daha doğru olacaktır. Ayrıca yeri gelmişken şunu da belirtmeliyiz ki, gerçek kişilerin veya özel hukuk tüzel kişilerinin kamulaştırma talep etme yetkisi kamu yararı olduğu hallerde söz konusu olabilir.¹¹⁴ Bunun yanında Kamulaştırma Kanununun 5/c maddesi “... *Gerçek kişiler yararına kamulaştırmalarda bu kişilerin, özel hukuk tüzelkişileri yararına kamulaştırmalarda ise; yönetim kurulları veya idare meclislerinin, yoksa yetkili yönetim organlarının başvuruları üzerine gördükleri hizmet bakımından denetimine bağlı oldukları köy, belediye, özel idare veya bakanlık. ...*” demek suretiyle gerçek kişi yararına kamulaştırmalarda bu kişilerin; özel hukuk tüzel kişileri yararına kamulaştırmalarda tüzel kişilerin yönetim kurulları veya idari kurullarının, yoksa yönetim organlarının, hizmet bakımından denetime tabi oldukları köy, belediye, özel idare veya bakanlık makamına başvurusu üzerine başvuru makam tarafından kamulaştırma işlemlerine başlanabilecektir.¹¹⁵

Gerçek kişilerin veya özel hukuk tüzel kişilerinin yararına kamulaştırma yapılabilmesi bunların yaptıkları faaliyetin kamunun da yararına olduğunun düşünülmesinden kaynaklanır. Bunlar lehine kamulaştırma yapılmasının Anayasaya uygun olup olmadığı da yargı kararları dahil olmak üzere tartışılmıştır. Bu tartışmanın sadece kamulaştırma kanunundaki düzenleme açısından değil, mevzuatımız incelendiğinde çeşitli

¹¹⁴ Gürsel, a.g.e., s.64

¹¹⁵ Veli Böke, **Kamulaştırma Kanunu ve Kamulaştırma Bedelinin Tespiti Davaları**, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2008, s. 68 ; s. Karagöl, a.g.e., s.34 ; Gürsel, a.g.e., s. 61-66

kanunlarda özel ve tüzel kişilikler yararına kamulaştırma ile ilgili çeşitli hükümlerin bulunduğu da dikkate alınarak ¹¹⁶yapılması gerekir. Anayasamızın 46. maddesi kamulaştırma yetkisini devlet ve kamu tüzel kişiliklerine vermiştir. Bunun dışında gerçek ve tüzel kişiliklerin bu yetkiyi kullanması yargı kararlarında yok hükmünde değerlendirildiği gibi ¹¹⁷ öğretilerde de yazarlar genelde yargı mercileri ile aynı kanaattedir. ¹¹⁸ Anayasa Mahkemesinin ise bu konudaki görüşünü belirleyebildiğimiz örnek kararları vardır. Örneğin, Anayasa Mahkemesi'nin 26.6.2001 günlü, 4691 sayılı Teknoloji Geliştirme Bölgeleri Kanunu'nun 4. maddesinin üçüncü fıkrasının üçüncü tümcesi ile 5. maddesinin beşinci fıkrasının birinci tümcesinin Anayasa'nın 128. ve 46. maddelerine aykırılığı savıyla iptalleri ve yürürlüklerinin durdurulması istemine ilişkin verdiği karar bu kapsamdadır. ¹¹⁹ Mahkeme kararında, “*İptali istenilen kuralla, Anayasa'nın 46. maddesine aykırı olarak özel hukuk tüzel kişisine kamulaştırma yetkisi tanınmaktadır. Kamulaştırma bir kamu gücünün kullanılmasını gerektirdiği için özel kişiler tarafından kullanılacak bir yetki olamaz.*” şeklinde bir tespitte bulunarak bu yetkinin münhasıran devletin ve kamu tüzel kişiliklerinin tekelinde olduğunu belirtmiştir. Bunun yanında Anayasa Mahkemesi yine aynı kararda “*gerçek ya da özel hukuk tüzel kişilerinin başvuruları üzerine kamu yararı bulunması halinde yürüttükleri hizmet bakımından denetimine bağlı oldukları kamu tüzel kişileri tarafından kamulaştırma yapılabilir*” demek suretiyle gerçek ve tüzel kişilerinin bu konuda istemde bulunmak ve (kararın bu kısmında açıkça belirtilmemişse de) kamulaştırma bedelini ödemek dışında bir fonksiyonlarının olamayacağı ifade edilmiştir. Anayasa Mahkemesi Türkiye Cumhuriyeti Anayasasındaki ve Kamulaştırma Kanunundaki hukuksal durum karşısında “*Yasa'nın 5. maddesinin beşinci fıkrasında yönetici şirketin bir özel hukuk tüzel kişisi olduğu belirtildiği halde, aynı maddenin beşinci fıkrasının dava konusu edilen birinci tümcesi ile bu şirkete kendi adına doğrudan kamulaştırma yapma yetkisi verilmiş olması Anayasa'nın 46. maddesine aykırıdır.*” demek suretiyle Teknoloji Geliştirme Bölgeleri Kanunu'nun 5. Maddesinin 5. Fıkrasını iptal

¹¹⁶ Bkz. 4646 Sayılı Doğalgaz Kanununun 12. Maddesi, 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanununun 15. Maddesi, 6326 sayılı Petrol Kanununun 87. maddesi ve 3213 sayılı Maden Kanununun 46. Maddesinde bu konuda hükümler bulunmaktadır.; Aykut Aydoğan, **Milletlerarası Tahkim Kanunu Kapsamında Ceryaneden Tahkim Usulü**, Üsküdar : Beta Yayınevi, 2003, s.1-18

¹¹⁷ Danıştay 6. Dairesi, 21.04.1987 tarih, 1987/184 E., 1987/407 K.

¹¹⁸ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, s. 532 ; Giritli, Bilgen, Akgüner, Berk, a.g.e., s. 848

¹¹⁹ A.Y.M. 16.10.2003 tarih, 2001/383 E. , 2003/16 K., **Resmi Gazete**, 25276 , 01.11.2003

etmiştir. Aynı şekilde 3213 sayılı Maden Kanunu'nun 46. maddesinin son fıkrasının iptal gerekçesinde de “ *İtiraz konusu kuralda, maden işletme ruhsatı sahibi gerçek kişiler ya da özel hukuk tüzelkişileri yararına yapılan kamulaştırma sonunda, taşınmaz özel hukuk kişilerinin adına tescil edilmektedir. Onların mülkü olmaktadır*”¹²⁰ demek suretiyle gerçek kişiler veya özel hukuk tüzel kişilikleri lehine yapılan kamulaştırmalarda kamulaştırılan taşınmazların mülkiyetinin bunlarda kalması sebebiyle Maden Kanununun 46. maddesinin son fıkrasını iptal etmiştir.

Anayasa Mahkemesi dışında Danıştay da devlet ve kamu tüzel kişilikleri dışındaki gerçek ve tüzel kişilikler lehine ancak kamu yararı olduğu hallerde kamulaştırma yapılabileceğini belirtmekte, kamu yararının bulunup bulunmadığını da her somut olayın kendi gerçekleri içerisinde araştırmaktadır. Danıştay kararlarına bakıldığında, Danıştay'ın gerekçeli kararlarında bu hususu somut olarak tartıştığı görülmektedir. Danıştay bir kararında¹²¹, “ *sodyum tuzu sahalarını uhdesinde bulunduran Şirketin, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı Maden İşleri Genel Müdürlüğüne başvurusu üzerine yapılan inceleme sonucu düzenlenen raporda, şirket uhdesinde bulunan maden sahalarında iki yıl zarfında maden rezervlerinin bitirilemeyeceği, maden işletmesinin devamı için zenginleştirme tesisinin yapımının zorunlu olduğu saptanarak uyumsuzluk konusu taşınmazı kamulaştırılmasının uygun olacağı belirtildiğinden dava konusu kamulaştırma işleminde mevzuata aykırılık görülmediği*” demek suretiyle kamulaştırma işlemine geçit vermiştir. Aynı kararın gerekçe kısmındaki “*maden işletmesinin devamı için zenginleştirme tesisinin yapımının zorunlu olduğu*” tespiti de kamu yararını işaret etmektedir.

Danıştay ayrıca gerçek kişilerin ve özel hukuk tüzel kişilerinin kamulaştırma kararlarını yok hükmünde görmektedir. Danıştay kararına konu olan bir olayda¹²², “ *İzmir Yüksek İslam Enstitüsü Koruma ve Yaptırma Derneğinin özel yasa hükmü bulunmaksızın okul yeri kamulaştırma kararı alması açıkça yasaya aykırıdır, hiçbir hukuki değer taşımaz. Bu nedenle dava konusu kamulaştırma kararının hükümsüz (yok) sayılmasına ...*” demek

¹²⁰ A.Y.M. 22.09.1993 tarih, 1993/8 E., 1993/31 K., **Resmi Gazete**, 21907, 16.04.1994

¹²¹ Danıştay 6. Dairesi, 21.04.1987 tarih, 1987/184 E., 1987/407 K. www.kanunum.com, (20.05.2012)

¹²² Danıştay 6 Dairesi., 13.05.1981 tarih, 1980/1388 E., 1981/1547 K., bkz. Gürsel, a.g.e., s. 62

suretiyle kamulaştırma yetkisinin münhasıran devletin ve kamu tüzel kişiliklerinin tekelinde olduğu belirtilmiştir.

Öğretide de gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişileri lehine kamulaştırma yapılabileceği kabul edilmekte ancak bunların bu usulden yararlanabilmeleri için özel kanunlarda bu konuda bir düzenlemenin olması gerektiği vurgulanmaktadır.¹²³ Kanaatimizce de Anayasamızın 46. Maddesi gereği kamulaştırma yetkisi münhasıran devlet ve kamu tüzel kişiliklerinin tekelindedir. Gerçek kişilerin ve özel hukuk tüzel kişilerinin Kamulaştırma Kanunu ve diğer özel yasalarla getirilen düzenlemeler ile kendilerinin hizmet bakımından ilgili oldukları kamu idaresini kamu yararının olduğu durumlarda harekete geçirebilme imkanları vardır. Bunların bunun dışında hak ve yetkileri yoktur.

2.4.1.2. Görevli Olma Şartı

Kamu idare ve kurumlarının kamulaştırma usullerinden yararlanma hak ve yetkileri mutlak ve sınırsız değildir. Kamu tüzel kişileri “*kanuni idare*” ilkesi gereği yalnız kendi görev alanlarına giren konularda kamulaştırma usulünden yararlanabilir.¹²⁴ Kamulaştırma Kanununun 3 / 1 maddesi, “*İdareler, kanunlarla yapmakla yükümlü buldukları kamu hizmetlerinin veya teşebbüslerinin yürütülmesi için gerekli olan taşınmaz malları, kaynakları ve irtifak haklarını*” demek suretiyle idarelerin görev alanları dışında kamulaştırma yapmalarını engellemektedir. Bu konuda en çok karşılaşılan durum ise bir kamu tüzel kişiliğinin görev alanındaki bir hizmetin başka bir kamu tüzel kişiliği tarafından üstlenilerek kamulaştırma yapılmasıdır. Danıştay bu tür kamulaştırmaları hukuka uygun bulmamaktadır. Örneğin bir kararında, “*Kamu tüzel kişileri ve kamu kurumları ancak, Yasalar gereğince yapmakla yükümlü oldukları hizmetlerin yürütülmesi için gerekli özel kişilere ait taşınmaz malları kamulaştırabileceklerinden belediyenin görevleri arasında bulunmayan Hükümet Konağı yapımı için belediye encümenince*

¹²³ Günay, s. 211, Akyılmaz, Sezginer, Kaya, a.g.e., s.533, Giritli, Bilgin, Akgüner, a.g.e., s. 848; Karagöl, a.g.e., s.33 ; Gürsel, a.g.e., s. 64

¹²⁴ Pertev Bilgen, **Kamulaştırma Hukuku**, İstanbul : Filiz Kitapevi, 1999, s. 27; Günay, a.g.e., s.225 ; Gürsel, a.g.e., s.75;

*kamulaştırma kararı verilmesinde mevzuata uyarlık görülmemiştir*¹²⁵ demek suretiyle kamulaştırma işlemini iptal etmiştir.¹²⁶

Kamu idare ve kurumlarının hangi konularda görevli oldukları genellikle kendi kuruluş kanunlarında tanımlıdır. Kanun koyucu zaman zaman çıkardığı kanunlarla görev alanlarını genişletebildiği gibi Danıştay da ekonomik ve sosyal yapıda meydana gelen gelişim ve değişimler dolayısıyla bazı kararlarında amaçsal yorum yaparak görevli olma şartını geniş yorumlamaktadır.¹²⁷

Danıştay İçtihatı Birleştirme Kurulunun bir kararında, *“Toplumsal gereksinimlerin zaman içerisinde dondurulması imkansızdır. Bu gereksinimler, sosyal ekonomik gelişmelere paralel olarak sürekli bir tempo içinde çoğalmakta ve anılan gereksinimlerin yerine getirilmesi kaçınılmaz bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır.”*¹²⁸ Danıştay başka bir kararında ise¹²⁹, *“belediyelerce de kadın sosyal dayanışma merkezi kurulabilir ve bu amaçla kamulaştırma yoluna gidilebilir”* denilmek suretiyle belediyelerin yasal olarak yükümlü olmadıkları kadın sosyal dayanışma merkezi kurması amacıyla yaptıkları kamulaştırmayı amaçsal yorum yaparak hukuka aykırı bulmamıştır.¹³⁰

Yargı ve öğretide kamu idare ve kurumlarının faaliyet alanlarındaki işlerle ilgili olarak kamulaştırma yapabileceklerini belirtilmekte ancak bu konudaki yetkilerini başka kurumlara devir edip edemeyecekleri tartışmalıdır. 10.12.2003 tarihinde kabul edilen 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi Kanununun 45. maddesinde *“ Kamu idareleri, taşınmaz satın alma veya kamulaştırma işlemlerini yetki devri yoluyla bir başka kamu idaresi eliyle yürütebilir”* demek suretiyle bu konuda yetki devrinin yapılabilmesinin önünü açmıştır.

¹²⁵ Danıştay 6. Dairesi, 08.03.1983 tarih, 1982/3690 E – 1983/987 K., www.kanunum.com, (20.05.2012)

¹²⁶ Benzer karar; Danıştay 6 Dairesi 13 Kasım 1984 tarih, 1984/195 E. , 1984/3035 K. *“.... Kavşak ve üst geçit inşa etmek ile Belediye veya Karayolları Genel Müdürlüğü görevli olduğu için Yüksek Öğretim Kurulunun kamulaştırma yapma yetkisi yoktur.”*(Alıntı ; Bilgen, Kamulaştırma Hukuku, a.g.e., s. 27)

¹²⁷ Gürsel, a.g.e., s.75 - 76; Karagöl, a.g.e., s. 33

¹²⁸ Danıştay İBK., 19.12.1975 tarih, 1972/7 E. , 1975/16 K. - Palmiye İçtihat Programı; Gürsel, a.g.e., s.76)

¹²⁹ Danıştay 6. Dairesi, 24 .04.1998 tarih, 1997/3697 E., 1998/2219 K. - Danıştay 6. Dairesi, 24 .04.1998 tarih, 1997/3697 E. , 1998/2219 K., www.kanunum.com, (20.05.2012); Karagöl, a.g.e., s.33

¹³⁰ Karagöl, a.g.e., s.33

5018 sayılı kanunun kabul edildiği 10.12.2003 tarihinden evvelki Danıştay uygulamalarına bakıldığında, kanunla bir kamu tüzel kişinin yetkisine bırakılan bir alanda başka bir kamu tüzel kişiliğine yetki devri yapılmasını yetki devrinin ancak kanunla olabileceği gerekçesiyle onay verilmemekteydi. Yine bu dönemde Danıştay bir kararında, “*Yasa ile Belediyelere verilmeyip, İl Özel İdarelerine verilen bir yetkinin belediyece kullanılması suretiyle kamulaştırma işleminin tesis edildiği, (...) Her ne kadar, Mütешеbbis Teşekkül tarafından oluşturulan heyetin kamulaştırma konusunda belediyeye yetki verdiği iddia ediliyor ise de yetki devri yasal düzenleme ile mümkün olduğundan,*”¹³¹ demek suretiyle kamulaştırma işlemine geçit vermemiştir.

Öğretide Gürsel, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununun 45. maddesi ile idarenin kamulaştırma yetkisinin devrinin önünün açılmasını uygulamada güçlüklerle sebep olacağı gerekçesiyle eleştirmiştir.¹³² Öğretideki bu eleştiriye rağmen yasaların hukuksal denetimini yapan Anayasa Mahkemesinin bu konudaki görüşünü net olarak bilemiyoruz. Zira kamulaştırma yetkisinin devir edilebilmesinin önünü açan 10.12.2003 tarih ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi Kanununun on bir maddesinin iptali için Anayasa Mahkemesine yapılan başvuruda kamulaştırma yetkisinin devrini düzenleyen kanunun 45. maddesinin iptali istenmemiştir.¹³³ *Kanaatimizce* Kamulaştırma kurumunun anayasal dayanağı olan Anayasamızın 46. Maddesindeki düzenleme yetki devrine engel değildir. Çünkü söz konusu Anayasa maddesi kamulaştırma da uyulacak esasları belirlemiş, bu yetkinin devrini engelleyen bir hüküm içermediği gibi kamulaştırma yetkisinin devir edildiği idarede mevzuattaki anayasal ve yasal kaidelerle bağlı olarak işlem tesis edecektir.

2.4.2. Sebep Unsuru

Kamulaştırma işleminin sebep unsuru idareyi o işlemi tesis etmeye götüren etkidir.¹³⁴ Bu etkenin nesnel bir sebep olması kamu yararı amacını gerçekleştirmeye

¹³¹ Danıştay 6. Dairesi, 07.03.1991 tarih, 1990/2159 E, 1991/384 K. www.kanunum.com, (20.05.2012)

¹³² Gürsel, a.g.e., s. 79

¹³³ A.Y.M. 02.06.2009 tarih, 2004/10 E. – 2009/69 karar , www.kanunum.com, (20.05.2012)

¹³⁴ Akyazan, a.g.e., s.229

yönelik kamu hizmetinin kurulması ihtiyacı ile bağlantılıdır. Kamulaştırma işleminin sebep unsuru olan kamu hizmetinin kurulması ihtiyacı bazen çok somut olarak ortadadır. Örneğin, köyün ihtiyacı için köy konağı yapımı, su kaynağından beldeye su hattı döşenmesi gibi hizmetler kamulaştırma işleminin sebep unsuru anlamında nesnel bir görünüm arz eder. Sebep unsuru idari işlemlerde olması gereken diğer dört unsuru ile yakın bağlantı içerisindedir. Yukarıda belirttiğimiz örneklerde sebep unsuru ile yetki unsuru zorunlu olarak bir arada olmalıdır. Konumuz açısından olaya bakarsak idarenin kamulaştırma yapması bir kamu hizmetinin kurulması ihtiyacından kaynaklanabilir ama bu hizmeti kuracak idarenin de o hizmeti kurmakla görevlendirilmesi gerekir. Danıştay uygulaması da sebep unsurunu yetki unsuru ile birlikte değerlendirmektedir. Yine Danıştay bu konuda örnek olabilecek bir kararında¹³⁵, “köy konağı yapımı için kamulaştırılmasına ilişkin köy ihtiyar kurulu kararının iptali dileğiyle açılmış, İdare Mahkemesince taşınmazların köyün mecburi işlerinden olan köy konağı yapımı için kamulaştırılmalarında sebep ve yetki unsurları açısından isabetsizlik bulunmadığından” demek suretiyle iki unsuru birlikte değerlendirmiştir.

Sebep unsuru amaç unsuru ile de yakın bağlantı içerisindedir. İdarenin tesis ettiği idari işlemlerin birçok sebebi olabilir ama amacı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasına göre tektir, o da kamu yararadır. İdareyi bir işlem yapmaya sevk eden etken bazen somut bir olay olabileceği gibi bazen de bir yasa, tüzük, yönetmelik gibi hukuki-idari bir işlem olabilir.¹³⁶ Belirttiğimiz bu hususun en somut uygulaması 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 6. maddesinin son fıkrasındaki düzenlemedir. Bu düzenlemeyle idarece ayrıca kamu yararı kararı alınmasına bir istisna getirilmiştir. Buna göre onaylı imar planları ile bakanlıkça hazırlanan özel plan ve projelere dayalı olarak yapılacak kamulaştırmalarda ayrıca kamu yararı kararı alınmasına gerek yoktur.¹³⁷ Zira bunlarda kamu yararının var olduğu kanun gereği daha baştan kabul edilmektedir. Kanunun 6. maddesindeki bu düzenleme de kamulaştırma işleminin sebep ve amaç unsuru birbirinden ayıramayacak

¹³⁵ Danıştay 6. Dairesi, 12.03.1986 tarih, 1986/14 E, 1986/236 K.

¹³⁶ Halil Kalabalık, "İdarenin Takdir Yetkisinin Sınırları ve Yargısal Denetimi, Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu'na Armağan", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 1, (1997), s. 172-211

¹³⁷ Halil Kalabalık, **İmar Hukuku Dersleri**, 4. Bası, Sakarya: Seçkin Yayınevi, 2012, s.258-259

şekilde birleşmiştir. Danıştay İdari Davalar Kurulu bir kararında¹³⁸, “*Dava konusu edilen kamulaştırma kararının dayanağı bizzat davalı idare tarafından da 29.6.1984 günlü plan olarak ifade edildiğinden ve kamulaştırma işleminin bu plana dayandığı anlaşıldığından, kamulaştırma kararı ile birlikte iptali istenilen plan ile davacının menfaat alakasının bulunduğu kuşku yoktur*” demek suretiyle İYUK 7. maddesi anlamında imar planlarını uygulama işlemi olarak nitelemiştir. Netice itibariyle kamulaştırma kararı ile birlikte bu kararlara dayanak olan onaylı imar planları ile bakanlıkça hazırlanan özel plan ve projelerinde kamulaştırma kapsamında yargısal denetime tabi olduklarını belirtmiştir.¹³⁹ *Kanaatimizce* de bu yaklaşım doğrudur. Çünkü onaylı imar planları ile bakanlıkça hazırlanan özel plan ve projeler Kamulaştırma Kanununun 6. maddesine göre kamulaştırma işleminin sebep ve amaç unsurunu oluşturmaktadır. Bu hukuki bağlantı sebebiyle kamulaştırma işlemlerini idari yargıya taşıyan gerçek kişilerin ve özel hukuk tüzel kişilerinin bu belgeleri de kamulaştırma işlemleri ile birlikte dava edebilmekte hukuki menfaatlerinin olduğunu düşünmekteyiz.

Onaylı imar planları ile bakanlıkça hazırlanan özel plan ve projelere dayalı olarak hazırlanmayan kamulaştırmalarda kamulaştırma mekanizmasının kimin tarafından tetikleneceği yani kamu yararı kararını alacak ve onaylayacak mercilerin kimler olduğu Kamulaştırma Kanununun 5. ve 6. maddelerinde ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Buna göre Kamulaştırma Kanun 6. maddesinin son fıkrası dışındaki ihtimallerde Kamulaştırma Kanununun 5. maddesindeki mercilerin alacağı kamu yararı kararının 6. maddedeki mercilerce onaylanması gerekmektedir.

2.4.3. Amaç Unsuru

Amaç unsuru idarenin idari işlemle ulaşmak istediği sonuçtur.¹⁴⁰ Sonucun ne olacağı mevzuatta açıkça belirtilebileceği gibi bazen de hiç belirtilmeyebilir. Sonuç belirtilsin veya belirtilmesin idarenin yapacağı her türlü işlemdeki nihai amaç kamu yararının sağlanmasıdır. Kamulaştırma Kanununun 3. maddesinin ilk fıkrasındaki düzenlemeyle

¹³⁸ Danıştay İdari Davalar Kurulu, 03.03.1989 tarih, 1988/162 E., 1989/18 K, www.kanunum.com, (20.05.2012)

¹³⁹ Kalabalık, a.g.e., s.261

¹⁴⁰ Günday, a.g.e., s. 120

idareler, kanunlarla yapmak yükümlülüğünde buldukları kamu hizmetlerinin yürütülmesi için gerekli olan taşınmaz malları kamulaştırabilme yetkileri olduğundan kamulaştırmanın amacı olan kamu yararı; kamu hizmetinin kurulması ve düzenli bir şekilde yürütülmesi suretiyle elde edilecek yarardır. Kamu yararı aynı zamanda idarenin ulaşmaya çalıştığı bir amaç olduğu gibi temel insan haklarını sınırlayan da bir kavramdır.¹⁴¹ Kamulaştırma kurumu çerçevesinde düşünüldüğünde ise, mülkiyet hakkının sınırlanmasında, özüne dokunulmasında bir ölçüdür. Anayasa Mahkemesi bir kararında, “ *Mülkiyet hakkının, kamu yararı gerekçesiyle sınırlaması olanaklıdır. Özel mülkiyete yönelik kamu yararı gereksinimi var oldukça, kamulaştırmayla gerçekleşen sınırlamalar da anayasal geçerliliklerini sürdürecektir*”¹⁴² demek suretiyle özel mülkiyet hakkına getirilen sınırlamaların anayasal temellerine işaret etmiştir. Yüksek yargı kararlarına bakıldığında kamu yararı kavramı ayrıca genel, kapsayıcı, üstün ve değişken bir kavram olduğu gibi planlanan kamu hizmetinin gerçekleştirilmesi için getirilecek kısıtlama ile ulaşılmaya çalışılan hizmet arasında nesnel ve zorunlu bir sebep sonuç ilişkisini de gerektirir.¹⁴³

Kamulaştırma da kamu yararının genel ve kapsayıcı olması yapılacak kamulaştırma işleminin bireysel menfaati değil, toplumun genel yararını amaçlamasını ifade eder. Danıştay kararına konu olmuş bir olayda mahkeme, “ *...Kamulaştırmanın yalnız bir kişinin yararlandığı yolun genişletilmesi için yapıldığı anlaşıldığından, (...) kamulaştırma işlemi kamu yararı bulunmadığı ...*”¹⁴⁴ demek suretiyle bu hususa işaret ederek kamulaştırma işlemi iptal etmiştir.

Kamulaştırmada kamu yararının üstün ve değişken olması ise, onun bireysel menfaatlere göre önceliğinin olması; her somut olayın koşullarına göre farklı içerikte görünebilmesi, zamanla değişebilmesi ve gelişebilmesidir. Danıştay bu hususa dikkat çektiği bir kararında somut olayı incelemiş idare mahkemesi kararını bozma gerekçesinde,

¹⁴¹ Osman Saraç, “Kamu Yararı Kavramı”, **Maliye Dergisi**, 139, 2002, s.5 (212.174.133.188/.../maliye_dergisi/maliyederigisi.asp?dergi_no=139, (30.07.2012)

¹⁴² www.anayasa.gov.tr , (20.05.2012)

¹⁴³ Osman Saraç, “Kamu Yararı Kavramı”, a.g.e., s.9

¹⁴⁴ Danıştay 6 Dairesi, 18.03.1986 tarih, 1986/67 E., 1986/276 K www.kanunum.com, (20.05.2012)

“davacı tarafından yörede yerleşme alanı bulunmadığı mevcut yolların yeterliliği öne sürüldüğünden bu hususların araştırılması, yolun buradan geçirilmesinde kamu yararının olup olmadığının incelenmesi gerekmektedir”¹⁴⁵ demiştir.

Kamulaştırmada kamu hizmetinin gerçekleştirilmesi için getirilecek kısıtlama ile ulaşılmaya çalışılan amaç arasında nesnel ve zorunlu bir sebep sonuç ilişkisi olması da kamulaştırma işlemlerindeki kamu yararının bir başka görünümüdür. Kamulaştırmanın planlama aşamasında hizmet tesisi ihtiyacı ile bu ihtiyaca göre verilen veya varsayılan kamu yararı kararı doğal olarak hangi konuda verilmişse o konuda bir kamulaştırma işlemi ile sonuçlanması gerekir.¹⁴⁶ Bu hususa örnek olabilecek Danıştay Büyük Genel Kurulunun 1976 tarihli bir İçtihatı Birleştirme Kararında¹⁴⁷, “İmar Planlarında kullanma biçimi ve amacı gösterilmiş olan bir saha, ancak bu amaca uygun olarak kamulaştırılabilecektir. Bir taşınmazın imar planlarında belirtilen amaç dışında kamulaştırılması olanaksızdır” demek suretiyle bu hususa dikkat çekmiştir.

2.4.4. Konu Unsuru

2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 3. Maddesi kamulaştırılabilecek şeyleri “taşınmaz mallar”, “kaynaklar” ve “irtifak hakları” olarak belirlemiştir. 4721 sayılı Yeni Türk Medeni Kanunu’nun 704. maddesinde taşınmaz mülkiyetine konu olabilecek şeyler ; “Arazi”, “Tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar”, “Kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümler” olarak belirlenmiştir. Yeni Medeni Kanunda eski Medeni Kanundan¹⁴⁸ farklı olarak madenler tanım içerisine alınmamıştır.¹⁴⁹

¹⁴⁵ Danıştay 6. Dairesi, 10.12.1985 tarih, 1985/775 E. , 1985/1427 K www.kanunum.com, (20.05.2012)

¹⁴⁶ Kalabalık, a.g.e., s.259

¹⁴⁷ Danıştay Büyük Genel Kurulu 29.01.1976 tarih, 1974/2 E., 1976/2 K., www.kanunum.com, (20.05.2012)

¹⁴⁸ Eski Türk Medeni Kanununun 632. maddesinde geçen *gayrimenkul mülkiyetinin mevzuu, yerinde sabit olan şeylerdir. Bu kanuna göre aşağıdaki şeyler gayrimenkuldür:1 - Arazi,2 - Tapu sicilinde müstakil ve daimi olmak üzere ayrıca kaydedilen haklar, 3 - Madenler*” ifadesi taşınmaz malların kapsamını belirttiği yine aynı Kanunun 652 ve 751. Maddelerine göre ise, ‘inşaat hakkı’ tapu sicil kütüğüne müstakil ve daimi olarak şerh verilebildiğinden taşınmaz mal kapsamında sayıldığı kabul edilmekteydi.

¹⁴⁹ Hüseyin Hatemi, Aydın Aybay, Eşya Hukuku, 2. Bası, İstanbul : Vedat Kitapçılık, 2010, s.14

2.4.4.1. Kamulaştırılmaya Uygun Taşınmazlar

2.4.4.1.1. Arazi

2.4.4.1.1.1. Arazinin Tanımı

Eski ve yeni Medeni Kanunumuzda araziye tanımlayan herhangi bir düzenleme yoktur.¹⁵⁰ Yürürlükten kaldırılan 08.10.1930 tarihli “Tapu Sicil Tüzüğü” nün 8. maddesinde, “*hudutları tefriğe kâfi vasıtalarla tehdit ve tayin edilmiş bilumum sathı zemin*” olarak tanımlanmıştır. Bunun dışında yeni Türk Medeni Kanununun 714. maddesi “*Arazi üzerindeki mülkiyet, kullanılmasında yarar olduğu ölçüde, üstündeki hava ve altındaki arz katmanlarını kapsar. / Bu mülkiyetin kapsamına, yasal sınırlamalar saklı kalmak üzere yapılar, bitkiler ve kaynaklar da girer*” demek suretiyle arazinin olabilecek müştemilatları ile birlikte düşey ve yatay sınırlarını çizmiştir.¹⁵¹

2.4.4.1.1.2. Arazi ve Arsa Ayrımı

Arazinin tanımından anlaşılacağı gibi sınırları belirlenmiş her arazi parçası doğal olarak aynı nitelikte değildir. Bu farklılıklar fiziksel özelliklerinden dolayı olabileceği gibi hukuki konumuyla da ilgili olabilir. Arazilerin hukuki konumlarındaki farklılıkların en somut görünümü Belediye sınırları içerisinde veya mücavir alanlar içerisinde belli niteliklere sahip arazi parçalarının diğer arazi parçalarına göre farklılık arz etmesidir. Bu farklılık hukukumuzda “arazi” ve “arsa” ayrımı olarak bilinen sınıflandırmayı getirmektedir. Emlak Vergisi Kanunu’nun 12. maddesi de bu tür bir ayrımı gözeterek belediye sınırları içerisinde bulunan ve belediyece parsellenmiş arazilerin “arsa” olarak sayılacağını belirtmiştir. Emlak Vergisi Kanununda bulunan bir başka önemli düzenlemede Bakanlar Kuruluna arsa sayılacak arazilerin belirlenmesi konusunda yetki vermesidir. 1983 tarihinde çıkarılan 6122 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı¹⁵² ile bu konuda bir tarif yapılmıştır. Söz konusu bakanlar kurulu kararı arsa - arazi ayrımını üç saç ayağı

¹⁵⁰ Oğuzman,Seliçi, Oktay-Özdemir, a.g.e., s. 135-138

¹⁵¹ Gürsel, a.g.e., s.81

¹⁵² 28.2.1983 tarihli ve 1983/6122 sayılı Bakanlar Kurulu Kararnamesi, Resmi Gazete, 17984, 11.03.1983

üzerine oturtmuştur. Buna göre; belediye ve mücavir alan sınırları içerisinde imar planı ile iskân sahası olarak ayrılmış arazinin arsa sayılacağı ayrıca belediye ve mücavir alan sınırları içinde bulunup da imar planı ile iskân sahası olarak ayrılmamış olmakla beraber, fiilen meskûn halde bulunan ve belediye hizmetlerinden faydalanmakta olan yerler arasında kalan parsellenmemiş arazinin de arsa sayılacağı ifade edilmiştir. Ancak söz konusu araziler fiilen zirai faaliyette kullanıldığı takdirde bunların arsa sayılmayacağı da düzenlemede ayrıca belirtilmiştir.¹⁵³

Yargıtay'ın arazi ve arsa tasnifi ise Bakanlar Kurulu Kararındaki ayırmadan daha farklı bir içeriktedir. Kamulaştırma davalarına bakmakla görevli olan Yargıtay Hukuk Daireleri çeşitli kararlarında arsa ve arazi ayırımını yapmaya çalışmışlardır. Bu konuda Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun da bir çok kararı bulunmaktadır.¹⁵⁴ Ancak bu konuda Yargıtay'ın en üst kurulu tarafından verildiğinden Yargıtay İçtihatı Birleştirme Büyük Genel Kurulunun 1998 tarihli kararı önemlidir. Kurul kararında, “ ... uygulamada tevhidî içtihat konusu ve sınırları bakımından bu genelgede sözü edilen imar planı, İmar Kanununda öngörülen "nazım imar planı" ve "uygulama imar planı" ayırım yapılarak ele alınmış, uygulama imar planında yer alan taşınmazlar, anılan Kanuna göre tabii buldukları işlemler itibarı ile arsa olarak değerlendirilmiş iken,(.) nazım imar planı (büyükşehir, il, ilçe, köy), belediye ve mücavir alan sınırları içindeki yerleşim ve nüfus yoğunluğu, ulaşım ve altyapı hizmetleri ve yerleşim merkezine olan mesafe ile taşınmazın plandaki konumu ve kullanım biçimi gibi unsurlar da göz önünde bulundurulabilir”¹⁵⁵ demek suretiyle arsa ve arazi ayırımındaki ilkeleri tespit etmiştir. Buna göre arsa ve arazi ayırımını şöyle yapabiliriz;

a) Belediyelerin yaptıkları “uygulama imar planları” içerisinde kalan taşınmazlar arsadır.

¹⁵³ Osman Kılıç, “Kamulaştırma Davalarında Arsa Arazi Ayırımı”, **Akdeniz Üni. Ziraat Fakültesi Dergisi**, 1, (2011), s.15-18

¹⁵⁴ Örnek Karar; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 06.11.2002 tarih, 2002/5-1026 E., 2002/880 K. www.kanunum.com, (20.05.2012)

¹⁵⁵ Örnek Karar Yargıtay İçtihat-ı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, 17.04.1998 tarih, 1996/3 E., 1998/1 K. www.kanunum.com, (20.05.2012)

b) Nazım imar planı içerisindeki arazilerde ise bunların ait olduğu idari birim (büyükşehir, il, ilçe, köy), belediye veya mücavir alan sınırları içindeki;

i. Yerleşim ve nüfus yoğunluğu (taşınmazın meskun mahalde olması ve ya olmaması gibi durumlar),

ii. Ulaşım ve alt yapı hizmetlerinden yararlanma kapasitesi (taşınmazın belediye hizmetleri ile yol, su, elektrik, çöp toplama gibi hizmetlerin hepsinden veya bir kısmından yararlanıyor olması yada olmaması),

iii. Yerleşim yerlerine olan uzaklığı (taşınmazın nüfus yoğunluğunun bulunduğu yerleşim noktalarına uzaklığı),

iv. Taşınmazın plandaki konumu ve kullanım biçimi (taşınmazın nazım imar planından çıkıp uygulama imar planına girme ihtimali ve yapılaşmanın yoğun olduğu kısımlara mesafesi ile hali hazırda kendisinden ne surette yararlanıldığı) gibi hususlar dikkate alınarak takdir edilecektir.

2.4.4.1.1.3. Arazilerin Bütünleyici Parçaları, Doğal Ürünleri ve Eklentileri

Kamulaştırmaya tabi tutulacak araziler çoğu zaman homojen bir yapıya sahip değildir. Bu alanların üzerinde yapılar, bitkiler, ağaçlar altında ise madenler, yeraltı suları, petrol, doğal gaz ile ismini zikredemediğimiz daha birçok tabi kaynak bulunmaktadır. Bunları bir sistematik üzerine sınıflandırırsak araziye bağlı olarak arazinin bütünleyici parçalarını, doğal ürünlerini (tabi semereleri) ve eklentilerini (eski terimle teferruat) sayabiliriz.¹⁵⁶Türk Medeni Kanununun 684. Maddesine göre bütünleyici parça “*yerel âdetlere göre asıl şeyin temel unsuru olan ve o şey yok edilmedikçe, zarara uğratılmadıkça veya yapısı değiştirilmedikçe ondan ayrılmasına olanak bulunmayan parçadır*” şeklinde tanımlanmıştır. Aynı Kanunun 686. maddenin 2. fıkrasında ise taşınmazların eklentileri ile ilgili bir tanım getirilmiştir. Buna göre eklenti, “*asıl şey malikinin anlaşılabilen arzusuna veya yerel âdetlere göre, işletilmesi, korunması veya yarar sağlaması için asıl şeye sürekli olarak özgülünen ve kullanılmasında birleştirme, takma veya başka bir biçimde asıl şeye bağlı kılınan taşınır maldır. / Eklenti, asıl şeyden geçici olarak ayrılmakla bu niteliğini*

¹⁵⁶ Hüseyin Hatemi, Aydın Aybay, a.g.e., s.17-21

kaybetmez” şeklinde tanımlanmıştır. Konumuz olan kamulaştırma açısından ön plana çıkan taşınmazın bütünleyici parçalarıdır. Çünkü bunların araziden ayrılmaları değişikliğe uğramadan yada zarar görmeden mümkün değildir ve bu nedenle arazi ile birlikte kamulaştırılırlar.¹⁵⁷

Kamulaştırmaya konu taşınmazlarda bütünleyici parçalar dışında eklentilerde vardır. Yargıtay kararlarına bakıldığında kanaatimizce kavramların kullanımında özen gösterilmemekte eklenti kelimesi Medenin Kanununun 686. maddesinin 2. fıkrasındaki anlamından daha geniş bir anlamda kullanılmakta bütünleyici parçalar da çoğu zaman bu kelime ile ifade edilmektedir. Bunda çeşitli kanunlarda kullanılan eklenti ifadesinin medeni kanundaki anlamından farklı bir anlam ifade etmesinin de yeri vardır. Örneğin Kat Mülkiyeti Kanununun 46. maddesinin son fıkrasında kullanılan, “*Ana gayrimenkulün arsası ile birlikte kamulaştırılması halinde her bağımsız bölümün kamulaştırma bedeli bağlantılı bulunduğu arsa payı ile eklentileri de göz önünde tutularak ayrı ayrı takdir olunur*” ifadesi arsa payına bağlı olarak yapılan/kurulan bağımsız bölümü ifade etmektedir. Bazen de kat mülkiyetinin söz konusu olmadığı alanlarda da bağımsız bölüm niteliği taşımayan yapılar içinde aynı tabir kullanılmaktadır. Örneğin; bir Yargıtay kararında “*Dava, imar uygulaması sonucu yolda kalan bina ve duvar bedelinin tahsili istemine ilişkindir. (...)Mahkemece, davalıya ait bina ile eklentilerinin neler olduğunun tespiti (...) yapılmak suretiyle*” demek suretiyle arazi üzerindeki yapı ve onun bütünleyici parçası durumundaki istinat duvarı da eklenti kelimesi ile ifade edilmiştir.

Türk Medeni Kanununda ifade edilişi ile eklentilerin kamulaştırılıp kamulaştırılmayacağı konusunda ise görüş birliği yoktur. Öğretide bir kısım görüş sahibi bunlarında kamulaştırılacağı yönünde görüş beyan ederken¹⁵⁸diğer görüş sahipleri ise eklentilerin kamulaştırma kapsamına alınamayacağını belirtmektedirler.¹⁵⁹ Burada ikinci görüş sahiplerinin bir kısmı eklentilerin kamulaştırma kapsamında olamayacağını belirtmekte ancak bu eklentilerin sökülüp, taşınması ve yeni bir yere konumlandırılması

¹⁵⁷ Bilgen, a.g.e., s. 60 ; Yargıtay 18. Hukuk Dairesi, 02.11.2010 tarih, 2010/9486 E., 2010/14399 K. “*(Türk Medeni) yasasının 684. maddesi uyarınca (...) taşınmaza malik olanlar bunun üzerindeki yapının da malikidirler. (...)yapı bedelinin tüm zemin maliklerine paylaşılması gerekirken ...*”, www.kanunum.com, (20.05.2012)

¹⁵⁸ Günay, a.g.e., s.214

¹⁵⁹ Giritli, Bilgen, Akgüner, a.g.e., s. 678

için gereken masrafların kamulaştırma bedeline eklenmesi gerektiği görüşündedirler.¹⁶⁰ *Kanaatimizce* eklentilerin kamulaştırılması mümkün değildir. Bütünleyici parçaların kamulaştırılması onların zarar görmeden veya değişikliğe uğramadan araziden ayırlamamasından kaynaklanır. Eklentilerde ise durum böyle değildir. Bunlar araziden zarara görmeden veya değişikliğe uğramadan ayrılabilir. Ancak araziden ayrılabilen bu eşyanın sökme, takma ve nakliye masraflarının da kamulaştırma bedeli içerisinde hesaplanması gerektiğini düşünüyoruz. Nitekim Yargıtay 5. Hukuk Dairesi bir kararında¹⁶¹, “... Dava (...) kamulaştırma nedeni ile açılan bedel artırım davasında sökme, nakliye ve takma masraflarına hükmedilen (...)davalı idareden tahsiline karar verilmesinde bir isabetsizlik görülmemiştir...” demek suretiyle yerel mahkemenin kararını onamıştır.¹⁶²

2.4.4.1.2. Kaynaklar

Kamulaştırma Kanununun 3. maddesinde araziler dışında kaynakların da kamulaştırılmasından bahsedilmektedir. Kaynak doğal olarak veya dışardan bir müdahale ile toprak üstüne çıkararak su olarak tanımlanmaktadır.¹⁶³ Kaynaklarla ilgili mevzuat hükümlerinin incelenmesinden önce kaynak ile birlikte yeraltı sularının da mahiyetinin bilinmesi gerekir. Yeraltı suyu yağış olarak yeryüzüne düşen ya da yeryüzünde bulunan suların yerin altına sızıp, orada birikmesiyle oluşan sulardır.¹⁶⁴ Yeraltı Suları Hakkındaki Kanunun 2. maddesinde *Yeraltı suyu: Yeraltındaki durgun veya hareket halinde olan bütün sulardır*” şeklinde tanımlanmıştır. Yeraltı suları özel mülkiyete konu olamaz.¹⁶⁵ Zira Anayasamızın 168. Maddesi yer altı kaynaklarını devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerler statüsünde değerlendirdiği gibi Türk Medeni Kanununun 715. Maddesi, “... yararı kamuya ait sular (...) kimsenin mülkiyetinde değildir ve hiçbir şekilde özel mülkiyete konu

¹⁶⁰ Mehmet Ali Hayta, **Kamulaştırma Davaları**, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s.41

¹⁶¹ Yargıtay 5. Hukuk Dairesi, 14.07.2003 tarih, 2003/7595 E., 2003/9534 K. www.kanunum.com, (20.05.2012)

¹⁶² Aynı yönde bir başka karar, Yargıtay 5. Hukuk Dairesi, 25.11.2012 tarih, 2002/15620 E, 2002/21543 K. www.kanunum.com, (20.05.2012)

¹⁶³ Oğuzman,Seliçi, Oktay-Özdemir, a.g.e., s.407

¹⁶⁴ PayalSampat, “**Yeraltı Sularında Kirlenme**” http://www.tema.org.tr/Sayfalar/CevreKutuphanesi/Pdf/SuKaynaklari/DD_2001-2.pdfadresinden 20.05.2012 tarihinde erişilmiştir.

¹⁶⁵ Düren, Devletin Mülkiyete El Atmasından Doğan Tazminat Yükümlülüğü, a.g.e., s. 23-24

olamaz” demek suretiyle yeraltı sularının özel mülkiyete konu olamayacağını açıkça belirtmiştir. Yeraltı sularının yeryüzüne çıktığı noktalarda oluşan kaynaklar ile ilgili olarak Medeni Kanununun 756. maddesi, “ *Kaynaklar, arazinin bütünleyici parçası olup, bunların mülkiyeti ancak kaynadıkları arazinin mülkiyeti ile birlikte kazanılabilir*” demek suretiyle bunların kaynadıkları arazinin bir parçası olduğunu ve kaynakların mülkiyetinin de bunlarla birlikte kazanılabileceğini belirtmiştir. Ancak aynı maddenin 3. fıkrası “*Yeraltı suları, kamu yararına ait sularandır. Arza malik olmak, onun altındaki yeraltı sularına da malik olmak sonucunu doğurmaz*” demek suretiyle yer altı sularının özel mülkiyete konu olamayacağını ayrıca belirtme gereği duymuştur. Burada akla gelen soru kanunda kaynak sahibi olunmasına izin verilirken yeraltı sularının kullanımının kamuya bırakılmasının nasıl örtüşeceği. 756. maddenin 4. fıkrası, “*Arazi maliklerinin yeraltı sularından yararlanma biçimi ve ölçüsüne ilişkin özel kanun hükümleri saklıdır*” demek suretiyle kaynak, kaynak sahibi ve yeraltı suyu arasındaki ilişkinin bir mülkiyet ilişkisi değil bir yararlanma ilişkisi olduğu; yer altı sularından yararlanma biçim ve ölçüsünün kanunla düzenleneceğine işaret etmiştir.

Medeni Kanunun işaret ettiği özel kanun 16.12.1960 tarih ve 167 sayılı Yeraltı-suları Hakkındaki Kanundur. Bu kanunda da bu suların devletin hüküm ve tasarrufu altında olduğu tekrarlanırken taşınmaz sahiplerinin bunlardan hangi şartlarda yararlanacağı da ayrıntılı olarak düzenlemiştir. Bahsi geçen kanunun 1. maddesi “ *Yeraltı suları umumi sular meyanında olup Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. Bu suların her türlü araştırılması, kullanılması, korunması ve tescili bu kanun hükümlerine tabidir*” demek suretiyle kanunla yapılan özel düzenlemeye dikkat çekmektedir. Bu kanun kamu idaresine ayrıca “yeraltı suyu işletme alanları” oluşturma imkânını da kazandırmıştır. Kanunun 3. Maddesine göre;

“ Sınırları ve yapısal özellikleri belirlendikçe yeraltısuyu sahaları, Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğünün teklifi üzerine, ilgili bakanlıkça "Yeraltı suyu İşletme Alanları" kabul ve ilan edilir.”

Yine aynı Kanununun 4. maddesine göre “yeraltı suyu işletme alanlar” ında taşınmazı bulunan mülk sahipleri bu arazilerde kuyu açmak ve su çıkarmak için kanunun 8.

maddesine göre yetkili kamu kurumu olan Devlet Su İşleri Müdürlüğünden belge alma zorunluluğundadır. Bu belgeyi aldıktan sonra da su kaynaklarından kendi faydalı ihtiyaçlarına yetecek miktarını kullanma hakkına sahiptir. Ancak “*bu miktarı aşan sular ile sulama, kullanma ve işlenerek veya doğal haliyle içme suyu olarak satılmak üzere çıkarılan yeraltı suları,*” il özel idaresi tarafından kiraya verileceğinden mal sahiplerinin bunlardan yararlanma hakları kısıtlanmıştır.

Yeraltı suyu işletme alanlarının dışındaki su kaynakları için ise, kanunun 5. maddesi, “*her arazi sahibi; arazisinde yeraltı suyu aramak, suyu bulduktan sonra, bunun kendi faydalı ihtiyaçlarına yetecek miktarını kullanmak hakkına maliktir*” demek suretiyle taşınmaz sahiplerinin taşınmazlarında su aramak ve bundan yararlanma haklarını prensip itibariyle tanımıştır. Ancak buradaki kıstas kendi faydalı ihtiyacına yetecek kadarını kullanabilmesidir. Eğer kaynaktaki su miktarı hacim olarak bunun ötesinde bir kapasiteye sahip ise bunu artık taşınmazın mülkiyetine bağlı bir su kaynağı olarak değerlendirmenin imkan yoktur. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun bir kararında, “*özel suyun varlığından söz edebilmek için, tapulu araziden çıkması, miktarı itibariyle, üzerinde çıktığı taşınmazın sınırlarından taşmaması ve M.K. 679. maddesinde öngörülen koşulları taşıması gerektiği*”¹⁶⁶denilmek suretiyle söz konusu durum ifade edilmiştir. Buna göre kaynak hacim itibariyle kaynadığı taşınmazın ötesine geçecek bir hal almışsa artık bu su kaynağı taşınmazın bir parçası sayılamayacaktır.

Kaynak suları barındıran taşınmazların kamulaştırılması halinde değer tespiti nasıl yapılacaktır? Söz konusu taşınmazların arsa veya arazi olması değeri etkileyen bir husus mudur? Bu soruların cevabını yargı kararlarında bulabilmekteyiz. Yargıtay 5. Hukuk Dairesinin bir kararında¹⁶⁷, taşınmazın arsa olması ve taşınmaz içerisinde bulunan su kaynağının da ticari işletme olarak çalıştırılmaması halinde taşınmazın değerinin emsal incelemesi sonucunda belirleneceği, ayrıca kaynak bedeli hesaplanarak bunun bedele eklenmesinin söz konusu olamayacağına hükmetmiştir. Yargıtay kararının altında yatan

¹⁶⁶ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 20.11.1991 tarih, 1991/466 E , 1991/589 K., www.kanunum.com, (20.05.2012)

¹⁶⁷ Yargıtay 5. Hukuk Dairesi, 08.02.1991 tarih, 1990/22595 E. , 1991/3467 K. www.kanunum.com, (20.05.2012)

düşünce arsa vasfına sahip taşınmazların zirai amaçlarla kullanılmadıkları bu sebeple su kaynağının bedel üzerinde fazladan bir etkisinin olamayacağıdır. Arazi vasfına sahip taşınmazlarda ise durum böyle değildir. Taşınmazın üzerindeki su kaynağının taşınmaz üzerinde yetişen bitkilere fazladan bir katkısının olacağı açıktır. Yargıtay 18. Hukuk Dairesi bir kararında¹⁶⁸, “ *Dava edilen suyun, içinde kaynadığı arazide sulama dışında herhangi bir amaçla kullanılmadığı anlaşıldığına göre, suyun değeri bu sulama sebebiyle taşınmazda yarattığı katkıdır. Bu durumda suyun değeri suyun suladığı tüm arazinin (kamulaştırmadan artan bölüm de dahil) sulanabilen değeri ile susuz değeri arasındaki fark olarak kabul edilmelidir*” demek suretiyle bu duruma işaret etmiştir. Buna göre arazide yapılacak sulu ve susuz tarım neticesinde hesaplanacak bedeller arasındaki fark kaynak suyunun değeri olacaktır.

2.4.4.1.3. Tapu Kütüğüne Kayıt Edilebilen Bağımsız ve Sürekli Haklar

Türk Medeni Kanununun 704. maddesinde “ *tapu siciline bağımsız ve sürekli olarak kayıt edilen haklar*” olarak ifade edilen haklar aslında fiziki varlığı olmayan¹⁶⁹ ancak taşınmazdan bağımsız olarak devir edilebilen; kanun koyucunun sosyal ve ekonomik gerekçelerle eşya hukukunun bünyesine kattığı sınırlı ayni haklardır.¹⁷⁰Burada kasıt edilen bağımsızlık ve sürekli olmak neyi ifade eder. Öncelikle belirtmeliyiz ki bağımsız olma bağımlı haklardan olmamayı ifade eder.¹⁷¹Bağımlılık ne şekilde olabilir? Birinci görünüm şekli eşyaya bağlı bir hak olarak görülebilir. Bunlar bağımlı oldukları eşyadan ayrılamaz ve bağımsız olarak tapu siciline tescil edilemezler. Örneğin; geçit hakkı bu tür bir haktır ve eşyaya bağlı bir irtifak hakkıdır. Bağımlılığın ikinci görünüm şekli ise şahsa bağlı devir edilemeyen irtifak haklarıdır. Örneğin, sükna hakkı ve intifa hakkı bu tür bir haktır. Bu haklarda şahsa bağlı olduklarından tapu siciline ayrı bir sayfede kayıt edilmezler. Geriye şahsa bağlı ancak devir edilebilen irtifak hakları kalmaktadır. Öğretide çeşitli

¹⁶⁸ Yargıtay 18. Hukuk Dairesi, 22.04.1993 tarih, 1993/3804 E. , 1993/5494 www.kanunum.com, (20.05.2012)

¹⁶⁹ Jale G. Akipek, **Türk Eşya Hukuku – Mahdut Ayni Haklar**, Cilt 3, AÜHF Yayını, Ankara : Sevinç Matbaası, 1974, s. 12

¹⁷⁰ Erden Kuntalp, “Bağımsız ve Sürekli Sınırlı Ayni Hakların Özellikle Üst Hakkının Taşınmaz Olarak İşlem Görmesi”, **TBB Dergisi**, 4, (1991), s.548

¹⁷¹ Hatemi, Aybay, a.g.e., s.14

isimlendirilmelerle anlatılmaya çalışılan bu haklar, bir kısım yazar tarafından eşya hukukunun sınırlı aynı haklar kısmında el değiştirebilen düzensiz kişisel irtifaklar adı altında¹⁷², diğer bir kısım yazar tarafından ise karma irtifaklar¹⁷³ adı altında incelenmişlerdir. Bu tip irtifaklar genel kabule göre¹⁷⁴, Medeni Kanunun 826 ve devamı maddelerinde düzenlenen üst hakkı; Medeni Kanunun 756 ve 837. maddesinde düzenlenen kaynak hakkı; Medeni Kanunun 838. maddesinde düzenlenen “diğer irtifak hakları” ile Medeni Kanunu 839. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen eşyaya bağlı olmayan taşınmaz yüklerinden ibaret olduğu kabul edilmektedir. Ancak yine öğretide Medeni Kanunun 727. maddesinde düzenlenen mecra hakkı¹⁷⁵ ile Medeni Kanunun 725. maddesinde düzenlenen taşkın yapıların da tapu siciline taşınmaz olarak tescil edilebileceğine dair azınlık görüşleri de vardır.

Yukarıda belirttiğimiz hakların bağımsız ve sürekli olabilmeleri kanuni düzenlemelerle de alakalıdır. Medeni Kanunun 826. maddesinde düzenlenen üst hakkı aynı kanunun 2. fıkrasında “*aksi kararlaştırılmış olmadıkça (...) devredilebilir ve mirasçılara geçer*” şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanıma göre bu hakkın bağımsız bir nitelik taşıması bir kişiye bağlı olarak devir edilebilmesi ve miras yoluyla intikal edebilmesinden gelir.¹⁷⁶ Ancak devir edilemeyecek şekilde bir kişi lehine veya bir taşınmaz lehine bu hak kurulursa bu hakkın bağımsızlığından söz edilemez. Aynı kanun maddesinin 3. fıkrasına göre üst hakkının taşınmaz olarak işlem görebilmesi ve tapu kütüğüne bağımsız olarak tescil edilebilmesi için bu hakkın sürekli de olması gerekir. Süreklilikten kastın ne olduğunu 826. maddenin 3. fıkrası, “*En az otuz yıl için kurulan üst hakkı, sürekli niteliktedir*” demek suretiyle açıklığa kavuşturmuştur. Özetle üst hakkı devir edilebilir şekilde kişiye bağlanır ve en az 30 yıl için tesis edilirse tapu kütüğüne taşınmaz olarak tescil edilebilecektir.

¹⁷² Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, a.g.e., s.658 ve 666

¹⁷³ Hatemi, Aybay, a.g.e., s.268

¹⁷⁴ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, a.g.e., s. 693 ; Hatemi, Aybay, a.g.e., s. 14-15 ; Mehmet Ayan, **Eşya Hukuku – Sınırlı Aynı Haklar**, Güncellenmiş 4. Bası, Konya: Mimoza Yayınevi , 2012, s.85-127

¹⁷⁵ H. Cumhur Özakman, **Türk Hukukunda Mecra İrtifakları**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul;1978, s.38-39

¹⁷⁶ Ayan, a.g.e., s.88

Medeni Kanunun 756. maddesi “Başkasının arazisinde bulunan kaynaklar üzerindeki hak, bir irtifak hakkı olarak tapu kütüğüne tescil ile kurulur” demek suretiyle başkasının arazisi üzerinde 3. kişiler lehine irtifak hakkı kurulabilmesini imkan vermektedir. Medeni Kanunun 756. maddesindeki bu düzenleme kaynak hakkının en geniş biçimini düzenlerken Medeni Kanunun 837. maddesinin de ise kaynak hakkının konusu sınırlanarak bu tip irtifak hakkının özel bir çeşidi ayrıca düzenlenmiştir.¹⁷⁷ Burada düzenlenen irtifak hakkının en önemli özelliği aleyhine kaynak hakkı tesis edilene aynı zamanda bir katlanma mükellefiyeti yüklemesidir. Bu mükellefiyet de 837. maddenin 1. Fıkrasında “*bu arazinin malikini suyun alınmasına ve akıtılmasına katlanmakla yükümlü kılar*” denilmek suretiyle ifade edilmiştir. Kaynak hakkının bağımsız olabilmesi ise, onun kişiye bağlı olmadan başkasına devir edilebilmesi ve miras yoluyla geçebilmesinden gelir. Medeni Kanunun 837. maddesinin 2. fıkrası “*Bu hak, aksi kararlaştırılmış olmadıkça, başkasına devredilebilir ve mirasçıya geçer*” demek suretiyle buna imkan sağlamaktadır. Kaynak hakkının sürekliliği ise onun belli bir süre için tesis edilmesini gerekli kılar. Bu süre Medeni Kanun 837. maddesinin 3. fıkrasında “*en az 30 yıl*” olarak öngörülmüştür. Medeni Kanunun 837. maddesinin 3. fıkrası ise kaynak hakkının tüm şartlarının özeti niteliğindedir. Buna göre kaynak hakkı üst hakkında olduğu gibi devir edilebilir şekilde kişiye bağlanır ve en az 30 yıl için tesis edilirse tapu kütüğüne taşınmaz olarak tescil edilebilecektir.¹⁷⁸

Medeni Kanunun 838. maddesine göre; “*Malik, taşınmazı üzerinde herhangi bir kişi veya topluluk lehine atış eğitimi veya spor alanı ya da geçit olarak kullanılmak gibi belirli bir yararlanmaya hizmet etmek üzere başka irtifak hakları da kurabilir.*” Madde çok açık bir şekilde irtifak hakkının konusunu teşkil eden yararlanma hadisesi bir kişi (gerçek veya tüzel kişi)¹⁷⁹ veya topluluğa özgülenmiştir. Madde metninde geçen topluluk ifadesi tüzel kişiliğe haiz bir topluluğu ifade etmemektedir. Örneğin bir aile, sülale, köy halkı bu tür bir topluluk tanımı içerisinde değerlendirilebilir. Medeni Kanunun 838. maddesinin 3. fıkrası gereği yararlanma hadisesi eşyaya bağlı irtifaklarda ki muhteva kapsamında olacaktır yani sınırlı bir yararlanma olacaktır. Örneğin şahsa bağlı

¹⁷⁷ Ayan, a.g.e., s.95

¹⁷⁸ Hatemi, Aybay, a.g.e., s.15

¹⁷⁹ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, a.g.e., s.667

yararlanmayı düzenleyen intifa hakkında olduğu gibi bir tam yararlanma mümkün değildir. Madde metninden yine çok açık bir şekilde anlaşılacağı gibi yararlanma hadisesi “atış eğitimi” , “spor alanı” ve “geçit” olarak kullanılmayla sınırlı değildir. Çünkü madde de geçen “gibi” ifadesi kullanma örneklerinin artırılabilceğini bize göstermektedir.¹⁸⁰

İrtifaka konu hakkın tapu siciline taşınmaz olarak tescil edilebilmesi için Medeni Kanunun 704. maddesinin iki şarttan ilki olan hakkın bağımsızlığı yani devir edilebilirliği Medeni Kanunun 838. maddesinin 2. fıkrasındaki düzenleme sağlanmıştır. Çünkü Medeni Kanunun 838. maddesinin 2. fıkrası kural olarak bu hakların devir edilememesi kuralı getirilmişse de bunun aksinin kararlaştırılabilmesi aynı madde mucibince mümkün olduğundan bağımsızlık şartı yerine getirilebilmektedir. Hakkın devir edilebilirliğini sağlamak yani bağımsızlığını sağlamak taşınmaz olarak tescil için yeterli değildir. Medeni Kanunun 704. Maddesi ikinci şart olarak aynı zamanda süreklilik şartını da aramaktadır. Süreklilik şartı zaman olarak maddede tanımlanmamıştır. Tapu Sicil Tüzüğü'nün 9. Maddesi süresiz veya en az 30 yıl süreyle tesis edilen hakları sürekli olarak tanımlamaktadır. Buna göre bağımsız ve sürekli olduğu takdirde “diğer irtifaklar” tapu kütüğüne kayıt edilebilirler.¹⁸¹

Medeni Kanunu 839. Maddesinin 2. fıkrasında belirtilen eşyaya bağlı olmayan taşınmaz yükleri de tapu siciline tescil edilebilmektedir. Burada ki taşınmaz yükü taşınmazla ilgili olarak lehine hak tesis edilmiş hak sahibine bir şeyin verilmesini veya yapılmasını isteme hakkı ile kısıtlanmış taşınmazlar üzerinde kendisine tanınmış aynı bir teminattan oluşur.¹⁸²Taşınmaz mal mükellefiyetleri Tapu Sicil Tüzüğü'nün 30/son maddesinde gösterildiği şekilde irtifak hakları ve taşınmaz mal mükellefiyetleri sütununa tescil edilirler.

Bu bölümde son olarak bahsetmek istediğimiz irtifak hakkı ise mecra hakkıdır. Mecra hakkından evvel mecranın ne olduğunun tanımlanmasın da yarar vardır. Medeni

¹⁸⁰ Hatemi, Aybay, a.g.e., s.271 ; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, a.g.e., s.666 ;Ayan, a.g.e., s.80

¹⁸¹ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, a.g.e., s.667

¹⁸² Akipek, Türk Eşya Hukuku– Mahdut Ayni Haklar, a.g.e., s. 145-152

Kanunda mecranın tanımı yapılmamıştır.¹⁸³ Öğretide çeşitli tanımlar yapılmıştır. Tandoğan mecrayı eserinde açıkça tanımlamamakla birlikte madde ve kuvvetlerin nakil ve tevzisine yarayan teknik tesisat anlamında kullanmıştır.¹⁸⁴ Akipek ise, “*Mecra, akıcı cisimlerle enerji naklini ve dağıtımını sağlamak üzere arazinin üzerinden, altından veya içerisinden geçirilen teknik tesisattır.*”¹⁸⁵ şeklinde tanımlamaktadır. Bizim de katıldığımız tanım bu son tanımdır. Mecra hakkının da bir tür üst hakkı olduğu da öğretide belirtilmektedir. Mecra geçirilmesini düzenleyen Medeni Kanunumuzun 744. maddesi “*Her taşınmaz maliki, uğrayacağı zararın tamamının önceden ödenmesi koşuluyla, su yolu, kurutma kanalı, gaz ve benzerlerine ait boruların, elektrik hat ve kablolarının, başka yerden geçirilmesi olanaksız veya aşırı ölçüde masraflı olduğu takdirde, kendi arazisinin altından veya üstünden geçirilmesine katlanmakla yükümlüdür*” demek suretiyle mecranın geçirilmesine katlanma yükümlülüğünü düzenlemiştir. Bu maddede düzenlenen mecranın hakkı öğretide “transit mecranın” olarak adlandırılan nakil ve dağıtım amacına yönelik olarak tesisat kurma ve uygun şekilde kullanma yetkisi veren bir ayni haktır. Yasal düzenlemeye bakıldığında Transit mecranın hakkının tesisi için transit mecranın işletme sahibine ait taşınmazdan bir başka taşınmaza geçmesi ve ayrıca bu hak komşuluk hukukundan kaynaklanan sebepler dışında bir sebepten doğması gerekir.(Medeni Kanun 744/2) Bu halde mecranın hakkının bir irtifak hakkı olarak doğması Medeni Kanunun 744. maddesinin 3. fıkrasında “*İrtifak hakkı, mecranın dışarıdan görülüyorsa tapu kütüğüne tesciliyle, dışarıdan görülüyorsa noterce düzenlenecek sözleşmeye dayanılarak mecranın yapılmasıyla doğar*” demek suretiyle düzenlenmiştir.¹⁸⁶ Mecra hakkının tapu siciline tek başına taşınmaz olarak kayıt edilebileceğini savunan öğretide görüşler de bulunmaktadır. Bu görüş sahiplerinin dayanak aldıkları düzenleme Medeni Kanunu 838. maddesindeki “diğer irtifak hakları” ile ilgili düzenlemedir. Bunlara göre mecranın hakkı bu maddeyle uyduğu ve bağımsız ve sürekli nitelik taşıdığı hallerde taşınmaz olarak tapuya tescil edilebilecektir.¹⁸⁷

¹⁸³ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, a.g.e., s.395

¹⁸⁴ Haluk Tandoğan, “Türk Hukukunda Mecralar” **AÜHF Dergisi**, 9(3), (1952), s.135 , <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/318/3120.pdf> (20.05.2012)

¹⁸⁵ Jale G. Akipek, **Türk Eşya Hukuku- Mülkiyet** , Cilt 2, AÜHF Yayını, Ankara: Sevinç Matbaası, 1973, s. 199

¹⁸⁶ Ayan, a.g.e., s.101-111

¹⁸⁷ Özakman, a.g.e., s.38-39

Araziler taşınmaz mal olarak tek başına kamulaştırmaya konu olabilirken, bir arazi parçası olmadan varlık bulamayan, bir arazi parçasına bağlı olarak tapu sicil kütüğüne müstakil ve daimi olarak şerh verilebilen haklar da eşyaya veya şahsa bağımlı irtifak hakları gibi tek başına kamulaştırmaya konu olamazlar.¹⁸⁸

2.4.4.1.4. Kat Mülkiyeti Kütüğüne Kayıtlı Bağımsız Bölümler

Kat mülkiyetine tabi bağımsız bölümlerin neler olduğunu Kat Mülkiyeti Kanununun 1. Maddesi, “*tamamlanmış bir yapının kat, daire, iş bürosu, dükkan, mağaza, mahzen, depo gibi bölümlerinden ayrı ayrı ve başlı başına kullanmaya elverişli olanlar*” demek suretiyle tek tek belirtmiştir. Madde metninde geçen “gibi” ifadesi bağımsız bölüm olabilecek bina bölümlerinin madde metninde sayılanlarla sınırlı olmadığını, bunların dışında ayrı ayrı ve başlı başına kullanmaya elverişli bina bölümlerinin de kat mülkiyetine tabi olabileceğini göstermektedir.

Kat Mülkiyeti Kanununun 3. Maddesi, “*kat mülkiyeti, arsa payı ve ana gayrimenkuldeki ortak yerlerle bağlantılı özel bir mülkiyettir*” demektir. Bu tanım aynı kanunun 1. maddesi ile birlikte değerlendirmek gerekir. Çünkü malikin hak ve yetkileri 1. madde de tanımlanan bağımsız bölümler üzerindedir. Bahsi geçen hak ve yetkilerin kaynağı bağımsız bölüm sahibinin bütün taşınmaz üzerinde sahip olduğu müşterek mülkiyet payıdır. Bunun Kat Mülkiyeti Kanunundaki adı “arsa payı”dır. Yeri gelmişken belirtelim ki kat malikinin hakları sadece bağımsız bölümle sınırlı değildir. Bağımsız bölümlere tahsis edilmiş eklentiler (kömürlük, su deposu, garaj vs.) üzerinde de bağımsız bölümdeki gibi hak ve yetkilere sahiptir. Zira eklentiler bağımsız bölümlerin bütünleyicisi parçasıdır. (K.M.K. m. 6/II) Bunun dışında kat maliklerinin bağımsız bölüm ve eklentiler dışında da bazı hak ve yetkilere vardır. Ortak alanlardan yararlanma, ana gayrimenkulün idaresinde yönetime katılma yetkileri bu tür yetkilerdendir.

Kat Mülkiyeti Kanununun 57. maddesi ile 65. maddesi arasında düzenlenen “devre mülk sistemi” de zaman itibariyle bağımsız bölümlerden yararlanma hakkı veren müşterek mülkiyet payına bağlı irtifak haklarındandır. Kanundaki tanımı *mesken olarak*

¹⁸⁸ Bilgen, a.g.e., s. 60

*kullanılmaya elverişli bir yapı veya yapının bağımsız bir bölümünden, ortak maliklerinden herbiri lehine yılın belli dönemlerinde müşterek mülkiyet payına bağlı olarak istifade edilmek üzere tesis edilen bir irtifak hakkıdır.(K.M.K. m.57)*Devre mülk sisteminin en önemli özelliği bağımsız bölümün tek bir kat mülkiyetinin olması ancak bağımsız bölümden yararlanma hakkı zaman dilimlerine ayrılarak irtifak hakkı şeklinde zaman dilimi sayısınca kullanıma özgülenmesidir. Devre mülk sistemi devre mülk sözleşmesi ile kurulur ve devre mülk sahiplerinin sözleşmeyle belirlenen yararlanma hakkı 15 günden az olmadığı takdirde tapu kütüğünün beyanlar hanesine işlenir. ¹⁸⁹

Kat Mülkiyeti Kanununun 66. maddesi ile 74. maddesi arasında ise toplu yapılar düzenlenmiştir. Uygulamada site ve buna benzer isimlerle adlandırılan “toplu yapı” *bir veya birden çok imar parseli üzerinde belli bir onaylı yerleşim planına göre yapılmış veya yapılacak, alt yapı tesisleri, ortak kullanım yerleri, sosyal tesis ve hizmetleri ile bunların yönetimi bakımından birbiriyle bağlantılı birden çok yapıyı ifade eder.(K.M.K. m. 66/1)*Toplu yapılarda kat mülkiyeti ve kat irtifakının tesisinde aranacak belgeler ve tapuda yapılacak işlemler Bayındırlık ve İskân Bakanlığınca düzenlenecek yönetmelikle belirlenecektir. (K.M.K. m. 68/son fıkra) Toplu yapının kat mülkiyeti siciline tescili daha baştan kurulması esnasında *vaziyet planı ve projeler, yönetim planı ve ortak yerlerin belirlenmesi* ve ayrıca bunların kullanım amaç ve şekillerinin gösterilmesi mevzuat gereği zorunludur.¹⁹⁰

Kat Mülkiyeti kanununun 17. maddesi ile 26. maddesi arasında henüz tamamlanmamış yada ileride yapılması planlanan yapılarla ilgili olarak hükümler vardır. Sosyal ve ekonomik gerekçelerle bu tür yapılarla alakalı olarak “kat irtifakı” adı verilen bir kurum getirilmiştir.¹⁹¹ Öğretideki genel tanımlamaya göre kat irtifakı, ileride yapılacak ya da yapımına başlanmış ancak henüz tamamlanmamış olan kârğir bir binanın kullanıma elverişli bağımsız bölümleri üzerinde yapı tamamlandıktan sonra kat mülkiyetinin kurulmasını isteme yetkisini veren bir irtifak hakkıdır.(K.M.K. m. 1/II)¹⁹²Yine öğretide bir

¹⁸⁹ Hatemi, Aybay, a.g.e, s.238-241

¹⁹⁰ Hatemi, Aybay, a.g.e., s.241-246

¹⁹¹ Serozan, a.g.e., s. 51 ; Hatemi, Aybay, a.g.e., s.228

¹⁹² Akipek, Türk Eşya Hukuku – Mahdut Ayni Haklar, a.g.e., s. 75 ; Hatemi, Aybay, a.g.e., s.229 ;

kısım yazar kat irtifakının aynı bir hak olamayacağını olsa olsa eşyaya bağlı bir yapma borcu doğuracağını belirtmektedirler.¹⁹³ Bu görüş sahipleri sadece yapma borcuna dayalı olarak bir irtifak hakkının tesisinin mümkün olmadığını kanun koyucunun kat mülkiyeti kanunu çıkmadan evvelki müşterek mülkiyet ve kişiye bağlı irtifak formülünün etkisi ile bu şekilde bir düzenleme yaptığını belirtmektedirler.¹⁹⁴

Kat Mülkiyeti kütüğüne kayıtlı taşınmazlarda kamulaştırma bedelinin nasıl tespit edileceği ve bunun bağımsız bölüm sahipleri arasında nasıl taksim edileceği konusunda ise kamulaştırma kanununda değil Kat Mülkiyeti Kanununun 46. maddesinin son fıkrasında hüküm bulunmaktadır. Söz konusu hüküm “*Ana gayrimenkul kamulaştırılırsa, her bağımsız bölümün kamulaştırma bedeli bağlantılı bulunduğu arsa payı ve eklentileri de göz önünde tutularak ayrı ayrı takdir olunur ve o bölümün malikine ödenir.*” şeklinde açık bir düzenleme getirilmiştir.

Yargıtay 18. Hukuk Dairesinin bir kararında kat mülkiyetine tabi taşınmazlarda bedel tespiti ve bunun bağımsız bölüm sahiplerine taksimi şu şekilde anlatılmıştır. “*634 Sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 46. maddesinin son fıkrası “Ana gayrimenkulün arsası ile birlikte kamulaştırılması halinde her bağımsız bölümün kamulaştırma bedeli bağlantılı bulunduğu arsa payı ile eklentileri de gözönünde tutularak ayrı ayrı takdir olunur hükmünü koymuştur” böyle olunca ana yapının arsasına 2942 sayılı Kanunun 11. Maddesinin 3. fıkrasının g bendi gözönünde tutularak kamulaştırma gününden önce özel amacı olmayan emsal satışlara göre; yapılara da aynı maddenin h bendi gereğince Bayındırlık ve İskân Bakanlığınca yayınlanmış, kamulaştırma tarihindeki resmi birim fiyatları ve yapı maliyet hesaplarını gösteren listelerine göre (yıpranma payı da düşülerek) değer verilip, ayrıca bedelin tespitinde etkili olacak diğer ölçüler de dikkate alınarak kamulaştırma karşılığının yasal biçimde belirlenmesi gerekir./ Buna göre yukarıda açıklanan ilkeler doğrultusunda arsa ile ana yapının (ortak yerleri içerir biçimde) değerleri hesaplandıktan sonra, arsa payına düşen miktarına göre bağımsız bölümün karşılığı bedel tespit edilir. Şayet o bağımsız bölümün yapısında değeri*

¹⁹³ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, a.g.e., s.470 ; Serozan, a.g.e., s.51

¹⁹⁴ Serozan, a.g.e.,s. 51

etkileyecek özellik ve nitelikte diğer bağımsız bölümlerden farklı ilaveler varsa bunlar da göz önünde tutulmak gerekir.”¹⁹⁵

Kamulaştırma davalarına bakan Yargıtay Hukuk Dairelerinin de bir çok kararında yukarıda ki karara benzer içtihatları mevcuttur. Buna göre kat mülkiyetine tabi taşınmazlarda bedel takdiri ve bunun bağımsız bölüm sahipleri arasında ki taksimi şu şekilde yapılacaktır.

Ana taşınmazın arsasıyla birlikte kamulaştırılması halinde her bir bağımsız bölüm için ayrı ayrı bedel tespiti yapılacaktır. Ancak buradaki hesaplama usulü şu şekilde olacaktır. Eğer kamulaştırma konusu yapı arsa payı dahil homojen bir yapıya sahipse yani arsa payları ile bağımsız bölümlerin büyüklükleri birbiriyle uyumlu ise ayrıca tüm bağımsız bölümler özellikleri itibariyle aynı ise bu durumda arsanın ve ana yapının (ortak alanlar dahil) değeri hesaplanarak arsa payı miktarınca bağımsız bölüm sahiplerine bölüştürülecektir. Homojen özellik arz etmeyen yapılarda ise yani arsa payları ile bağımsız bölümlerin büyüklüklerinin uyumsuz veya bağımsız bölümlerin özelliklerinin birbirinden farklı olduğu yapılarda hesaplama ne şekilde yapılacaktır? Bu ihtimallerden bağımsız bölümlerin arsa paylarının büyüklükleri ile bağlantılı oldukları eklentilerinin büyüklüklerinin orantısız olması durumunda hesaplama şu şekilde yapılacaktır. Bağımsız bölümlerin (ortak alanlar dahil) her birinin arsa payı değerleri ile eklentilerin her birinin (bütünleyici parçalar dahil) birbirinden bağımsız şekilde yapı maliyet değerleri hesaplanarak toplanacaktır. Burada akla gelebilecek diğer bir soru ise arsa paylarına özgülenen bağımsız bölümlerin (bütünleyici parçalar dahil) özellikleri ve donanımları birbirinden farklılık gösterebilir bu farklılıklar hesaplamalarda göz önünde bulundurulacak mıdır? Bu soruyu biraz daha açarsak bir veya birkaç bağımsız bölümün içerisi diğerlerinden lüks döşenmiştir, bazı bağımsız bölümlerde ise kalorifer tesisatı varken diğerlerinde yoktur. Bu durumlarda hesaplama nasıl yapılacaktır. Yukarıda ki Yargıtay içtihadın da belirtildiği gibi “*o bağımsız bölümün yapısında değeri etkileyecek özellik ve nitelikte diğer bağımsız bölümlerden farklı ilaveler varsa*” bunların değeri de hesaplanacak ve ilgili oldukları bağımsız bölümlerin değerlerine eklenecektir. Bunların dışında akla

¹⁹⁵ Yargıtay 18. Hukuk Dairesi, 13.10.2003 tarih, 2003/4012 E , 2003/7630 K., www.kanunum.com, (20.05.2012)

gelebilecek diğer bir soru ise bağımsız b6l6mlerin konumlarının değer tespitinde dikkate alınmalı mıdır? 6rneğin, bir binanın 2. katındaki bağımsız b6l6m ile 15. katındaki aynı b6y6kl6kteki bağımsız b6l6m6n değerı aynı mı olacaktır? Zira alım satımda ki değer algısında binaların 6st katları daha alttaki katlara g6re daha değerli kabul edilmektedir. Bu sorunun cevabı belirli şartlarda evettir. Eğer bağımsız b6l6mlerin arsa paylarının oranı, miktarı ve eklentilerinin yapısı aynı ise Kat M6lkiyeti Kanununun 46. maddesindeki hesaplama usul6ne g6re değerleri de aynı olacaktır. Esasen buradaki sorun kamulaştırmadaki değer tespit usul6nden kaynaklanmamaktadır. Kat M6lkiyeti Kanununun 3. maddesi, kat m6lkiyetinin kurulması sırasında, her bir bağımsız b6l6m6n konumuna g6re arz ettiği değerle orantılı olarak, arsa payının tespit edilebilmesine imk6n vermektedir. Buna g6re, bina projesinde 15. kattaki bağımsız b6l6m6n arz ettiği değere g6re, 2. kattaki bağımsız b6l6mden daha fazla bir arsa payı ayrılarak, bu şekilde tapuya tescil yapılabilecektir. Bu durumda 15. katın kamulaştırma bedeli ikinci kata g6re daha fazla olacaktır.

Kat m6lkiyetine tabi yapının (arsa payı hariç) değerinin hesaplanmasında Bayındırlık ve İskan Bakanlığının kamulaştırma tarihinde yayınlanmış birim fiyatları esas alınır. Bu fiyatlar sadece kat m6lkiyetine tabi yapılarda değer, kat m6lkiyetine tabi olmayan yapıların değerinin hesaplanmasında da g6z 6n6nde bulundurulmaktadır. Ayrıca yapıların hesaplanan değerlerinden yıpranma payları da d6ř6lecektir. Kat m6lkiyetine tabi taşınmazların arsalarının değerinin hesaplanması ise, Kamulaştırma Kanununun 11. maddesinde belirtilen esaslar dahilinde tespit edilecektir.

2.4.4.2. Kamulaştırılmaya Uygun Olmayan şeyler

Kamulaştırma Kanununun 1. maddesinde nelerin kamulaştırılabileceği açık olarak ifade edilmiştir. Yargı kararlarındaki ve 6đretideki g6r6şler dikkate alındığında, menkul malların kamulaştırılması m6mk6n değerdir. Devletin ihtiyacı olduğu menkulleri zor alım yetkisini kullanarak elde etmesi T6rk hukuk d6zeninde belli durumlarda m6mk6nd6r. 6rneğin devletleştirme ve istimval buna 6rnektir. Bunların dışında kamuya ait taşınmazların kamulaştırılması da m6mk6n değerdir. Kamuya ait taşınmazların ihtiyacı olan idareye nasıl devir edileceğini Kamulaştırma Kanununun 30. maddesi ayrıntılı olarak

düzenlemiştir. Kamuya ait olup olmadığı henüz çözüme kavuşturulmamış taşınmazlarda da kamulaştırma mümkün değildir. Örneğin, kadastro çalışmaları neticesinde malik hanesi boş bırakılan taşınmazlardan mülkiyeti devletle çekişmeli olanlar bu kabildendir. Her ne kadar Kamulaştırma Kanununun 18. maddesi mülkiyeti çekişmeli mallarında kamulaştırılabileceğini öngörmüşse de burada kast edilen özel hukuka tabi gerçek ve/veya tüzel kişiler arasındaki mülkiyet ihtilaflarıdır.¹⁹⁶

2.5. Kamulaştırma Kararının Uygulama Süreci

2.5.1. Kamulaştırılacak Taşınmaz ve Pazarlık Süreci

2.5.1.1. Kamulaştırılacak Taşınmazın Belirlenmesi ve Taşınmazla İlgili Bilgilerin Toplanması

Kamulaştırma kararı alan idarenin kamulaştıracağı taşınmazın fiziki ve hukuki durumunu araştırması gerekir. Kamulaştırma işlemine münferiden alınacak bir kamu yararı kararı ile başlanmışsa idarenin taşınmazın fiziki ve hukuki durumunu araştırması bir zorunluluktur.

Kamulaştırma işlemlerinin onaylı imar planları ile ilgili bakanlıktan onaylı özel plan ve projelere dayalı olarak yapılması halinde bu taşınmazlar için ayrıca kamu yararı kararı alınmasına gerek olmadığı gibi bu belgelerin hazırlanması esnasında Kamulaştırma Kanununun 7. Maddesinde belirtilen hususlardan bir kısmı zaten yerine getirilmektedir.

Kamulaştırma Kanununun 7. Maddesi, “ *kamulaştırma veya kamulaştırma yolu ile üzerinde irtifak hakkı kurulacak taşınmaz malların veya kaynakların sınırını, yüzölçümünü ve cinsini gösterir ölçekli planını yapar veya yaptırır; kamulaştırılan taşınmaz malın sahiplerini, tapu kaydı yoksa zilyetlerini ve bunların adreslerini, tapu, vergi ve nüfus kayıtları üzerinden veya ayrıca haricen yaptıracığı araştırma ile belgelere bağlamak*

¹⁹⁶ Gözübüyük/ Tan, a.g.e., s.1045 (Dip not 194) ; Danıştay 6. Dairesi, 12.11.1992 tarih, 1992/683 E., 1992/4238 K. “*Tapuda kayıtlı ancak malik hanesi boş taşınmaza ilişkin olarak mülkiyetsavıyla açılan davada hazine tarafı bu yer kamulaştırılmaz.*”, Palmiye İçtihat Programı

suretiyle tespit ettirir” demek suretiyle bu araştırmanın nasıl yapılacağını açıklamıştır. Buna göre;

a. Taşınmazın coğrafi sınırlarını belirlenmesi: Kamulaştırılacak taşınmaz veya taşınmazların sınırları, yüz ölçümü ve cinsini gösterir ölçekli planlar hazırlanır.

b. Taşınmazın sahiplik durumunun araştırılması: Tapu müdürlüğünden taşınmaz maliklerini gösterir tapu kayıt bilgilerinin getirilerek taşınmazların malikleri tespit edilir. Taşınmazın tapu kaydı yoksa zilyetlik durumu araştırılarak varsa zilyet veya zilyetleri tespit edilir.

c. Taşınmaz maliklerinin adreslerinin araştırılması: Taşınmaz maliklerinin adresleri mümkün olan her türlü araçla araştırılabilir. Kamu kurumları gerekiyorsa kolluktan yardım da alabileceği gibi, köy veya mahalle muhtarlarından ve idari birim içerisinde faaliyet gösteren kamu kurumlarından da bilgi ve belge toplayabilir. Kanun, tapu, vergi ve nüfus kayıtları demişse de, bu sayım sınırlayıcı değildir. Ancak resmi olmayan belgeler üzerinde yaptırılacak araştırmanın tutanağa bağlanması gerekir.

Ayrıca Kamulaştırma Kanununun 6. maddesi vergi dairelerine, ilgili idarenin talebi üzerine kamulaştırması yapılacak taşınmazlarla alakalı vergi beyan ve değerlerinin, bunların bulunmadığı yerlerde ise, bunların yerine geçecek belgelerin temin edilip idareye ulaştırılması görevini yüklemiştir.

Bu bölümde irdelenmesi gereken bir konu da tapusuz araziler ile kadastrosu yapılmamış arazilerin durumudur. Yukarıda bahsettiğimiz hususlar daha çok tapulu araziler için geçerlidir. Tapusuz veya kadastrosu yapılmamış arazilerin nitelikleri, sınırları, yüz ölçümleri ile tapusuz arazilerin zilyetlik durumları hukuken bir tespite uğramamıştır. Bu nedenle, bu eksikliklerin giderilmesi, kamulaştırma sürecinin ileriki aşamaları için çok önemlidir.

Tapulu ancak kadastrosu yapılmamış arazilerin sahiplik durumları her ne kadar belliyse de, tapuda belirtilen yüzölçümlerinin ve sınırların nereye tekabül ettiğinin tam

olarak belirlenmesi gerekir.¹⁹⁷ Hem tapusuz hem de kadastrosu yapılmamış araziler için Kamulaştırma Kanunumuzun 9. maddesinde getirilen düzenleme ile bunlardaki tespit işlemlerinin hangi usul ve şartlarda yapılacağı belirlenmiştir. Buna göre;

a. Kamulaştırma yapacak idare taşınmazların bulunduğu idari birimdeki mülki amire başvurur. (bu illerde valilik, ilçelerde ise kaymakamlıktır.)

b. Başvuruyu alan mülki amir 2 asıl 2 de yedek olmak üzere toplam 4 (dört) bilirkişi belirler.

c. Belirlenecek bilirkişiler en geç 8 gün içerisinde Sulh Hukuk Mahkemesinde yemin ettirilir.

d. Tespit edilen bilirkişiler daha sonra idareye bildirilir.

e. Tespit sırasında bilirkişiler ile birlikte muhtar veya yardımcısı ayrıca ihtiyar kurulundan 2 adet üyede görev yapar.

Tapusuz ve kadastrosu yapılmamış araziler genellikle kırsal kesimde bulunan arazilerdir. Kamulaştırma Kanununun 9. maddesindeki düzenlemenin mantığı teknik bilgiye sahip bilirkişilerle, kamulaştırma yapılacak çevreyi tanıyan köy muhtarı, aza gibi yerel unsurları birlikte hareket ettirerek sağlıklı bir tespit yapmaktır. Oluşturulan bu tespit kurulunun görevi arazilerin sınırlarını, yüz ölçümlerini, zilyetlerini ve zilyetlik durumunun kaç yıldır devam ettiğini tespit etmek ve bunu bir tutanağa bağlamaktır.¹⁹⁸

Burada seçilen bilirkişilerin nitelikleri üzerinde durmak gerekir. Kamulaştırma Kanununun 9. maddesinde bilirkişilerin mülki amir tarafından seçileceğinden bahsedilmektedir. Bu seçim nasıl yapılacaktır. Öğretide *Gürsel*, Kamulaştırma Kanununun 15. maddesinin 1. ve 2. fıkralarındaki düzenlemenin yani kamulaştırma bilirkişilerin seçimi için öngörülen usulün burada da uygulanması gerektiğini belirtmektedir.¹⁹⁹ *Hayta* ise Kadastro Kanununun 3. maddesinde düzenlenen kadastro bilirkişi heyetinin oluşturulma usulünden yararlanılabileceği kanaatindedir.²⁰⁰ *Kanaatimizce* mülki amirin bilirkişi seçme

¹⁹⁷ Karagöl, a.g.e., s. 48-49

¹⁹⁸ Gürsel, a.g.e., s.168

¹⁹⁹ Gürsel, a.g.e., s.168

²⁰⁰ Hayta, a.g.e., s.60

yetkisi Kamulaştırma Kanununun 9. maddesinde düzenlenmiş yani yetkinin kaynağı kamulaştırma kanunudur. Bu nedenle Gürsel'in de belirttiği gibi Kanunun 15. maddesinin 1. ve 2. Fıkralarındaki düzenlemenin burada da geçerli olması gerekir.

2.5.1.2. Kamulaştırılacak Taşınmaz ile Alakalı Tapu Siciline İdari Şerhin İşlenmesi

Kamulaştırılacak taşınmaza tapu müdürlüğünde idari şerhin işlenmesi kamulaştırma işlemlerinde dikkat edilmesi gereken bir başka noktadır. İdari şerhin koyulmasındaki en önemli amaç kamulaştırmanın sürecinin ilerleyen aşamalarında tapu kaydının malik hanesindeki değişikliklerin idarece öğrenilmesi ile alakalıdır. Yoksa rıza-i devirleri engelleme işlevi yoktur.²⁰¹ Kamulaştırma Kanununun 7. maddesine göre, “...malik değiştiği takdirde, mülkiyette veya mülkiyetten gayri aynı haklarda meydana gelecek değişiklikleri tapu idaresi kamulaştırmayı yapan idareye bildirmek zorundadır. ...” Görüldüğü gibi tapu idaresinin görevi malik hanesindeki değişiklikleri idareye bildirmektir. Uygulamada ise tapu müdürlüklerinin rıza-i devirleri engelledikleri veya ilgili idarenin iznini aramaları çok rastlanan bir uygulamadır.

Kamulaştırma Kanununun 7. maddesinin son fıkrası idare tarafından kamulaştırma şerhi tapuya şerh verildikten sonra idareye kamulaştırma işlemlerini sürdürüp adli yargıda dava açması için 6 (altı) aylık süre vermiştir. İdare bu sürenin sonuna kadar dava açtığına dair belgeyi tapu müdürlüğüne ibraz etmediği takdirde idari şerhin tapu müdürü tarafından tapu sicilinden resen silinmesi gerekir.

Tapu müdürü tarafından şerhin silinmemesi halinde mahkemeye gidilerek bu şerhin sildirilmesi sağlanabilir. Burada akla gelebilecek bir soruda hangi yargı yolunun görevli olduğudur. Yargıtay 18. Hukuk Dairesi bir kararında, “... Kamulaştırma Kanunu'nun amaç ve kapsamından açıkça idari yargının görev alanına girdiği belirtilmeyen hususlarla ilgili uyuşmazlıkların adli yargıda çözümlenmesi gerekeceği anlaşılmaktadır. Kamulaştırma şerhinin silinmesine ilişkin ihtilaflarda idari yargının görevli olduğuna dair anılan

²⁰¹ Gürsel, a.g.e., s.180 ; Karagöl, a.g.e., s. 50

kanunda bir hüküm bulunmamaktadır. Buna rağmen yerel mahkemece idari yargının görevli olduğu gerekçesiyle yazılı şekilde karar verilmesi isabetsizdir ”²⁰² demek suretiyle bu tür davaların adli yargı yolu içerisinde görülebileceğini belirtmiştir.²⁰³

2.5.1.3. Kıymet Taktir Komisyonu ve Uzlaşma Komisyonu Oluşturması

Kamulaştırma Kanununun 8. maddesi idarenin satın alma usulünü kimler yoluyla nasıl yürüteceğini düzenlemiştir. Kanun incelendiğinde kıymet takdir komisyonu eliyle kamulaştırılacak taşınmazın kıymetinin takdir edileceği öngörülmüş kanunun ifadesi ile idare kendi bünyesi içinden en az üç kişiden teşekkül eden bir veya birden fazla kıymet takdir komisyonunu görevlendirebilecektir.

Kamulaştırma Kanununun 8. maddesinin ilk cümlesi kıymet takdir komisyonlarının bu faaliyeti nasıl icra edeceğini belirlemiş taşınmazın değerinin tespitinde sınırlayıcı bir niteleme yerine konuyla ilgili her türlü kişi ve kurumdan bilgi alınabileceği belirtildiği gibi örnekseme yapılarak Sanayi Ticaret Odaları ve emlak ofislerinden de bu konuda yararlanılabileceği vurgulanmıştır.²⁰⁴

Bu yapı içerisinde düzenlenen ikinci bir kurum da Uzlaşma Komisyonlarıdır. Uzlaşma Komisyonları taktir edilen bedel üzerinden pazarlıkla satın alma ya da trampa yoluyla taşınmazı iktisap etmek üzere idarenin kendi bünyesi içinden en az üç kişiden teşekkül eden bir veya birden fazla uzlaşma komisyonu oluşturmasını öngörmüştür. Söz konusu komisyonların idare bünyesinde oluşturulması nedeniyle bunların kamulaştırma bedelini objektif esaslara göre belirlemedikleri; kıymet taktiri ve diğer usulleri formaliteleri yerine getirme amacıyla tüketmeye çalıştıkları eleştirisi uygulamada çok karşılaşılan bir eleştiridir.²⁰⁵ Bunun en önemli sebebi kamulaştırma için ayrılan bedelin yetersiz olması

²⁰² Yargıtay 18. Hukuk Dairesi, 11.07.2005 tarih, E.2005/5137,K.2005/7277 (Palmiye İhtihat Programı)

²⁰³ Gürsel, a.g.e., s.182

²⁰⁴ Hayta, a.g.e., s.64

²⁰⁵ Karagöl, a.g.e., s.52

veya tek seferde istenilen miktarda ödenek çıkarılamaması sebebiyle kamulaştırma yapılamaması ve eldeki paranın da geri gönderilme tehlikesidir.²⁰⁶

2.5.1.4. Taşınmaz Maliklerine Resmi Taahhütlü Yazı ile Pazarlığa Çağırılması

Pazarlığa çağrı aşaması uygulamada en fazla problemlerin olduğu aşamalardan biridir. Kamulaştırılacak taşınmazların sahipleri ile ilk doğrudan temasa geçildiği an olan bu aşamada idare mal sahiplerine istemini içeren bir taahhütlü mektup gönderir. Bu mektubun içeriği 8. maddenin 4. Fıkrasında, “*İdare, kıymet takdir komisyonunca tespit edilen tahmini bedeli belirtmeksizin, kamulaştırılması kararlaştırılan taşınmaz mal, kaynak veya bunların üzerindeki irtifak haklarının bedelinin peşin veya bu Kanunun 3 üncü maddesinin ikinci fıkrasına göre yapıyor ise, bu fıkradaki usullere göre taksitle ödenmesi suretiyle ve pazarlıkla satın almak veya idareye ait bir başka taşınmaz malla trampa yoluyla devralmak istediğini resmi taahhütlü bir yazıyla malike bildirir*” şeklinde ifade edilmiştir. Görüldüğü gibi mektup da idare taşınmazı öncelikle satın alacağını veya trampa edeceğini bildirecektir. Bedelin ödenmesi ise prensip olarak peşin ya da Kamulaştırma Kanununun 3. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen *büyük enerji ve sulama projeleri ile iskân projelerinin gerçekleştirilmesi, yeni ormanların yetiştirilmesi, kıyıların korunması ve turizm amacıyla yapılacak kamulaştırmalarda* taksitle yapılabilecektir.

İdarenin taşınmazın maliklerini pazarlığa çağırması kamulaştırmanın zorunlu unsurlarından birisidir. Zira idarenin kamulaştırma bedelinin tespiti için mahkemeye gitmeden önce satın alma usulünü denemesi ve bunu tüketmesi gerekir. Satın alma usulünün uygulanabilmesi idareyle mal sahiplerinin bir şekilde temas edebilmesine bağlıdır. Kamulaştırma Kanununun 8. maddesinin 4. fıkrası idarenin bu isteğini resmi yazılı tebligatla malike ulaştırmasını düzenlemiştir. Söz konusu tebligatında neler içermesi gerektiği 4. fıkrada ayrıca tafsilatlı olarak düzenlenmiştir. Burada akla gelen bir soruda resmi tebligat yapılamayan mal sahiplerine ilan tebligat yapılıp yapılamayacağıdır. Bu

²⁰⁶ Nihat Akyol, Tahsin Yomraloğlu, Bayram Uzun, “**Türkiye’de ve Gelişmiş Bazı Ülkelerde Kamulaştırma Çalışmaları**”, İmar Planlarının Uygulanması Semineri, KTÜ, Jeodezi ve Fotogrametri Mühendisliği Bölümü, s.157-165

konuda Hukuk Genel Kurulunu ve Yargıtay 18. Hukuk Dairelerinin kararları arasında farklılık vardır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 2007 yılında bir dizi davadaki tüm kararlarında ortak olarak belirtmiş olduğu bir tespit, “... *Tebliğat Kanunu hükümlerine göre mal sahibine bizzat ya da onun adına kabule yetkili kimselere (tebliğat) yapılmasının aranması, bu araştırmalar sonucunda mirasçılarının adresleri tespit edilemediği takdirde ilan edilen tebliğat yapılarak ...*”²⁰⁷ demek suretiyle ilan edilen tebliğat yapılmasının zorunluluğuna işaret etmiştir. Ancak Yargıtay 18 Hukuk Dairesinin bunun tam tersi kararları mevcuttur. Bir kararında daire, “*Yasanın 7.maddesi çerçevesinde kamulaştırılan taşınmaz malikinin adresinin tapu, vergi ve nüfus kayıtları üzerinden araştırmasının yapıldığı, buna rağmen adresinin tespit edilemediği anlaşılmaktadır. Yasanın 8.maddesinde özellikle pazarlık için resmi taahhütlü yazı ile malikin çağrılması yeterli görülmüş olup, adresi bulunamayanlara ilan edilen çağrı yapılacağına dair anılan yasada bir hükme yer verilmemiştir*”²⁰⁸ demek suretiyle adresi bulunamayanlara ilan edilen tebliğat yapılmasını zorunlu görmemiştir.

Konu ile ilgili olarak öğretilerdeki yaklaşım ise şu şekildedir; öğretilerde ki bir kısım yazar pazarlığa çağrı varakalarının tebliğ edilememesi halinde de ilan edilen tebliğat yapılabileceğini savunmaktadır. Bu yazarların bir kısmı Hukuk Genel Kurulundaki düşünce doğrultusunda Kamulaştırma Kanununda hüküm bulunmaması halinde genel kanun olan Tebliğat Kanunu hükümlerine gidilmesini, burada düzenlenen ilan edilen tebliğat usulünün şartları gerçekleştiği takdirde pazarlığa çağrı belgelerinin de, ilan edilen tebliğ edilebileceklerini savunmaktadırlar.²⁰⁹ *Kanaatimizce*, resmi taahhütlü olarak mal sahiplerine tebliğat yapılamaması halinde, gazete yoluyla ilan edilen tebliğat yapılabilirdir. 2001 yılında yürürlükten kaldırılan Kamulaştırma Kanununun 13. maddesi, idarenin kamulaştırma işlem ve belgeleri ile ödeme dekontlarını noter vasıtası ile hak sahiplerine tebliğ edememesi halinde, ilan yoluyla tebliğat yapılabilmesine imkan

²⁰⁷ Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 17.10.2007 tarihli; 2007/5-713 E – 736 K. 2007/5-715 E – 738K. ; 2007/5-716 E – 2007/739 K. ; 2007/5-743 E – 2007/742 K. Sayılı ilamları, www.kanunum.com, (20.05.2012)

²⁰⁸ Yargıtay 18. Hukuk Dairesi, 21.12.2009 tarih, 2009/13048 E. , 2009/12192 K. www.kanunum.com, (20.05.2012)

²⁰⁹ Gürsel, a.g.e., s.186

sağlamaktaydı.²¹⁰24.04.2001 tarih ve 4650 sayılı Kamulaştırma Kanununda değişiklik yapan kanun ile, kamulaştırma sistemi sil baştan değiştirildiğinden, Kamulaştırma Kanununun 13. maddesi de işlevsiz hale gelmiştir. Kanun koyucu bu nedenle söz konusu maddeyi iptal etmiş ve yerine de yeni bir düzenleme yapma gereği duymamıştır. Ancak, kaldırılan 13. maddedeki gibi ayrıntılı bir düzenleme yapılmamış olması, bu konuda boşluk olduğu anlamına gelmez. Özel normda hüküm olmadığı hallerde genel norm uygulama alanı kazanacağından, tebligat yapılamayan hallerde kamulaştırma belgelerinin ilan en tebliği mümkün olmalıdır.

2.5.2. Pazarlık Sürecinin Hukuki Sonuçları

Kamulaştırma Kanununun 8. maddesinin 5.fıkrası pazarlığa çağrı varakasının malike ulaşmasıyla birlikte yapılacakları sıralamıştır, “... *Malik veya yetkili temsilcisi tarafından, bu yazının tebliğ tarihinden itibaren on beş gün içinde, kamulaştırmaya konu taşınmaz malı pazarlıkla ve anlaşarak satmak veya trampa isteği ile birlikte idareye başvurulması halinde; komisyonca tayin edilen tarihte pazarlık görüşmeleri yapılır ...*” Görüldüğü gibi, pazarlığa çağrı yazısını alan malik, 15 gün içerisinde idarenin oluşturmuş olduğu komisyona başvurarak anlaşma niyetini ortaya koyarak komisyonca tayin edilen günde pazarlık görüşmelerini yapmaya gelir.

a. Anlaşma Sağlanması Hali :Pazarlık görüşmeleri sırasında tespit edilen tahmini değeri geçmemek üzere bedelde veya trampada anlaşmaya varılması halinde, yapılan bu anlaşmaya ilişkin bir tutanak düzenlenir ve anlaşma konusu taşınmaz malın tüm hukuki ve fiili vasıfları ile kamulaştırma bedelini içeren tutanak malik veya yetkili temsilcisi ve komisyon üyeleri tarafından imzalanır.²¹¹

İdarece, anlaşma tutanağının tanzim tarihinden itibaren en geç kırk beş gün içinde, tutanakta belirtilen bedel ödenmeye hazır hale getirilerek, bu durum malike veya yetkili

²¹⁰ Ejder Yılmaz, “Kamulaştırma Kanunundaki Tebligat Hükümleri ve Tebligat Kanununun Genel Niteliği”, **AÜHF Dergisi**, 39(1), 1983, s.88-102, http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-1982-1987-39-01-04/AUHF-1982-1987-39-01-04_Yilmaz.pdf, <http://www.gislab.ktu.edu.tr/yayin/PDF/92NAM01.pdf>, (20.05.2012)

²¹¹ Kamulaştırma Kanunu, Madde 8/5. fıkra

temsilcisine yazıyla bildirilerek tapuda belirtilen günde idare adına tapuda ferağ vermesi istenilir. Malik veya yetkili temsilcisi tarafından idare adına tapuda ferağ verilmesi halinde, kamulaştırma bedeli kendilerine ödenir.²¹²

Bu madde uyarınca satın alınan veya trampa edilen taşınmaz mal, kaynak veya irtifak hakkı, sahibinden kamulaştırma yolu ile alınmış sayılır ve bu şekilde yapılan kamulaştırmaya veya bedeline karşı itiraz davaları açılmaz.²¹³

Bu bölümde belirtilmesi gereken bir nokta da, anlaşma sağlanmasına rağmen idarenin süresi içerisinde bedeli ödemeye hazır hale getirmemesi veya maliklerin tapuda ferağ vermemesidir. Bu durumda nasıl hareket edilecektir. Bizce kanununun lafzı açıktır. 8. maddenin son fıkrasında “*anlaşma olmaması veya ferağ verilmemesi halinde*” demek suretiyle iki ihtimalin de sonuçlarını aynı kılmıştır. Nitekim Yargıtay Dairelerinin bu durumdaki uygulaması da, önceki anlaşmaya değer vermeyerek²¹⁴, Kamulaştırma Kanununun 10. maddesine göre bedel tespitini yapmak şeklindedir.²¹⁵

b. Anlaşma Sağlanamaması Hali: Kamulaştırma Kanununun 8. maddesinin son fıkrası bu durumu şöyle ifade etmektedir. “... Anlaşma olmaması veya ferağ verilmemesi halinde bu Kanununun 10 uncu maddesine göre işlem yapılır.”

Madde metninde anlaşamama hali düzenlenmişse de malikin pazarlığa çağrıya karşılık verip idareye başvurmaması veya kararlaştırılan yer ve günde uzlaşma görüşmelerine gelmemesi halinde de artık Kamulaştırma Kanununun 10. Maddesi hükümlerine göre Asliye Hukuk Mahkemesinde kamulaştırma bedelinin tespiti için dava açılacaktır.

²¹² Kamulaştırma Kanunu, Madde 8/6. fıkra

²¹³ Kamulaştırma Kanunu, Madde 8/7. fıkra

²¹⁴ Karagöl, a.g.e., s.53

²¹⁵ Yargıtay 18. Hukuk, 29.03.2004 tarih, 2004/1686 E, 2004/2447 K. “Somut olayda anılan yasanın 8.maddesi uyarınca taraflar bedelde anlaşmış olmalarına karşın taşınmaz mal sahibinin ferağ vermeye yanaşmaması üzerine bu dava açılmıştır. Böyle bir durumda, daha açık bir anlatımla bedelde anlaşma sağlanmasına karşın taşınmaz malın ferağın verilmemesi halinde bu yasanın 10.maddesine göre işlem yapılacağı öngörülmüş olmakla tarafların dava öncesinde anlaştıkları bedelin bir hükmü bulunmadığı” Palmiye İçtihat Programı

2.6. Kamulaştırmaların Hukuk Mahkemelerindeki Süreci

2.6.1. Kamulaştırılacak Taşınmazın Değerinin Tespiti

Yapılan görüşmeler sonunda mülk sahibi ile idare arasında anlaşma sağlanamadığı veya mülk sahibi belirlenen süre içinde başvurmadığı takdirde idare, 7. maddeye göre topladığı bilgi ve belgeleri, 8. maddeye göre tutulan değer tespiti tutanakları ve diğer belgeleri dilekçeye ekleyerek Asliye Hukuk Mahkemesine başvurur. Bu dilekçede taşınmazın kamulaştırma bedelinin tespiti ile bu bedelin peşin olarak ödenmesi karşılığında idare adına tesciline karar verilmesini talep eder. Mahkeme dilekçenin verildiği günden itibaren en geç 30 gün sonrası için tespit edeceği duruşmaya tarafları davet eder. Davalıya çıkarılacak tebligata tebligat zarfı üzerine kamulaştırma ihtarı yazılır ayrıca dava dilekçesine ekli evrakların bir nüshası da eklenir. İdarece yapılacak araştırmalar sonunda adresi tespit edilemeyenlere Tebligat Kanununun 28. maddesine göre ilanen tebligat yapılır. Tebligatın ekli formda yazılı bilgileri ihtiva etmesi zorunludur. Kamulaştırılacak taşınmazın bulunduğu yerde gazete çıkıyorsa bu gazetelerden birinde ve Türkiye genelinde yayınlanan bir gazetede kamulaştırmanın ve belgelerin özeti bir kere yayımlanır.²¹⁶

Mahkemece kamulaştırılacak arazinin tapu kaydı, emsal tapu kayıtları, taşınmazın kadastro parseli olup olmadığı ilgili tapu ve kadastro müdürlüklerinden getirtilir. Ayrıca arazinin cinsi, niteliği, imar durumu ve belediye hizmetlerinden yararlanıp yararlanmadığı emlak vergisinin kim tarafından ödendiği ilgili belediyeden sorulur.

Hakim, duruşmada tarafları anlaşmaya davet eder. Taraflar, anlaşmaya varırlarsa bu anlaşma duruşma tutanaklarına teferruatlı şekilde geçirilir, tarafların imzaları alınır. Tarafların hakim huzurunda anlaşarak belirledikleri bedel "kamulaştırma bedelidir."²¹⁷

Taraflar duruşmada anlaşamazlarsa; hakim en geç 10 gün içinde keşif, 30 gün içinde de duruşma yapar. Listelerden seçilen bilirkişiler mahallin muhtarı huzuru ile keşif

²¹⁶ Kamulaştırma Kanunu, Madde 10/4

²¹⁷ Kamulaştırma Kanunu, Madde 10/5

yapılır.²¹⁸ Bilirkişi heyeti üçü odalar listesinden, ikisi de İdare Kurulu listesinden olmak üzere 5 kişiden oluşur.²¹⁹ Bilirkişi heyeti 11. maddedeki esaslara göre taşınmazın değerini belirler ve raporunu en geç 15 gün içinde mahkemeye verir. Dosyaya sunulan bilirkişi raporu mahkemece derhal taraflara tebliğe çıkarılır. Duruşmaya taraf vekilleri ile bilirkişiler de çağrılır. Duruşmada taraf itirazları dinlenir. Bu itirazlara karşı bilirkişilerin görüşü alınır.²²⁰

Tarafların bedelde anlaşamamaları halinde; hakim gerekirse 15 gün içinde sonuçlandırılmak üzere yeni bir bilirkişi heyeti teşkil eder.²²¹ Hakim, bilirkişi raporları ile beyanlardan yararlanarak adil ve hakkaniyete uygun bir bedel tespit eder. Bedelin tebligatta belirtilen bankaya yatırılması için hakimlikçe idareye 15 günlük mühlet verilir. Gereken hallerde hakim süreyi bir kereye mahsus olmak üzere bir defa daha uzatabilir. Makbuzun ibrazı üzerine mahkemece bedelin hak sahibine ödenmesine ve taşınmazın idare adına tesciline (tescile tabi değilse terkinine) karar verilir. Mahkeme tarafından verilen tescil kararı kesin olup bedele karşı temyiz yolu açıktır.²²² Hak sahibinin kim olduğu tespit edilemeyen ya da mülkiyet hakkı konusunda niza olan dava dosyalarında kamulaştırma bedeli üçer aylık vadeli hesaplara yatırılır.²²³

2.6.2. Kamulaştırma Bedelinin Tespit Esasları

2942 sayılı Kamulaştırma Kanun 11. maddesi kamulaştırmaya konu taşınmazın değerinin hangi kriterlere göre tespit edileceğini düzenlemiştir. Burada daha baştan belirtmemiz gereken bir husus da, dava öncesinde taşınmaz sahipleri ile yapılan pazarlıktaki teklifler ve kabul edilen bedellerin hiçbir surette mahkemeyi

²¹⁸ Kamulaştırma Kanunu, Madde 10/6

²¹⁹ Kamulaştırma Kanunu, Madde 15/4

²²⁰ Kamulaştırma Kanunu, Madde 10/7

²²¹ Yargıtay 18. HD 08.05.1997 1997/3290 E. 4496 K. “... tespit dosyasında ki bedelle ilk keşif sonucu ortaya çıkan bedel arasında bir kattan fazla fark olması halinde ikinci keşif zorunludur.” Palmiye İçtihat Programı

²²² Kamulaştırma Kanunu, Madde 10/8

²²³ Kamulaştırma Kanunu, Madde 10/10

bağlamayacaktır.²²⁴ Mahkeme daha önceki aşamalarda teklif edilen veya kabul edilen bedellerle ilgili olmadan 11. maddede belirtilen esaslar çerçevesinde kamulaştırma bedelini tespit edecektir. Maddenin ilk paragrafında, “15. madde uyarınca oluşturulacak bilirkişi kurulu, kamulaştırılacak taşınmaz mal veya kaynağın bulunduğu yere mahkeme heyeti ile birlikte giderek, hazır bulunan ilgilileri de dinledikten sonra” kıymet takdir işlemine başlar. Madde metninde geçen ilgililer deyimini uygulamada taşınmaz sahipleri, muhtar veya köy ihtiyar heyeti azaları olarak anlaşılmaktadır. Söz konusu şahıslara bölgedeki taşınmazların alım satım fiyatları sorulur ve alınan cevaplar tutanağa geçirilir. Dava dosyasında kıymet taktiri için aşağıdaki bilgiler kesinlikle olmalı veya fiilen tespit edilmelidir.

2.6.2.1. Taşınmazın Fiziki Özellikleri

Taşınmazın cinsi, nevi ve yüzölçümü bu kapsamdadır. Mahkeme keşif esnasında öncelikle dava dosyasına celp edilen taşınmaz bilgileri ile taşınmazın fiili halini karşılaştırır, bundan dolayı bilirkişilere taşınmazın cinsi ve nevi’ni (örneğin; fındıklık, çay bahçesi, kavaklık vs.)²²⁵ ayrıca yüzölçümünü tespit ettirir. Ancak maddede geçen “yüzölçümü” tabirinin yanlışlığına sebep olmaması gerekir. Çünkü mahkemenin öncelikli olarak tapu kayıtlarını esas alması gerekir. Taşınmazın fiili yüzölçümü ile tapu kayıtları arasında çelişki olduğunda *tapu kayıtlarındaki yüzölçümü esas alınır.*²²⁶

²²⁴ Yargıtay 18. Hukuk Dairesi, 15.04.2008 tarih, E.2008/1903, K.2008/4507 s “uzlaşma komisyonu ile taşınmaz sahibi arasında yapılacak pazarlıkta teklif ve kabul edilen fiyatlar, kamulaştırma bedelinin tespitine dönük davada taraflar yönünden bağlayıcı olmadığı gibi, mahkemeye taşınmazın değerinin belirlenmesinde gözetilecek bir ölçüt de değildir.” Palmiye İçtihat Programı

²²⁵ Yargıtay 18. Hukuk Dairesi, 29.05.2006 tarih, E.2006/1753, K. 2006/4456 sayılı kararı “Üzerinde irtifak hakkı kurulması nedeniyle taşınmazda oluşacak değer düşüklüğü oranının saptanmasında, malın cinsi, kullanım biçimi ile irtifak hakkının niteliği, kapladığı alan, yeri ve yönü göz önünde bulundurulmalıdır”, Palmiye İçtihat Programı

²²⁶ Yargıtay 5. Hukuk Dairesi, 21.07.2010 tarih, 2011/2469 K. – 2011/11740 K. “ 2-Dava konusu taşınmaz tapu kaydında 1285 m2 yüzölçümlüdür. Değer düşüklüğü hesabının ve tescil kararının tapu kaydındaki yüzölçümü üzerinden yapılması gerekirken, tapudaki miktardan fazla olan 2086,23 m2 üzerinden tescil kararı verilmesi (...) doğru görülmemiştir.” (Akçaabat 2. Asliye Hukuk Mahkemesinin 2011/577 E. sayılı dava dosyasından doğrudan temin edilmiştir.)

2.6.2.2. Taşınmazın Değerini Etkileyecek Her Türlü Nitelik ve Unsur

Taşınmazın kıymetini etkileyebilecek tüm nitelikleri ve unsurları ve her unsurun ayrı ayrı değeri raporda belirtilir. Burada taşınmazın değerini etkileyebilecek unsurları şöyle sıralayabiliriz; taşınmazın kent merkezine, ticaret ve yerleşim alanları ile yollara olan mesafesi, imar planı içinde bulunması veya bulunmaması, sahip olduğu inşaat izni değerini etkileyici nitelik ve özelliklerindedir.²²⁷

2.6.2.3. Taşınmazın “Aynı”nın Vergi Beyan Değeri

Taşınmazın varsa *vergi beyan değeri* de dikkate alınır. Burada vergi beyan değerinin kamu idaresi tarafından tespiti ile taşınmaz sahibi tarafından belirtilmesi arasında bir fark yoktur. Ancak vergi beyan değeri taşınmazın kıymetinde dikkate alınan diğer tüm unsurlarla birlikte değerlendirilir.²²⁸ Vergi beyanı taşınmazların birbirlerine emsal olmasında da önemli bir ölçüttür. Taşınmazların vergi beyanlarının birbirlerine emsal olmasından kastımız taşınmazların birbirleri ile karşılaştırılmasında vergi değerlerine ters düşecek bir değerlendirmenin yapılamayacağıdır. Örneğin kamulaştırmaya konu taşınmazın vergi değeri 10 TL, emsal alınan taşınmazın vergi değeri 15 TL olduğu bir durumda kamulaştırmaya konu taşınmazın kamulaştırma bedeli emsal alınan taşınmazın değerinden daha az olması gerektiği düşünülerek buna göre rapor oluşturulmalıdır.²²⁹

2.6.2.4. Resmi Makamların Taşınmazın Değeri İle İlgili Yaptıkları Tespitler

Bilirkişi heyetinin kamulaştırma *tarihindeki resmi makamlarca yapılmış kıymet takdirlerini* de göz önünde bulundurması gerekir.²³⁰ Resmi makamlarca yapılan tespitlere

²²⁷ Servet Kitiş - Ali Arcak , **Kamulaştırma Davaları ve Devletleştirme**, Cilt 1, Ankara: Seçkin Yayınevi 1992, s. 361-362

²²⁸ Hayta, a.g.e, s. 71

²²⁹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 21.01.2009 tarih, 2008/18-792 E. – 2009/7 K. “ ... *dava konusu taşınmazın somut emsale oranla daha az değerinde olduğunun kabulü ile kamulaştırma bedelinin buna göre tespitine dair verilen direnme kararı usul ve yasaya uygundur*”, Palmiye İçtihat Programı.

²³⁰ Yargıtay 18. Hukuk Dairesi 14.02.2005 tarih, E. 2005/783, K. 2005/682, “ ... *dava konusu taşınmazın ve emsal alınan taşınmazın değerlendirme tarihindeki beyan edilen vergi beyanları ile bu taşınmazların bağlı oldukları cadde veya sokak için belediyelerce emlak vergisine esas olmak üzere belirlenen m2*

örnek olarak Emlak Vergisi Kanununda bulunan taşınmazların matrah değerleri ile ilgili düzenleme gösterilebilir. Bunun dışında idarenin kıymet taktir komisyonlarının taktir ettiği bedelde değerlendirmeye alınır. Ancak resmi makamların taktir ettiği bedeller tek başına değerlendirme konusu olamaz.

2.6.2.5. Arazilerde Değer Tespit Esas ve Unsurları

Arazi vasfına sahip taşınmazlarda kıymet takdiri arsa vasfına haiz taşınmazlardan farklılık arz etmektedir. Araziler kırsal alanlarda bulunan yerler olduğundan buralarda arsalarda olduğu gibi emsal bulabilme imkansızdır. Kamulaştırma Kanununun 11. maddesi bu sorunu çözmek amacıyla “*Arazilerde, taşınmaz mal veya kaynağın kamulaştırma tarihindeki mevkii ve şartlarına göre ve olduğu gibi kullanılması halinde getireceği net gelir*” hesaplanır demek suretiyle uygulamaya kolaylık getirmiştir. Söz konusu düzenleme aslında bir değer hesaplama sistemi öngörmektedir. Bu sistemin özelliklerini şöyle sıralayabiliriz.

a- Kamulaştırmada bedeli Kamulaştırma Kanununun 15. maddesinin son fıkrasına göre, “*Bilirkişilerce yapılan değer tespitinde, idarece belgelerin mahkemeye verildiği gün esas tutulur*” demek suretiyle kural olarak bir tarih öngörmüştür.²³¹ 2942 sayılı kanunda 2001 yılında yapılan değişiklikten sonra bu tarih “*kamulaştırma bedelini tespiti ve idare adına tescili*”ni konu alan davanın açıldığı tarihtir.²³² Söz konusu düzenleme öğretide çok eleştirilmiştir. Özellikle Anayasa Mahkemesinin Kamulaştırma Kanununun 15. maddesinin son fıkrasının iptali için açılan davayı ret etmesi²³³ öğretide bir kısım yazar tarafından doğru bulunmamıştır. Söz konusu görüş sahipleri Türkiye’de ki mahkemelerin iş yükü nedeniyle davaların sonuçlanmasının çok uzun bir süreç aldığı; ülkedeki enflasyonist dönemlerde paranın değerinde aşırı düşüşler olduğunu bu nedenle davanın açıldığı tarihe göre yapılacak bir değerlendirmenin hak kaybına sebep olacağını belirtmektedirler.²³⁴

fiyatları ilgili belediyeden getirilerek bu değerlere göre verilen m2 fiyatının mukayese edilmesi gerekir.” Palmiye İctihat Programı.

²³¹ Gürsel, a.g.e., s.232

²³² Karagöl, a.g.e., s.92

²³³ A.Y.M. 09.04.2003 tarih, 2002/79 E. 2003/29 K. , Resmi Gazete, 25327, 25.12.2003

²³⁴ Çınar, a.g.e., s.587

Yargıtay da davanın açıldığı tarihle sonuçlandığı tarih arasında faiz istenmesini kabul etmemektedir.²³⁵ Bu konuda belirtilmesi gereken başka bir husus da bilirkişilerin kullanacakları verilerin de dava tarihi itibarıyla seçilmesi gerekliliğidir. Özellikle tarım il müdürlüklerinden veya ilgili kurumlardan getirilen veri cetvellerinin kullanılmasında bir önceki yılın verilerinin alınması uygulamada çok karşılaşılan bir yanıştır.²³⁶ Ayrıca taşınmazların arazi mi yoksa arsa mı oldukları da dava tarihi itibarıyla araştırılmalıdır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında, “*dava konusu taşınmazın -değerlendirme tarihi (belgelerin mahkemeye verildiği gün) itibarıyla- belediye ve mücavir alan sınırları dışında olduğu (...) dava konusu taşınmazın tarım arazisi olduğuna ilişkin yerel mahkemenin direnmesinin yerinde olduğunun kabulü ile*” demek suretiyle dava tarihinden sonra belediye ve mücavir alan sınırları içerisine alınan taşınmazın dava tarihi itibarıyla bu sınırlar içerisinde olmaması sebebiyle arazi olarak kabul edilmesi gerektiğine karar vermiştir. *Kanaatimizce* Yargıtay’ın bu bakış açısı doğrudur. Çünkü, Kamulaştırma Kanununun 15. maddesinin son fıkrası çok açık bir düzenleme getirdiği gibi yerel yönetimlerin popülist bir yaklaşımla kamulaştırma bedelinin yüksek takdir edilmesi için arazi vasfına sahip taşınmazları belediye sınırları içerisine almaları çok görülen bir uygulamadır.

b- Taşınmazın kıymeti dava tarihindeki konum ve şartlarına göre belirlenecektir. Taşınmazın taban arazide veya yamaçta oluşu, yola yakın veya uzak oluşu, arazinin geometrik durumu ve büyüklüğü, yapılaşma müsaadesi, üzerinde yetişen bitkiler, eğimi, münavebe durumu, suya olan mesafesi, kuru veya sulu tarım yapılıp yapılmadığı gibi özellikleri bu kapsamdadır.²³⁷

c- Arazi dava tarihi itibarıyla nasıl kullanılıyorsa değer tespiti ona göre yapılacaktır. Kamulaştırma Kanununun 11. maddesinde geçen “*olduğu gibi kullanılması*” ifadesi taşınmazın dava tarihinden öncesinde veya sonrasında ki herhangi bir anda aldığı vaziyetin hiçbir önemi yoktur. Kamulaştırma anında (ki biz dava tarihini kamulaştırma anı

²³⁵ Yargıtay 5. Hukuk Dairesi 28.06.2004 tarih, 2004/5328 E. , 2004/7421 K. (Karagöl, a.g.e., s.93, yazar Yıldırım/Başsorgun, a.g.e, s.188’e atıf yapmaktadır.)

²³⁶ Yargıtay 18. Hukuk Dairesi, 21.09.2006 tarih, 2006/2620 E. , 2006/6603 K. “*2005 yılı üretim maliyetleri henüz oluşmadığından 2004 yılı birim fiyatlarına göre hesaplama yapılmıştır (...)2005 yılı resmi verilerine göre ek rapor alınması gerektiği düşünülmüden*” . www.kanunum.com (20.05.2012)

²³⁷ Çınar, a.g.e., s.239

olarak kabul ediyoruz) arazi üzerinde yetişen mutata ürünler dikkate alınırken²³⁸ yetişebilecek başka ürünler değer tespitinde dikkate alınmayacaktır. Örneğin, fındık tarımı yapılan bir arazi aynı zamanda çay tarımı yapılmaya da uygun olsa bu taşınmazın değeri fındık bitkisine göre belirlenecektir, yine dava tarihi itibarıyla kuru tarım yapılan bir yerin sonrasında sulu tarıma geçmesi de ya da su gelme ihtimalinin belirmesi de değer tespitinde dikkate alınmayacaktır.²³⁹ Yargıtay kararları incelendiğinde bu konuda verilen bir çok örneğin olduğu; taşınmazın dava tarihinden sonra nazım imar planı içerisine alınması, taşınmazın yakınından sonradan yol geçirilmesi, taşınmazın bulunduğu alanın sonradan turizme açılması, taşınmazın bulunduğu mahallin kültürel ve sosyal faaliyetler açısından ileride gelişim kapasitesinin olması²⁴⁰ gibi örneklerde arazinin değerinde bir değişim olmayacaktır.

2.6.2.5.1. Arazilerde Değer Tespiti

Yukarıda da belirttiğimiz üzere arazi vasfına sahip taşınmazlarda emsal bulabilme sıkıntısı bu tür taşınmazların üzerinde yetişen bitkilerin esas alınarak değerinin tespit edilebileceği düşüncesine yol açmıştır. Bu yaklaşıma göre arazinin değeri üzerinde yetişen tarım bitkilerinin net geliri ile bağlantılıdır. Söz konusu tarım bitkilerinin net gelirinin hesaplanmasında uygulamada zirai gelir metodu olarak adlandırılan bu usul takip edilmekte, ürün net gelirinin bu yöntemle hesaplanması bir çok faktörün işin içerisine alınmasına ve değerlendirmelerde göz önünde bulundurulmasına yol açmaktadır. Ürün net gelirinin hesaplanmasında göz önünde bulundurmanız gereken bu faktörleri aşağıda açıklamaya çalıştık.

2.6.2.5.1.1. Sulu ve Kuru Tarım Arazisi Ayrımı

Bu ayrımının yapılmasının sebebi arazideki verimin sulu tarım yapılması halinde kuru tarıma göre daha fazla olacağını varsayılmasından kaynaklanmaktadır. Arazinin

²³⁸ Böke, Kamulaştırma Bedelinin Tespiti Davaları, a.g.e., s.75

²³⁹ Çınar, a.g.e., s.239

²⁴⁰ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 16.12.1992 tarih, 1992/18-715 E. 1992/740 K. “ İleride gelişebilecek kültürel ve sosyal faaliyetlerin tarım arazisinin değerine bir katkısı düşünülemez.”. www.kanunum.com (20.05.2012)

yeterli derecede sulanması sulu arazi olarak kabulü için yeterlidir, bu sulamanın türü kural itibariyle önemli değildir.²⁴¹ Örneğin; arazi kendi içerisinde veya yakınındaki araziden çıkan bir kaynaktan sulanabileceği gibi artezyen kuyusundan da sulanabilir. Değer tespitinde sulu arazi olarak nitelenen arazinin hangi kaynaktan ne suretle ve derece de sulandığının net olarak tespit edilmesi gerekir. Yargıtay 18. Hukuk Dairesi bir kararında, “yapılan keşiflerde taşınmazın ne şekilde sulandığına ilişkin özel bir tespit yapılmadığından, sulamanın kaynağının ve bu kaynağın taşınmaza olan uzaklığı, taşınmazın tamamında ve her mevsim için sürekli ve düzenli bir sulama için yeterli olup olmadığı hususu keşifle bilirkişiler tarafından ayrıntılı olarak araştırma yapılarak belirlenmeden ve sulama giderlerinin miktarı da açıkça belirtilmeden”²⁴² arazinin sulu kabul edilmesini bozma sebebi olarak görmüştür. Yukarıda belirttiğimiz gibi arazinin bir kaynaktan sulanıyor olması kural olarak sulu arazi sayılması için yeterlidir. Ancak her şekilde sulanma bu değerlendirmenin içine girmez. Yargıtay uygulamalarına bakıldığında şehir şebekesinden sulama yapılması taşınmaza sulu tarım arazisi vasfı kazandırmamaktadır.²⁴³ Yine Yargıtay uygulamalarına göre tankerle sulanan arazide sulu tarım arazisi olarak kabul edilmemektedir. Yargıtay 5. Hukuk Dairesi bir kararında, “Tankerle sulama biçiminde bir sulu tarım türü mevcut değildir”²⁴⁴ diyerek bu hususu teyit ettiği gibi yine aynı kararında “motopomla sulama yapılıyorsa, bunun giderleri üzerinde durularak bilirkişi raporu alınması gerekir” diyerek sulama için yapılan masrafların da gider olarak göz önünde bulundurulması gerektiğini ayrıca belirtmiştir.²⁴⁵

Bu kısım ile ilgili olarak belirtmemiz gereken bir başka husus da yasal olarak sulu arazi olarak kabul edilen arazilerdir. 3083 sayılı Sulama Alanlarında Arazi Düzenlenmesine Dair Tarım Reformu Kanununu 5. maddesinin 1. fıkrası “Uygulama alanlarında, bu Kanunun amacını gerçekleştirmek için ilgili kuruluşça bağ, bahçe ve ağaçlık arazi ve örnek işletmeler hariç, gerçek kişilerle özel hukuk tüzelkişilerine ait tarım topraklarından o

²⁴¹ Karagöl, a.g.e., s.119-120; Hayta, a.g.e., s.78

²⁴² Yargıtay 18. Hukuk Dairesi, 24.10.2005 tarih, 2005/6301E. 2005/9387 K. www.kanunum.com (20.05.2012)

²⁴³ Karagöl, a.g.e., s. 120 (33 numaralı dipnot) ; Yargıtay 18. Hukuk Dairesi, 10.05.2004 tarih, 2004/2696 E. 2004/3788 K 5494 www.kanunum.com (20.05.2012)

²⁴⁴ Yargıtay 5. Hukuk Dairesi, 04.10.1993 tarih, 1993/11433 E, 1993/17134 K www.kanunum.com (20.05.2012)

²⁴⁵ Çınar, a.g.e., s.247 “Motopomla sulanan arazi sulu arazi olarak kabul edilir, bu takdirde motopomp çalıştırılması için harcanan elektrik vs. giderlerin dikkate alınması gerekir.”

bölge için tespit edilen dağıtım normunun on katını aşan kısmı ile varsa üzerindeki tarımsal yapı ve tesisler kamulaştırılabilir. Bu suretle yapılacak kamulaştırmalarda Devletçe sulanan arazi sulu arazi sayılır” demek suretiyle bu kanun kapsamında devlet tarafından sulaması yapılan kuru arazilerde kamulaştırma tarihi itibariyle kuru tarım yapıyor olsa bile sulu tarım arazisi olarak kabul edilecektir.²⁴⁶

Sulu tarım arazileri ile kuru tarım arazilerinin karşılaştırılmalarında, 3402 sayılı Kadastro Kanununun 14. maddesinde var olan bir düzenlemeden de yararlanmaktadır. Söz konusu madde zilyetlikle mülkiyet kazanımında sulu arazilerde 40 dönüm, kuru arazilerde ise 100 dönümlük bir arazi kesitinin mülkiyetinin kazanılabileceğini belirtmektedir. Düzenleme kuru ve sulu tarım yapılan araziler arasında % 250 oranında bir değer farkının olabileceğini öngörmüştür.²⁴⁷ Bu değer dengesinin bir başka görünüm şeklide sulu tarım yapılan bir yerde ki 40 dönümlük bir arazinin kuru tarım yapılan bir yerdeki 100 dönümlük bir araziye eşit olacağını kabul edilmesidir. Yargıtay da sulu tarım yapılan araziler ile kuru tarım yapılan araziler arasında ki değer dengesinde bu hususa dikkat etmektedir.²⁴⁸ Sulu ve kuru tarım da arazilerin sulanma imkanları değişik oranlarda olabilmektedir. Bu konu bilirkişi incelemesinde detaylandırılması gereken bir husustur.

Sulu ve kuru tarım noktasında belirtmemiz gereken bir başka husus da devletin sulama kanalları ve ya baraj yapması ile birlikte bir kısım özel mülkiyete tabi yerleri kamulaştırması çevredeki arazilere değer kazandırmaktadır. Özellikle kısmi kamulaştırmalarda arta kalan kısmın değeri artmaktadır. Çünkü kuru tarım yapılan arazide artık sulu tarım yapılabilecektir.²⁴⁹ Kamulaştırma Kanununun 12. maddesinin “c” fıkrası kalan kısımdaki değer artışının kamulaştırma bedelinden indirilmesi gerektiğini

²⁴⁶ Hayta, a.g.e., s.78; Karagöl, a.g.e., s.120

²⁴⁷ Zeki Akar, **Kamulaştırma ve Kamulaştırmaz El Atma Davaları**, Cilt 1-2 , Ankara : Turhan Kitapevi, 2007, s.588; Çınar, a.g.e., s.246; Böke, Kamulaştırma Bedelinin Tespiti Davaları, a.g.e., s.399; Hayta, a.g.e., s.78

²⁴⁸ Yargıtay 5. Hukuk Dairesi, 14.05.1998 tarih, E. 1998/5520, K.1998/7531 “ 3402 sayılı Kadastro Kanununun 14. maddesinde sulanabilir arazi ile sulanmayan arazi arasındaki değer farkı % 250 olarak kabul edilmiştir” , www.kanunum.com (20.05.2012)

²⁴⁹ Yargıtay 5. Hukuk Dairesi, 15.11.2005 tarih, E. 2005/9038, K.2005/12156 Turhan Kitapevi

belirtmektedir.²⁵⁰ Ancak bu noktada yine aynı maddede bir sınırlama getirilerek değer artışının kamulaştırılan bölümün değerinin % 50'den fazla olamayacağı belirtilmiştir.²⁵¹

2.6.2.5.1.2. Kapitalizasyon Faiz Oranının Belirlenmesi

Arazilerin değerinin tespitinde hesaplanacak net gelir kapitalizasyon faiz oranına bölünerek arazinin bir metrekaresinin değeri bulunacaktır. Buna göre; Arazinin değeri = Safi Gelir/Faiz Oranıdır.

Kapitalizasyon faiz oranı araziye yatırılan sermayenin bir yılda getireceği faiz oranıdır. Tarım ekonomisi biliminde tarımsal işlerde toprak kapitalin ortalama yüzde 5 oranında gelir getireceği kabul edilmektedir. Ancak bu oran kesin bir oran değildir.²⁵² Elde edilecek net gelirin bölüdüğü bir veri olarak kapitalizasyon faiz oranı Türkiye'nin her bölgesinde farklılık arz etmektedir. Türkiye genelinde kapitalizasyon faiz oranının % 3 ile % 15 arasında olduğu kabul edilmektedir. Bu oran bölgelerin coğrafi büyüklükleri, koşulları ve nüfus yoğunluklarına göre farklılık arz etmektedir. Örneğin; toprağın kıt nüfusun ise yoğun olduğu Doğu Karadeniz Bölgesi kıyı şeridinde kapitalizasyon faiz oranı % 3 ile % 4 arasında değişmektedir.²⁵³ Arazinin değeri ile ilgili formüle bakıldığında bölen pozisyonunda olan kapitalizasyon faiz oranı ne kadar düşük olursa taşınmazın değeri de o kadar artmış olacaktır.

2.6.2.5.1.3. Arazinin Münavebe Durumu

Münavebe aynı arazi parçası üzerinde belirli ürünlerin, belirli bir sıra çerçevesinde arka arkaya yetiştirilmesidir. Münavebe uygulaması arazi üzerinde halihazırda yetişen ürün dahil olmak üzere yetiştirilme uygulaması olan bitkilerin değerlendirmeye alınmasını ifade eder. Münavebe uygulamasında değerlendirmeye alınan ürünlerin o çevre de en çok

²⁵⁰ Akar, a.g.e., s. 587

²⁵¹ Kamulaştırma Kanunu, Madde 12/2 ; Böke, Kamulaştırma Bedelinin Tespiti Davaları, a.g.e., s.398

²⁵² Çınar, a.g.e., s. 240

²⁵³ Çınar, a.g.e., s. 240-241; Akar, a.g.e., s. 643-646

yetiştirilen ürünler arasından seçilmesine dikkat edilir.²⁵⁴ Yargıtay uygulaması da *birden çok ürün yetiştirilebilen yörelerde gerçek değere ulaşılabilmesi için tek ürünle yetinilmeyerek çevrede ekilmesi mutat olan ürünlerin dikkate alınması* yönündedir.²⁵⁵

2.6.2.5.1.4. Ürünlerin Verimlerinin, Giderlerinin ve Satış Fiyatlarının Belirlenmesi

Net gelir hesabının yapılması için değerlendirmeye alınan ürünlerin verimlerinin, maliyet giderlerinin ve satış fiyatlarının belirlenmesi gerekir. Yargıtay taşınmazın yıllık net gelir hesabında *üretim ve işletme giderleri ile ürün taban piyasa (pazar) fiyatları için Tarım İlçe Müdürlüğü, T.M.O, Ziraat Odası ve pazar verilerinden ve ilgili kurum ve kuruluşlardan karşılaştırmalı olarak faydalanılmasını, münavebe ürünlerin dekara verim miktarlarının da taşınmazların tarımsal özelliğine uygun olarak belirlenmesini* kararlarında aramaktadır.²⁵⁶

2.6.2.5.1.5. Kapama Bağ, Bahçe ve Ağaç Usulü

Kapama bağ, bahçe ve ağaçlıklar arazi üzerinde bütün olarak tek türden tesis edilmiş bağ, bahçe ve ağaçlıkları ifade eder. Arazi üzerinde belirttiğimiz tanıma göre bahçe tarımı yapılması halinde²⁵⁷ net gelir hesabında *kapama bahçe*’ usulünden yararlanılmaktadır. Bu usulde bahçenin üzerinde yetişen bitkilerin tek tek değerleri değil bahçeden elde edilecek ürünün gelir ve giderleri hesaplanarak değerlemeye tabi tutulmaktadır.²⁵⁸ Yargıtay uygulamasına bakıldığında kapama bahçe usulü tek cins meyve

²⁵⁴ Böke, Kamulaştırma Bedelinin Tespiti Davaları, a.g.e., s.340

²⁵⁵ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 14.12.2005 tarih, 2005/18-689 E, 2005/724 K., www.kanunum.com, (20.05.2012)

²⁵⁶ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 10.02.2010 tarih, 2010/5-34 E, 2005/63K. www.kanunum.com, (20.05.2012)

²⁵⁷ Yargıtay 18. Hukuk Dairesi, 30.5.2005 tarih, E. 2005/3448, K. 2005/5588 karar sayılı ilamı “*Tamamına kapama niteliği verecek yaş ve sayıda kayısı ağaçlarının bulunup bulunmadığı açıkça belirtilmeden*”(Palmiye İctihat Programı)

²⁵⁸ Böke, Kamulaştırma Bedelinin Tespiti Davaları, a.g.e., s.378

ağaçlarının dikilmiş olmasına bağlı değildir²⁵⁹, Yargıtay'ın karışık türde ki meyve ağaçlarından oluşan bahçeleri de karışık kapama meyve bahçesi olarak nitelendirdiği görülmektedir.²⁶⁰ Bu durumda arazi üzerindeki *değişik yaş ve cinsteki ağaçların cins ve yaşları itibarıyla dekar başına ortalama verimi ve üretim giderleri ile kilogram başına toptan satış fiyatları* belirlenerek daha sonra bu veriler üzerinden *taşınmazın kapama karışık meyve bahçesi olarak getireceği net geliri* hesaplanacaktır.²⁶¹ Karışık kapama meyve bahçesinin değişik görünüm şekilleri olabilir. Uygulamada rastlanıldığı şekliyle bahçenin bir kısmının aynı şekilde ve cinsten meyve ağaçlarından diğer bir kısmının değişik türden meyve ağaçlarından oluştuğu başka bir kısmının ise tarla ziraatına ayrılmış bir hali olabilir. Karmaşık gibi görünen bu duruma Yargıtay bir kararında, “...taşınmaz üzerinde bulunan (verim çağındaki meyve) ağaçlarının büyük çoğunluğunun aynı cinsten olması halinde bunların normal sıklıkta kaplayacakları alanın bu meyveye özgü kapama bahçe olarak; kalan, değişik türden münferit ağaçların normal sıklıkta kaplayacağı alanın da karışık kapama meyve bahçesi niteliğiyle değerlendirilmesi; bunlardan artan yer olduğu takdirde bu alanın da tarla ziraatine göre değerlendirilip kamulaştırma bedelinin saptanması gerekir. ...”²⁶² demek suretiyle çözüm getirmiştir.

Kapama bahçe özelliği kazanamamış arazilerde ise önce zemin değeri o yörede ağırlıklı olarak yetiştirilen ürünlerin münavebeye alınması suretiyle tespit edilir.²⁶³ Daha sonra zemin üzerinde bulunan ağaçların yaşları, cinsleri ve diğer nitelikleri değerlendirmeye alınarak; her birine ayrı ayrı değer biçilerek elde edilecek bedel zemin bedeline eklenerek²⁶⁴ net gelir bulunur.²⁶⁵

²⁵⁹ Yargıtay 5. Hukuk Dairesi, 02.03.1987 tarih, 198/627 E. 1987/3126 K. “ Bir yerin kapama bahçe sayılması salt tek cins meyve ağaçları dikilmiş olmasına bağlı değildir.”(www.kanunum.com, (20.05.2012)

²⁶⁰ Karagöl, a.g.e., s.130

²⁶¹ Yargıtay 18. Hukuk Dairesi, 21.04.2005 tarih, 2005/2674 E. 2005/3999 K., www.kanunum.com, (20.05.2012)

²⁶² Yargıtay 18. Hukuk Dairesi, 29.04.2002 tarih, 2002/4269 E. 2002/4903 K., www.kanunum.com, (20.05.2012)

²⁶³ Böke, Kamulaştırma Bedelinin Tespiti Davaları, a.g.e., s.378

²⁶⁴ Yargıtay 5. Hukuk Dairesi, 02.03.1987 tarih, 1987/627 E. , 1987/3126 K. “ meyve ağaçlarından ve tarım ziraatından elde edilecek net gelirin toplamı ele alınarak rant formülüne göre ve bilimsel yolla değerinin biçilmesi (gerektiği) ” . www.kanunum.com, (20.05.2012)

²⁶⁵ Karagöl, a.g.e., s. 129 -130

Bu kısım ile ilgili olarak son belirteceğimiz husus da kapama bağlardaki net gelirin tespitidir. Kapama bağlarda da değer tespiti kapama meyve bahçesi ve ağaçlardaki gibi yapılmaktadır. Ancak burada kapama bağ içerisinde bulunan ağaçların değeri kapama bağ gelirinin üzerine eklenmez. Yargıtay 18. Hukuk Dairesi bir kararında bu hususu şöyle belirtmiştir; “*Dava konusu taşınmazın kapama bağ olarak değerlendirilmesi doğru olup, (...) taşınmazın üzerinde bulunan başka unsurların gelirinin artık zemin değerine bir katkısı söz konusu edilemez. Başka bir deyişle omçalar dışındaki meyveli ve meyvesiz ağaçların değeri de kapama bağ olarak bulunan bedelin kapsamında kalmaktadır.*”

2.6.2.5.1.6. Seralar

Arazi üzerinde seracılık yapıldığı hallerde seralarda yetişen ürün net gelir hesabına göre değerlemeye tabi tutulur. Bundan sonra arazinin tespit edilen değerine ayrıca seranın donanım değeri eklenemez. Çünkü seralar taşınmazın bütünleyici parçası değildir. Ancak bunların sökülüp uygun bir yere taşınması için gerekli masraflar kamulaştırma bedeline eklenebilir.²⁶⁶

2.6.2.5.1.7. Arazilerde Objektif Değer Artırıcı Unsurlar

Arazi vasfına sahip taşınmazlar da sadece net gelir hesabı yaparak taşınmazın kıymetini taktir etmeye çalışmak bazen adil sonuçlara yol açmayabilir.²⁶⁷ Taşınmazın zirai kıymetinin yanı sıra arz ettiği özellikler nedeniyle kendisine emsal olabilecek aynı veya benzer zirai karakteri taşıyan taşınmazlara nazaran üstün yönleri olabilir. Kamulaştırılacak taşınmazın karayoluna yakın veya kolay bağlantılarının olması, üretilen ürünlerin ulaşım ve pazarlama imkanlarının yüksek olması, belediye veya mücavir alan sınırlarına komşu olması, yapılaşmanın olduğu meskun mahallere yakın olması, toplu konut alanlarının buraya doğru kayması, arazi yapısının yapılaşmaya müsait olması, etrafında nitelikli yapılaşmanın olması (yazlık, villa vs.), arsa vasfını kazandıracak ölçütlerin tümünü karşılamazsa bile bir kısmını karşılıyor olması, taşınmazın bulunduğu mahallin turizme

²⁶⁶ Yargıtay 5. Hukuk Dairesi, 14.07.2003 tarih, 2003/7595 E. 2003/9534 K. “... *Dava (...) kamulaştırma nedeni ile açılan bedel artırım davasında sökme, nakliye ve takma masraflarına hükmedilen prefabrik yapıda (...)davalı idareden tahsiline karar verilmesinde bir isabetsizlik görülmemiştir...*” www.kanunum.com, (20.05.2012)

²⁶⁷ Karagöl, a.g.e., s.116

açılması, sosyal alt yapı olanaklarından yararlanıyor olması, çevrede ticari merkezlerin oluşması gibi sebepler objektif değer artırıcı unsurlar olarak değerlendirilebilir. Ancak bu hususlar yani objektif değer artırıcı unsurların varlığı konusunda bilirkişi raporlarında net ve ayrıntılı tespitler yapılmalı, belirtilen objektif değer artırıcı unsurların uygulanma sebepleri tatmin edici şekilde anlatılmalıdır.²⁶⁸ Burada dikkat edilmesi gereken hususlardan en önemlisi değer tespitinde kullanılan etmenlerin aynı zamanda objektif değer artırıcı unsurlar içerisinde alınarak mükerrerliğe yol açmasının sağlanmamasıdır.²⁶⁹ Ayrıca objektif değer artırıcı unsurlar Kamulaştırma Kanununun 11. maddesinin f bendinin de belirtilen taşınmazın olduğu gibi kullanım ilkesi ile de sınırlıdır. Taşınmazın ileride alacağı hallerin objektif değer artırıcı unsur olarak dikkate alınmaması bundan ileri gelir.²⁷⁰

Yargıtay uygulamalarına bakıldığında objektif değer artırıcı unsurların yüzde olarak ifade edildiği görülmektedir.²⁷¹ Normal olarak net gelir hesabına göre bulunan değer kapitalizasyon faiz oranına bölüdüğü zaman arazinin bir metrekaresinin değeri bulunmaktadır. Bulunan bu değere objektif değer artırıcı unsurların etkisi yüzde olarak hesaplanmakta, örneğin; net gelir hesabına göre arazinin 1 m²'nin değeri 20,00 TL olarak hesaplanmış, objektif değer artırıcı unsurların etkisi ise %20 olarak takdir edilmişse, arazini 1 m²'nin değeri $[20,00 \text{ TL} + (20,00 \text{ TL} * 20/100) = 24,00 \text{ TL}]$ olacaktır.

Objektif değer artırıcı unsurların hep birlikte değerlendirilmesi gerekir, yani objektif değer artırıcı unsur olarak öngörülen her etmen ayrı ayrı oran olarak kabul edilip bunların toplanması şeklinde değil tüm etmenlerin birlikte değerlendirilmesi neticesinde tek bir oran tespit edilmelidir. Bunun dışında objektif değer artırıcı unsurların alt ve üst sınırlarının ne kadar olabileceği konusunda Yargıtay'ın şu ana kadar ki uygulaması dikkate alındığında net bir düşünceye varmak zordur. Ancak kararlarına bakıldığında %10²⁷² gibi

²⁶⁸ Böke, Kamulaştırma Bedelinin Tespiti Davaları, a.g.e., s.358

²⁶⁹ Karagöl, a.g.e., s.126

²⁷⁰ Yargıtay 18. Hukuk Dairesi, 20.12.1991 tarih, 1991/344 E. 1991/365 K. “İleride gelişebilecek kültürel ve sosyal faaliyetlerin tarım arazisinin değerine bir katkısı düşünülemez”...” www.kanunum.com, (20.05.2012)

²⁷¹ Çınar, a.g.e., s.259

²⁷² Yargıtay 5. Hukuk Dairesi, 06.11.2007 tarih, 2007/12212 E. 2007/12654 K. “dava konusu taşınmazların belirtilen özelliklerine göre objektif değer artırıcı unsurun yüzde ondan fazla olamayacağı gözetilmeden” . www.kanunum.com, (20.05.2012)

küçük oranlarda artışlar öngörebildiği gibi %200²⁷³, % 425²⁷⁴ gibi yüksek oranlar da artışlar da öngörebilmektedir. Yargıtay aynı bölgeden kendine intikal eden dosyalarda objektif değer artırıcı unsurların oranlarının birbiriyle uyumlu olmasına dikkat etmekte²⁷⁵, uyumlu olmamasını bozma sebebi olarak görmektedir.²⁷⁶

2.6.2.5.2. Arsalarda Değer Tespiti

Arazi başlığı adı altında arsa konusunda açıklamalarda bulunmuştuk, o bölümde yaptığımız açıklamalar bu bölümü tamamlayıcı niteliktedir.

Kamulaştırma Kanununun 11. Maddesinin “g” bendi “*arsalarda, kamulaştırma gününden önceki özel amacı olmayan emsal satışlara göre satış değerleri*” demek suretiyle kural olarak arsa vasfına sahip taşınmazların değerinin başka arsalarla yapılacak karşılaştırmalara göre değerlendirileceğini düzenlemiştir.²⁷⁷ Bunun dışında arsalar üzerinde bulunması muhtemel yapıların değerlerinin değerlendirmesinin de aynı maddenin “h” bendinde “*yapılarda, resmi birim fiyatları ve yapı maliyet hesaplarını ve yıpranma payını*” demek suretiyle resmi kurumların açıklayacakları birim fiyatlar üzerinden yapılacak yapı maliyet hesaplarına göre hesaplanacağını düzenlemiştir. Buna göre ortaya çıkacak değer üzerinden yapının yaşına ve fiili yıpranmışlığına göre değişen yıpranma payının da düşülerek 11. maddenin “ı” bendinde düzenlenen “*bedelin tespitinde etkili olacak diğer objektif ölçütler*” de kullanılarak taşınmazın değeri tespit edilecektir. Kamulaştırma Kanununun 11. maddenin 2. fıkrası rapor düzenleyecek bilirkişilere bu

²⁷³ Yargıtay 5. Hukuk Dairesi, 06.11.2007 tarih, 2007/12212 E. 2007/12654 K. “*Dava konusu taşınmazların, (...) objektif değer artırıcı unsur oranının yüzde 200 olacağı gözetilmeden*”, www.kanunum.com, (20.05.2012)

²⁷⁴ Yargıtay 5. Hukuk Dairesi, 29.11.2011 tarih, 2011/12383 E. 2011/19274 K. “*taşınmazın konusu ve bilirkişi raporunda yazılı özellikleri gözönünde bulundurulduğunda gelir metoduna göre belirlenen bedeline %425 oranından az olmamak üzere objektifdeğer artırıcı unsur ilavesi suretiyle değerinin tespit edilmesi gerektiğinin*”...”. www.kanunum.com, (20.05.2012)

²⁷⁵ Böke, Kamulaştırma Bedelinin Tespiti Davaları, a.g.e., s.358

²⁷⁶ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 06.03.1996 tarih,1996/18-23 E. 1996/129 K. “*Aynı bölgede, aynı amaçla yapılan kamulaştırma ile ilgili olarak açılan bedel artırımı davalarında uygulanan objektif artırım oranları (...) ifade edilebilen tüm objektif unsur nedenlerinin aynı nitelikte buldukları dikkate alındığında %15 oranında objektif artırım ile yetinilmesi gerekir.*”, www.kanunum.com, (20.05.2012)

²⁷⁷ Gürsel, a.g.e., s. 243; Karagöl, a.g.e., s.136; Böke, Kamulaştırma Bedelinin Tespiti Davaları, a.g.e., s.433; Çınar, a.g.e., s. 252

raporlarını nasıl düzenleyecekleri konusunda yol göstermektedir. Madde daha önceki fıkraları kast ederek, bilirkişiler *“esas tutarak düzenleyecekleri raporda bütün bu unsurların cevaplarını ayrı ayrı belirtmek suretiyle ve ilgililerin beyanını da dikkate alarak gerekçeli bir değerlendirme raporuna dayalı olarak taşınmaz malın değerini tespit ederler”* demektedir. Ayrıca Kamulaştırma Kanununun 11. maddesinin 3. fıkrası bilirkişilere yapacakları değerlendirmede bazı sınırlamalar getirmiştir. Buna göre, *“taşınmaz malın değerinin tespitinde, kamulaştırmayı gerektiren imar ve hizmet teşebbüsünün sebep olacağı değer artışları ile ilerisi için düşünülen kullanma şekillerine göre getireceği kar dikkate alınmaz.”*

2.6.2.5.2.1. Uygun Emsallerin Bulunması

Kamulaştırma Kanununun 11. maddesinin “g” bendi, *“arsalarda, kamulaştırma gününden önceki özel amacı olmayan emsal satışlara göre satış değeri”*nin emsal alınabileceğini belirtmiştir. Söz konusu emsallerin bulunması hakim tarafından resen yapılacağı gibi taraflarında emsal sunma hak ve yetkileri vardır. Yargıtay 5. Hukuk Dairesi konuya örnek olabilecek bir kararında²⁷⁸, *“dava konusu taşınmazın bulunduğu bölgede benzer özelliklere sahip emsal taşınmaz bulunması mümkün olup, taraflara emsallerini sunmaları için süre verilmeli, gerektiğinde resen emsal de getirtilerek yeniden oluşturulacak bilirkişi kurulu eşliğinde keşif yapıp, alınacak rapora göre hüküm kurulmalı”* demek suretiyle bu hususu vurgulamıştır.

İster hakim tarafından resen getirtilmiş, isterse taraflarca sunulmuş olsun Kamulaştırma Kanunununun lafzi, anlatımı, öğretisi ve yargı kararlarına bakıldığında bir taşınmazın emsal alınabilmesi için aşağıdaki özellikleri taşıması gerekir.

Kamulaştırma gününden evvel alım satımı yapılmış, mümkünse değerlendirme tarihine yakın satış tarihli olmalıdır. Yargıtay kararları incelendiğinde seçilecek emsaller içerisinde yakın tarihli olanların tercih edilmesini, bunun mümkün olmaması halinde

²⁷⁸ Yargıtay 5. Hukuk Dairesi, 05.04.2012 tarih, E. 2012/197, K. 2012/6883 , Palmiye İçtihat Programı

güncelleme yapılması²⁷⁹ yani eski günlerdeki satışlarla kamulaştırma günü arasında geçen zaman içindeki taşınmaz malların değerinde ortaya çıkan değişiklikler gösterilerek gerekirse fiyat endeksleri de uygulanarak bir değer biçilmesi aranmaktadır.²⁸⁰ Kamulaştırma gününden sonra yapılmış alım satımlarda kanunun açık ifadesi karşısında emsal olamayacaktır.

Taşınmazın iktisap sebebi özgür iradeye dayalı ivazlı bir alım satım ilişkisi olmalıdır. Buna göre hibe, bağış, ölünceye kadar bakma sözleşmesi, trampa gibi bir hukuki sebebe bağlı olamayacağı gibi²⁸¹ tapuda yapılmayan örneğin noter huzurunda yapılan tapudan devir içermeyen gayrimenkul satış vaadi gibi sözleşmelerde öngörülen bedellerde dikkate alınmaz.²⁸² Bunun yanında kamulaştırma bedellerinin emsal olup olamayacağı da tartışılmalıdır. Kamulaştırma Kanununun 8. maddesine göre anlaşma yoluyla değeri belirlenen ve kamulaştırılan taşınmazlar emsal olamayacaklardır. Kamulaştırma Kanununun 10. maddesine göre değeri belirlenen taşınmazlar da emsal olamazlar.²⁸³ Ancak aynı kamulaştırma kararı çerçevesinde kamulaştırılmaları yapılan taşınmazların bedelleri arasında uyumun gözetilmesi gerekir.²⁸⁴

Yapılan alım satımın özel bir amacı olmamalıdır. Bir taşınmazın doğal olarak en uygun emsali kendisidir.²⁸⁵ Kendi satış değeri emsal olabildiği takdirde bu bedel emsal alınacaktır.²⁸⁶ Ancak bu genelde mümkün olmamaktadır. Ülkemizde özellikle tapudaki bir kısım harç ve vergilerden kaçınılarak satış bedelleri doğru gösterilmemektedir. Öğretide ve yargı kararlarında danışıklı satışlar veya muvazaalı satışlar olarak adlandırılan söz konusu durum neticesinde beliren bu satış bedelleri dikkate alınmayacaktır.²⁸⁷ Bir alım satımın özel amaçla yapıldığı nasıl tespit edilecektir. Bu ancak dikkatlice yapılacak bir araştırma

²⁷⁹ Karagöl, a.g.e.,s.139-140

²⁸⁰ Yargıtay 5. Hukuk Dairesi, 11.12.1995 tarih, E. 2012/18890, K. 2012/20415, Palmiye İçtihat Programı

²⁸¹ Böke, Kamulaştırma Bedelinin Tespiti Davaları, a.g.e., s.138

²⁸² Karagöl, a.g.e., s.138-139

²⁸³ Çınar, a.g.e.,s.254

²⁸⁴ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu,

²⁸⁵ Çınar, a.g.e, s.253

²⁸⁶ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 27.11.2002 tarih, E.2002/5-802, K.2002/1033

²⁸⁷ Akar, a.g.e., s.399

neticesinde belirlenecektir. Özellikle kentlerin iş hayatının yoğun olduğu kısımları ile günlük hayatta rağbet edilen ve insanların çok sık gittikleri mahallerdeki taşınmazların gerçek satış değerleri tapuda gösterilenin çok üstündedir.²⁸⁸ Bunların tapuda gösterilen değerleri ile pazar araştırması sonucu öngörülen değerleri arasında aşırı fark bulunması, yine taşınmazın çevresinde yapılan araştırmada taşınmazın fiyatının ne olabileceği konusundaki alım satım algılarının tapuda gösterilen bedelden çok yüksek olması halinde tapuda gösterilen alım satım bedelinin gerçeği yansıtmayabileceği düşünülecektir.

Emsal alınacak taşınmazlar tercihen benzer yüzölçümlü ve yakın bölgelerden seçilmez. Farklı bölgelerden seçilen veya kamulaştırma konusu taşınmaza göre çok küçük veya çok büyük yüz ölçümlere sahip taşınmazlar emsal olamayacaktır.²⁸⁹ Bahsettiğimiz kural her somut olayın özelliklerine göre yeniden ele alınmalıdır. Çünkü kimi bölgelerde emsal bulabilmek çok zordur ve bu kuralı mutlak değil mümkün olduğunca uyulmaya çalışılan bir kural olarak anlamak gerekir.²⁹⁰

Arsa vafına sahip taşınmazların emsali yine arsa vafına sahip taşınmazlar olabilir. Bunun anlamı arsa vafına sahip bir taşınmaza arazi vafına sahip bir taşınmaz emsal olamaz.²⁹¹ Bu durum özellikle emsal kıyaslaması sırasında arsa vafına sahip olan emsal taşınmazın alım satım aşamasında arazi vafına sahip olduğu durumlarda kendini gösterir. Yargıtay uygulamasına bakıldığında arsalar için arsa satışları emsal alınır²⁹², alım satım sırasında arazi vafına sahip taşınmaz daha sonra arsa vafını kazansa bile arsa vafına sahip bir taşınmaza emsal olamayacaktır.

2.6.2.5.2.2. Emsallerin Değerlendirmeye Alınması

Kadastro ve imar parselleri birbirlerine emsal alınacaksa bunlar birbirlerine denkleştirilmelidir. İmar planları ile imar parseli haline getirilen kadastro parsellerinin

²⁸⁸ Karagöl, a.g.e., s.140-141

²⁸⁹ Yargıtay 5. Hukuk Dairesi, 22.06.2010 tarih, E. 2010/8293, K. 2010/11896 , Palmiye İçtihat Programı

²⁹⁰ Karagöl, a.g.e., s.142

²⁹¹ Böke, Kamulaştırma Bedelinin Tespiti Davaları, a.g.e., s.435; Yargıtay 5. Hukuk Dairesi, 01.05.2006 tarih, 2006/3250 E. , 2006/5349 K. (Böke, Kamulaştırma Bedelinin Tespiti Davaları s.435, 181 numaralı dipnot)

²⁹² Çınar, a.g.e., s.253

toplumun ortak ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla (yol, meydan, park, çocuk bahçesi, yeşil alan vs.) % 40'a kadarı düzenleme ortaklık payı adı altında kesilmektedir. Düzenleme ortaklık payı kesilen taşınmazlar artık imar parseli haline gelmiştir.

Kamulaştırmaya konu taşınmaz imar parseli, emsal alınan taşınmaz kadastro parseli ise, emsal alınan taşınmazdan % 40 oranında düzenleme ortaklık payı kesilerek denklik sağlanır. Hem emsal hem de emsal olunan taşınmaz kadastro parseli ise, aralarında denklik olduğundan düzenleme ortaklık payı dikkate alınmaz. Ancak emsal imar parseli, emsal olunan taşınmaz kadastro parseli ise, emsal olunan taşınmazdan % 40 oranında düzenleme ortaklık payı kesilerek denklik sağlanır.²⁹³

Emsal alınacak taşınmazın emlak vergisi ile, emsal olduğu taşınmazın emlak vergisi birbirine denk ya da aralarında makul karşılanabilecek bir fark olmalıdır. Uygulamada bilirkişi raporlarında emlak vergisi değerlerinin karşılaştırılması sonucu emsal ve emsal olunan taşınmazların emlak vergi değerleri arasındaki oran, emsal alınan taşınmazın tapu satış değerine uygulanmakta buna göre emsal olunan taşınmazın değeri tespit edilmeye çalışılmaktadır. Örneğin; emsal taşınmazın emlak vergi değeri 20 TL, emsal olunan taşınmazın emlak vergi değeri 40 TL olduğu bir ortamda, emsalin tapu satış değeri 1000 TL ise emsal olunan taşınmazın değeri de en fazla 2.000 TL olacaktır.²⁹⁴

2.6.3. Taşınmazın Boşaltılması

Mahkemece, kararın tescili için tapuya müzekkere yazılır. Kamulaştırılan kısım İdare adına tescil edilir. Bu işlemi takiben icra dairesine eldeki ilamla başvurularak taşınmazın 15 gün içinde boşaltılması talep edilir. Taşınmaz, yapılan tebligata rağmen içinde bulunanlarca süresi içinde boşaltılmaz ise icra müdürlüğü tahliye ve teslim işlemini gerçekleştirir. İtiraz ve şikayet tahliyeyi durdurmayaacağı gibi bu konuda ihtiyati tedbir kararı da verilemez.

²⁹³ Çınar, a.g.e., s.255

²⁹⁴ Yargıtay 18. Hukuk Dairesi 14.02.2005 tarih, E. 2005/783, K. 2005/682 , Palmiye İçtihat Programı

2.6.4. Taşınmaz Maliklerinin Taşınmazı Geri Alma Hakkı

Kamulaştırma bedelinin kesinleşmesi tarihinden itibaren beş yıl içinde, kamulaştırmayı yapan idarece veya 22. maddenin ikinci fıkrası uyarınca devir veya tahsis yapılan idarece; kamulaştırma ve devir amacına uygun hiç bir işlem veya tesisat yapılmaz veya kamu yararına yönelik bir ihtiyaca tahsis edilmeyerek taşınmaz mal olduğu gibi bırakılırsa, mal sahibi veya mirasçuları kamulaştırma bedelini aldıkları günden itibaren işleyecek kanuni faiziyle birlikte ödeyerek, taşınmaz malı geri alabilecektir. Ancak geri alma hakkı doğmasından itibaren bir yıl içinde kullanılmazsa düşmektedir.

2.7. Özellik Arz Eden Kamulaştırmalar

2.7.1. Acele Kamulaştırma

Acele kamulaştırma kararları niteliği gereği değer tespiti mahiyetindeki kararlardır.²⁹⁵ Kanun koyucu acele kamulaştırmayı olağan bir yol olarak görmediğinden bu yola gidilmesini Bakanlar Kurulunun yetkisine verdiği gibi bu yetkinin kullanımını da bazı şartlara bağlamıştır.

3634 sayılı Milli Müdafaa Mükellefiyeti Kanununun uygulanmasında yurt savunması ihtiyacına veya ivediliğine Bakanlar Kurulunca karar alınacak hallerde veya özel kanunlarla öngörülen olağanüstü durumlarda gerekli olan taşınmaz malların kamulaştırılmasında kıymet takdiri dışındaki işlemler sonradan tamamlanmak üzere ilgili idarenin istemi ile mahkemece yedi gün içinde o taşınmaz malın 10. madde esasları dairesinde ve 15. madde uyarınca seçilecek bilirkişilerce tespit edilecek değeri, idare tarafından mal sahibi adına 10. maddeye göre yapılacak davetiye ve ilanda belirtilen bankaya yatırılarak taşınmaz mala el konabilir.

²⁹⁵ Yargıtay 5. Hukuk Dairesi, 17.07.2008 tarih, E. 2008/7975, K. 2008/10058 “2942 sayılı Yasa'nın 4650 sayılı Yasa ile değişik 27. maddesi uyarınca acele kamulaştırma nedeniyle verilen el koyma kararları taraflar arasındaki uyuşmazlığı çözümleyen nihai bir karar niteliğinde olmayıp, hukuk tekniği itibariyle değer tespiti mahiyetindedir.”, Palmiye İçtihat Programı

2.7.2. Acele Kamulaştırma Kararı Almaya Yetkili Organ ve Acillik Halinin Varlığı

Acele kamulaştırma kararı alma yetkisi devletin her organına değil Bakanlar Kurulu'na verilmiştir. Bu konuda karar alma yetkisi sadece Bakanlar Kurulu'na ait olduğu gibi bu konuda yetki devri de mümkün değildir.²⁹⁶ Ayrıca acillik halinin varlığı ve idarenin her türlü işleminde olduğu gibi bu konuda da kanundaki bu yetkinin kullanımının gerekliliği denetime açık olması gerekir. Danıştay İdari Davalar Genel Kurulunun 13.01.2011 tarihli çok yeni bir kararında, “*acelelik hali ve bu hali gerekli kılan durumlar ile gerek acele kamulaştırmanın konusu, gerekse acele kamulaştırılacak taşınmazlar açıklıkla gösterilmek suretiyle acele kamulaştırmanın kapsamı ve çerçevesinin belirlenmesi gerekir*” diyerek kanundaki bu yetkinin kullanımının sınırsız olmadığını ifade etmiştir.

2.7.3. Maddenin Uygulanmasındaki Sorunlar

Kamulaştırma Kanununun 27. maddesine göre bilirkişilerce belirlenen bedeller taşınmazın kamulaştırma bedeli değildir.²⁹⁷ Bu kurumun getiriliş amacının aciliyet gerektiren kamu hizmetlerinin hızlı ve kesintisiz yürümesi sağlamak olduğu unutulmamalıdır.

²⁹⁶ Danıştay İdari Davalar Genel Kurulu, 13.01.2011 tarih, E:2010/979, K: 2011/00000 “ ... *aslında Bakanlar Kurulu tarafından kullanılması gereken yetkinin davalı idarece kullanılması sonucunda davacılara ait taşınmazın İçdaş Çelik Enerji Tersane ve Ulaşım Sanayi Anonim Şirketi adına acele kamulaştırılmasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.*”, Palmiye İçtihat Programı

²⁹⁷ Yargıtay 5. Hukuk Dairesi, 24.03.2008 tarih, E. 2008/1494, K. 2008/3602 : “2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 10. maddesine dayanan kamulaştırma bedelinin tespiti davasında mahkemece, mahallinde keşif yapıp bilirkişi raporu alınmadan Kamulaştırma Kanununun 27. maddesi uyarınca (daha önce) yapılan değerlendirmede belirlenen bedele hükmedilmiş, hüküm taraf vekillerince temyiz edilmiştir. Mahkemece, Kamulaştırma Kanununun değişik 10. maddesi uyarınca inceleme ve işlem yapılmamıştır. (Buna göre) 2942 sayılı Kanununun 27. maddesi uyarınca tespit edilen bedel kamulaştırma bedeli değildir. Tarafların uzlaşmaması ve tapuda ferağ verilmemesi halinde, idarece aynı Kanunun 10. maddesine göre açılan tespit ve tescil davasında, aynı Kanunun 15/son maddesine göre dava tarihi itibarıyla taşınmazın değeri tespit edilmelidir. Bu nedenle; bilirkişiler marifetiyle keşif yapılarak taşınmazın niteliği tespit edilip arazi ise net gelirine, arsa ise emsal karşılaştırması yapılarak değer biçilmesi gerekirken bu husus gözetilmeden acele kamulaştırma dosyasındaki verilerle yetinilerek eksik inceleme ile hüküm kurulması, Doğru görülmemiştir.”, Palmiye İçtihat Programı

Kanunun 27. maddesine göre, acele kamulaştırma yapan idarenin bu arada kamulaştırma işleminin olağan yollarını tüketip malik veya malikler ile anlaşılırsa tapuda ferağ, anlaşılammışsa asliye hukuk mahkemelerinde, “ *Kamulaştırma Bedelinin Tespiti ve Taşınmazın İdare Adına Tescili*” için dava açmalıdır. Kanunun 27. maddesine göre kamulaştırmayı yapan idareler çoğu zaman acele kamulaştırma yapılıp taşınmaza bir şekilde girilmesi sebebi ile, ileriki aşamada “ *kamulaştırma bedelinin tespiti ve taşınmazın idare adına tescili*” için dava açımını geciktirdikleri görülmektedir. *Kanaatimizce* bu hususta yasal bir boşluk vardır. Zira uygulamada acele kamulaştırma yapan idarelerin kanunda geçen “ *kıymet takdiri dışındaki işlemler sonradan tamamlanmak üzere*” hükmünü suiistimal ettikleri, yıllarca dava açmayarak taşınmaz maliklerini mağdur ettikleri de düşünülerek bu konuda acele kamulaştırmadan sonra bir süre sınırlamasının kanuna koyulması gerektiğini düşünüyoruz. Yargıtay kararlarına bakıldığında bu yasal boşluğu içtihatla doldurma cihetine gittiği, bu konuda “*makul süre*” kıstasını uyguladığı görülmektedir.²⁹⁸

2.7.4. Kamuya Ait Taşınmazların Kamulaştırılması

Taşınmaz mala, kaynak veya irtifak hakkına ihtiyacı olan idare, 8. madde uyarınca bedelini tespit eder. Bu bedel esas alınarak ödeyeceği bedeli de belirterek mal sahibi idareye yazılı olarak başvurur. Mal sahibi idare bu durumda iki şekilde hareket eder. Hem devri hem de önerilen bedeli kabul ederse sorun kalmaz. Ancak devre muvafakat eder fakat bedeli yeterli bulmazsa, artık taşınmazın bedelini Kamulaştırma Kanunu hükümlerine göre Asliye Hukuk Mahkemesi belirleyecektir.

²⁹⁸ Yargıtay 5. Hukuk Dairesi 25.04.2005 tarih, E. 2005/4581, K.2005/4877 “*Dava, kısmen kamulaştırılan ve acele kamulaştırma kararı alınan taşınmazın, kamulaştırmadan arta kalan kısmın yararlanmaya elverişli durumda bulunmaması sebebiyle, bedelinin tahsili istemine ilişkindir. İdare tarafından makul süre içerisinde 10.maddeye göre dava açılmadığı takdirde, acele kamulaştırma kararı sonucu taşınmazına hukuken el konulan malikin makul süre içerisinde tespit ve tescil davası açmayan idareye karşı, taşınmazın bedelinin ödenmesi gayesi ile kamulaştırmaz el atılan taşınmaz bedelinin tahsili davası açması mümkündür.*”, Palmiye İchtihat Programı

İdare devre muvafakat etmez veya altmış gün içinde cevap vermez ise, anlaşmazlık alıcı idarenin başvurusu üzerine, Danıştay ilgili idari dairesince incelenerek iki ay içinde kesin karara bağlanır.

İdari yargıda verilen karar devir yönünde ise, taşınmazın devir bedeli konusunda idarelerin anlaşması gerekir. Devir bedeli konusunda anlaşılabilmesi halinde, taşınmazın değerini yine Kamulaştırma Kanunu hükümlerine göre Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından belirlenecektir.

2.8. Cezai Hükümler

Dava masraflarının avukat tarafından kabullenilmesi, kamulaştırma bedelinin tamamının veya bir kısmının nakden veya başka bir şekilde avukat tarafından mal sahibine önceden ödenmesi, kamulaştırma bedelinin tamamının veya bir kısmının avukata ait olacağının kararlaştırılması, yasaklanan bu fiillerin bizzat avukat veya aracı ile mal sahibine teklif edilmesi veya bunlara yardımcı olunması suç teşkil edip, 33.maddeye göre cezalandırılır.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

3. DEVLETİN ÖZEL MÜLKİYETE KONU TAŞINMAZA KAMULAŞTIRMASIZ EL ATMASI

3.1. Kamulaştırmasız El Atma Kavramı

Modern yönetim anlayışında idareler kamu hizmetlerini yerine getirebilmek için kaynağını anayasa, yasa veya buna benzer düzenleyici normlardan alan, hizmet götürdükleri gerçek ve hükmü şahsiyetlerin elinde bulunmayan bir takım üstün yetkilere sahiptirler. Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 35. maddesi de idarenin her türlü eylem ve işleminin yargı denetimine bağlı olduğunu belirtirken, aynı Anayasanın yine 35. maddesi de mülkiyet hakkının kamu yararı amacıyla kanunla sınırlanabileceğini belirtilmiştir. Anayasamızın bu maddenin devamı babında bir başka maddesi olan 46. maddesinde ise, “devlet ve kamu tüzelkişileri kamu yararının gerektirdiği hallerde, karşılıklarını peşin ödemek şartıyla özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların tamamını veya bir kısmını kanunla gösterilen esas ve usullere göre kamulaştırmaya ve bunlar üzerinde idari irtifaklar kurmaya yetkilidir” diyerek idarenin kamulaştırma yetkisini belli şart ve kaidelere uyulması şartıyla olanaklı kılmıştır.

Kamulaştırmasız el atma kavramının öğretideki yazarlar tarafından çeşitli şekillerde tanımlandığını görüyoruz. Günday kamulaştırmasız el atmayı, “idarenin usulüne uygun olarak alınmış bir kamulaştırma kararı olmaksızın ve de geçici işgal koşulları da bulunmadığı halde özel mülkiyette bulunan bir taşınmaza el atması”²⁹⁹ olarak tanımlarken, Giritli, Bilgen, Akgüner, Berk ise, kamulaştırmasız el atmayı, “idarenin bir taşınmaza

²⁹⁹ Günday, a.g.e., s.276

kanunda belirtilen usul izlenmeden el koyması”³⁰⁰ olarak tanımlamaktadır. Akar ise, kamulaştırmazsız el atmayı, “*kamulaştırma yetkisine haiz olan idarelerin, kamulaştırma yapmaksızın, başka şahısların taşınmazlarına el koymaları ve kamu yararına tahsis etmeleri veya üzerine tesis yapmaları*”³⁰¹ şeklinde açıklamaya çalışmıştır.

Kamulaştırmazsız el atma kavramı ilk olarak Yargıtay’ın 16.05.1956 tarih ve 1/6 E-K sayılı kararında irdelenmiştir. Bu kararında Yargıtay şahsın idarenin eylemine rıza göstererek bedeli mukabilinde taşınmazın idareye terkinini ya da bu eyleme rıza göstermeyerek müdahalenin menini dava edebileceği içtihadında bulunmuştur.

Kamulaştırmazsız el atmanın tarifi Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 15.12.2010 tarihli kararından sonra yeni bir hal almıştır. Kamulaştırma yetkisini kullanan organların aktif bir eylemi sonucunda taşınmaza el atması en görülen ve tarifi en kolay yapılabilecek durumlardan biriyken Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 15.12.2010 tarih 2010/5-662 Esas, 2010/551 Karar sayılı içtihadı³⁰² ile kamulaştırma yetkisini kullanan organların pasif kalması da bazı şartların varlığı halinde kamulaştırmazsız el atma olarak nitelendirilmiştir.

Öğretideki tanımlar ve Yargıtay kararlarından yola çıkarak, kamulaştırmazsız el atmayı, “*en geniş anlamda Devlet kamu tüzel kişiliğinin, devlet kamu tüzel kişiliğinin altında kamulaştırma yetkisi olan diğer kamu tüzel kişiliklerinin veya kanunla lehlerine kamulaştırma yapılabileceği belirtilen gerçek veya tüzel kişiliklerin özel mülkiyete tabi kamulaştırmaya konu olabilecek mallara süreklilik arz eden biçimde sahiplenme amacıyla el koyması veya hukuken bir hizmete tahsis etmesi gibi aktif bir davranışla ya da belirtilen kamu tüzel kişiliklerinin herhangi bir aktif davranışı olmamakla birlikte pasif ve suskun kalmak; işlem tesis etmemek suretiyle malikin taşınmazlar üzerindeki tasarruf yetkisini kısıtlaması vakası*” olarak tanımlanabilir.

Tanımdan da anlaşılacağı üzere devletin el koyması aktif bir davranışla olabileceği gibi pasif bir davranışla da olabilmektedir. Aktif bir davranış ile yapılan el koyma taşınmaz

³⁰⁰ Giritli, Bilgen, Akgüner, Berk, a.g.e., s.947

³⁰¹ Akar, a.g.e., s.1613

³⁰² Palmiye İçtihat Programı

üzerinde yapı, yol inşa etmek veya tesis kurmak gibi somut gözle görülür bir hal alabileceği gibi, hukuken bir hizmete tahsis ederek mal sahiplerinin tasarruf yetkisini kısıtlama gibi bir görüntü arz edebilir.

Kamulaştırma yetkisini kullanan kamu organlarının *pasif ve suskun kalmak; işlem tesis etmemek suretiyle* ile kamulaştırmaz el atma hadisesine ne şekilde sebep olduklarını ayrı bir başlık altında ayrıca ve genişçe irdedeceğiz.

3.2. Kamulaştırmaz El Atmada Görevli Yargı Yolu ve Görevli Mahkeme

İdarenin gayrimenkullere yönelik her türlü haksız eyleminin kamulaştırmaz el atma olduğunu söyleyemeyiz. Bu konuda bazı haksız eylemlerin idari yargıda tam yargı davasının da konusu olabileceğini unutmamalıyız. İdarenin gayrimenkule yönelik tecavüzüne kamulaştırmaz el atma diyebiliyorsak bu uyuşmazlık hiç şüphesiz adli yargının görev alanı içerisinde. Çünkü özel mülkiyete yapılan tecavüz niteliği gereği haksız fiil niteliğindedir ve malik dilerse tecavüzü def etmek için adli yargıda müdahalenin men'i davası açabildiği gibi³⁰³Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulunun, 16.05.1956 tarih, 1956/1-6 E sayılı kararında belirttiği gibi davacı malik isterse, bu haksız fiile rıza göstererek taşınmazın kendisinin kamuya geçmesi şartı ile gayrimenkulün dava tarihindeki bedelini dava edebilmektedir.

1 Ekim 2011'de yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 2. maddesi görev hususunu şu şekilde düzenlemiştir; “ (1) *Dava konusunun değer ve miktarına bakılmaksızın malvarlığı haklarına ilişkin davalarla, şahıs varlığına ilişkin davalarda görevli mahkeme, aksine bir düzenleme bulunmadıkça asliye hukuk mahkemesidir.* Görüldüğü gibi Asliye Hukuk Mahkemeleri her türlü davada kural olarak görevli mahkemelerdir. Konusu para veya para ile ölçülebilen bir şey (mal, hak) olan davalar malvarlığı hukukundan doğan davalarda Asliye hukuk Mahkemelerinin görevi

³⁰³ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı, 16.05.1956 tarih, 1956/1-6 E sayılı karar “... *Usulü dairesinde istimlak muamelesine tevessül edilmeksizin gayrimenkulü yola kalbedilen şahsın, esas itibariyle, gayrimenkulünü yola kalbeden amme hükmü şahsiyetine aleyhine meni müdahale davası açmaya hakkı olduğuna, ancak dilerse bu fiili duruma razı olarak, mülkiyet hakkının amme hükmü şahsiyetine devrine karşılık gayrimenkulünün bedelini de dava edebileceği ...*”, Palmiye İçtihat Programı

kesindir.³⁰⁴ 1086 sayılı eski Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunun uygulandığı dönemde kanunun 8. maddesinin 1. fıkrasında “ *İflas davaları ile vâkıfa ilişkin davalar hariç olmak üzere, mamalek hukukundan doğan ve değeri 5 milyarı³⁰⁵ geçmeyen davalar*” sulh hukuk mahkemesinin görev alanına dâhil olmakta yani mahkemeler arasındaki görev ayrımı dava değerine göre yapılmaktaydı.³⁰⁶ Ancak 1 Ekim 2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu kamulaştırmaz el atma davalarını kesin olarak *Asliye Hukuk Muhakemelerinin görev alanına sokmuştur*.

3.3. Kamulaştırmaz El Atmanın Temel Unsurları

3.3.1. Taşınmaza El Atmanın Kamulaştırmaya Yetkili Devlet, Kamu Tüzel Kişisi ya da Yararına Kamulaştırma Yapacak Gerçek Kişi veya Özel Hukuk Tüzel Kişisi Tarafından Yapılması Gerekliği

Kamulaştırmaz el atmanın, Kamulaştırma Kanunu’nun 2. maddesinde belirtilen “*kamulaştırma hak ve yetkisi tanınan kamu tüzel kişilikleri, kamu kurum ve kuruluşları, yararına kamulaştırma yapılabilecek gerçek kişiler veya özel hukuk tüzel kişileri*” tarafından yapılması gerekir.

Uygulamada husumetin yönlendirileceği kamu kurumunu tespit etmek her zaman kolay olmamaktadır. Örneğin; imar planlarında resmi yapılara, tesislere ve okul, cami, yol, meydan, otopark, yeşil saha, çocuk bahçesi, pazar yeri, hal, mezbaha ve benzeri umumi hizmetlere ayrılan alanlarda bazı kanunlarla getirilen düzenlemelerle ilgili bakanlık veya kamu kurumu yatırımcı kuruluş olma sıfatını kaybetmektedir. Bu sebeple kamulaştırmaz el atma davalarında husumetin tarafı değildir. Her ne kadar 1050 sayılı Muhasebe Umumiye Kanununun 23. maddesi, “*devlete mal olan taşınmaz ve binaların Maliye Hazinesi adına tescili gerekir*” diyerek ilke olarak davaların muhatabını maliye hazinesi olarak göstermişse de, bu prensibin istisnalarını bazı kanunlarla getirilmiştir. Bu istisnalardan en önemlisi 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunun 6. maddesindeki

³⁰⁴ B. Kuru, R. Arslan, E. Yılmaz, **Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı**, 6100 sayılı HMK’ya Göre Yeniden Yazılmış 22. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınevi, 2011, s.121

³⁰⁵ Belirtilen 5 milyarlık değer her yıl yeniden belirlenmiştir.

³⁰⁶ Bkz. Yürürlükten Kaldırılan 1086 sayılı eski Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunun 1 ve 2. Maddeleri.

düzenlemedir. Bahsi geçen madde il özel idaresinin görev ve sorumluluğunu ayrıntılı olarak düzenlemiş, il özel idaresinin yapmakla görevli ve yetkili olduğu hizmetler tek tek belirtilmiştir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 18.04.2007 tarih, 2007/5-233 E. ve 2007/221 K. sayılı kararında³⁰⁷ bu konuya açıklık getirmiştir. Kurul kararında, “*ilke olarak, 1050 sayılı Muhasebe-i Umumiye Kanununun 23. Maddesi gereğince, devlete mal olan taşınmaz ve binaların Maliye Hazinesi adına tescili gerekir. Ancak buna ayırık hükümler, 222 sayılı İlköğretim ve Eğitim Kanununa konulmuştur. (...) okul veya okul tesisi yapılan taşınmaz mal maliklerinin açacakları kamulaştırmasız el koyma davalarında husumetin, köy sınırları içerisinde ise bağlı oldukları köy tüzel kişiliğine, ilçe veya il merkezinde ise o yer Özel İdare Müdürlüğüne yöneltilmesi yasal bir zorunluluktur*” demek suretiyle husumetin köylerde köy tüzel kişiliğine, ilçe ve il merkezlerinde ise Özel İdare’ye yöneltilmesi gerektiğini belirtmiştir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun kararı devletin merkez ve yerel yönetim örgütlenmesi arasındaki kanundan kaynaklanan iş bölümüne örnek olarak gösterilebilirse de, zaman zaman kamu kurumları kamulaştırmasız el attıkları taşınmazların sorumluluğu ile ilgili birbirleriyle anlaşmalar imzalamakta ve sorumluluğu birbirlerine devredebilmektedirler.

Yargıtay bu tür anlaşmaları geçerli görmekte, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 12.05.2010 tarih, E.2010/5-225, K.2010/262 sayılı ilamında aynen şöyle denmektedir; “*Davalı Karayolları Genel Müdürlüğü ile diğer davalı Çerkezköy Belediye Başkanlığı arasında yapılan 19.07.2006 günlü protokolün 6. maddesinin 4. ve 6. bentlerinde özel ve tüzel kişilere ait taşınmazlara el konulması nedeni ile gerek yol inşaatının yapılması sırasında, gerekse yolun tamamlanıp idareye tesliminden sonra mahkemeler nezdinde açılacak her türlü dava, tazminat ve ecri-misilden Karayolları Genel Müdürlüğü sorumlu olmayacağı, taşınmazlara el konulması nedeniyle her türlü teknik, hukuki ve mali sorumluluğun belediyeye ait olacağı belirtildiğinden yol yapımı sırasındaki el koymalar*

³⁰⁷ Palmiye İçtihat Programı

nedeni ile her türlü sorumluluk ilgili Çerkezköy Belediyesine aittir. Davacıya ait taşınmaz protokol kapsamında bulunan ve protokolde yazılı Veli çeşme-Çerkezköy yolu güzergâhında olup, bu yolun yapımı sırasında taşınmaza el atılmış olduğu anlaşıldığından el atılan dava konusu taşınmazın bedelinin protokol uyarınca davalı Çerkezköy Belediye Başkanlığından tahsiline...»³⁰⁸

3.3.2. El Koyma İşleminin de Kamu Yararı İlkesinin Amaçlanması

Kamu yararının ne olduğu hususuna Türk yargı düzeninin en üst noktası kabul edilen Anayasa Mahkemesinin kararlarında görebilmekteyiz. Kamu yararı kavramını anlatmadan önce Anayasa Mahkemesinin hukuk devleti kavramına bakış açısını görmek gerekir. Mahkemenin tanımına göre, *“hukuk devletinin, Anayasanın açık hükümlerinden önce hukukun bilinen ve tüm uygar ülkelerinin benimseyip uyduğu ilkelere uygun olması gerekir. Böyle bir devlet, kamusal düzeni, güven ve huzuru bozan eylemleri etkili biçimde karşılayacak önlemleri seçebilir. Hukuk devleti, her eylem ve işlemi hukuka uygun, insan haklarına saygı gösteren, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayıp yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ve anayasa bulunduğu bilincinden uzaklaştığında geçersiz kalacağını bilen devlettir.”* Yasa yapımını kamu yararına bağlayan şu ifade de dikkat çekicidir; *“yasa koyucuya verilen düzenleme yetkisi, hiçbir şekilde kamu yararını ortadan kaldıracak veya engelleyecek... biçimde kullanılamaz.”* Anayasa Mahkemesinin, kamu yararı kavramını hukuk devletinin tanımına giren unsurlardan birisi olarak nitelemekte ve kanunların amaç unsurunu da kamu yararı olarak kabul etmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin, kamu yararı tanımı yapmak yerine, her somut olayda kamu

³⁰⁸ Bkz. Benzer karar Yargıtay 5. Hukuk Dairesi, 20.02.2009 tarih, E. 2008/16106, K. 2009/2584 *“Dava, kamulaştırmaz el atılan taşınmaz bedelinin tahsili istemine ilişkindir. Davacıya ait taşınmaz protokol kapsamında bulunan ve protokolde yazılı yol güzergahında olup, bu yolun yapımı sırasında taşınmaza kamulaştırmaz el atılmış olduğu anlaşıldığından kamulaştırmaz el atılan dava konusu taşınmazın bedelinin protokol uyarınca davalı Belediye Başkanlığından tahsiline, Karayolları Genel Müdürlüğü hakkındaki davanın ise husumetten reddine karar verilmesi gerekir”*, Palmiye İhtihat Programı

yararının var olup olmadığını incelediğini söyleyebiliriz. Mahkemeye göre kamu yararı, yasama ilişkilerinin amaç unsurunu oluşturmaktadır.

Devletin ya da kamu tüzel kişiliklerinin işlevleri kamusal niteliktedir. Eğer kamu kurumlarının özel mülkiyete konu bir mala el atması kamu yararı amacı gütmüyor ise, bu el atmayı kamulaştırmaz el atma olarak nitelendiremeyiz. Yargıtay daireleri arasındaki işbölümüne göre kamulaştırma ve kamulaştırmaz el atma davalarına bakmakla görevli bulunan Yargıtay 5. Hukuk Dairesi'nin uygulamasında Demir Çelik Fabrikalarının el koymalarını bu fabrikaların işletme gayelerinde ticari amaç gütmeleri sebebiyle kamulaştırmaz el koyma olarak nitelendirmemektedir.³⁰⁹ Buna karşı Telekom idaresi ile ilgili kararlarında kamulaştırmaz el atmanın varlığını kabul etmektedir.³¹⁰

3.3.3. Daha Önce Aynı Taşınmaz ile İlgili Kamulaştırma İşleminin Yapılmamış Olması

Kamulaştırma davasının şartlarından birisi de taşınmaz üzerinde daha önce kamulaştırma işlemi yapılmamış olmasıdır. Taşınmaz üzerinde idare tarafından kamulaştırma hususunda hiçbir girişim yapılmamışsa ve bir el atma olgusu varsa, kamulaştırmaz el atmanın varlığı açıkça tespit edilebilir. Özellikle kamulaştırma işlemlerine başlandığı ancak kamulaştırma bedelinin tespiti ve taşınmazın mülkiyetinin ya da taşınmaz üzerindeki irtifak hakkının idare adına tescilinin henüz talep edilmediği ya da talep edilip de davanın henüz sonuçlanmadığı durumlarda kamulaştırmaz el atma olgusunun varlığı gündeme gelebilir. Gerek mülkiyetin gerekse irtifak hakkının idare lehine tesciline kadar kamulaştırmaz el atma davası her zaman gündeme gelebilir.³¹¹

³⁰⁹ Bekir Yıldırım, Naci Sorgun, **Kamulaştırma, Kamulaştırmaz El Atma Davaları ve İlgili Mevzuattan Doğan Bedel Davaları**, Ankara: Yetkin Yayınevi, 2007, s.1008 ; Yargıtay 5. Hukuk Dairesi, 25.05.2004 tarih, 2004/3618 E, 2004/5988 K. (Yıldırım, Sorgun, a.g.e., s.1108, dip not 1 dip not 2)

³¹⁰ Yargıtay 5. Hukuk Dairesi, 03.11.2003 tarih, 2003/7140 E, 2003/12791 K. (Yıldırım, Sorgun, a.g.e., s.1108 dip not 2)

³¹¹ Yargıtay 5.Hukuk Dairesi, 12.10.1998 T. E. 1998/10788, K.1998/14597 "*Davalı idare, kamulaştırma kararı almış ve bedeli de bloke ettirmişse de, yapılmış bir kamulaştırma tebligatı olmadığından, davanın, kamulaştırmaz el atmaya dayanan bedel davası olarak nitelendirilmesi doğrudur.*", <http://www.yorumla.net/hukuk/550288-kamulastirmasiz-el-atma-davolari-klavuzu.htm>, (16.01.2012)

Uygulamada kamulaştırmaz el atma davasının açılması karşısında davalı idare tarafından da kamulaştırma davası açılmaktadır. Bu durumda davalı idarenin açmış olduğu bedel tespiti ve tescil davasının sonucunun beklenilmesi³¹², bu davanın sonucunda idare adına tescil kararı verilmesi halinde konusuz kalan kamulaştırmaz el atma davasının ret edilmesi ancak davanın açımına sebebiyet vermeyen davacının yargılama giderlerinden sorumlu tutulmaması gerekir.

3.3.4. El Koymanın Fiilen yâda Hukuken Olması

İdare tarafından taşınmaza yapılan el atamanın haksız olması yeterlidir, ayrıca idarenin kusurlu olmasına gerek yoktur.³¹³ Ayrıca idarelerin bir taşınmaza kamulaştırma işlemi yapmadan ve sahiplenme kastı ile de olsa devamlı suretteki her el koyması kamulaştırmaz el atma değildir. Bunları başlıca şöyle özetleyebiliriz.

3.3.4.1. 221 Sayılı Kanun Kapsamındaki Gayrimenkuller

221 sayılı yasa bir kez uygulanmakla işlevi biten bir yasa niteliğindedir. 9 Ekim 1956 tarihinde yürürlüğe giren 6830 sayılı istimlak kanunun öncesinde kamu tüzel kişilikleri tarafından kamulaştırılmadan el atılan taşınmazlar ile ilgili bir düzenleme getirilmiştir. Bu kanun 2. Maddesine göre; *6830 sayılı İstimlak Kanununun yürürlüğe girdiği tarihe kadar, kamulaştırma işlerine dayanmaksızın, kamulaştırma kanunlarının göz önünde tuttuğu maksatlara fiilen tahsis edilmiş olan gayrimenkuller ilgili amme hükmi şahsı veya müessesesi adına tahsis tarihinde kamulaştırılmış sayılır.*

³¹² Yargıtay 5.Hukuk Dairesi, T. 27.1.2005, E. 2004/13301, K.1998/14597 “*Davalı idare tarafından açılan tespit ve tescil davası henüz sonuçlanmadığından ve ne şekilde sonuçlanacağı da bilinmediğinden belirtilen dava sonucuna göre karar verilmesi gerektiği düşünülmeden, gerekçede gösterilen aksi düşüncelerle davanın reddine karar verilmesi, doğru görülmemiştir.*”, Palmiye İçtihat Programı

³¹³ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 21.12.2005, E: 2005/5-702, K: 2005/746 “*... Taşınmaza yapılan elamanın mutlaka kusura dayanması gerekmez. Ancak söz konusu elatmanın haksız olmalıdır. Diğer bir söyleyişle, aynı hak, komşuluk hukuku ya da kamu hukukundan kaynaklanan bir hakka dayanmamalıdır.*”, Palmiye İçtihat Programı

6830 sayılı Kamulaştırma Kanunu yürürlük tarihinden önce idare tarafından el atılan taşınmazların kamulaştırılmış olduğunu kabul ettiğinden bu kapsamdaki taşınmazlar için kamulaştırmaz el atma davası açılmayacaktır.

3.3.4.2. 3194 sayılı İmar Kanun 18. Maddesinin Uygulanması ve Düzenleme Ortaklık Payı

3194 sayılı İmar Kanunu'nun 18. maddesi kapsamında belediyeler tarafından resen gerçekleştirilen parselasyon işlemi sırasında özel mülkiyete tabi taşınmazların parselasyona ayrılması karşılığında taşınmazın % 40'a kadar olan kısmı düzenleme ortaklık payı adı altında kamuya terk edilmektedir.³¹⁴ Ancak; Yargıtay uygulamasında imar uygulamasına tabi tutulan taşınmazlardan, düzenleme tarihinde yürürlükte bulunan imar kanununda belirtilen oranlarda yapılan kesintinin kamu hizmeti için ayrılan yerlere rastlayan alanlara yetmemesi nedeniyle *fazla kesinti yapılması halinde de kamulaştırmaz el koyma olgusunun varlığı kabul edilmiştir.*³¹⁵

3.3.4.3. İmar Planlarındaki Düzenlemelerle Bir Kısım Taşınmazın Kamu Hizmetine Tahsisi ve Maliklerin Tasarruf Yetkisinin Kısıtlanması

Kamulaştırmaz el koymadan söz edebilmek için en önemli unsur idarelerin *taşınmaza fiilen ve kalıcı nitelikte el koymasdır.*³¹⁶ İdarenin fiili el koyması söz konusu değilse imar planları ile taşınmazların yol, yeşil alan, park, okul gibi kamusal alanlara tahsis edilmesi sırf bu nedenle *Yargıtay içtihatlarında kamulaştırmaz el koyma olarak kabul edilmemektedir.* Ancak yukarıda da belirttiğimiz 2010 tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun kararında belirttiği gibi kamulaştırma yetkisini kullanan kamu organları pasif ve *suskun kalmak; işlem tesis etmemek suretiyle kamulaştırmaz el atma hadisesine yol açabilmektedir.*

³¹⁴ Gürsel, a.g.e., s.374

³¹⁵ Karabağ, a.g.e., s.6-7

³¹⁶ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 27.06.2001 tarih, 2001/5-459 E , 2001/555 K. “ *Kamulaştırmaz el atmadan söz edebilmek için kamulaştırma yetkisi olan idarenin taşınmaza fiilen el koyarak malikin el koyulan taşınmazlarda tasarrufunu yasaya aykırı olarak tamamen ortadan kaldırmış olması ve bu durumun kalıcı olması gerekir.*”, Palmiye İçtihat Programı

3.3.4.4. Taşınmazın Acele Kamulaştırılması

Kamulaştırma Kanununun 27. Maddesi, “3634 sayılı Milli Müdafaa Mükellefiyeti Kanununun uygulanmasında yurt savunması ihtiyacına veya ivediliğine Bakanlar Kurulunca karar alınacak hallerde veya özel kanunlarla öngörülen olağanüstü durumlarda” kıymet taktiri dışındaki hususlar sonradan yapılmak üzere ve 27. Madde de belirtilen diğer şart ve kayıtlara uyularak taşınmaza el koyulabilmektedir. Ancak uygulamada kamu tüzel kişilikleri taşınmazın acele kamulaştırılması sonrasında taşınmazın kamulaştırılmasını geciktirebilmektedir. Bu konuda Yargıtay uygulamasıyla makul süre şartı getirilmiş ve makul süre içerisinde dava açılmaması halinde kamulaştırmamız el atma davası açılabilir.³¹⁷

3.3.4.5. Kamulaştırma Kanununun 35. Maddesi Çerçevesinde Malikin Taşınmazın Bir Kısmını Yapı İzni Karşılığı Bedelsiz Terk Etmesi ya da El Koymaya Muvafakat Etmesi

Kanunen öngörülen düzenleme ortaklık payı haricinde (%40 DOP) belediyeler tarafından sık sık yapı izni karşılığında kanunda belirtilen sınırları aşacak biçimde başvuru sahibi razı edilerek bedelsiz terk uygulaması yaptırılmaktadır.³¹⁸ Yargıtay bu tür terkleri Kamulaştırma Kanun 35. Maddesi çerçevesinde değerlendirmekte ve düzenleme ortaklık payının üzerindeki kesintilere kararları ile müsaade etmektedir.³¹⁹ Ancak Yargıtay Hukuk

³¹⁷ Yargıtay 5. Hukuk Dairesi 25.04.2005 tarih, E. 2005/4581, K.2005/4877 “İdare tarafından makul süre içerisinde 10.maddeye göre dava açılmadığı takdirde, acele kamulaştırma kararı sonucu taşınmazına hukuken el konulan malikin makul süre içerisinde tespit ve tescil davası açmayan idareye karşı, taşınmazın bedelinin ödenmesi gayesi ile kamulaştırmamız el atılan taşınmaz bedelinin tahsili davası açması mümkündür.” . Palmiye İçtihat Programı.

³¹⁸ Yargıtay 5. Hukuk Dairesi 4.3.2003 tarih, E:2002/19918, K: 2003/2590 “Dava, imar mevzuatı gereğince davacı tarafça davalı idareye bir defaya mahsus olarak bedelsiz olarak terk edilen taşınmazın %35'den fazlasının tapusunun iptali istemine ilişkindir. 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 35. maddesi uyarınca imar mevzuatı gereğince düzenlemeye tabi tutulan parsellerden Düzenleme Ortaklık Payı karşılığı olarak malikinın muvafakatı ile bir defaya mahsus alınan yol ve yeşil alanlar için eski malikleri tarafından mülkiyet iddiasında bulunamaz ve karşılığı istenemez.” , Palmiye İçtihat Programı.

³¹⁹ Akar, a.g.e., s.1227-1228

Genel Kurulunun³²⁰ önüne gelen bir olayda Medeni Kanun 2. Maddesinin uygulayarak yerel mahkemenin kabul yönündeki direnme kararını onamıştır. Davaya konu olayda yerel mahkeme, belediyenin önce uyandırdığı güvenle özel mülk sahibine taşınmazın bir kısmını terk ettirdikten sonra oluşturduğu bu güvene aykırı hareket etmesini Medeni Kanun 2. Maddesine aykırı bularak kamulaştırmamız el atma davasının kabulü yönünde karar vermiştir. Yargıtay 5. Hukuk Dairesinin 2942 sayılı Kanun 35. Maddesini referans alarak yerel mahkemece davanın ret edilmesi gerektiği yönündeki bozma kararı, yerel mahkemenin kabul kararında direnmesi üzerine Hukuk Genel Kurulunun önüne gelmiş ve kurul yerel mahkemenin direnme kararını haklı bularak kararı onamıştır. Onama kararında “ (...) Davacının 1991 yılında imar izni için başvurusu sırasında bu yerin imar planında "Ticaret Alanı" içerisinde kaldığı, ancak parselin bir kısmının yola denk geldiği, kalan kısmın ancak belediyenin elindeki yol fazlası kısım ile birleştirilmesi durumunda imara müsait hale geleceğinin bildirildiği, davacının da sırf parseline imar izni alabilmek amacıyla parselin 2/3 lük kısmını belediyeye bedelsiz terk ettiği, belediyeye ait yol fazlası 13nolu parseli ise bedeli karşılığında satın aldığı, Belediye Encümen kararıyla da ifraz ve tevhit (yol olarak ayırma ve satın aldığı kısmın kalan parseli ile birleştirme) işlemlerinin yapıldığı, belediye buna göre davacıya imar izni verildiği görülmektedir. Dolayısıyla, buraya kadar olan işlemlerde taraflar, karşılıklı menfaatlerini düşünerek MK.nun 2.maddesinde açıklanan objektif iyiniyet kurallarına uygun hareket etmişlerdir. Bu şekildeki işlem pratikte yapıla gelen bir uygulamadır. Davalı Belediye, daha sonra bu davranış biçimini değiştirip dürüstlük kurallarına aykırı olacak şekilde bu yerin park alanı olarak düzenlemesi için teklif hazırlamış, bu tadilat teklifi reddedilmiş, bunun üzerine meydan olarak düzenlenmesi için teklif hazırlamış, bu da reddedilince bu kez seçimlerden sonra yine park yeri olarak ayrılması konusunda yaptığı teklif kabul edilmiş, davacının kalan parseli üzerine kamulaştırma şerhi konulup, imar ruhsatı ve izin istemi reddedilmiştir. (...) Bu nedenlerle davalı Belediye Başkanlığı yetkililerinin davranışının iyiniyet kurallarıyla bağdaşmayacağı anlaşıldığından, usul ve yasaya uygun bulunan direnme kararının onanması gerekir” diyerek Türk Medeni Kanununun 2. Maddesinin uygulama örneklerinden birini göstermiştir.

³²⁰ Bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 08.05.2002 tarih, 2002/5-338 E., 2002/386 K., Palmiye İçtihat Programı.

Kamulaştırma Kanununun 35. Maddesinin uygulamasının görüldüğü başka bir durumda özel parselasyon sonucunda kendi izniyle kamu hizmetinin görülmesi için ayrılan yerlerin bedelinin talep edilememesidir. Özellikle parseller arasında yol olarak ayrılan yerler çok rastlanılan örneklerdir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 05.10.1994 tarih, E: 1994/5-457, K: 1994/571 sayılı kararında bahsettiğimiz ihtimal tartışılmıştır;

“ (...) Kamulaştırma Kanununun 35. maddesine göre özel parselasyon sonunda malikin muvafakati ile kamu hizmet tesisleri için ayrılmış yerlerin bedeli eski malikleri tarafından istenemez.

Dava konusu taşınmaz mal özel parselasyona tabi tutulmuş ve davacı tarafından satın alınan parsel hakkında kamulaştırma işlemi yapılmıştır. Davacının fiilen kullanımına tahsis edilen parselin yüzölçümü tespit edilerek bundan kamulaştırılan miktar dikkate alınmak suretiyle kamulaştırma bedelinin arttırılmasına karar verilmiş olması, doğru görülmemiştir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir. (...) Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.”³²¹

Bu konuda ayrıca şunu da belirtmek isteriz ki özel parselasyonla terk edilen yerlerin hiç kullanılmaması yada terk amacına uygun kullanılmaması malikin geri alma hakkını doğurmaz³²² bu konuda tapu iptali ve tescil davası açılmaz.³²³³²⁴ Yargıtay 18.

³²¹ Benzer Karar. Yargıtay 5. Hukuk Dairesi, 01.06.2004 tarih, E. 2004/3267, K.2004/6305 “Taşınmaz önceki malikleri tarafından özel parselasyona tabi tutulmuş ve dava konusu bölümler yol olarak bırakılmış, paylı olarak 3.kişilere bu arada, davacıya bağlı yapan kişiye paylı olarak satılmıştır. 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 35. maddesine göre özel parselasyona sonucu malikin izni ile kamu hizmet ve tesislerine ayrılmış bulunan yerler için eski malikleri tarafından mülkiyet iddiasında bulunulamaz ve karşılığı istenemez. Davacı kurum halefi-yet yolu ile önceki malikin hak ve yetkilerine sahiptir”, Palmiye İçtihat Programı.

³²² Akar, a.g.e., s.1229

³²³ Gürsel, a.g.e., s.386

³²⁴ Yargıtay 5 Hukuk Dairesi 6.4.2004 tarih, E.2004/1194, K. 2004/4244 ; “Dava, imar şartı olarak davalı idare adına yol ve yeşil alana terk edilen taşınmazların amacına uygun kullanılmadığından davacılar adlarına tescil istemine ilişkindir. Dava konusu taşınmazlar davacılar tarafından yaptırılan mevzi imar planının tasdiki için üzerlerindeki tapularından muvafakatleri ile terkin ettirilmiş, söz konusu mevzi imar planı da encümençe tasdik edilmiştir. Açıklanan nedenle davanın reddine karar verilmesinde bir isabetsizlik görülmemiştir.” . Palmiye İçtihat Programı.

Hukuk Dairesinin bir kararında özel parselasyon sonucu yola terk edilen alanın imar düzenlemesi ile yol olmaktan çıkarılıp özel mülkiyete uygun bir hale dönüştürülmesi halinde dahi eski maliklerin mülkiyet iddiasında bulunup geri alma haklarının olmayacağı belirtilmiştir.³²⁵

3.3.4.6. Hukuken ve Fiilen El Atma Olarak Kabul Edilmeyen Haller

Kamu yararı kararı alınan hallerde; kamulaştırma işlemleri tamamlanmaksızın idarenin taşınmazlara el koyması, idarenin usulüne uygun olarak yapmış olduğu kamulaştırma işleminde kamulaştırma sınırlarının dışına çıkarak taşınmazın kamulaştırma projesi dâhilinde olmayan bölümlerine de el koyması, belediyelerce yapılan imar uygulamaları sırasında, imar kanunu hükümleri uyarınca düzenlemeye tabi tutulan taşınmazların, kamu hizmetleri için ayrılıp üzerinde kamu tesisleri bulunan alanlara hisselendirilmesi, imar uygulamaları sırasında, imar kanunu hükümleri uyarınca düzenlemeye tabi tutulan taşınmazlardan, yasal olarak kesilmesi gereken imar düzenleme ortaklık payı miktarından fazlasının kesilmesi suretiyle kamu hizmetlerine tahsis edilmesi gibi durumlar kamulaştırmaksız el atma davalarına konu olmuştur. Yargıtay 5. Hukuk Dairesi 24.10.2005 tarihli bir kararında, “dava, 3194 sayılı imar Kanununun 18.maddesi uyarınca imar uygulamasına tabi tutulan taşınmazlardan, fazla düzenleme ortaklık payı kesilmesi nedeniyle, bu kısımlara ilişkin kamulaştırmaksız el atma bedelinin tahsili istemine ilişkindir. Taşınmazlardan yasal orandan fazla düzenleme ortaklık payı kesildiği iddia edildiğinden; bu husus araştırılarak yasal orandan fazla düzenleme ortaklık payı kesilmişse bu miktar için dava tarihi esas alınmak kaydıyla değer biçilerek, dava tarihinden itibaren yasal faiziyle birlikte tahsiline karar verilmesi gerekir” diyerek kanunen öngörülen düzenleme ortaklık payından fazla kesinti yapılmasının dava konusu edilebileceğini kabul etmiştir.

³²⁵ Yargıtay 18. Hukuk Dairesi 20.06.2002 tarih, E. 2002/6245, K.7057 ; “Kamulaştırma Yasasının 35.maddesinde, imar mevzuatı gereğince düzenlemeye tabi tutulan parsellerden **özel parselasyon sonunda malikinin muvafakati ile kamu hizmet ve tesislerine ait bulunan yerler için** eski malikleri tarafından **mülkiyet iddiasında bulunulamayacağı ve karşılığının istenemeyeceği** herhangi bir koşula bağlı tutulmaksızın açık ve seçik bir şekilde öngörülmüştür” . Palmiye İçtihat Programı.

3.4. Taşınmaz Mülkiyetine Müdahalede İdari ve Adli Yargı Ayrımı

İdarenin eyleminin bir kamulaştırmasız el atma olduğunu kabul edebilmek için öncelikli olarak özel mülkiyete tabi taşınmaza yapılan el atmanın sürekli ve sahiplenme güdüsüyle yapılması gerekir. İdarenin niyetinin ne olduğunun çoğu olayda tespit edilmesi zordur. Bu konuda yargı içtihatlarına bakıldığında ayrımın formüle edilmesinde yapılan eylemin idare tarafından alınan bir karar üzerine plan ve projenin uygulanması neticesinde yada bu tür yerlerin bakım ve kullanımı aynı zamanda idarenin sorumluluğu altında olduğundan meydana gelen sonuçlarda idari fiillerdir. *Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 11.02.1959 tarih ve 1958/17 E ve 1959/15 Kararında*³²⁶ “Devlet Karayolları veya Su İşleri Umum Müdürlükleri, belediyeler veya hususi idareler gibi amme teşekküllerinin verdikleri kararlar sonunda ve plan ve projelere uygun olmak üzere tesisler yaptırmış olmaları veya bu tesisleri kullanmaları veya bu tesislere bakmaları sebebiyle fertlerin uğramış oldukları zararların tazminine ilişkin davaların idari davalardan olduklarına ve bu bakımdan bu davalarda idari kazanın vazifeli bulunduğuna, 11/2/1959 da ki birinci toplantıda üçte ikiyi geçen ekseriyetle karar verildi” demek suretiyle idari ve adli yargının görev ayrımı konusunda tespitte bulunmuştur.

3.5. Anayasa Mahkemesi Tarafından İptal Edilen 2942 Sayılı Kamulaştırma Kanununun 38. Maddesinin A.İ.H.M.’nin Yansımaları ve Bugünkü Durum

3.5.1. 2942 sayılı Kanunun 38. Maddesinin Yürürlüğü

08.11.1983 tarihinde yürürlüğe giren 2942 sayılı Kamulaştırma kanununun 38. maddesi idare lehine bir hak düşürücü süre öngörmüştür. Buna göre, “kamulaştırma yapılmış ancak işlemleri tamamlanmamış veya kamu hizmetine ayrılarak veya kamu yararına yönelik bir ihtiyaca tahsis edilerek üzerinde tesis yapılan taşınmaz malın malik, zilyet veya mirasçılarının taşınmaz mal ile ilgili her türlü dava hakkı 20 yıl geçmekle düşer ve bu süre taşınmaz mala el koyma tarihinden itibaren başlar.”

³²⁶ Palmiye İchtihat Programı

Kamulaştırmasız el koyma ile ilgili olarak zamanaşımı meselesi, Yargıtay İçtihatı Birleştirme Kurulunun 16.05.1956 tarih ve 1954/1E. Ve 1956/7 K sayılı kararında tartışılmış ve gayrimenkul mülkiyetine dayanılarak açılacak bir davada zamanaşımının mevzubahis olamayacağı açıkça belirtilmiştir.³²⁷

Yargıtay'ın bu İçtihadı Birleştirme Kurulu Kararı 08.11.1983 tarihinde yürürlüğe giren 2942 sayılı Kamulaştırma kanununun 38. Maddesindeki düzenlemeye kadar sürmüştür. Buradaki düzenleme ile tüm davaların 20 yıllık hak düşürücü süre ile sınırlanması ve bu sürelerin geçmesi ile birlikte malikin dava açma hakkının hak düşürücü sürenin geçmesi ile birlikte ortadan kalkması ayrıca Türkiye'nin çeşitli yerlerinde idare tarafından tapu iptali ve tescil davalarının ikamesi ile birlikte özel mülkiyete tabi bu tür yerlerin tapularının terkinin ile idare adına tescil edilmesi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin önüne bir çok davanın gitmesine sebep olmuştur.

3.5.2. 38. Madde Uygulamasının A.İ.H.M Önüne Getirilmesi ve Örnek Davalar

2942 sayılı Yasanın 38, maddesinde belirtilen koşullar oluştuğunda, idarenin, mal sahibine herhangi bir bedel ödemeksizin, taşınmazın kendi adına tescilini isteyebileceği hususunda bir hüküm bulunmamasıyla beraber, kanunun gerekçe metninde “ *Medeni Kanunun 638,639 ve 897. maddeleri dikkate alınarak mülk edinmedeki kazandırıcı zaman aşımı süresinin, mülkiyetin kaybedilmesinde de idarelerin menfaatleri dikkate alınarak değerlendirilmesi gerektiği*” belirtildiğinden uygulamada idareler kamulaştırmasız el koydukları taşınmazlarla ilgili olarak el koyma tarihinden itibaren 20 yıllık sürenin dolmasından sonra açtıkları tapu iptali ve tescil istemli davalarda tapu kaydındaki maliki hasım göstererek de kamu hizmeti için el konulan taşınmazlara her hangi bir bedel ödemeksizin, bu yerin idare adına tescilini isteme hakkına sahip olmuşlardır. Öte yandan

³²⁷ Yargıtay İçtihatı Birleştirme Kurulunun 16.05.1956 tarih ve 1954/1 E – 1957/7 K ; “ ... *Gayrimenkulü, istimlak edilmeksizin, yola kalbedilen malikin mülkiyet hakkı zeval bulmayıp baki kaldığı cihetle bu hakkına dayanarak her vakit meni müdahale davası açabileceği gibi, bunun yerine mülkiyet hakkının gayrimenkulünü yola kalbeden amme hükmü şahsiyetine devrine razı olarak, gayrimenkulünün bedelini de dava edebilir. Dava edeceği bedel gayrimenkulü üzerinde mülkiyet hakkının devrine karşılık olduğuna göre de mülkiyet hakkına dayanılarak açılacak olan bir davada mürruzamanın bahis mevzuu olamayacağı ve bu itibarla da hadisede BK.nun 66. Maddesi de uygulanmaz. ... ” . Palmiye İçtihat Programı.*

2942 sayılı Yasanın 38. maddesinin yürürlüğe girmesinden itibaren taşınmazına kamulaştırmasız el konulan mal sahipleri tarafından açılan el atmanın önlenmesi ya da taşınmaz bedelinin ödenmesi istemli davalar el koyma tarihi ile dava tarihi arasında 20 yıllık süre dolmuş ise ret edilmiştir. Kamulaştırma Kanununun 38. maddesinde yer alan 20 yıllık süre doğrudan doğruya hakim tarafından dikkate alınması gereken ve zaman aşımı gibi kesme ve durma hükümlerine bağlı olmayan ve hakkın özünü ortadan kaldıran (hak düşürücü) bir süredir.³²⁸

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihatlarından ilk örnek Papamichalopoulos davasıdır.(No:14556/89)³²⁹ Yunanistan'a karşı görülen bu davada şeklen mülkiyet hakkının korunmasına rağmen malikin tasarruf yetkisinin engellenmesini ihlal olarak değerlendirmiştir. Bu konuya ilerleyen bölümlerde ayrı bir başlık altında inceleyeceğiz. Ancak bu bölümde belirtebileceğimiz diğer davalar; Sporrong Lönnorth – İsveç davası (No: 24638/94), Belvedere Alberghiera – İtalya davası (No: 31524/96), CarbonaVenture – İtalya davaları (No: 24638/94) verilebilir.³³⁰

2942 Sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 38. maddesinin uygulanması nedeniyle Türkiye de mülkiyet haklarına müdahale edilen davacılar iç hukuk yollarını tükettikten sonra sorunu AİHM'ne taşımışlar AİHS'nin 1 Numaralı Ek Protokolünün 1. maddesine aykırılık nedeniyle Türkiye bir çok davada tazminata mahkum edilmiştir. (Börekçioğulları - Türkiye davası (No: 58650/00), Akyüz - Türkiye davası: 35837/02), Akagün - Türkiye davası (No:71901/01), Erbey - Türkiye davası (No:29188/02) vs. gibi³³¹

AİHM'nin bu konudaki kararlarında Kamulaştırma Kanununun 38. maddesinin Türk hukuk sisteminde yasa dışı bir unsur oluşturduğunu bunun da AİHS'nin Ek 1 nolu Protokolünün 1. maddesinde belirtilen mülkiyet hakkının ihlaline yönelik bir uygulama olduğunu belirterek kamulaştırmasız el koyma eyleminin, meydana geldiği sırada geçerliliği olan bir kanun maddesine dayalı olarak gerçekleştirilse dahi, kamu menfaatleri

³²⁸ Karabağ, a.g.e., s. 5-9

³²⁹ H. Gürbüz Sarı, **A.İ.H.S. Ek 1 Göre Malvarlığı Haklarının Korunması**, Güncellenmiş 12. Bası, İstanbul : 12 Levha Yayınları ,2010, s.77

³³⁰ Sarı, a.g.e., s.65 – 67

³³¹ Karabağ, a.g.e., s.5-9

ile bireysel hakların korunması zorunluluğu arasında hakkaniyete uygun bir dengeyi sağlayacak hiçbir tazmin süreci yürütülmediğinden yapılan müdahalenin keyfiyete dayalı olup mülkiyet hakkının ihlal edildiğini ve değeri ile makul oranda bir meblağ ödenmeksizin bireylerin elinden mülkiyetin alınmasının sözleşme hükümleri çerçevesinde meşru görülemeyecek bir müdahale olduğunu vurgulamıştır.³³²Yukarıda belirttiğimiz gibi bu bahsi ileride ayrı bir başlık altında etraflıca irdeleneceğiz.

3.5.3. 2942 Sayılı Kanunun 38. Maddesinin İptal Süreci

1982 Anayasasının Anayasanın geçici 15. maddesinin son fıkrası 1980 ihtilali ile birlikte çıkarılan kanunların anayasaya aykırılığının önünü kapamaktaydı. Anayasanın geçici 15. maddesinin 03.10.2001 tarihinde kaldırılması ile birlikte 2942 sayılı yasanın 38. Maddesi somut norm denetimi yoluyla Şereflikoçhisar Asliye 1. Hukuk Mahkemesi, Ürgüp Asliye Hukuk Mahkemesi, Siirt Asliye Hukuk Mahkemesi ve İskenderun Asliye 1. Hukuk Mahkemelerini başvuruları sonucu Anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir.

Anayasa Mahkemesi 10.04.2003 tarih, 2002/112 E – 2003/33 K. sayılı iptal kararındaki gerekçede, Kamulaştırma Kanununun 38. maddesinin, Anayasanın 35. maddesindeki mülkiyet hakkı ile ilgili düzenlemeye aykırı olduğunu bu madde ile mülkiyet hakkının temel insan hakkı olarak korunduğunu, ayrıca Anayasanın 13. maddesindeki temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasına ilişkin hükme ve Anayasanın 46. maddesine aykırılık teşkil ettiğini de belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi kararında var olan bir başka husus da mülkiyet hakkının zaman ötesi bir hak olup bu hakkın zaman aşımına uğratılamayacağı vurgusu yapıldıktan sonra destek norm olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Ek 1. Numaralı Protokolü'nün 1. maddesine mahkeme tarafından atıf yapılmıştır.

Yukarıda kısaca açıklanan gerekçelere dayalı olarak Kamulaştırma Kanununun 38. maddesi Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilerek, iptal kararının 04.11.2003 tarihli Resmi Gazetede yayınlanması ile yürürlükten kaldırılmıştır.

³³² Kadriye YILDIZ ve diğerleri – Türkiye Davası (Başvuru No: 73016/01), Palmiye İçtihat Programı

3.6. Kamulaştırma Kanun 38. Maddesinin Anayasa Mahkemesi Tarafından İptal Edilmesinden Sonraki Durum

2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun Hak Düşürücü süre başlıklı 38. maddesine ilişkin Anayasa Mahkemesinin 04.11.2003 tarihinde yürürlüğe giren iptal kararı ile birlikte bu tarihten önce idarelerin kamulaştırmaz el koyduğu taşınmaz mallarla ilgili 20 yıllık hak düşürücü sürenin geçirilmiş olması halinde durumun ne olacağı hususu yargı kararlarında da tartışılmıştır. Zira Anayasa Mahkemesinin iptal kararlarının geriye yürümeyeceği ilkesinden hareketle idare yararına kazanılmış mülkiyet hakkının varlığının kabul edilip edilmeyeceği, bu bağlamda idarece taşınmaz maliki aleyhine Anayasa Mahkemesinin iptal kararından önce iptal edilen yasa kuralına dayanılarak açılan tapu iptali ve tescil davasına Anayasa Mahkemesinin iptal kararının etkili olup olmayacağı hususlarında, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 25.05.2005 tarih, 2005/5-288 E. – 352 K. sayılı ilamında bir değerlendirme yapmıştır. Kurul yaptığı değerlendirmede *2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 38. maddesi Anayasa Mahkemesinin iptal kararının resmi gazetede yayınlandığı³³³ 04.11.2003 tarihinde ortadan kalktığından bu tarihe kadar zamanaşımına uğramış taşınmazlarla ilgili olarak hak düşürücü sürenin geçmesi ile birlikte mülkiyetin idareye geçeceğine karar vermiştir.*³³⁴ Ancak bugün itibariyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Türkiye aleyhine aldığı kararların etkisiyle 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununa eklenen *geçici 6. madde* ile sorunun çözümü yoluna gidilmiştir

³³³ 1982 Anayasasının 153. Maddesi; Kanun, kanun hükmünde kararname veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü ya da bunların hükümleri, iptal kararlarının Resmi Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar.

³³⁴ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 25.05.2005 tarih, 2005/5-288 E. – 352 K “ *2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 38.maddesinde yazılı 20 yıllık hak düşürücü sürenin geçmiş olması nedeniyle, 12.8.2002 tarihinde görülmekte olan dava açılmış; Anayasa Mahkemesi'nin, 04.11.2003 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan 10.4.2003 gün ve 2002/112 Esas, 2003/33 Karar sayılı kararı ile 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 38.maddesi iptal edilmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından önce 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 38.maddesinde öngörülen yirmi yıllık hak düşürücü süre geçirildiğinden, davalının mülkiyet hakkı sona ermiş, taşınmaz, artık tesisi yapan davacı idarenin mülkiyetine geçmiştir.*”, Palmiye İçtihat Programı.

3.7. 2942 Sayılı Kamulaştırma Kanununun Geçici 6. Maddesi Kamulaştırmaz El Koyma Sebebiyle Tazmin

3.7.1. Kanunun Uygulanacağı Taşınmazlar

Kanunun ilk paragrafı düzenleme kapsamındaki taşınmazları belirtmektedir. Buna göre kanun, *“kamulaştırma işlemleri tamamlanmamış veya kamulaştırması hiç yapılmamış olmasına rağmen 9/10/1956 tarihi ile 4/11/1983 tarihi arasında fiilen kamu hizmetine ayrılan veya kamu yararına ilişkin bir ihtiyaca tahsis edilerek üzerinde tesis yapılan taşınmazlara veya kaynaklara...”* uygulanacaktır.

Madde metni tartışmaya mahal vermeyecek şekilde geçici 6. madde kapsamındaki taşınmazları tanımlamıştır. Kanunda 09/10/1956 ile 04/11/1983 tarihlerinin esas alınmasının sebebi 09/10/1956 tarihinde yürürlüğe giren ve 2942 sayılı kanunun yürürlüğe girmesi ile birlikte yürürlükten kalkan 6830 sayılı eski Kamulaştırma Kanununun 2. maddesinde 09/10/1956 tarihinden önce el atılan taşınmazlar kast edilerek *‘6830 sayılı İstimlak Kanununun yürürlüğe girdiği tarihe kadar, kamulaştırma işlerine dayanmaksızın, kamulaştırma kanunlarının göz önünde tuttuğu maksatlara fiilen tahsis edilmiş olan gayrimenkuller ilgili amme hükmi şahsı veya müessesesi adına tahsis tarihinde kamulaştırılmış sayılır’* düzenlemesidir. Bu hükme göre 09/10/1956 tarihinden önceki el atılan taşınmazlar kamulaştırılmış sayılacağından, çözüme kavuşturulması gereken taşınmazlar bu tarihten sonra kamu kurumlarınca el atılan taşınmazlardır. Bu tarihten sonra el atılan taşınmazlarda da ikili bir ayırım yapmak gerekir. Şöyle ki; Kamulaştırma Kanununun 38. maddesinin Anayasa Mahkemesi tarafından iptali ve iptal kararının 04.11.2003 tarihli resmi gazetede yayınlanması ile madde yürürlükten kaldırılmıştır. Ancak *Anayasa Mahkemesi kararlarının geriye yürümemesi sebebiyle* iptal kararının yayım tarihine kadar 20 yıllık hak düşürücü sürenin geçmesiyle birlikte mülkiyet hakkını kaybeden taşınmaz sahipleri açısından mağduriyet doğmuştur. Zira 04.11.1983 tarihinden sonra el atılan taşınmazlarda hak düşürücü süre dolmadığından maliklerin dava hakkı mevcutken bu tarihten önce el atılan taşınmazlar için hak düşürücü süre nedeniyle dava hakkı kalmamıştır. Bu adil olmayan durum kanun koyucunun iradesine yansımış bu

nedenle kamu kurumlarınca en son 04.11.1983 tarihine kadar el atılan taşınmazlar kanun kapsamına alınmıştır.

3.7.2. Uzlaşma Görüşmeleri

Kanun birinci paragrafında ‘*öncelikle uzlaşma yoluna gidilmesi esastır*’ düzenlemesi idarenin sorunu öncelikle uzlaşarak çözmesi gerektiğini ortaya koymaktadır.

Tazminat müracaatı üzerine, fiilen el konulan taşınmazın veya üzerinde tesis edilen irtifak hakkının malikin müracaat ettiği tarihteki tahmini değeri; bu Kanunun 8 inci maddesinin ikinci fıkrasına göre teşkil edilen kıymet takdir komisyonu marifetiyle, taşınmazın el koyma tarihindeki nitelikleri esas alınmak ve bu Kanunun 11 inci ve 12 nci maddelerine göre hesaplanmak suretiyle tespit edilir. Tespitten sonra, bu Kanunun 8 inci maddesinin üçüncü fıkrasına göre teşkil olunan uzlaşma komisyonunca, müracaat tarihinden itibaren en geç altı ay içerisinde 7201 sayılı Kanun hükümlerine göre tebliğ edilen bir yazı ile, tahmini değer bildirilmeksizin, talep sahibi uzlaşma görüşmelerine davet edilir.

3.7.3. Uzlaşma Görüşmelerinin Yürütülme Esasları ve Sonuçları

Taşınmazına el atılan mal sahibinin müracaatı üzerine kendisi 6 ay içerisinde uzlaşma görüşmelerine davet edilir.³³⁵ İdare taşınmazın bedelini illaki nakdi ödemeyle yapmak zorunda değildir. Kanunda idareye bu konuda seçimlik haklar verilmiştir. Buna göre; “*Uzlaşma; nakdi ödeme, idareye ait taşınmazın trampası, idareye ait taşınmaz üzerinde sınırlı aynı hak tanınması veya imar mevzuatı çerçevesinde başka bir yerde imar hakkı kullandırılması suretiyle yapılabilir*” Mülkiyet hakkı sahibi uzlaşma davetine icap etmişse idare bu görüşmeleri icap tarihinden itibaren altı ay içerisinde bitirmek zorundadır.³³⁶ Düzenlenecek uzlaşma tutanağı ile tapu müdürlüğünde resen tescil ve terkin

³³⁵ Geçici 6. Maddenin 2. Fıkrası

³³⁶ Geçici 6. Maddenin 4. Fıkrası ; Yapılan uzlaşma görüşmeleri sonucunda taraflar arasında bir uzlaşma olursa oluşturulacak olan sözleşmeyle tapuda resen tescil veya terkin işlemi yapılabilmektedir.

yapılabilmektedir.³³⁷ Uzlaşılacak nakdi bedel peşin veya taksitle ödenebilir.³³⁸ Uzlaşma sağlanamaması halinde el atılan taşınmaz sahibinin 3 ay içerisinde dava açması gerekir.

Söz konusu sürenin başlangıç tarihi konusunda yasada iki ayrı ihtimal gözetilmiştir. Birinci ihtimalde taraflar uzlaşma görüşmeleri yapmışlar ancak anlaşamamışlardır. Bu durumda uzlaşma tutanağının imzalandığı tarihten itibaren 3 aylık bir süre içerisinde taşınmazına el atılan mal sahibinin dava açması gerekmektedir. Bu süre hak düşürücü bir süredir.

İkinci ihtimal ise, müracaat yapılmış ancak uzlaşma görüşmeleri hiç yapılmamıştır. Bu durumda kanun 2. Fıkrasında belirtilen ‘ *müracaat tarihinden itibaren en geç altı ay içerisinde 7201 sayılı Kanun hükümlerine göre tebliğ edilen bir yazı ile, tahmini değer bildirilmeksizin, talep sahibi uzlaşma görüşmelerine davet edilir*’ düzenlemesi gereğince taşınmazına el atılan mal sahibi müracaat tarihinden itibaren 6 aylık süreyi bekler bu sürenin bitiminden itibaren 3 ay içerisinde davasını açmak zorundadır.

Kanunda öngörülmeleyen üçüncü ihtimal ise, uzlaşma görüşmelerine başlayan idarenin bu görüşmeleri olumlu veya olumsuz neticelendirmeden görüşmelerin kesilmesidir. Taşınmazına el atılan mal sahibi bu tutanağın imzasına gelmemesi yada imtina etmesi halinde ne olacaktır. Kanunda bu konuda boşluk vardır. *Kanaatimizce bu durumlarda kanunun 4. Fıkrasının geniş yorumlanıp uzlaşma görüşmelerinin altı aylık süre içerisinde bitirilmesi şart koşulduğundan bu 6 aylık sürenin dolduğu tarih üç aylık sürenin başlangıç tarihi olmalıdır.*

Taşınmazına el atılan mal sahibinin açacağı dava sadece tazminat davası olabilir. Taşınmazına el atılan mal sahibinin açacağı dava fiilen el konulan taşınmazın veya üzerinde tesis edilen irtifak hakkının müracaat tarihindeki değerine göre bedelinin talep edilmesidir. Bunun dışında bir taleple dava açamaz. (örneğin müdahalenin menı talebi gibi) Mahkemenin vereceği karar ise idare aleyhine bedel tespiti ancak idare lehine tapunun tecili yada terkini şeklinde olacaktır. Kesinleşen mahkeme kararlarına binaen

³³⁷ Geçici 6. Maddenin 4. Fıkrası

³³⁸ Geçici 6. Maddenin 5. Fıkrası

yapılan ödemeler, ayrılacak ödenekten yapılacaktır. İdareler bu konuda yapacakları ödemeler için yıllık bütçelerinde sermaye giderleri için öngördükleri ödeneklerin yüzde 2'si kadar ödenek ayıracaklardır. Her yıl kesinleşen alacaklar ayrılan bütçeyle ödenebildiği taktirde bedellerin tamamı ödenebilecekken kesinleşen miktarlar bu miktarın üzerinde olması halinde ödemeler sonraki yıllarda ödenmek üzere garameten ve taksitlerle yapılacaktır; bunun anlamı her alacak büyüklüğü oranında ayrılan bütçeden pay alacaktır. Bu şekilde yapılacak ödemeler ve taksitlendirmelerde bütçe imkanları dikkate alınacaktır. Bedelin peşin ödenememesi halinde *3095 sayılı Kanuna göre ayrıca kanuni faiz ödenir.* Müracaatla birlikte idarenin başvurabileceği uzlaşma yollarını belirtmiştik, kanun 3. Fıkrasındaki düzenlemeyi tekrar hatırlarsak '*Uzlaşma; nakdi ödeme, idareye ait taşınmazın trampası, idareye ait taşınmaz üzerinde sınırlı aynı hak tanınması veya imar mevzuatı çerçevesinde başka bir yerde imar hakkı kullandırılması suretiyle yapılabilir*' hükmü burada da geçerlidir.

Ayrıca geçici 6. maddenin uygulama alanı içerisinde daha önce dava açıp da bu davaları süre şartı nedeniyle ret edilenler yani Kamulaştırma Kanununun 38. maddesinde belirtilen 20 yıllık zamanaşımı nedeniyle davaları ret edilenlerde davacı olabileceklerdir. Ancak davaları süre şartı dışında bir nedenle ret edilenler davacı olamayacakları gibi daha önce bu konuda dava açıp da davaları lehlerine sonuçlananlarda bu kanundan yararlanamayacaklardır. Ancak bu son belirttiğimiz daha önce dava açıp da kazananlara nakdi ödeme yerine bu kanunun 2. Fıkrasında belirtilen uzlaşma yolları teklif edilebilecektir.

Yine geçici 6. madde mevcut davalara da uygulanacaktır. Madde metninde bu durum aynen şöyle ifade edilmiştir. '*Vuku bulunduğu tarih itibarı ile bu maddenin kapsamında olan kamulaştırmasız el koymadan dolayı bu maddenin yürürlüğe girmesinden önce tazmin talebiyle dava açmış olanlar; bu madde hükümlerine göre uzlaşma yoluna gitmeyi isteyip istemediklerini bu maddenin yürürlüğe girmesinden itibaren üç ay içinde idareye ve mahkemeye verecekleri dilekçeler ile bildirebilirler. Uzlaşma talebi üzerine, uzlaşma görüşmelerinin neticesine kadar dava bekletilir; uzlaşamaması halinde, uzlaşmazlık tutanağının mahkemeye sunulmasından sonra davaya devam edilir.*' Yargıtay uygulamasına bakıldığında hak sahibinin sadece mahkemeye başvurması yeterli olup

tarafların uzlaşamayacağı ortada ise uzlaşmazlık tutanağının mahkemeye sunulmasının beklenmesine gerek yoktur. 5. Hukuk Dairesi'nin bir kararında belirttiği gibi '2942 sayılı Kamulaştırma Kanununa eklenen Geçici 6.madde ile uzlaşmaması halinde, uzlaşmazlık tutanağının mahkemeye sunulmasından sonra davaya devam edilir hükmü getirilmiş ise de, taraflar arasında uzlaşmanın söz konusu olamayacağı anlaşıldığından işin esasına girilerek karar verilmesi gerekir' (Yargıtay 5. Hukuk Dairesi16.06.2011 tarih, E:2011/3916, K:2011/10784).

Geçici 6. maddeye dayalı olarak sonuçlanan davalarda hak sahiplerinin alacağı tahsil imkanı kısıtlanmıştır. Devlet mallarının haciz edilemeyeceğine çeşitli kanunlarda yer verilmiştir. Kanun son fıkrasında '.. Bu madde uyarınca ödenecek olan tazminatın tahsili sebebiyle idarelerin mal, hak ve alacakları haczedilemez' düzenlemesi ile buna benzer bir hüküm getirmiştir. Ancak özellikle belediyelerin kamu hizmetine tahsis edilmeyen mal, hak ve alacaklarının haczedilebilmesi kanun koyucuyu bu yola itmiştir.

3.8. İdarenin Taşınmazlara İmar Durumundaki Kayıtlamalarla El Atması

3.8.1. Kayıtlamalarla El Atmanın Tanımı

İdarenin taşınmazlara kayıtlamalarla el atması, *idarenin özel mülkiyete konu bir taşınmazı fiilen kamu hizmetine tahsis etmeden ya da üzerine bir yapı yapmadan imar planları yoluyla ileride yapılacak bir kamu hizmetine tahsis etmesi, malikin taşınmazı üzerindeki tasarruf yetkisini bu amaçla kısıtlaması, bu kısıtlık halinin süreklilik arz etmesine rağmen imar planlarının hayata geçirilmemesi ve yatırım planları içerisinde taşınmazın kamulaştırılmasının öngörülmemesi nedeniyle söz konusu kısıtlık halinin mülkiyet hakkının özüne dokunması ve hukuka aykırı bir karakter kazanması halini ifade eder.*

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 15.12.2010 tarih, 2010/5-662 E.,2010/551 K .sayılı içtihadı ile bu güne kadarki kamulaştırmatsız el atma olgusuna yeni bir boyut kazandırmıştır. Zira Yargıtay 5. ve 18. Hukuk Daireleri bugüne kadarki uygulamalarında taşınmazlar üzerine imar planları ile getirilen kısıtlamaların kamulaştırmatsız el atma

olgusunu oluşturamayacağı, idarenin taşınmaza fiilen el atması gerekliliğini ısrarla gözetmiştir. Öğretide ise, yazarlar kamulaştırmaz el atmanın unsurlarını tanımlarken konuya da değinme gereği duymuş; *Günday*, kamulaştırmaz el atmadan söz edebilmek için “ *idarenin özel mülkiyette bulunan bir taşınmaz mala malik veya zilyet gibi tasarrufta bulunması ya da taşınmaza hiç olmazsa belli bir süre sahibinin tasarrufundan alıkoyması gerektiğini*”³³⁹ belirtmekte, Böke ise, *fiilen kamu hizmetine ayrılan yada kamu yararına ilişkin bir ihtiyaca tahsis edilen veya üzerine yapı yapılan taşınmazları* bu kapsamda değerlendirmiştir.³⁴⁰

3.8.2. Yargıtay’ın Konuya Bakışı

Yargıtay’ın Hukuk Dairelerinin ve Hukuk Genel Kurulunun çeşitli tarihlerde verdiği kararlarda imar uygulamaları ile birlikte bir kamu hizmetine tahsisi edilen ve bu nedenle maliklerinin tasarruf yetkisi kısıtlanan taşınmazlara bu durum nedeniyle idare tarafından el atıldığının iddia edilemeyeceği³⁴¹, idarenin taşınmaza fiilen el atması gerektiği belirtilerek açılan davalar ret edilmiştir.³⁴² Yargıtay’ın bu dönemde belirttiğimiz kararları oy birliğiyle almamıştır. Kararlara karşı yazılan muhalefet şerhlerinde bu durum eleştirilmiş aşağıda dip not olarak verdiğimiz kararlarda muhalefet şerhi yazanlar idarenin pasif ve suskun kalması ve işlem tesis etmemesini el atma olarak görmüşlerdir.³⁴³

³³⁹ Günday, a.g.e., s.277

³⁴⁰ Veli Böke, **Kamulaştırmaz El Atma Davaları**, 2. Bası, Kayseri: Seçkin Yayınevi, 2006, s. 17

³⁴¹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 12.05.1999 tarih, E. 1999/5-281 K.1999/284 K. “*Taşınmazın tapu kaydına "güvenlik bölgesi" içinde kaldığının şerh edilmesi fiili el atma niteliğinde değildir. Davanın reddi gerekirken, kabulüne karar verilmesi hatalıdır. Ayrıca davacı, idarenin uygulaması nedeniyle mülkiyet hakkına sınırlamalar getirildiği, taşınmazın değerinin düştüğü gerekçesiyle uğradığı zararın giderilmesi talebini tam yargı davası olarak idari yargı yerinde ileri sürebilir.*”, Palmiye İçtihat Programı.

³⁴² Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 09.04.2003 tarih, E. 2003/5-281, K. 2003/284 “*(...) Yukarıda belirtilen ilkeler uyarınca, taşınmazın fiili imar uygulamasına tabi tutulmadığı, fiilen de el konulmadığı bu nedenle kamulaştırmaz el atma olgusundan söz etme olanağı bulunmadığı böylelikle bu durumun mülkiyet hakkı sahibi davacıya bir dava hakkı vermeyeceği sonucuna varılmıştır.*” Palmiye İçtihat Programı.

³⁴³ Bir önceki Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararının muhalefet şerhinde belirtildiği gibi “*(....) Davalı belediye (...) Pasif ve suskun kalarak, işlem tesis etmeyerek taşınmaza müdahale etmektedir. Hareketsiz kalarak mülkiyet hakkını süresi belli olmayan bir sınırlamaya tabi tutmaktadır. Bu haksız bir el atmadır.*” Palmiye İçtihat Programı.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2005 yılında verdiği bir kararında *imar uygulaması sonucu davacıya pay tahsis edilen taşınmazın imar planında okul alanı olarak ayrılmasını davacıların taşınmazdan bağımsız yararlanma ve başka türlü kullanma olanağının kalmaması olarak niteleyerek, idarenin taşınmazı imar planında okul alanı olarak ayırmasını fiili el atma olarak nitelemiştir.*³⁴⁴ Söz konusu kararında Yargıtay'ın önceki kararlarında mutlak olarak aradığı fiili el atma olgusunu aramaması içtihat değişikliği olarak nitelenirken 2007 yılında verdiği bir başka kararında ise daha önceki çizgisine dönerek fiili el koyma olgusunun varlığını aramıştır.³⁴⁵

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 15.12.2010 tarihinde E. 2010/5-662, K. 2010/551³⁴⁶ tarihli kararı ile 2005 tarihli kararına geri dönüş yapmıştır. Ancak Danıştay Başsavcılığı imar kısıtlılığı sebebiyle açılan bir kamulaştırmasız el atma davası sebebiyle Milli Eğitim Bakanlığının talebi üzerine konunun idari yargının görev alanında olduğunu belirterek olumlu görev uyuşmazlığı çıkartmıştır. Davaya bakan Uyuşmazlık Mahkemesi, "*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*"³⁴⁷ demek suretiyle bu tür davaların idari yargıda tam yargı davası olarak görülebileceği içtihatın da bulunmuştur.

³⁴⁴ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 02.02.2005 tarih, E 2004/5-555, K. 2005/17 "*(...) 3194 sayılı İmar Kanununun 18. maddesine göre uygulamaya tabi tutularak davacılar pay tahsis edilen dava konusu imar parseli, imar planında lise alanı olarak ayrıldığından; davacıların taşınmazdan bağımsız yararlanma ve başka türlü kullanma olanağı kalmadığına göre; mahkemenin, kamulaştırmasız el atma koşullarının gerçekleştiği yönündeki direnme kararı yerindedir.*", Palmiye İctihat Programı.

³⁴⁵ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 31.10.2007 tarih, E2007/5-718, K.2007/805 "*(...) Davalı idarenin, dava konusu taşınmazda fiilen el atmadığı, taşınmazı elinde bulunduran tapu maliki davacıyı tasarruftan men etmediği, imar planında oyun alanında ayrılmış olsa dahi bu amaca yönelik olarak taşınmazda fiilen düzenleme yapıp, kamu hizmetine tahsis etmediği ve üzerinde herhangi bir tesis yapmadığı belirgin olup, bu haliyle kamulaştırmasız olgusundan söz etme olanağı bulunmadığından, taşınmazın sadece imar planında oyun alanı olarak ayrılmış olmasının, mülkiyet hakkı sahibi davacıya bir dava hakkı vermeyecektir.*" Palmiye İctihat Programı.

³⁴⁶ Benzer Karar **Yargıtay Hukuk Genel Kurulu** 15.12.2010 tarihinde E. 2010/5-662, K. 2010/651, Palmiye İctihat Programı.

³⁴⁷ Uyuşmazlık Mahkemesi, 04.06.2012 tarih ve 2012/62 E , 2012/125 K., Palmiye İctihat Programı.

3.8.3. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 15.12.2010 Tarihli İctihadı

Yargıtay'ın 2010 tarihli söz konusu kararını incelediğimizde el atma olgusunun kabulü aşağıdaki şartların varlığına bağlıdır. Söz konusu şartların varlığı halinde imar planındaki kısıtlılık hali hukuka aykırı bir hal arz edecektir. Buna göre;

- a- Taşınmaz üzerinde daha önce kamulaştırma yapılmamış olması,
- b- Taşınmazla ilgili kamulaştırma kararının alınmamış olması ve mevcut yatırım planları içerisinde taşınmazın kamulaştırmasının öngörülmemiş olması,
- c- Taşınmazın imar planında kamu hizmetine ayrılan yerlerden olması,
- d- İmar planı ile getirilen kısıtlamanın sürekli ve mülkiyet hakkını aşırı kısıtlaması,
- e- Taşınmazın içinde bulunduğu imar planının uzun yıllar fiilen hayata geçirilmemesi ,
- f- İdarenin el attığı bu taşınmazda yıllarca pasif ve suskun kalması; işlem tesis etmemesi.

Burada dikkatten kaçmaması gereken husus Yargıtay'ın prensip itibariyle imar durumlarındaki kısıtlılık halini mülkiyet hakkına bir müdahale olarak görmemesidir. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun söz konusu kararı incelendiğinde imar durumundaki kısıtlılığın yanında birçok ilave unsurun varlığının da arandığı, bu unsurların bir araya gelmesi ile birlikte kısıtlılık hali artık mülkiyet hakkına müdahale olarak kabul edilmektedir.

İmar planındaki kısıtlılığın mülkiyet hakkına müdahale olarak kabul edildiği hallerde bu müdahalenin tarihi de önem kazanmaktadır. *Kanaatimizce* bu halde mülkiyet hakkına müdahale zaman içerisinde, idarenin pasif ve suskun kalması; işlem tesis etmemesi sonucu oluşan bir müdahaledir. Bu nedenle mülkiyet hakkına müdahale imar planının hazırlandığı veya taşınmazın tapu kaydına bu kısıtlılık halinin işlendiği zamanda oluşmaz. Peki ne zaman oluşur? Bu sorunun cevabını Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun söz konusu kararında göremiyoruz. Yargıtay'ın bundan sonraki kararlarında da yeni bir içtihat geliştirmesi zor görünmektedir. Zira Uyuşmazlık Mahkemesi'nin "*imar planından*

*kaynaklanan tazminat davalarının idari yargı yerinde çözümlenmesi gerektiği*³⁴⁸ yönündeki kararından sonra bu tür davaların adli yargı yolu içerisinde sonuçlandırılması imkanı ortadan kalkmıştır.

3.8.4. İmar Planından Kaynaklanan Davalarının İdari Yargı Yerinde Çözümlenmesi

Taşınmazlara imar planları yoluyla getirilen kısıtlamaların mülkiyet hakkına müdahale halini aldığı durumlarda açılacak davaların idari yargıdaki görünümü tazminat davası şeklinde olabileceği gibi imar planının iptali istemi şeklinde de olabilecektir.

İmar planlarında yeşil alan, ilköğretim tesisi, sağlık tesisi vs. gibi isimlerle adlandırılan ve bir kamu hizmetinin ileride görülmesi amacıyla ayrılan arazi parçaları çoğu zaman gerçek şahıs veya özel hukuk tüzel kişilerine aittir. Bu taşınmazların malikleri tarafından kullanımı imar planları ile kısıtlanmaktadır. Zira ileride kamu hizmetinin görülmesi için yapılacak kamulaştırmalarda bu arazi kesitlerinin yararlanmaya uygun halde muhafaza edilmesi gerekmektedir. İmar Kanununun 15. maddesinde, *“imar planlarına göre yol, meydan, yeşil saha, park ve otopark gibi umumi hizmetlere ayrılan yerlere rastlayan gayrimenkullerin bu kısımlarının ifrazına veya tevhidine izin verilmez”* düzenlemesi bu düşüncenin bir görünümüdür. Taşınmaz sahiplerinin, taşınmazları üzerindeki mülkiyet hakkını en geniş şekilde sınırlayan İmar Kanunu’nun 13. maddesinin 1. ve 3. fıkraları Anayasa Mahkemesinin, 29.12.1999 tarih ve 1999/33 E. , 1999/51 K. sayılı kararı ile iptal edilmiştir.³⁴⁹ İptal edilen 13. maddenin 1 fıkrasında, *“Resmi yapılara, tesislere ve okul, cami, yol, meydan, otopark, yeşil saha, çocuk bahçesi, pazar yeri, hal, mezbaha ve benzeri umumi hizmetlere ayrılan alanlarda inşaata ve mevcut bina varsa esaslı değişiklik ve ilaveler yapılmasına izin verilmez. Ancak imar programına alınuncaya kadar mevcut kullanma şekli devam eder”* düzenlemesi bu taşınmazlar üzerinde inşaat yapılmasına engeldi. 13. maddenin 3. fıkrası ise, *“ Ancak, parsel sahibi imar planlarının*

³⁴⁸ Uyuşmazlık Mahkemesi, 04.06.2012 tarih, 2012/62 E., 2012/125 K., Resmi Gazete, 28237, 18.06.2012

³⁴⁹ www.anayasa.gov.tr, (15.07.2012)

tasdik tarihinden itibaren beş yıl sonra müracaat ettiğinde imar planlarında meydana gelen değişikliklerden ve civarın özelliklerinden dolayı okul, cami ve otopark sahası ve benzeri umumi hizmetlere ayrılan alanlardan ilgili kamu kuruluşunca yapımından vazgeçildiğine dair görüş alındığı takdirde, tüm belirli çevredeki nüfus, yoğunluk ve donatım dengesini yeniden irdeleyerek hazırlanacak yeni imar planına göre inşaat yapılır. Bu Kanunun yayımı tarihinden önce yapılan imar planlarında, bahsedilen beş yıllık süre bu Kanunun yürürlük tarihinden itibaren geçerlidir” demek suretiyle imar planlarının tasdik edildiği tarihten 5 yıl sonrasına kadar kısıtlı taşınmazın imar durumunda herhangi bir değişiklik yapılmasına engeldi. Anayasa mahkemesinin İmar Kanunundaki her iki fıkrayı da iptal etmesine rağmen, idareler iptal edilen düzenlemeleri eylemli olarak uygulamaktadırlar. Her ne kadar bu taşınmazlarla ilgili olarak taşınmaz maliklerinin başvurması halinde İmar Kanununun 33. maddesine göre geçici ruhsat alınabilmesi mümkün ise de, bunun pratikte fazla bir anlamı yoktur. İmar Kanununun 10. maddesi, *“imar planlarının yürürlüğe girmesinden en geç 3 ay içinde, bu planı tatbik üzere 5 yıllık imar programlarını hazırla(nır)”* demek suretiyle, kısıtlanan bu taşınmazların uygulama imar planlarına alınarak bir an önce kamulaştırılmasını amaçlanmışsa da, bu taşınmazların uygulama imar planına alınmaması ya da alınmasına rağmen taşınmazların kamulaştırılmaması halinde ne olacağını düzenlememiştir. Kanaatimizce bu konuda kanun koyucu tarafından tatminkar bir yasal düzenlemenin yapılması gerekir. Zira imar planlarında taşınmazlar ile ilgili yapılan işlemler mülkiyet hakkının içeriğine doğrudan etkisi olan işlemlerdir.³⁵⁰

İmar planlarının iptali istemiyle idareye karşı açılan davalarda husumet imar planını hazırladığı için belediyelere yönlendirilmelidir.³⁵¹ Bu sebebe bağlı olarak Belediyeler dışında lehine alt yapı alanı ayrılan bakanlık yada kuruluşa dava yönlendirilmesi mümkün değildir. Sırası gelmişken belirtmeliyiz ki, belediyelere karşı açılan bu tür davalar da genellikle ret edilmektedir. Zira, Bayındırlık ve İskan Bakanlığı tarafından hazırlanan “Plan Yapımına Dair Esaslara Dair Yönetmeliğin” 27. maddesi;

³⁵⁰ İsmail, Tazegül, İmar Mevzuatının Uygulanması ve Kent Planlaması Bakımından Kazanılmış Haklar Sorunu, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, 1 (3), (2010), s. 163-193

³⁵¹ Danıştay 6. Dairesi, 05.06.2003 tarih , 2002/3200 E. , 2003/3476 K., *“Tapu kaydındaki okul alanı şerhinin kaldırılabilmesi için mevcut planın değiştirilmeye yetkili olan belediyeye başvurulması gerektiğinden, , Palmiye İçtihat Programı*

"İmar planlarında bulunan sosyal ve teknik alt yapı alanlarının kaldırılması küçültülmesi veya yerinin değiştirilmesine dair plan değişiklikleri zorunluluk olmadıkça yapılmaz. Zorunlu hallerde böyle bir değişiklik yapılabilmesi için;

1 - İmar planındaki durumu değişecek olan sosyal ve teknik altyapı alanındaki tesisi gerçekleştirilecek ilgili yatırımcı bakanlık ve kuruluşların görüşü alınacaktır.

2 - İmar planındaki bir sosyal ve teknik alt yapı alanının kaldırılabilmesi ancak bu tesisin hizmet götürdüğü bölge içinde eşdeğer yeni bir alanın ayrılması suretiyle yapılabilir.

3 - Onaylı imar planlarında kentsel, sosyal ve teknik altyapı alanı olarak belirlenen kullanımlar dışında kalan alanlarda plan değişikliği yolu ile yeni bir kentsel, sosyal ve teknik altyapı alanı ayrılması halinde, yatırımcı bakanlık ve kuruluşların görüşleri alınmak kaydıyla, bu Yönetmeliğe ekli EK-1a, EK-1b, EK-1c, EK-1d ve EK-1e işaretli tablolarda belirtilen asgari alan büyüklüğü şartı aranmaz"

Görüldüğü gibi kısıtlı taşınmazlarla ilgili plan değişiklikleri oldukça zorlaştırılmıştır. Öncelikle belediye, imar planında değişiklik yapabilmek için lehine alt yapı alanı ayrılan yatırımcı bakanlık yada yatırımcı kuruluşun iznini almak zorundadır.³⁵² Belediyelere karşı açılan davalarda belediyenin sığındığı gerekçelerden en önemlisi bu gerekçedir. Yani *yatırımcı kuruluşun muvafakat etmediği gerekçesidir*. Burada şu soru da akla gelebilir. İmar planlarında kentsel, sosyal ve teknik altyapı alanı olarak belirlenen yerler, zaman içerisinde, özgülendikleri kamusal amaca elverişsiz hale gelirlerse nasıl hareket edilecektir. Örneğin; İlk öğretim alanı olarak ayrılan yerlerin alan büyüklüğünün 8.000 – 15.000 m2 arasında olması gerektiği bahsi geçen yönetmeliğin “ Ek 1 – a” ekinde belirtilmiştir. Fakat buna rağmen, bu büyüklükte olmayan alanlar içerisindeki taşınmazların kısıtlılık halinin yine de devam ettirildiğini görmekteyiz. İdarenin rıza-i olarak kısıtlılık halini kaldırmadığı bu durumlarda sorunun idari yargıda dava konusu edilebileceği açıktır. Ancak, Yönetmeliğin 27. maddesi bu durumda dahi idareye, alan

³⁵² Danıştay 6. Dairesi, 06.02.2007 tarih, 2004/8103E., 2007/580 K. “ *Taşınmazın okul alanı kullanımından çıkarılarak farklı bir kullanıma ayrılmasına dair tadilatı, zorunluluk bulunmaması halinde, Milli Eğitim Bakanlığı'nın uygun görüşünün alınması, tesisin hizmet götürdüğü bölgede eşdeğer alan ayrılması ve yönetmelik eki hissede belirtilen standartlarda uygulanması koşulları ile yapılabileceğinden, uyumsuzluğun bu çerçevede incelenmesi gerekir.*”, Palmiye İçtihat Programı

büyüklüğü şartına takılmadan, imar planında değişiklik yaparak bu taşınmazları başka hizmetlere tahsis edebilme imkanı vermektedir.

İdareyi taşınmazda imar değişikliği yapmaya zorlamanın mevzuattaki düzenlemeler karşılığında zor olduğu ortadadır. Ancak kanaatimizce şu şekilde bir yol izlenebilir. Öncelikle belediyeye başvurularak imar planında değişiklik yapılması talep edilir. Başvurunun açık yada zımni reddi halinde, bu red kararının kaldırılması için idari yargıda dava açılabilir. İdari yargıda açılacak davada sadece mülkiyet hakkının ihlal edildiği gerekçesine dayanmak yeterli değildir. Bunun yanında taşınmaz üzerindeki kısıtlılık halinin devam etmesinin kamuya menfaat sağlamayacağına da ortaya koyulması gerekir. Yargıtay İdari Davalar Genel Kurulunun, 23.10.2008 tarih, 2005/2154 E. ve 2008/1839 K sayılı kararında³⁵³, “*uyuşmazlığa konu taşınmazın çocuk bahçesi ve park alanına ayrılması nedeniyle söz konusu olan kısıtlamanın dayanağını oluşturan 3194 sayılı Yasanın 13. maddesinin 1. fıkrası Anayasa Mahkemesinin kararıyla iptal edilmesi nedeniyle yürürlükte olmamakla birlikte, henüz iptal edilen hükümler yerine yeni bir düzenleme getirilmemiş olması nedeniyle, ilgililerin imar planı değişikliği istemlerinin idarelerce çevredeki nüfus, yoğunluk ve donatı dengesi yönünden irdelenmesi gerektiği ve planlamanın genel ilkelerinin dikkate alınarak uyumsuzluk konusu taşınmaza ayrıldığı amaç için ihtiyaç bulunmadığı sonucuna varıldığı takdirde plan değişikliği yapılması mümkün olduğundan, idare mahkemesince plan değişikliği isteminin reddine ilişkin işlemin şehircilik ilkelerine, planlama esaslarına ve kamu yararına uygun olup olmadığı yolunda yapılacak inceleme sonucuna göre karar verilmesi gerekmektedir*” demek suretiyle, kısıtlanan taşınmazın özgülendiği amaç için ihtiyaç bulunmadığı takdirde plan değişikliği isteğinin kabul edilmesini, ihtiyaç bulunduğu takdirde de isteğin ret edilmesi³⁵⁴ gerektiğini belirtmektedir.

³⁵³ **Resmi Gazete**, 27743, 28.10.2010

³⁵⁴ Danıştay 6. Dairesi, 13.05.2009 tarih, 2007/5459 E., 2009/5534K. “*Dava, taşınmazın bir kısmının kamulaştırılması ya da plan tadilatı yapılarak konut alanına dönüştürülmesi istemiyle yapılan başvurunun reddine ilişkin işlem ile ödenek yetersizliği nedeni ile taşınmazın kamulaştırılması işlemlerine başlanılmadığı yolundaki Valilik işleminin iptali istemiyle açılmıştır. Dava konusu imar planı değişikliği isteminin kamu yararı, şehircilik ilkeleri, planlama teknikleri, önceki mahkeme kararları, üst ölçekli planlar açısından uygun olup olmadığının, “Okul alanına” ihtiyaç bulunup bulunmadığının saptanması amacıyla yaptırılan keşif ve bilirkişi incelemesinde değişiklik yapılması halinde öğrenciler için asgari yürüme mesafelerinin aşılabacağı, plan değişikliği isteminin İmar Kanunu’na, yönetmeliklerine, kamu yararına, şehircilik ilkelerine, planlama esaslarına ve tekniklerine uygun olmadığı belirtilmiştir. Bu durumda dava konusu plan değişikliği isteminin reddedilmesinde mevzuata aykırılık görülmemiştir.*” (Palmiye İchtihat Programı)

Yine bu konuda, imar planlarının değiştirilmesi istenmeden, yalnızca taşınmazın kamulaştırılması talebiyle açılan davalarda da, idari yargı ret kararı vermektedir. Bu tür kararların gerekçelerine bakıldığında, idarenin yerine geçilip işlem yapılamayacağı ilkesinden hareket edildiği, kısıtlanan taşınmazların kamulaştırılması istemlerini içeren davalarında bu nedenle ret edildiği görülmektedir. Trabzon İdare Mahkemesinin 15.12.2011 tarih, 2011/995 E – 2011/1647 E. sayılı kararında bu durum şu şekilde ifade edilmiştir. “İmar planında ilköğretim tesisi olarak belirlenen taşınmaz üzerinde geçici yapı yapılmasının mümkün olması, davalı idarelerin söz konusu umuma ait alan olarak tespit edilen taşınmazı mali imkanlar ölçüsünde kamulaştırabilecekleri dikkate alınarak kamulaştırmaya zorlanamayacakları birlikte değerlendirildiğinde dava konusu taşınmaz üzerindeki kısıtlamanın kaldırılması istemiyle yapılan başvurunun reddine ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı sonuç ve kanaatine ulaşılmıştır.”³⁵⁵

İdare mahkemesine açılan tam yargı davalarında ise, genellikle taşınmazlara getirilen kısıtlılık nedeniyle meydana gelen değer düşüklüğü dava konusu yapılmaktadır. Ancak, idare yargı bu konuda da, yapılan işlemin hukuka uygun olduğu gerekçesiyle davaları ret etmektedir.³⁵⁶

3.9. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Mülkiyet Hakkına Bakışı

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin, AİHS'nin Ek 1 numaralı Protokolünü uygularken esas aldığı kriterler uygulamada ve öğretilerde üç kural altında özetlenmektedir.

3.9.1. İlk Kural (Mal ve Mülk Dokunulmazlığına Saygı Gösterilmesi)

"Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. "

³⁵⁵ Orijinal Metinden alınmıştır.

³⁵⁶ Danıştay 6. Hukuk Dairesi, 21.12.2005 tarih, 2005/2255 E., 2005/6540 K.

Söz konusu ifade ilk kuralımızı ifade etmektedir. Görüldüğü gibi mal ve mülk dokunulmazlığına saygı esas, sınırlama ise hak ve özgürlüklerin genel karakterinde olduğu gibi istisnadır.³⁵⁷

Bunun dışında mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı yoruma açık, genel ve ikincil³⁵⁸ nitelik taşımaktadır. Uygulamada neyin saygı neyin saygısızlık oluşturacağını tespitinde başka kuralların varlığına ihtiyaç duyulmaktadır binaleyh bireyin mülkiyet hakkına müdahalenin söz konusu olduğu durumlar birazdan bahsedeceğimiz ikinci ve üçüncü koşullar çerçevesinde değerlendirilecektir.³⁵⁹

AİHM, Sporrong ve Lönnroth - İsveç davasında birinci kuralın genel ve ikincil nitelik taşıdığını kararında açıkça belirtmiştir.

AİHM ayrıca Solodyuk - Rusya davası³⁶⁰ve Stran Greek Refineris , Stran Andreadis - Yunanistan davalarında³⁶¹ da mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesine atıfta bulunmuştur.

3.9.2. İkinci Kural (Mülkiyetten Yoksunluk)

"Bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir."

Bireyin mülkiyet hakkına saygı gösterilmesinin esas olduğunu ifade etmiştik, mülkiyetten hangi şartlarda yoksun bırakılacağını 1. maddenin 2. cümlesinde ifade

³⁵⁷ Grgic ve diğerleri , a.g.e., s. 10

³⁵⁸ Dutertre, a.g.e., s.457

³⁵⁹ Gemalmaz,B , a.g.e., s. 417

³⁶⁰ Solodyuk – Rusya davasında (Başvuru No: 67099/01) başvuruçunun emeklilik maaşı yüksek enflasyon nedeniyle geçödenmiş ve bunun sonucu olarak ödenen miktarın değeri çok belirgin bir sekil de düşmüştür. Dava bu nedenle genel kural uyarınca incelenmiştir .

³⁶¹ StranGreekRafineris ve Stratis Andreadis – Yunanistan davasında (Başvuru No: 13427/87) başvuruçunun lehine husus ve uygulanmaz olan tahkim kurulu kararını öngören mevzuat birinci kural uyarınca ele alınmıştır .

edilmiştir. Maddede öngörülen mülkiyetten yoksunluk şartları mahkeme içtihatları ve doktrindeki görüşler dikkate alındığımızda biz dört başlık altında toparlamayı uygun gördük.

3.9.2.1. Hukukilik İlkesi/Sınırlamanın Kanun da Öngörölmüş Olması

Kanunilik ilkesi sadece ikinci kuralın uygulanması ile sınırlı bir durum değildir. Üç kuraldan hangisi uygulanırsa uygulansın kanunilik ilkesinin varlığı aranmıştır.³⁶²

Kanunilikten ne anlaşılması gerektiği yani bununla sadece yasaların mı kastedildiği yoksa daha geniş bir şekilde mi anlaşılması gerektiği hususu da tartışılmıştır. AİHM. kararları ve doktrin birlikte değerlendirildiğinde, bir devletin iç hukukunda sahip olduğu Anayasa, Kanun, Kanun Hükmünde Kararname, Tüzük, Yönetmelik ve benzeri düzenleyici işlemler ile uluslararası sözleşmeler, Avrupa Topluluğu Hukuku ile hukukun üstün prensipleri bu ilkenin kapsamı içerisinde değerlendirilebilir.³⁶³

Burada müdahalenin resmi bir hukuki kaynakla yapılmış olmasının yanı sıra keyfi uygulamalara yol açamaması açısından belirgin olması, erişilebilir olması, vaaz edilmiş olması, dilinin anlaşılır ve uygun yasal güvencelerle donatılmış olması da olması gereken bir başka husustur.³⁶⁴

Bu bölümle ilgili son belirtmek istediğimiz husus, yasallık ilkesinin bir başka görüntüsü de mahkeme kararlarının resmi makamlarca yerine getirilmesi vakasıdır. Mahkeme, yerine getirmeme eylemini de yasallık unsuru içerisinde değerlendirmektedir.³⁶⁵

³⁶² Grgic ve arkadaşları , a.g.e., s. 13 ; Dutertre,a.g.e., s.450 ; A.İ.H.M James v. Birleşik Krallık davasında belirttiği gibi " ... tutarlı bir şekilde karara varılmıştır ki sözleşmede geçen kanun Ya da kanunilik terimleri sadece iç hukuku ifade etememekte ayrıca kanunun nitelik olarak hukukun üstün nitelikleri ile bağdaşır olması gerekir".....<http://www.humanrights.coe.int/aware/GB/publi/materials/1086.pdf> (12.05.2010)

³⁶³ Grgic ve diğerleri, a.g.e., s. 13

³⁶⁴ Gemalmaz, B , a.g.e., s. 462

³⁶⁵ Iatrisdis v. Yunanistan davasında A.İ.H.M. Kararını uygulamamayı Yunan Kanunlarına aykırı bularak araştırma yapmaksızın ihlal kararı vermiştir.(Etgü, a.g.e., s.238)

3.9.2.2. Kamu Yararı / Müdahale Kamu Yararını Amaçlamalı

Müdahalenin amacının kamu yararı olması gerektiği düzenleme metninde açıkça belirtilmiştir. 'Kamu yararı' kavramından ne anlaşılması gerektiği hususunda mahkeme iç hukuktaki mahkemelerin kararlarına saygı göstermeye çalışmıştır. Çünkü her ülkenin şartları farklı olduğundan bu ilkenin anlamlandırılmasında yerel mahkemelerin daha isabetli öngörülere sahip olabileceğini düşünmüştür.³⁶⁶ Örneğin eski Yunan Kralı ve Diğerleri v. Yunanistan davasında Yunanistan kraliyet ailesi mensuplarının bazı mülklerinden (ormanlar, arkeolojik siteler vs.) mahrum kaldığı iddiasını düzenlemenin tarihçesi ile ilgili birçok çekincesi olmasına rağmen mahkeme devletin kendisi için zararlı gördüğü bu hususu çözüme ihtiyacını kabul etmiştir.

3.9.2.3. Adil Denge ve Orantılık

Burada kast edilen toplumsal menfaatle bireyin menfaatleri arasındaki dengedir. Madde metninde öngörülen adil denge bireysel mülk sahibinin aşırı bir yük altına sokulduğu durumlarda gerçekleşmemiş sayılacaktır. Burada vurgulanması gereken bir başka nokta da müdahalenin demokratik bir devlette gerekli olması gerekir. Mahkeme bu gerekliliğin takdirinde devletlere de bir takdir yetkisi tanımakta, mülkiyete müdahalelerde alternatiflerden en az yük getireni seçtiği sürece devletin taktirine müdahale etmemeye çalışmaktadır. Burada mahkeme müdahalenin amacının da meşruluğunu sorguladığını amacın meşru olması halinde takdir yetkisinin varlığını tanıdığını belirtmek isteriz .

Hentrich v. Fransa davasında başvuru bir miktar arazi satın almış devlet arazi üzerinde şufa hakkını kullanmak istemiş gerekçe olarak da vergi kaçakçılığını öne sürmüştür. Mahkeme burada öne sürülen gerekçenin ve amacın meşruluğunu sorguladığı gibi yapılan işlemin bireye aşırı bir yük getirmesinden dolayı ihlalin varlığına hükmetmiştir.³⁶⁷

³⁶⁶ Grgic ve diğerleri, a.g.e.,s. 14

³⁶⁷ Grgic ve arkadaşları , a.g.e.,s. 15 ; Benzer kararlar Scoll v. italyaile Presso Compania Naviera SA v. Belçika

3.9.2.4. Sınırlamanın Makul Karşılıkla Yapılması (Tazminat Ödeme)

Bu ilke sözleşme de olamamasına rağmen içtihatlarla getirilmiştir. Devletin müdahale sonucunda bir tazminat ödemesi gerektiği içtihatlarla müstakar hale gelmiştir.³⁶⁸ Burada belirtmek istediğimiz önemli bir husus tazminatın tayini ve ödenmesi açısından vatandaş ve vatandaş olmayan ayrımının yapılıyor olmasıdır. Vatandaş olmayanlar açısından derhal, yeterli ve etkili bir tazminat ödenmesi öngörülmüşken vatandaş açısından ülke şartlarını da göz önünde bulundurmuş örneğin ekonomik tedbirler ve sosyal adaleti sağlamaya yönelik önlemler nedeniyle müdahalelerde piyasa rayicinin altına düşülebilmektedir.³⁶⁹

Bu maddenin Türkiye ile ilgili uygulanmasını Akkuş v. Türkiye kararında görüyoruz. Mahkeme 17 aylık bir gecikmeyle kamulaştırma bedelinin ödenmesini sözleşmeye aykırılık olarak niteleyip Türkiye'yi tazminata mahkum etmiştir.³⁷⁰

3.9.3. Üçüncü Kural (Mülkiyetin Kullanımın Kontrolü)

"Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka halel getirmez"

Eğer mülkiyetin kullanımının kontrolü genel yarar veya vergilendirme veya diğer harçların veya cezaların ödenmesini güvence altına alınması gibi nedenlerle yapılıyorsa artık ihlalin varlığından bahsedilemez.

Mahkeme, önüne gelen Handyside - Birleşik Krallık Davasında başvurusunun kitabına müstehcenlik iddiasıyla el koyulmuş başvuru her ne kadar Ek 1 .Protokolün 1.

³⁶⁸ Gemalmaz., B , a.g.e. s.530

³⁶⁹ Etkü, a.g.e. s.246

³⁷⁰ Akkuş v. Türkiye (Başvuru No. 19263/92) , Palmiye İchtihat Programı

maddesinin 1. fıkrasına dayanmışsa da devletin bu müdahalesini üçüncü kural yani 1. maddenin 2. fıkrasına uygun bulduğundan hak ihlaline hükmetmemiştir.³⁷¹³⁷²

3.10. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türkiye İle İlgili Kararları

3.10.1. Devletin Hüküm ve Tasarrufu Altında Olması Gereken Yerlerin Özel Mülkiyete Konu Olması Hali

Normal olarak devletin hüküm ve tasarrufu altında olması gereken yerler yani arazi kadastro, iskân veya idari kararlarla kişi adına oluşan tapu kayıtlarının devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerlerden oluşu ve özel mülkiyete konu olamayacağı nedeniyle açılan ve tapu iptali ile sonuçlanan davalarda kişilerin durumu AİHS'nin hükümlerine göre değerlendirildiğinde sonuç nasıl olacaktır?

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, N.A. ve Diğerleri (37451/97), Doğrusöz ve Aslan (1262/02), Tuncay (1250/02), M. Moğul ve A. Moğul(40217/02 ve 40218/02), Kurt ve diğerleri (13932/03), Aslan ve Özsoy (35973/02 ve 5317/02)başvurularında 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesinin ihlal edildiği sonucuna vardıldıktan sonra AİHS'nin. 41. maddesine göre³⁷³Türkiye aleyhine tazminata hükmetmiştir. Örnek olarak Tuncay – Türkiye davasında; hazine adına hareket eden Samandağ Belediyesinin, taşınmazın kıyı kenar çizgisi içinde kalması nedeniyle açtığı tapu iptali davası sonucunda, kişilerin tapusu iptal edilmiştir. Yargıtay temyiz istemini reddederek, kararı onamıştır.

Mahkemenin nihai kararındaki muhakemesinin özeti şu şekildedir;

“Kıyı şeridinin belirlendiği dönemde 6785 sayılı İmar Kanunu (9 Temmuz 1956) yürürlükteydi. 6785 sayılı Kanun'un 105. maddesinde yer alan kıyı şeridi tanımı 3621

³⁷¹ Grgic ve diğerleri , a.g.e., s. 11

³⁷² Benzer kararlar Mellacher ve diğerleri Avusturya, ... Svenska Managamentgruppen AB v. İsveç

³⁷³ Sözleşme'nin 41. maddesine göre *"Mahkeme işbu Sözleşme ve protokollerinin ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmecî Tarafın iç hukuku bu ihlali ancak kısmen telafi edebiliyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, hakkaniyete uygun bir surette, zarar-gören-tarafın-adil-tazminata-hükmeder."*, Palmiye İctihat Programı.

sayılı Kıyı Kanunu'ndaki tanıma benzerlik göstermektedir. Anayasanın 43. maddesi kıyıların Devletin tasarrufunda olduğunu belirtmektedir. Bu ifade aynı zamanda Medeni Kanun'un 641. maddesinde, Tapu Kanunu'nun 33.maddesinde ve Kadastro Kanunu'nun 16. maddesinde de tespit edilmiştir. Bu yüzden kıyılar özel mülkiyet haklarına tabi olamaz. 25 Şubat 1986 ve 18 Eylül 1991 tarihli Anayasa Mahkemesi kararlarında da belirtildiği üzere bu araziler üzerinde yapı inşası ve bu yapıların iyi niyetle kullanılması bu kurala istisna oluşturamaz.

Yukarıdakilerin ışığında Mahkeme, başvuranın adına düzenlenmiş tapu kaydının silinmesini kararlaştırmıştır. Ayrıca mahkeme, karar kesinlik kazanana kadar ara tedbirlerin uzatılmasına hükmeder.”

Kişiler 2001 yılında AİHM'e başvurmuşlardır. AİHM kıyı şeridinin 1976 yılında belirlendiğini, taşınmazın 1980 yılında Samandağ Belediyesi'nden alındığını, kesintisiz olarak 2001 yılına kadar kişiler adına kayıtlı olduğunu ve tapu kayıtlarında mülkiyeti yasaklayan hüküm bulunmadığını, Belediyeden inşaat ruhsatı alarak lokanta hizmeti açtığını belirterek talebi kabul etmiştir. Başvurucular devlet kayıtlarına dayanarak taşınmazı iyiniyetli edinmişlerdir. Beş yıl süren yargılama sonunda 200 bin avronun ödenmesine karar verilmiştir. Yalnızca Samandağ'da aynı nitelikte 2000 tapunun varlığı düşünüldüğünde, AİHM'nin önüne gidecek dava sayısında artış olacağı kuşkusuzdur.

3.10.2. İmar Hukuku, Kamulaştırma ve Kamulaştırmaz El Atma Kaynaklı Davalar

AİHM'nin Türkiye aleyhine verdiği örnek kararları açıklamadan evvel başka ülkelerle ilgili olarak verdiği kararlara göz atmakta fayda vardır.

Romanya'ya Karşı Açılan Brumarescu Davasında (Başvuru No: 28342/95) mahkeme Sporong kararına benzer biçimde resmi bir kamulaştırma ile mülkiyetten yoksun bırakma yerine fiili bir kamulaştırma yani kamulaştırmaz el atma söz konusudur. Çünkü 1950'de bir kararname ile yani bir yasal hükme dayanarak tazminat ödenmeksizin mallara el konulmuşsa da daha sonra ulusal mahkemenin kararıyla mal sahibine geri

verilmiştir, bunun üzerine malik malını bir süre kullanmış ve emlak vergisini ödemiştir. Ancak o sırada yürürlükte olan hükme göre istediği zaman kesinleşmiş kararın bozulmasını Başsavcı isteme yetkisine sahip olduğundan bu istem üzerine Yüksek Mahkeme kararı bozmuş, malın mülkiyeti sahibinden geri alınmıştır. Kesinleşmiş bir karar olduğu için yeniden iade davası açması da kesin karar ilkesi nedeniyle mümkün olmamıştır. Bu süreçte başvuru fiilen malın mülkiyetinin kendisine verdiği yetkilerden yoksun kalmıştır. Bu nedenle de ilk tümcede belirtilen mülkiyetten barışçıl yararlanma hakkına saygı duyulmadığına dayanarak mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir. Bu karar ile Sporrong kararının gerekçeleri büyük benzerlikler taşımaktadır.³⁷⁴

Yunanistan'a Karşı Açılan Papamichalopoulos ve Diğerlerinin Davasında (Başvuru No: 14556/89) başvurucular, kendilerine ait arsa üzerinde otel yapmak isterken askeri diktanın kurulmasıyla arsaları Deniz Kuvvetleri Vakfınca işgal edilmiş ve başvurucular resmi bir kamulaştırma yapılmaksızın mülkiyet hakkından yoksun bırakılmıştır. Üstelik arsa üzerinde donanma üssü kurulmuş, otel yapılmak istenmiş ve arsa sahipleri mülklerinden yararlanamamıştır. Ulusal yargı mercileri önünde hak aradıklarında da sonuç alamamışlardır. Daha sonra Kamulaştırma Kurulu kendilerine başka bir arsanın verilmesine karar vermiş ama uygun arsa bulunamamış, zararın tazmini için bir para ödenmemiştir. Deniz Kuvvetleri Vakfı her ne kadar yasaya dayanarak işgal etse de bu sözdendir ve resmi bir kamulaştırma yapılmamıştır. Bunu o sırada yürürlükte olan anayasanın ilgili hükümleri de destekler, çünkü söz konusu hükme göre tazminat ödedikçe kamulaştırma yapılmaz ve mal işgal edilmez, malikin hakları aynen sürer. Ayrıca tazminat mahkemeler belirler. Gerçekleşen müdahale fiili kamulaştırma niteliğindedir ve bu haliyle Birinci Protokolün ilk maddesini ihlal etmiştir.³⁷⁵

Fransa'ya Karşı Açılan Hentrich Davasında (Başvuru No: 13616/88) mülkiyet hakkının ihlali adil yargılanma hakkının ihlaline bağlı olarak ileri sürülmüştür. Şöyle ki vergi kaçırmayı önlemek için Genel Vergi Yasasına getirilen hüküm düşük fiyattan satım yapıldığı takdirde bunun vergi kaçırmak için yapıldığını varsayarak hazineye önalım hakkı

³⁷⁴ Özge Yücel, Makale, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Göre Kamulaştırmaz El Atma”, Prof. Dr. Tunçer Karamustafaoğlu'na Armağan, Ankara : Adalet Yayınevi, 2010, s. 849-908

³⁷⁵ Dutertre, Gilles, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarından Alıntılar**, Avrupa Konseyi, 2005.

tanımıştır. Bu durumda yargılanmadan, itiraz olanağı bulamadan ilgili alıcılar mülkünden yoksun bırakılmıştır. Gerçi karşılığında satım bedeli %10 faiz ve sözleşme giderleriyle birlikte ödenmektedir ancak önalımın gerekçesiz yapılması, öngörülemez niteliğiyle orantısız bir müdahale oluşturduğu sonucuna vardı. Tahliye edilen alıcıların hazinece malın önalımına itiraz etme olanağının, yeterliliğinin bulunmaması nedeniyle Ek 1 numaralı Protokole ve Sözleşmenin altıncı maddesinin ihlal edildiğine karar verdi.

Avusturyaya karşı açılan Erkner ve Hofauer davasında (Başvuru No:9616/81) toprak reformu amacıyla taşınmazları kamulaştırma kapsamına alınıp geçici olarak başkalarının ve kamunun kullanımına verilen başvuruçulara, ulusal düzeydeki yargılamanın 17 yıl sürmesine karşın kesin kamulaştırma yapılmaması nedeniyle herhangi bir bedel (tazminat) ödenmemiştir. Olayda, mülkiyet hakkının korunması ile kamu yararının korunması arasında kurulması gereken dengeler, başvuruçular yönünden bozulmuştur. Başvuruçular, orantısız bir yük altında bırakılmışlar, böylece mülkiyet hakları, hükümetin tazminat ödemesini gerektirecek koşullarda ihlal edilmiştir.

AİHS'nin Ek 1 Numaralı Protokolü esas alınarak Türkiye'ye karşı açılan ve A.İ.H.M. tarafından kabul edilebilir olarak görülen dava sayısı bir hayli fazla olduğu gibi Türkiye aleyhine bu konuda bir çok mahkeme kararı verilmiştir.

Türkiye'ye Karşı Açılan Moğul Davasında (Başvuru No: 40217/02 ve 40218/02)³⁷⁶ başvuruçular daha önce tapu kütüğüne kayıtlı olmayan bir arsayı babalarından noter senedi ile devralmış ve arsanın zilyedi olarak kadastro işlemleri sırasında iç hukuka uygun olarak adlarına tespit edilip tapu kütüğüne mülkiyet hakları kaydedilmiştir. Daha sonra çıkarılan bir yasa gereği mahkeme başvuruçuların mülkiyet hakkını hiçbir tazminat ödemeksizin iptal etmiştir. Gerekçe olarak başvuruçunun arsasının yasada belirlenen kıyı çizgisinin içine düştüğü ve kıyı çizgisinin gerisinde kalan taşınmazların hiçbir şekilde özel mülkiyete dönüşmeyeceği gösterilmiştir. Bu olgulardan çıkarılan sonuç bir kamulaştırma yapılmaksızın mülkiyet hakkına el atılmış olduğudur. Yasa kamu yararı gereği kıyı çizgisinin özel mülkiyete dönüşmeyeceğini belirleyebilir ama bu hükmün yasa yürürlüğe

³⁷⁶ Palmiye Mevzuat Programı, (23.05.2012)

girmeden önce özel mülkiyet altındaki taşınmazlar için uygulanması bir kamulaştırmasız el atma örneğidir. Çünkü Ek 1 Protokolün ikinci tümcesine göre mülkiyetten yoksun kılmanın haklı görülebilmesi yasada öngörülmesine, kamu yararının varlığına ve protokolde açık olmasa da mahkeme içtihadıyla geliştirilen diğer ölçüte göre bireysel yararlar kamu yararı arasında adil bir denge kurmasına bağlıdır. Oysaki olayda kamu yararı düşüncesiyle hareket edilirken hiçbir tazminat ödenmemesi dengeyi bozmuştur. Tazminat ödenmemesine ilişkin haklı bir gerekçe de gösterilememiştir. Mülkiyetten yoksun bırakan bir el atmanın kamulaştırma işlemiyle gerçekleştirilmesi gerekirken böyle yapılmamış, el atmanın haklılığı kanıtlanamamıştır. Bu nedenle mahkemece mülkiyet hakkının ihlal edildiğine kanaat getirilmiş ve Türkiye tazminata mahkum edilmiştir.

Aka – Türkiye davası³⁷⁷ kamulaştırma işlemi neticesinde AİHM'nin önüne gelen davalardan biridir. Dava Devlet Su İşlerinin baraj inşaatı neticesinde yapmış olduğu arazi kamulaştırmalarından doğmuştur. 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun bazı hükümlerini değiştiren 4650 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden evvel kamulaştırma bedelinin tespiti şu anki düzenlemeden esaslı farklılıklar içermekteydi. Kamulaştırma bedelinin yeterli görülmemesi halinde taşınmaz sahipleri belirli süreler içerisinde yargı yoluna giderek kamulaştırma bedelinin tekrar tespitini talep edebilmekteydiler. Söz konusu kanun uygulandığı dönemde ülkede yüksek enflasyon olmasına rağmen devletin borçlarına uygulayacağı faiz oranını kanunla düşük tutması bir çok mağduriyete de yol açmış, Yargıtay uygulaması ile birlikte Borçlar Kanununun 19. Maddesi esas alınarak munzam zararlar giderilmeye çalışılmışsa da biraz öncede belirttiğimiz gibi devlet borçlarına uygulanan faiz oranının yasalarla belirlenmesi Yargıtay uygulamasına da etki etmiştir. Bu sebeple Yargıtay yerel mahkemenin kararını *“Alacaklılar borcun geç ödenmesine ilişkin tazmin edilmeleri yasalarla belirlenmiş faizlerle yapılır. Alacaklılar, yürütme tedbirlerine başvururken, kendilerine ödenecek miktar artı faiz de talep edebilecekleri için başka bir tazminat talep etme hakları yoktur; buna bağlı olarak, enflasyon oranının yüksek olmasına dayanarak alacaklıların talebini verme kararı asılsızdır”* onamıştır. Aka – Türkiye davasında Davacıların şikayetlerinin esasını da *ek tazminatın ve ona bağlı gecikme faizinin yeterli olmaması nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği* iddiası oluştururken

³⁷⁷ Palmiye Mevzuat Programı, (23.05.2012)

şikayetlerine dayanak olarak aldıkları sözleşme ve protokol hükümleri ise AİHS'nin mülkiyet hakkını düzenleyen Ek1 numaralı protokolüdür. AİHM mülkiyet hakkını düzenleyen Ek 1 Numaralı Protokolün ihlal edildiğine karar vermiştir.

Aslangiray- Türkiye Davası (Başvuru no: 48262/99)³⁷⁸ kamulaştırmaz el atma eylemi neticesinde AİHM'nin önüne giden davalardan biridir. Davacılar öncesinde Baskil Asliye Hukuk Mahkemesi'nde Karayolları Genel Müdürlüğü aleyhinde ayrı ayrı davalar açmıştır. Baraj inşaatı için herhangi bir ödeme yapılmaksızın arsalarına kanunsuz olarak el konulduğunu iddia etmiş ve bunun tazmin edilmesini talep etmişlerdir. Yerel mahkeme davayı kabul etmiş olmasına yargılama süreci Yargıtay aşaması dâhil olmak üzere sekiz yıl sürmüş sonunda da tazminata hüküm edilmesine rağmen yüksek enflasyon sonucu paranın erimiş olması ve iç hukuk da ki devlet mallarının haciz edilmesinin önüne geçen maddeler sebebiyle mahkemenin takdir ettiği bedelin davacılarca tahsil edilmesi kısa sürede mümkün olmamıştır. Ayrıca davacılar Devletçe ödenecek borçların faiz oranları arasındaki farkları da şikayet konusu etmişlerdir. Davacıların şikayetlerine dayanak olarak aldıkları sözleşme ve protokol hükümleri ise AİHS'nin mülkiyet hakkına müdahaleleri düzenleyen Ek1 numaralı protokolü, adil yargılama hakkını düzenleyen sözleşmenin 6. maddesi, ayrımcılık yasağını düzenleyen 14. Maddesi ile manevi tazminat istemini düzenleyen 41. Maddesidir.

Hükümet tarafından sunulan delilleri ve iddiaları inceleyen AİHM, önceki davalarda varmış olduğu sonuçlardan farklı bir sonuca varması için gerekçe olmadığı kanısındadır. Yerel mahkemelerce ödenmesine karar verilen ek tazminatın ödenmesindeki gecikmenin, kamulaştırmadan sorumlu makama atfedilebileceğini ve başvuranın, kamulaştırılan toprağına ek bir kayba uğramasına neden olduğunu tespit etmiştir. Söz konusu gecikme ve bir bütün olarak dava işlemlerinin uzunluğu sonucunda AİHM, başvuranların, umumi menfaatler ve mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı arasında kurulması gereken adil dengeyi sarsan kişisel ve haddinden fazla bir yük taşımak durumunda kaldıkları sonucuna varmıştır.

³⁷⁸ Palmiye Mevzuat Programı, (23.05.2012)

Mahkeme davacıların davasını kısmen kabul etmiş, AİHS'nin Ek 1 Numaralı Protokolünün ihlal edildiği iddiasını kabul etmiş, 41. maddeye dayalı manevi tazminat talebini ise ret etmiştir.

Bu konuda örnek olarak incelenebilecek diğer davalarda Akkum – Türkiye (Başvuru No:21894/93), Alataş Kalkan - Türkiye Davası (Başvuru No: 57642/00), Ünsal Öztürk - Türkiye Davası (Başvuru No: 29365/95), Tiryakioğlu - Türkiye Davası (Başvuru No:45436/99), Tunç - Türkiye Davası (Başvuru No:54040/00), Emrullah Hattaoğlu - Türkiye Davası (Başvuru No: 48719/99), Pakdemirli - Türkiye Davasıdır. (Başvuru No:35839/97)

3.10.3. Kıbrıs Kaynaklı Davalar

3.10.3.1. “Loizidou” ve “Orams” Davaları

Mülkiyet hakkı kökenli oldukları ve Türkiye'ye karşı açıldığından Kıbrıs kökenli iki davadan örnek olması açısından çalışma içerisinde bahsetme gereği duyduk. Türkiye'ye karşı aynı gerekçelerle açılan bir çok dava vardır ancak bu davalar içerisinde özellikle Loizidou³⁷⁹ ve Orams³⁸⁰ kararlarından bahsetmek isteriz. Bu davalara bakıldığında Güney Kıbrıs Rum Kesimi vatandaşı olan Loizidou, KKTC sınırları içerisinde kalan mülklerini 1974 yılında Türkiye'nin adaya asker çıkarması ile birlikte terk etmek zorunda bırakıldığını ve bunun AİHS'de öngörülen mülkiyet haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. KKTC topraklarına geçerek kendi mülklerine ulaşmak istediğinde, Türk askerleri tarafından durdurulduğunu belirtmiştir.³⁸¹ Mahkemenin yaptığı tespitte “*İşgal orduları Kıbrıs Cumhuriyeti topraklarını bölmüştür ve halen bölünmüşlüğü devam ettirmektedir. Kıbrıs'ın genelinde yaşayan Kıbrıslı Türkler, Türkiye'nin kesin denetimi ve işgali altında bulunan Kıbrıs'ın kuzey kısmına taşınırken aynı zamanda bu kısımda yaşayan Kıbrıslı Rumlar da*

³⁷⁹ Loizidou – Türkiye Davası (Başvuru No 15318/89), <http://hudoc.echr.coe.int> (30.07.2012)

³⁸⁰ Meletis Apostolides v. David Charles Orams and Linda Elizabeth Orams., Case; C-420/7 Apostolide, Reports of cases 2009 I - 03571

³⁸¹ Gökçehan, Kaçmaz, “Mülkiyet Hakkı, Kıbrıs ile İlgili Mülkiyet Davaları ve Türkiye”, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s.74-75

Kıbrıs Cumhuriyeti'nin bu bölgesinden kovulmuştur”³⁸² demek suretiyle Türkiye’yi işgalci bir devlet olarak niteleyerek Rum başvuruçuların mülkiyete erişim hakları engellenmesini mülkiyetin korunmasına ilişkin 1. Ek Protokolün 1. maddesinden ihlal edildiğine karar vermiş, ancak taşınmazın üzerinde bir konut bulunmadığından hareketle AİHS’nin 8. maddesinin 2. fıkrasının korunan ‘Konuta Saygı Hakkı’nın ihlali bulunmadığını söylemiştir.³⁸³

“Loizidou” davasının önemi bu konuda pilot dava olarak görülmesinden gelmektedir.³⁸⁴ Bundan sonra Güney Kıbrıs Rum Kesimi vatandaşları tarafından bu konuda açılan bir çok davada içtihat anlamında emsal olma niteliği taşıması Türkiye açısından Kıbrıs da izlediği politika açısından mahsurlu sonuçlara yol açmıştır. Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyetinin değil Türkiye’nin tazminat ödemesine ve davacının malını iade etmesine karar verilmesi Türkiye’nin şu ana kadar Kıbrıs ile ilgili savunduğu tezlere de darbe vurmuştur.³⁸⁵ Kanaatimizce Loizidou davasında verdiği kararla AİHM yetkisini aşarak uluslararası bir soruna müdahil olmuştur. AİHM bu kararı ile Türkiye Cumhuriyeti sınırları içerisinde olmayan bir toprak parçasındaki hak ihlali iddiasında Türkiye Cumhuriyetini taraf olarak kabul ederek yetkisini geniş yorumlamıştır.³⁸⁶ AİHM’nin gerekçeli kararı incelendiğinde Türkiye Kıbrıs’ın kendi egemenlik alanı içerisinde olmadığını özellikle vurgulamıştır. Ancak mahkeme Sözleşme’nin 1. maddesi anlamında olayın Türkiye’nin "egemenlik yetkisi" içinde meydana geldiğine karar vermiştir. Türkiye’nin ikinci itiraz noktası ise başvuruçunun herhangi bir iç hukuk yoluna başvurmadan ve tüketmeden doğrudan AİHM’ne başvurmasının sözleşmeye aykırı olduğu

³⁸² www.quickwasp.com/kab/YuksekmahkemeKarar.pdf , adresinden 20.05.2012 tarihinde erişilmiştir.

³⁸³ Merve Nur SÜRMEİ/Aslıhan P. TURAN, “**Loizidou ve Orams Kararları**”, Bilgesam Makaleler, <http://www.bilgesam.org>(20.05.2011)

³⁸⁴ Mehmet Yalçın, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Başvurudan Sonra Ortaya Çıkan İç Hukuk Yolunun Tüketilmesi Sorunu – Pilot Karar Uygulaması ve Sonradan Ortaya Çıkan İç Hukuk Yolu ” , **A.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayını**, İnsan Hakları Çalışma Metinleri, sayı 15, yıl 2010, <http://ihm.politics.ankara.edu.tr/userfiles/file/Yalcin%20ic%20hukuk.pdf>, (15.07.2012)

³⁸⁵ Kaçmaz, a.g.e., s.82

³⁸⁶ Aslan Gündüz, “CreepingJurisdiction of theEuropean Court of Human Rights: TheBankovic Case vs. theLoizidou Case (İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’nin Sessizce Genişleyen Yetkisi: Bankovic Davası vs. Loizidou Davası)”, Sevim Toluner’e Armağan, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni (İ.Ü. Dergisi)**, 1-2 (24), (2004), s.451-480 <http://www.iudergi.com/tr/index.php/hukukmhb/issue/view/245>, (30.07.2012)

iddiasıdır. Mahkeme, Türkiye'nin bu itirazını, Türkiye de etkili iç hukuk yolları olmadığı gerekçesiyle ret etmiştir.³⁸⁷ Ayrıca AIHM'nin kararında dikkat çekici bir başka husus da AIHS'de taraf devletlerin AIHS'nin 41. maddesine göre tazminat sorumluluğu bulunmasına rağmen değerlendirmesinde bunu da yeterli görmeyerek, tazmin yapılmış olsa bile iç hukukta ki mevcut düzenlemelerle, davacının malına kavuşmasının yine mümkün olmayacağından bahisle ihlalin giderilmesine hükmetmesidir.³⁸⁸

“Orams” davası ise AIHM'nin önüne gelmiş bir dava değildir; fakat Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın bir kararı ve Avrupa Birliğine üye ülkeler nezdinde uygulanabilir olması sebebiyle, Türkiye'ye zarar veren bir başka karardır. Avrupa Birliği Adalet Divanı bu kararı ile birlikte Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyetinde uygulanan 1974 Barış Harekatından sonra sahipsiz kalan veya terk edilen Rumlara ait araziler ile ilgili mevzuat hükümlerini yok saymıştır. Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Anayasasının 127. maddesi Türklerin Rum kesiminde kalan taşınmaz mallarına karşılık devletten *“eşdeğerde taşınmaz mal veya tazminat”* isteme hakkını vermektedir. 1977 yılında Kıbrıs Türk Federe Devleti Meclisi tarafından çıkarılan “İşkân, Topraklandırma ve Eşdeğer Mal Yasası” ile 1985 yılından kabul edilen Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Anayasasının 159. maddesinin 1. fıkrası, Rumlar tarafından terk edilen taşınmazların, devletin yani Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyetinin mülkiyetine geçmesini, sonrasında ise bunların bir kısmının KKTC vatandaşlarına verilebilmesinin önünü açmıştır. KKTC Anayasasının 159. maddenin 3. fıkrası *“orman, yeşil saha, anıt ve park yerleri, sular, yeraltı suları, doğal kaynaklar ve savunma alanları, akmu yönetimi ve askeri amaçlar için gerekli bina, tesis ve arsalar ile şehir ve kırsal planlama ve toprak koruma amaçları için gerekli görülenler dışında kalan taşınmaz mallar üzerindeki mülkiyet hakkının gerçek veya tüzel kişilere devredilmesi yasa ile düzenlenir.”*³⁸⁹ demek suretiyle devlet mülkiyetine geçmiş, böylece Rum mallarının özel mülkiyete konu olabilmesine imkan sağlamıştır. KKTC'de bu yasal düzenlemelere dayalı

³⁸⁷ Emine Çolak, **“Kuzey Kıbrısta Mülkiyet Hakları”**, (Çev. Fatma TUNA , Çim SEROYDAŞ), Kıbrıslı Türk İnsan Hakları Vakfı Yayınları, 1. Bası, Nr:2, Lefkoşe: Mavi Basım, 2012, s. 20-22

³⁸⁸ Kudret Özersay, “A.İ.H.M.’nin Xenides-Arestis Kararı”, **AÜSBF. Dergisi**, sayı 61-1, yıl 2006 , s.323-332, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/42/444/4988.pdf>, (30.07.2012)

³⁸⁹ KKTC Mahkemeleri web sitesi, <http://www.mahkemeler.net/cgi-bin/default.aspx>, (30.07.2012)

olarak Kıbrıslı Rumlara ait bir kısım malları Güney Kıbrıs'ta kalan Türk mülklerine karşılık KKTC vatandaşlarına vermiştir.

Uluslararası arenadaki bu gelişmeler Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyetini bazı tedbirler almaya itmiştir. 2003 yılında 49/2003 sayılı yasa ile Taşınmaz Mal Komisyonunu kurulmuştur. Ancak bu komisyonun sadece malların tazminini öngörmesi, AİHM tarafından yeterli görülmediğinden 2005 yılındaki Xenides-Arestis davasının kabul edilebilirliğine ilişkin AİHM'nin aldığı karar Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyetini tekrar harekete geçirmiştir. Bu sefer 67/2005 sayılı yasa ile yeniden düzenlenen ve 17 Mart 2006 tarihinde yeni hali ile tekrar faaliyete geçen Taşınmaz Mal Komisyonu, bu tedbirler kapsamında oluşturulan kurumlarda birisidir. Taşınmaz Mal Komisyonu esas itibariyle Rumlardan kalan malların değerlendirmesi ile ilgili kurulmuştur. Bu komisyonca değerlendirilecek mallar, 1974 Kıbrıs Harekâtı öncesinde sahipli olunan ancak Kıbrıs Türk Federe Devletinin ilan edildiği 13 Şubat 1975 tarihinde terk edilmiş bulunan veya bu tarihin sonrasında Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti yasalarınca, terk edilmiş ya da sahipsiz olarak nitelenen mallardır. Taşınmaz Mal Komisyonunu önemi sadece Rumlardan kalan malların hak sahiplerinin başvurusu halinde tazminini değil belli şartlarda başvurucuya mal iadesini de öngörmesidir.³⁹⁰

3.10.3.2. XenidesArestes– Türkiye Davası

Yukarıda belirttiğimiz Loizidou davası, peşinden bir çok davayı da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin önüne taşımıştır. Maraş bölgesinde malları bulunan Myra XenidesArestis tarafından Türkiye aleyhine açılan davada³⁹¹, davacı tarafından KKTC ile GKRY arasında Türk tarafının kontrolü altında bulunan ve yerleşime kapalı Maraş bölgesindeki mallarının iade edilmesi talep edilmiştir. AİHM, Loizidou davasında olduğu gibi etkin iç hukuk yolu bulunmadığı gerekçesi ile davayı görüşülebilir bulmuş ve kabul edilebilirlik kararı vermiştir. KKTC tarafından 67/2005 sayılı yasa ile yeniden

³⁹⁰ Ömer Fazlıoğlu, “AİHM'nin Xenides-Arestis Kararı ve Kıbrıs'ta Mülkiyet Sorunu”, Türkiye Ekonomi Politikaları Geliştirme Vakfı, Avrupa Birliği Çalışmaları, Nr;PN200522, s.7 http://www.tepav.org.tr/upload/files/1271246809r1949.AIHM_nin_Xenides_Arestis_Karari_ve_Kibris_ta_AIHM_nin_Xhtenides_Arestis_Karari_ve_Kibri_ta_Mulkiyet_Sorunu.pdf, (30.07.2012)

³⁹¹ XenidesArestis - Türkiye Davası, (Başvuru No: 46347/99)

düzenlenen ve 17 Mart 2006 tarihinde yeni hali ile tekrar faaliyete geçirilen Taşınmaz Mal Komisyonu ve Taşınmaz Malları Tazmin Komisyonu'nun meşruluğu mahkeme tarafından yargılamada tartışılmıştır. Gerçi davacının başvuru aşamasında bu husus mahkemenin dikkatine sunulmuşsa da mahkeme tarafından davanın görüşülmesinin kabul edilmesi engellenememiştir.³⁹²

Yargılama sırasında KKTC tarafından oluşturulan Taşınmaz Mal Komisyonun hukuki meşrutiyeti AİHM tarafından kabul etmiştir. AİHM, 2010 yılında verdiği kararlarında Taşınmaz Mal Komisyonu'nun "etkin iç hukuk yolu" olduğunu belirterek, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyetindeki taşınmazlar üzerinde hak iddia eden 8 Kıbrıslı Rum'un Türkiye aleyhinde AİHM'de açtığı davaları reddetmiştir.³⁹³

³⁹² Fazlıoğlu, a.g.e., s. 14

³⁹³ AİHM, “Rum Davalarını Taşınmaz Mal Komisyonuna Havale Ediyor”, Afrika Gazetesi, 7 Kasım 2010, s.7, <http://www.afrikagazetesi.net/Afrika-Arsiv/Arsiv%202010/Kasim2010/7kasim2010.pdf>, (30.07.2012)

SONUÇ

Anayasamızın 46. maddesi ile 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 1. maddesine göre kamulaştırma yapmaya devlet ve kamu tüzel kişileri yetkilidir. Buna göre, gerçek kişilerin veya özel hukuk tüzel kişilerinin kamulaştırma yapmaya yetkileri bulunmamaktadır. Ancak Kamulaştırma Kanunumuz kamu yararı olması halinde bunlar lehine hizmet bakımından tabi oldukları kamu kurumlarının kamulaştırma yapabileceğini belirtmektedir. Burada dikkat çekici husus, kamulaştırma yapılabilmesinin kamu yararının varlığına bağlanmasıdır. Tam bu noktada akla gelen soru, gerçek veya tüzel kişilerin ticari menfaatleri hangi hallerde kamunun menfaatiyle örtüşür. Bu konuda Kamulaştırma Kanununda hiçbir hüküm yoktur. Kanaatimizce bu bir yasal boşluktur. Kamu yararının varlığının takdiri idarenin inisiyatifine bırakılmıştır. Her ne kadar idarenin bu takdir yetkisi yargı denetimine tabiyse de, yukarıdaki sorumuzu cevaplayacak bir yasal düzenlemenin Kamulaştırma Kanununa eklenmesi gerektiği düşüncesindeyiz.

Kamulaştırma Kanununun 6. maddesinin son fıkrası idarenin her türlü işleminde aranan kamu yararına bir istisna getirmiştir. Şöyle ki; onaylı imar planı ile ilgili bakanlıktan onaylı plan ve projelere dayalı olarak yapılacak kamulaştırmalarda ayrıca kamu yararı kararı alınmasına gerek yoktur. Konuyla ilgili olarak söz konusu kurumun yetkili organınca alınacak kamulaştırmaya başlama kararı yeterli sayılmaktadır. Söz konusu düzenleme kamulaştırma prosedürünü sadeleştirmek ve hızlandırmak amacıyla yapılmış çok isabetli bir düzenlemedir. Zira, imar planlarının hazırlanması da bir idari işlem neticesinde gerçekleşmekte ve hem kamulaştırma işleminde hem de imar planlarının hazırlanmasında bir çok unsur benzer şekilde ele alınmaktadır. Kamulaştırma işlemine karşı açılan iptal davalarında aynı zamanda imar planının da dava edilebilmesi de mantıken bu hususu doğrular niteliktedir.

Kamulaştırma işleminin devletin zor alım yetkisinin sonucunda gerçekleştiğinin unutulmaması gerekir. Kamulaştırma işlemi sonucunda bir bedel ödeniyor olması işlemin

bu niteliğini ortadan kaldırmaz. Çalışmamızın çeşitli yerlerinde devletin zor alım yetkisine vurgu yaptık. Ancak kamulaştırma işlemi sonucunda ulaşılan sonucun mülkiyet hakkının özüne bir dokunma değil onu kısıtlayan bir durum olarak sayılabilmesi kamulaştırılacak taşınmazın bedelinin doğru ve sağlıklı bir şekilde tespit edilmesine bağlıdır. Anayasamızın 46. maddesi ve Kamulaştırma Kanunumuzun 3. maddesi esas itibarıyla peşin ödemeyi öngörmektedir, fakat bunun istisnaları da mevcuttur. Örneğin, çok büyük çaplı kamulaştırma işlemlerinde taksitle ödeme yapılabileceği kanunda düzenlenmiştir. Kanaatimizce taksitle yapılan ödeme mülkiyet hakkının özüne yapılan bir müdahale olarak görülemez. Ancak idarelerin yeterli ödenek ayırmadan kamulaştırma işlemlerine başlamamaları gerektiği de Kamulaştırma Kanununun 3. maddesinin son fıkrasında açık bir şekilde belirtildiğinden bu hususa titizlikle riayet edilmesi gerekir.

Kamulaştırma işleminde kanun koyucunun uyulması zorunlu bazı usulü işlemler tayin etmiş olması kamulaştırmanın amacından sapmasını önlemeye yöneliktir. 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 2001 yılından önceki görüntüsü şu anki halinden çok farklıydı. 24.04.2001 tarihinde 4650 sayılı kanunla getirilen düzenleme ile, Türkiye'deki kamulaştırma kurumu esaslı bir şekilde değiştirilmiştir. 2001 yılının öncesinde idareler kamulaştırma kararının alınmasından kıymet takdir işlemlerine kadar tüm işlemleri özel mülkiyet sahiplerinin hiçbir dahli olmadan gerçekleştirmekteydiler. Tüm işlemler bittikten sonra da noter marifeti ile hak sahiplerine kamulaştırma işlemiyle ilgili evrakları ödeme dekontu ile birlikte tebliğ edilmekteydi. Kamulaştırma bedelini yeterli bulmayanların bu konuda kamulaştırma bedelinin artırılması için dava açabilme hakları bulunmaktaysa da, 30 günle sınırlanan dava açma süresi çoğu zaman kaçırıldığından komik sayılabilecek kamulaştırma bedelleri ile çok büyük ölçülere haiz taşınmazların kamulaştırıldığı görülmekteydi. 2001 yılından sonra getirilen sistem taşınmazları kamulaştırılacak şahısların kamulaştırma bedelinin belirlenmesi sürecine daha fazla dahil olmasını sağlamıştır. İdarenin bedel tespiti için mahkemeye gitmeden evvel taşınmaz sahiplerini bedelin belirlenmesi için pazarlığa davet etmesi önceki sisteme göre daha adil bir durum yaratmıştır. Ayrıca idarelerin taşınmaz sahipleriyle anlaşamadığı taktirde zorunlu olarak bedelin mahkeme tarafından belirlenecek olması idarelerin kıymet takdirlerini daha sağlıklı yapmasına neden olduğu gibi aynı zamanda teklif edilecek bedellerin de daha mantıklı rakamlara ulaşmasını sağlamıştır. Ancak bu sistemin de eleştirilmesi gereken yanlarından

biri de bu noktada doğmaktadır. Kamulaştırma Kanununun 8. maddesinin 4. fıkrası uyarınca idare, “kıymet takdir komisyonunca tespit edilen tahmini bedeli belirtmeksizin” maliki pazarlığa çağırıldığında aynı taşınmazın bir den fazla hissedarının bulunması halinde bunların her biriyle birbirinden farklı bedeller üzerinden anlaşma yapılabilecektir. Bu sonucun adil bir sonuç olmadığını düşünmekteyiz.

Kamulaştırma Kanununun bizce düzeltilmesi gereken bir başka hükmü de Kamulaştırma Kanununun 15. maddenin son fıkrasıdır. Zira *birlikçilerce yapılan değer tespitinde, idarece belgelerin mahkemeye verildiği günü esas tutması* kamulaştırma bedelinin dava tarihi itibarıyla belirlenmesi rağmen kamulaştırma bedeline dava tarihi itibarıyla faiz talep edilememesi anlamına gelmektedir. Kamulaştırma bedelinin tespitini amaçlayan adli davalarının uzun bir süreçte tamamlandığı ve ülkenin enflasyonist bir ortamda olduğu durumlarda kamulaştırma bedeli reel olarak değer kaybedecektir. Bu konuda Yargıtay faiz taleplerini ret ettiği gibi Anayasa Mahkemesi de Kamulaştırma Kanununun 15. Maddesinin iptali istemiyle açılan davayı da ret etmesi bizce haksız bir sonuca yol açmıştır.

Türkiye’de devletin gerek fiili el atma gerekse imar planlarında öngörülen kısıtlamalar sebebiyle özel mülkiyete tabi taşınmazlara kaydi el atması çok rastlanılan bir durumdur. Devlet, birey ve özel mülkiyet arasındaki dengede hangisine üstünlük tanınacağı sorusunun cevabı günümüzde birey lehine epeyce değişmiştir. Bunda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin ve mahkemesinin yeri büyüktür. Türkiye gibi devleti üstün tutan gelenekten gelen ülkelerin anayasaları da devleti birey karşısında ‘ kamu yararı’ , ‘toplumsal yarar’, ‘ kamu düzeni’ gibi gerekçelerle koruma gereği duymuş³⁹⁴ve bu nedenle söz konusu kavramlara karşı gerçekte görmeleri gereken işlevleri görmediği eleştirileri dillendirilmiştir. Nitekim, bu eleştirileri haklı gösterebilecek bir örnek de, çalışmamızın içerisinde kaydi el atma başlığı altında incelediğimiz özel mülkiyete konu taşınmazların imar planlarında yer alan kısıtlamalar sebebiyle uzun yıllar işlevsiz halde bekletilmesi ve bu taşınmazların sahipleri açısından söz konusu durumun katlanılamayacak bir hal almasıdır. Yargıtay Hukuk Daireleri ve Genel Kurulları uzun yıllar boyunca kararlarıyla bu

³⁹⁴ Vecdi Aral, **Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine**, Filiz Kitapevi, İstanbul, 1985, s.19

konuyu kamulaştırmasız el atma olarak niteleyen görüşlere geçit vermemişlerdir. Ancak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2010 yılında vermiş olduğu kararlarında imar planı ile getirilen kısıtlamanın belli şartlar altında kamulaştırmasız el atma olgusunu oluşturacağına karar vermiştir. Ne yazık ki, 2012 yılında Uyuşmazlık Mahkemesi vermiş olduğu bir kararla Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun bu kararını işlevsiz hale getirmiştir. Söz konusu kararında Uyuşmazlık Mahkemesi, imar kısıtlılığına dayalı kamulaştırmasız el atma davalarının adli yargıda görülemeyeceğini, bu davaların tam yargı davası şeklinde idari yargıda görülebileceğini belirterek durumu çıkmaz bir mecraya sürüklemiştir.

Kamulaştırmasız el atma davalarının önündeki bir engel de kamulaştırmasız el atma davaları için 20 yıllık zamanaşımı süresi öngören Kamulaştırma Kanununun 38. Maddesi idi. 2003 yılında söz konusu maddeyi iptal eden Anayasa Mahkemesinin iptal gerekçesi değil, bu iptal kararına kadar geçen sürede taşınmazlarını kaybedenlerin iptal kararının sonuçlarından yararlanamaması eleştirilmiştir. Nitekim Yargıtay'ın Anayasa Mahkemesi kararlarının geriye etkili olarak yürütülemeyeceğinden bahisle, 1983 yılından evvel idare tarafından el atılan ve Anayasa Mahkemesinin iptal kararını verdiği 2003 yılına kadar 20 yıllık zamanaşımı süresi dolmuş taşınmazlarla ilgili olarak taşınmaz sahiplerinin dava haklarının düştüğünden bahisle davaları ret etmesi bir çok hak sahibini AİHM'ne başvuruya zorlamıştır. Bu başvuruların baskısı ile kanun koyucu Kamulaştırma Kanununa eklediği geçici 6. madde ile, 1983 yılından evvel idarelerin el attığı taşınmazların bedeli de belirli bir prosedürün sonucunda talep edilebilir hale gelmiştir. Ancak geçici 6. maddenin kanaatimizce eleştirilecek en önemli yönü, bu maddeye dayalı olarak alacak tespit edilse bile geçici 6. maddenin son fıkrası gereğince idarenin mal, hak ve alacakları haczedilemeyeceğidir. Bu düzenlemenin hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmadığı ortadadır. Devlet mallarının haciz edilemezliği ilkesi mevcutken bu düzenlemenin getiriliş amacı ne olabilir ? Öğretideki baskın görüş bunun bir kısım malları haciz edilebilen belediye gibi kamu kurumlarını korumak gayesiyle getirildiğidir.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

- Akar, Zeki, (2007), **Kamulaştırma ve Kamulaştırmaz El Atma Davaları**, Ankara: Turhan Yayınevi
- Akipek, Jale G., (1972), **Türk Eşya Hukuku Cilt 1 – Zilyetlik ve Tapu Sicili**, Ankara: AÜHF Yayını
- Akipek, Jale G., (1973), **Türk Eşya Hukuku Cilt 2 – Mülkiyet**, Ankara: AÜHF Yayını
- Akipek, Jale G., (1974), **Türk Eşya Hukuku Cilt 3 – Mahdut Ayni Haklar**, Ankara: AÜHF Yayını
- Akyazan, Ahmet Emrah, (2009) “Maddi Açıdan İdari İşlem”, **T.B.B. Dergisi**, Sayı 85, http://portal.ubap.org.tr/App_Themes/Dergi/2009-85-566.pdf, (15.01.2012)
- Akyılmaz, Bahtiyar ve diğerleri (2011), **Türk İdare Hukuku**, Ankara: Seçkin Yayınları
- Akyol, Nihat ve diğerleri (1992), “**Türkiyede ve Gelişmiş Bazı Ülkelerde Kamulaştırma Çalışmaları**”, İmar Planlarının Uygulanması semineri, Karadeniz Teknik Üniversitesi, Jeodezi ve Fotogrametri Mühendisliği Bölümü, Sayfa 157-165, Trabzon, <http://www.gislab.ktu.edu.tr/yayin/PDF/92NAM01.pdf> , (20.05.2012)
- Aral, Vecdi, (1993), **Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine**, İstanbul: Filiz Kitapevi
- Ayan, Mehmet, (2012), **Eşya Hukuku 3. Kitap –Sınırlı Ayni Haklar**, Güncellenmiş 4. Bası, Konya: Mimoza Yayınevi
- Aydoğan, Aykut, (2003), **Milletlerarası Tahkim Kanunu Kapsamında Ceryan eden Tahkim Usulü**, Üsküdar: Beta Yayınevi
- Azrak, Ali Ülkü, (1976), **Millileştirme ve İdare Hukuku**, İstanbul; İ.Ü.H.F. Yayınları
- Azrak, Ali Ülkü, (1976), Millileştirme ve İdare Hukuku, İÜHF Mecmuası, <http://www.iudergi.com/tr/index.php/hukukidare/article/view/2924/2522>, (15.01.2012)
- Başpınar, Veysel, (2009), **Mülkiyet Hakkını İhlal Eden Müdahaleler**, Ankara: Yetkin Yayınevi

- Berki, Şakir, (1948), “Romada Ayni Haklar”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 1, Sayı 5, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/242/2138.pdf> (15.01.2011)
- Beşe, Lale, (2008), “**Kamulaştırma Davalarında Hak Düşürücü Zaman Sorunu**” <http://www.turkhukuk sitesi.com/showthread.php?t=22283> (13.01.2010)
- Bilgen, Pertev, (1995), **İdare Hukuku Ders Notları**, İstanbul: İstanbul Üni. Masaüstü Yayıncılık Birimi
- Bilgen, Pertev, (1999), **Kamulaştırma Hukuku**, İstanbul: Filiz Kitapevi
- Böke, Veli, (2006), **Kamulaştırmaz El Atma Davaları**, 2. Bası, Kayseri: Seçkin Yayınevi
- Böke, Veli, (2008), **Kamulaştırma Kanunu ve Kamulaştırma Bedelinin Tespiti Davaları**, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi
- Ceylan, Seldağ Güneş, (1999), “Roma Hukukundan Günümüze İstihkak Davaları (REI VINDICATIO)”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Haziran-Aralık 1999, Cilt III, sayı 1-2, <http://www.oocities.com/vbicak/gazi1999.pdf> (15.01.2011)
- Cumhurbaşkanlığı Devlet Denetleme Kurulu Araştırma ve İnceleme Raporu**, “Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının teşkilat ve mali yapıları, faaliyetleri, denetimleri, organlarının seçimlerine dair esasların değerlendirilmesi ile bunların etkin ve verimli şekilde hizmet yürütmelerinin ve geliştirilmesinin sağlanması amacıyla alınması gereken tedbirler”, 28.09.2009 tarih, 2009/6 sayı, <http://www.tccb.gov.tr/ddk/ddk41.pdf> , (15.01.2012)
- Çağlayan, Ramazan, (2011), “Kamulaştırma İşleminin İptali ve Mülkiyetinin İptali”, **İÜHF Mecmuası C. LXIX, S.1 - 2, s. 453-466, 2011**, <http://www.iudergi.com/tr/index.php/hukukmecmua/article/view/10561/9797> (21.05.2012)
- Çınar, Turan, (2005), **Kamulaştırma ve Kamulaştırmaz El Atma Davaları**, 2. Bası, Ankara: Kartal Yayınevi
- Çubukçu, İbrahim Ağah, (1953), “Din ve İnsan Hakları”, **Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi**, Yıl 1953, Cilt 26, Sayı 0, <http://dergiler.ankara.edu.tr/search.php> (15.01.2011)

- Dönmezer, Sulhi, (1941), “İstımlak Hukuku”, **İÜHF Mecmuası**, Cilt 7, Sayı 1, İstanbul 1941, <http://www.iudergi.com/tr/index.php/hukukmecmua/issue/view/451>, (15.01.2012).
- Düren, Akın, (1979), **İdare Hukuku Dersleri**, Ankara: AÜHF Yayınları
- Düren, Akın, (1979), **Devletin Mülkiyete El Atmasından Doğan Tazminat Yükümlülüğü**, Ankara: AÜHF Yayınları
- Erdoğan, Mustafa, (2007), **İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku**, 2. Bası, Ankara: Orion Yayınevi
- Ertaş, Şeref, (2006), **Eşya Hukuku**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Bası, Ankara: Seçkin Yayınevi
- Etgü, Mehmet Akif, (2009), **Kamu Hukukunda Mülkiyet Hakkı ve AİHM Mülkiyet Hakkına Bakışı**, İstanbul: 12 Levha
- Gemalmaz, Burak, (2009), **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı**, İstanbul: Beta Yayınevi
- Gemalmaz, M. Semih, (1997), **İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, 1. Bası, İstanbul: Beta Yayınevi
- Giritli, İsmet/Bilgen, Pertev/Akgüner, Tayfun/Berk, Kaharaman, (2012), **İdare Hukuku**, Güncellenmiş 5. Bası, İstanbul: Der Yayınları
- Gözler, Kemal, (2009), **İdare Hukuku**, Cilt 1-2 (Set), 2. Bası, Bursa: Ekin Yayınevi
- Gözübüyük, A. Şerif / Tan, Turgut, (2004), **İdare Hukuku**, Cilt 1-2 (Set), Güncelleştirilmiş 3 Bası, Ankara: Turhan Yayınevi
- Gözübüyük, A. Şerif, (1998), **Yönetim Hukuku**, 12 Bası, Ankara: Turhan Yayınevi,
- GRGİC, Aida/ MATAGA, Zvonimir/LONGAR, Matija/ VILFAN, Ana, (2007), **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Mülkiyet Hakkı, İnsan Hakları El Kitapları**, Numara 10, Brüksel: Avrupa Konseyi Yayınları
- Günday, Metin, (2002), **İdare Hukuku**, 7. Aynı Bası, Ankara: İmaj Yayıncılık

- Güney, Dinç, (2004), “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Mülkiyet Hakkı” **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, http://portal.ubap.org.tr/App_Themes/Dergi/2004-51-6.pdf (15.01.2011)
- Gürsel, M. Kutlu, (2009), **Kamulaştırma Hukuku**, Ankara: Seçkin Yayınevi
- Hayta, Mehmet Ali, (2007), “**Kamulaştırma Davaları**”, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, <http://www.belgeler.com/blg/tb5/kamulastirma-davolari-expropriation-a-cases> (15.01.2012)
- Hakyemez, Yusuf Şevki, (2009), **Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı**, Ankara: Yetkin Yayınevi
- Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona/Arpacı, Abdülkadir, (1991), **Eşya Hukuku**, İstanbul: Filiz Kitapevi
- Hatemi, Hüseyin/Aybay, Aydın, (2010), **Eşya Hukuku**, 2. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık
- İçel, Kayıhan/Donay Süheyl, (2005), **Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku**, İstanbul: Beta Yayınevi
- İçel, Kayıhan / Sokulluoğlu, Füsun/Özgenç, İzzet / Sözüer, Adem/Mahmutoğlu, Fatih S /Ünver, Yener, (2002), **Yaptırım Teorisi**, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, İstanbul: Beta Yayınevi
- İpek, Eyüp, (2009), **Kadastro Kanuna Göre Mülkiyet Hakkının Tespitine İlişkin Esaslar**, Ankara: Adalet Yayınevi
- İnalcık, Halil, (2011), **Osmanlı Devlet, Kanun, Diplomasi**, İstanbul: Timaş Yayınevi
- Kaboğlu, İbrahim, (2002), **Özgürlükler Hukuku**, İstanbul: Orion Yayınevi
- Kalabalık, Halil, (1997), "İdarenin Takdir Yetkisinin Sınırları ve Yargısal Denetimi, Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu'na Armağan", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl 1997, Cilt. 1, <http://hukuk.gazi.edu.tr/posts/view/title/cilt-1%2C-sayi-2-%28aralik-1997%29-17404> (03.07.2012)
- Kalabalık, Halil, (2012), **İmar Hukuku Dersleri**, 4. Bası, Sakarya: Seçkin Yayınevi,
- Karabağ, Emel, (2010), “**Kamulaştırmatsız el atma davaları**”, www.yargitay.gov.tr, 15.01.2012 tarihinde erişilmiştir.

- Karagöl, Ömer, (2009), **Kamulaştırma Davalarında Bedel Tespit Esasları**, 1. Bası, Ankara: Seçkin Yayınevi
- Karahacıoğlu, Ali Haydar, (1995), **Kamulaştırma Kanunu (Açıklamalı ve İçti-hatlı)**, 2. Basım, İstanbul: Adil Yayınevi
- Karahanoğlu, Özlem Erdem, (2008), “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İdari Yargı”, **İnsan Hakları Yıllığı Makale Dizini**, [http://yayin.todaie.gov.tr/goster.php? Dosya=MDQ5MDUyMDUwMDU0](http://yayin.todaie.gov.tr/goster.php?Dosya=MDQ5MDUyMDUwMDU0), (15.01.2012)
- Kılıç, Osman, (2011), “Kamulaştırma Davalarında Arsa Arazi Ayrımı”, **Akdeniz Üni. Ziraat Fakültesi Dergisi**, Yıl 2011, Sayı 1, ziraatdergi.akdeniz.edu.tr/_library/dosyaYonetimi/indir.php?id=414, (15.01.2012)
- Kırmacı, Kadir, (2011), “Türk İdari Yargısında Kamulaştırma”, **Danıştay Başkanlığı Kamulaştırma Konferansı**, [http://www.yargitay.gov.tr/abproje/belge/sunum/conf5/ KKirmaci_Kamulastirma.pdf](http://www.yargitay.gov.tr/abproje/belge/sunum/conf5/KKirmaci_Kamulastirma.pdf), (15.01.2012)
- Kitiş, Servet/Arcak, Ali, (1992), **Kamulaştırma Davaları ve Devletleştirme**, Cilt 1 – 2, Ankara: Seçkin Yayınevi
- Kuntalp, Erden, (1991), “Bağımsız ve Sürekli Sınırlı Aynı Hakların Özellikle Üst Hakkının Taşınmaz Olarak İşlem Görmesi”, **T.B.B. Dergisi**, Yıl 1991, Sayı 4, s.548, http://portal.ubap.org.tr/App_Themes/Dergi/1991-19914-1000.pdf, (15.01.2012)
- Kuru, B/Arslan, R./ Yılmaz, E, (2011), **Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı**, 22. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınevi
- Mert, Muhit,(2005), “Klasik Bir Kelam Problemi Olarak Rızık Kavramının Tanımları ve Bu Tanımların İçerdiği Problemler”, **Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi**, Yıl 2005, Sayı 1, s.1-19, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/37/53/484.pdf> (15.01.2011).
- Mumcu, Ahmet./ Üçok, Coşkun/ Bozkurt, Gülnihal, (2008), **Türk Hukuk Tarihi**, Ankara: Turhan Kitapevi
- Oğuzman, M. Kemal/Seliçi, Özer/Oktay, Saibe, (2006), **Eşya Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 11. Bası, İstanbul: Filiz Kitapevi

- ONAR, Sıdık Sami, (1966), **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, 3.Baskı, 3 Cilt, İstanbul: Akgün Matbaacılık-Hak Kitapevi
- Ortaylı, İlber, (2011), **Türkiye'nin Yakın Tarihi**, İstanbul: Timaş Yayınevi
- Özakman, H. Cumhur, (1978), **Türk Hukukunda Mecra İrtifakları**, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları
- Özbudun, Ergun, (2005), **Türk Anayasa Hukuku**, 8. Bası, Ankara: Yetkin Yayınevi
- Özdemir, Onur (2010), **“Eski Yunanda Özel Mülkiyet”** a.g.e., <http://ekonomipenceresionur.blogspot.com/2010/08/eski-yunan-da-ozel-mulkiyet.html> (15.01.2012)
- Özmen, İhsan / Çorbalı, Halil, (1995), **3402 Sayılı Kadastro Kanunu Şerhi**, Ankara: Seçkin Yayınevi
- Pazarıcı, Hüseyin, (2003), **Uluslararası Hukuk**, Gözden Geçirilmiş 7. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi
- Platon, (2010), **Devlet - Hasan Ali Yücel Serisi**, XIX Baskı, İstanbul: İş Bankası Yayınları
- Salman, Yüksel, (2001), “İslam da Mülkiyet Hakkı”, **Diyanet Dergisi**, 2001 Kasım sayısı <http://www.diyamet.gov.tr/turkish/DIYANET/2001aylik/kasim/dintoplum> adresinden (15.01.2012)
- Sampat, Payal, (2001) , **“Yeraltı Sularında Kirlenme”** http://www.tema.org.tr/Sayfalar/CevreKutuphanesi/Pdf/SuKaynaklari/DD_2001-2.pdf , (20.05.2012)
- Saraç, Osman “Kamu Yararı Kavramı”, **Maliye Dergisi**, Sayı 139, Ocak-Nisan 2002, s.5, 212.174.133.188/.../maliye_dergisi/maliyederigisi.asp?dergi_no=139 (15.01.2012)
- Sarı, H. Gürbüz, (2010), **Malvarlığı Haklarının Korunması**, Güncellenmiş 2. Bası, İstanbul: 12 Levha Yayınları
- Savcı, Bahri (1943) “İnsan Hakları Üzerine Uluslararası alanda Norm-İlkeler ve Türk İç Hukuku”, a.g.e, Yıl:1943, Cilt 35, Sayı 1, **Ankara Üni. Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi** http://dergiler.ankara.edu.tr/detail.php?id=42&sayi_id=445&makale_id=4990 (15.01.2012)

- Serozan, Rona, (2007), Taşınır Eşya Hukuku, Genişletilmiş 2. Bası, Filiz Kitapevi: İstanbul
- Surlu, Mehmet Handan, (2009), **Tapu İptali ve Tescil Davaları**, Birinci Bası, İstanbul: Seçkin Yayınevi
- Sürmeli, Merve Nur/Turan, Aslıhan P., **“Loizidou ve Orams Kararları”**
<http://www.bilgesam.org> (20.05.2011)
- Şimşek, Suat, (2010), “Kıyılarda Mülkiyet Sorunu; A.İ.H.M. nin İptal Kararları Işığında Bir Çözüm Önerisi”, **Sayıştay Dergisi**, Nisan-Haziran 2010, sayı 77, <http://dergi.sayistay.gov.tr/icerik/der77m4.pdf> (15.01.2012)
- Şimşek, Suat, (2010), “Vergi Politikaları, Mülkiyet Hakkı ve A.İ.H.M.”, **Maliye Dergisi**, Temmuz – Aralık 2010, sayı 159, http://212.174.133.188/calismalar/maliye_dergisi/maliyederigisi.asp?dergi_no=159, (15.01.2012)
- Şimşek, Suat, (2011), “A.İ.H.M. Kararlarında Kamu Yararı Kavramı, Devletin Taktir Hakkı”, **Sayıştay Dergisi**, Nisan-Haziran 2011, sayı 81, <http://dergi.sayistay.gov.tr/default.asp?sayfa=4&id=81> (15.01.2012)
- Tandoğan, Haluk, (1952) “Türk Hukukunda Mecralar”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 9 Sayı: 3, Ankara 1952, s.135 (<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/318/3120.pdf>, (20.05.2012)
- Tatar, Onur, (2003), **“A.İ.H.M. Kararları Işığında Mülkiyet Hakkı”**, http://www.inisiyatif.net/document/aihm_mulkiyethakki.pdf (23.05.2012)
- Tazegül, İsmail, (2010), İmar Mevzuatının Uygulanması ve Kent Planlaması Bakımından Kazanılmış Haklar Sorunu, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, 1 (3), s. 163-193
- Tahir, Bülent/Erdoğan, Belgin, (1989), **Roma Usul Hukuku**, 3. Bası, İstanbul: Filiz Kitapevi
- Tanör, Bülent, (2002), **Osmanlı - Türk Anayasalar Gelişmeleri**, 9. Baskı, İstanbul:Yapı Kredi Yayınları
- Tanör, Bülent, (1997), **Kurtuluş Üzerine 10 Konferans**, 3. Baskı, İstanbul: Der Yayınevi
- Tekinay, Selahattin Sulhi, (1978), **Eşya Hukuku**, 3. Baskı, İstanbul: Filiz Kitapevi

Turan, Ahmet Uğur, (2008), **Sözleşme Hukukundan Kaynaklanan Tapu İptali Davaları**, Ankara, Seçkin Yayınevi

Yıldırım, Bekir/Sorgun, Naci, (2007), **Kamulaştırma, Kamulaştırmaz El Atma Davaları ve İlgili Mevzuattan Doğan Bedel Davaları**, Birinci Baskı, Ankara: Yetkin Yayınevi

Yılmaz, Ejder, (1987), “Kamulaştırma Kanunundaki Tebligat Hükümleri ve Tebligat Kanununun Genel Niteliği”, **AÜHF Dergisi**, **39 (1)**, <http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-1982-1987-39-01-04/AUHF-1982-1987-39-01-04-Yilmaz.pdf>, (25.02.2012)

Yücel, Özge, (2010), “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Göre Kamulaştırmaz El Atma”, **Prof. Dr. Tunçer Karamustafaoğlu'na Armağan**, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, s. 849-890

Zevkliler, Aydın, (1977), **Prof. Dr. Osman Fazıl Berki'ye Armağan** “Kamulaştırma, Satımın Özel Bir Çeşidi midir?”, AÜHF Yayınları, No.411, s.935 – 958, <http://auhf.ankara.edu.tr/auhf-yayinlari-arsivi/armaganlar/osman-fazil-berki-armagani/osman-fazil-berki-armagani-tumu.pdf>, (25.02.2012)

www.diyamet.gov.tr

www.canaktan.org

www.barobirlik.org

www.rightsagenda.org

www.serkancengiz.av.tr

www.yargitay.gov.tr

www.aihm.anadolu.edu.tr

www.turkhukusitesi.com

www.istanbulbarosu.org

www.trabzonbarosu.org

www.teias.gov.tr

www.yargidunyası.com.tr

Uyap Mevzuat Programı

Meşe İçtihat Programı

Palmiye İçtihat Programı

Kazancı İçtihat Programı

Sinerji İçtihat Programı

ÖZGEÇMİŞ

Tayfun Tuna 22 Mart 1976 tarihinde Trabzon da doğdu. İlkokulu Trabzon Gazipaşa İlkokulu, orta okulu Trabzon Zehra Kitapçioğlu Ortaokulu, lise ise Trabzon Affan Kitapçioğlu Lisesinde tamamladı. 1994 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesine girdi. 1998 yılında aynı fakülteden mezun oldu. 1998 - 1999 yılları arasında İstanbul Barosu bünyesinde avukatlık stajını tamamladı. 2000 - 2002 yılları arasında askerlik görevini yedek subay olarak ifa etti.

2002 yılından beri Trabzon da serbest Avukatlık yapmakta olup 2009 yılından beri de Karadeniz Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Yönetimi bölümünde yüksek lisans bölümüne devam etmektedir.