

**6306 SAYILI AFET RİSKİ ALTINDAKİ ALANLARIN DÖNÜŞTÜRÜLMESİ
HAKKINDAKİ KANUNLA MÜLKİYET HAKKINA GETİRİLEN
MÜDAHALELER
Alp Emre VAROL
(Yüksek Lisans Tezi) Eskişehir, 2015**

**6306 SAYILI AFET RİSKİ ALTINDAKİ ALANLARIN DÖNÜŞTÜRÜLMESİ
HAKKINDAKİ KANUNLA MÜLKİYET HAKKINA GETİRİLEN
MÜDAHALELER**

Alp Emre VAROL

Yüksek Lisans Tezi

Özel Hukuk Anabilim Dalı

Danışman: Yrd.Doç.Dr.Hayriye ŞEN DOĞRAMACI

Eskişehir

Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

Eylül, 2015

JÜRİ VE ENSTİTÜ ONAYI

Alp Emre VAROL'un "6306 Sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanunla Mülkiyet Hakkına Getirilen Müdahaleler" başlıklı tezi 11 Eylül 2015 tarihinde, aşağıdaki jüri tarafından Lisansüstü Eğitim Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinin ilgili maddeleri uyarınca toplanan **Özel Hukuk** Anabilim Dalında, **yüksek lisans tezi** olarak değerlendirilerek kabul edilmiştir.

Üye (Tez Danışmanı) : Yrd.Doç.Dr.Hayriye ŞEN DOĞRAMACI
Üye : Yrd.Doç.Dr.Ahmet KARAKOCALI
Üye : Yrd.Doç.Dr.Altan Fahri GÜLERCİ

Prof.Dr.Kemal YILDIRIM
Anadolu Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü

ÖZ
6306 SAYILI AFET RİSKİ ALTINDAKİ ALANLARIN
DÖNÜŞTÜRÜLMESİ HAKKINDA KANUN’LA MÜLKİYET HAKKINA
GETİRİLEN MÜDAHALELER

Alp Emre VAROL
Özel Hukuk Anabilim Dalı
Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Eylül 2015
Danışman: Yrd.Doç.Dr.Hayriye ŞEN DOĞRAMACI

Ülkemizde doğal afetler nedeniyle oluşan can kayıplarını önlemek amacıyla, 6306 Sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun kabul edilmiş ve 31 Mayıs 2012'de yürürlüğe girmiştir. Ancak, bu Kanun mülkiyet hakkına birçok müdahale öngörmektedir. Mülkiyet hakkı, anayasal bir hak olup kişiye kullanma, yararlanma ve tüketme hakkı vermektedir. Bu hak, sadece ulusal mevzuatla korunan bir hak olmayıp aynı zamanda uluslararası sözleşmelerle de korunan bir haktır. Dolayısıyla, söz konusu Kanun açısından mülkiyet hakkına ne gibi müdahaleler getirildiği bu çalışmanın konusunu oluşturmaktadır. İnceleme iki bölüm ve bir sonuçtan meydana gelmektedir. İlk bölümde “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında ve Türk Hukukunda Mülkiyet Hakkının Sınırlanması” ele alınmıştır. Burada yer alan, “Türk Hukukunda Mülkiyet Hakkının Sınırlanması” başlığı altında, hukukumuzdaki sınırlama rejimi netleştirilmek istenmiştir. Bunun sebebi, Kentsel Dönüşüm Kanununun bu rejim çerçevesinde irdelenmesi için gerekli olan zemini oluşturmaktır. Bölüm içerisinde “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesine Göre Mülkiyet Hakkının Sınırlanması” başlığı da yer almaktadır. Bu başlık altında ulaşılan kanaat sayesinde, ülkemizde benimsenen sınırlama rejimi ile İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin benimsediği sınırlama rejimli karşılaştırılmış, olması gereken hukuk bakımından sonuçlar açıklanmıştır. Çalışmanın ikinci bölümünde, öncelikle kentsel dönüşüm için öngörülen hukukî süreç tanıtılmıştır. Ardından bu süreç, mülkiyet hakkının sınırlanması rejimi bakımından incelenmiştir. Kentsel Dönüşüm Kanunu, mülkiyet hakkına müdahale imkânları getirmektedir. Mülkiyet hakkına getirilen müdahalelerin, mülkiyetin hakkının sınırlanması rejimi olarak adlandırabilecek sisteme

uygun olması gerekir. Süreç içerisinde mezkûr sistemle çeliştiği düşünölen noktalara değinilmiştir. Çalışmamız, incelemelerimiz sonunda vardığımız kanaatlerin topluca yer aldığı sonuç kısmıyla nihayete ermektedir.

Anahtar Kelimeler: Kentsel Dönüşüm, Mülkiyet, 6306 Sayılı Kanun, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi

ABSTRACT

INTERVENTIONS BROUGHT TO PROPERTY RIGHT BY THE LAW NO 6306 ON TRANSFORMATION OF THE AREAS UNDER DISASTER RISK

Alp Emre VAROL

Department of Private Law

Anadolu University, Institute of Social Sciences, September 2015

Consultant: Assistant Prof. Dr. Hayriye ŞEN DOĞRAMACI

The Law No 6306 on Transformation of the Areas under Disaster Risk was adopted for the purpose of preventing the losses of life occurring due to natural disasters in our country and came in to force on May 31, 2012. However said Law anticipates many interventions to property right. Property right is a constitutional right and confers the person the right of use, benefit and consume. This right is a right which is not only protected by national legislation but also protected by international agreements. Consequently what kinds of interventions are brought to property right in terms of said law constitutes the subject of this study. Examination consists of two sections and one conclusion. In the first section ‘‘ Restriction of Property Right in Decisions of European Court of Human Rights and Turkish Law’’ is dealt. The restriction regime in our law is sought to be clarified under the title ‘‘ Restriction of Property Right in Turkish Law’’ contained herein. The reason of this is forming the basis required for examination of the Urban Transformation Law thoroughly with in the frame of this regime. In this section also the title ‘‘Restriction of Property Right according to European Court of Human Rights’’ takes place. Thanks to the conclusion reached under this title, the restriction regime adopted in our country and the restriction regime adopted by the European Court of Human Rights’’ are compared and the results in regard to law that should apply are explained. In the second section of the study initially the legal process that is foreseen for the urban transformation is introduced. Then this process is examined with regards to regime on restriction of property right. Urban Transformation Law brings the possibilities of intervention to property right. The interventions brought to Property Right shall be in compliance with the system which may be called as regime on restriction of property

right. The points that are thought to be conflicting with the above mentioned system with in the process are addressed. Our study ends with the conclusion section where the conclusions we reached as a result of our examinations all together take place.

Key Words: Urban Transformation, The Law No 6306, Property, European Court of Human Rights

Etik İlke ve Kurallara Uygunluk Beyannamesi

Bu tez çalışmasının bana ait,özgün bir çalışma olduğunu; çalışmamın hazırlık, veri toplama, analiz ve bilgilerin sunumunda bilimsel etik ve kurallara uygun davrandığımı; bu çalışma kapsamında elde edilmeyen tüm veri ve bilgiler için kaynak gösterdiğimi ve bu kaynaklara kaynakçada yer verdiğimi; bu çalışmanın Anadolu Üniversitesi tarafından kullanılan bilimsel intihal tespit programıyla tarandığımı ve hiçbir şekilde intihal içermediğini beyan ederim.

Herhangi bir zamanda çalışmamla ilgili yaptığım bu beyana aykırı bir durumun saptanması durumunda ortaya çıkacak tüm ahlaki ve hukuki sonuçlara razı olduğumu bildiririm.

11.09.2015

Alp Emre Varol

Özgeçmiş

Alp Emre Varol

**Özel Hukuk Anabilim Dalı
Yüksek Lisans**

Eğitim

- Ls. 2010 Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi (AÜHF)
Lise 2006 Ordu Anadolu Lisesi, Türkçe-Matematik Bölümü

Kişisel Bilgiler

Doğum yeri/yılı: Domaniç/28.06.1988 Cinsiyet: Erkek Yabancı Dil:İngilizce

KISALTMALAR CETVELİ

AÜHFY.	:Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları
AY.	:1982 Tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası
Bkz.	: Bakınız
DPT.	: Devlet Plânlama Teşkilatı
GSMH.	: Gayri Safi Millî Hasıla
GSYİH.	: Gayri Safi Yurt İçi Hasıla
İHAM	:İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi
İHASEP	: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 1 numaralı ek protokolü
İÜİFD.	: İstanbul Üniversitesi İlähiyat Fakültesi Dergisi
m.	: Madde
prg.	: paragraf
s.	: Sayfa
TBK.	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TBMM.	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TÜSİAD.	: Türkiye Sanayici ve İş Adamları Derneği
vd.	: ve devamı
yy.	: yüzyıl

İÇİNDEKİLER

Sayfa

Jüri ve Enstitü Onayı.....	ii
Öz.....	iii
Abstract.....	v
Etik İlke ve Kurallara Uygunluk Beyannamesi	vii
Özgeçmiş	viii
Kısaltmalar Listesi.....	ix
Giriş.....	1

Birinci Bölüm

Türk Hukukunda ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Mülkiyet Hakkının Sınırlandırılması

1. Mülkiyet.....	6
1.1. Genel Olarak	7
1.2. Kavram Olarak Mülkiyet	7
1.2.1. Türk Tarihinde Mülkiyet Kavramı.....	12
1.2.1.1. İslamın Kabulünden Önce Mülkiyet Kavramı	12
1.2.1.2. İslamın Kabulünden Sonra Mülkiyet Kavramı	15
1.3. Hak Olarak Mülkiyet	18
1.3.1. Osmanlı Türk Anayasa Hukukunda Mülkiyet Hakkı.....	24
1.3.1.1. İlk Anayasal Metinler	24
1.3.1.2. Kanunu Esasi.....	25
1.3.1.3. 1921 Anayasası	25
1.3.1.4. 1924 Anayasası	25
1.3.1.5. 1961 Anayasası	26

1.3.1.6. 1982 Anayasası	27
2. 1982 Anayasasında Mülkiyet Hakkının Sınırlandırılması.....	27
2.1. Sınırlamanın Kanunla Yapılması.....	29
2.2. Sınırlamanın Özel Sebeplere Dayanması	29
2.2.1. Kamu Yararı	30
2.2.2. Toplum Yararı	34
2.3. Öze Dokunulmaması.....	37
2.4. Anayasanın Sözüne ve Ruhuna Uygun Olma.....	40
2.5. Demokratik Toplum Düzeninin Gereklerine Uygun Olma	40
2.6. Ölçülülük İlkesine Uygun Olma	41
2.7. Kamulaştırma.....	43
2.8. İdari İrtifaklar.....	43
2.9. İstimval	44
2.10. Devletleştirme.....	45
3. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesine Göre Mülkiyet Hakkının Sınırlandırılması	45
3.1. Genel Olarak	45
3.2. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesine Göre Mülkiyet Hakkının Kapsamı	49
3.3. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesine Göre Mülkiyet Hakkının Sınırlanmasında Uyulacak İlkeler.....	56
3.3.1. Hukukilik.....	56
3.3.2. Kamu Yararı	59
3.3.3. Ölçülülük	61

İkinci Bölüm

6306 Sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanuna Göre Kentsel Dönüşümde Hukuki Süreç ve Mülkiyet Hakkına Getirilen Müdahaleler

1. 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun.....	65
1.1. Genel Olarak	65
1.2. Kanunun Amacı ve Kapsamı	67
2. 6306 sayılı Kanun Kapsamında Kentsel Dönüşümde Hukuki Süreç	74
2.1. Rezerv Yapı Alanı, Riskli Alan ve Riskli Yapının Tespiti	75
2.1.1. Rezerv Alanların Tespiti	77
2.1.2. Riskli Alanların Tespiti	77
2.1.3. Riskli Yapının Tespiti.....	79
2.2. Tahliye ve Yıkım	85
2.3. Hak Sahipleri ile Anlaşma ve Hak Sahiplerine Yapılacak Yardımlar	90
3. 6306 sayılı Kanunla Mülkiyet Hakkına Getirilen Müdahaleler	91
3.1. Genel Olarak	91
3.2. Anayasa'daki Özel Sınırlama Sebepleri Bakımından	92
3.3. Anayasa'daki Diğer Sınırlama Sebepleri Bakımından.....	93
3.3.1. Öze Dokunulmaması, Anayasanın Sözüne, Ruhuna, Demokratik Toplum Düzeninin Gereklerine Uygun Olma	93
3.3.2. Ölçülülük İlkesine Uygun Olma	96
4. Diğer Hususlar	98
4.1. Acele Kamulaştırma	98
4.2 İdari İrtifaklar.....	99
4.3 Uygulama Bütünlüğü.....	101
4.4 Geçici Konut ve İşyeri Tahsis Edilmesi, Kira Yardımı.....	102
Sonuç.....	104
KAYNAKÇA.....	105

Giriş

Ülkemizde sık sık meydana gelen doğal afetler sebebiyle ciddi can ve mal kayıpları yaşanmaktadır. Bu kayıpların en önemli nedeni, yapı stokumuzun afetlere hazır olmamasıdır. Başka bir ifadeyle, ülkemizdeki binaların büyük bir çoğunluğu özellikle deprem gibi doğal afetlerden etkilenmeyecek şekilde sağlam yapılmamıştır ya da zamanla aşınarak riskli hale gelmiştir. Bu nedenle, oluşan bu olumsuz durumun biran önce bertaraf edilmesi gereği duyulmuştur. Bu amaçla, 16 Mayıs 2012'de 6306 Sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun kabul edilmiş¹ ve 31 Mayıs 2012'de yürürlüğe girmiştir. Ancak bu kanun bir yandan can ve mal kayıplarını önlemek için getirilmişken diğer yandan mülkiyet hakkına ciddi müdahaleler getirmiştir.

AY. m. 35/1'e göre herkes mülkiyet hakkına sahiptir. Kentsel Dönüşüm Kanunu bu hakkı tamamen ortadan kaldıracak kuvvette müdahale imkânları getirmektedir. Söz konusu Kanun, mülkiyet hakkını doğrudan ve önemli ölçüde etkileyecek niteliktedir. Mülkiyet hakkına gerek sayıca, gerekse nüfuz kabiliyeti bakımından önemli müdahale imkânları getiren Kentsel Dönüşüm Kanunu, henüz monografik bir esere konu olmamıştır. Bu konuda yapılan çalışmalar daha çok idare hukuku ile alakalıdır. Bununla birlikte bahsedilen kanun, Medenî Hukukun çalışma alanıyla da doğrudan ilgilidir. Bu sebeple Kentsel Dönüşüm Kanunu'nun, mülkiyet hakkını merkeze alan bir bakışla incelenmesi gerekir. Bu durum çalışmayı yapmamızın teorik sebebidir.

Kentsel Dönüşüm Kanunu çalışma konusu olarak seçmemizin pratik sebebi ise, çok sayıda kişinin ve büyük ekonomik değerlerin dönüşüm sürecinden etkilenecek olmasıdır. Bu durum pek çok hak ihlâline sebep olabilir. Kentsel dönüşüm sürecinde doğabilecek hak ihlâllerinin azaltılmasına, konu ile ilgili akademik çalışmalar yardımcı olacaktır. Çalışmamız da bu amaçla hazırlanmıştır.

Nihayet, ileride yapılacak kanun değişikliklerinde Kanun koyucuya yol göstermesi bakımından da böyle bir çalışmanın yerinde olduğu kanaatindeyiz.

¹ Bundan sonra "Kentsel Dönüşüm Kanunu" olarak anılacaktır.

Kanunun asıl amacı kişilerin can ve mal güvenliğini korumaktır. Afetler sebep oldukları can kayıplarının yanında, ülkemizin kalkınma sürecine de büyük zarar vermektedir. Bu sebeple kentsel dönüşümün hızlı ve başarılı şekilde tamamlanması gerekir. Arzu edilen uygulama ise, sürecin ekonomik ve hukukî temellerinin sağlam tesis edilmesiyle mümkündür. Bir an geçici ekonomik avantajlar mülkiyet hakkına tercih edilse bile, hukuk devleti ilkesi bu isteğin gerçekleşmesine engel olur. Öyle ise, ekonomik menfaatlerin ve hukuk devleti ilkesinin gerekleri, sürecin sağlam bir hukukî altyapı üzerine tesis edilmesini mecbur kılar. Sağlam bir hukukî altyapının tesisi için ise akademik çalışmalar yol gösterici olacaktır.

Kanunda yer alan pek çok düzenleme kamu hukukuna ilişkin birden fazla incelemeye konu olacak niteliktedir. Ancak özel mülkiyet, özel hukuk kaynaklı bir kavramdır. Bu sebeple mülkiyet kavramının sınırlarının ve bu sınırların hangi noktalarda haklı ya da haksız aşıldığının tespit edilmesi öncelikle Medenî Hukuk'un alanına girer. Kentsel Dönüşüm Kanunu açısından da anılan tespitin Medenî Hukuk dalına ait bir çalışmada yer alması gerekir.

Kentsel dönüşümün hukukî altyapısının sağlam olduğunun kabul edebilmek için, sürecin mülkiyet hakkı ile olan ilişkisinin incelenmesi önemlidir. Bunun sebebi, mülkiyet hakkının, modern hukukun temelini oluşturan insan hakları sisteminde çok önemli bir yer işgal etmesidir. Gerçekten diğer haklar, mülkiyet hakkının varlığı ile fiilî hayata geçirilebilir. Bu sebeple, mülkiyet hakkını lâıkiyla korumayan düzenleme ve uygulamalar, modern hukuk nazarında kabul görmez.

Kentsel Dönüşüm Kanunu mülkiyet hakkına kuvvetli müdahale imkânları öngörmektedir. Kanun, süratle afet risklerinin azaltılmasını amaçlar. Bu sebeple, Kanun ve uygulama yönetmeliğinde hukukî sürecin hızlı işlemlerini sağlayacak tedbirler ihdas edilmiş, idareye geniş yetkiler verilmiştir. Gerçekten de acele kamulaştırma, taşınmaz üzerindeki hakların kullanımını kısıtlama, yıkım, imar düzenlemeleri, hazine arazilerinin kullanılması gibi önemli konularda hükümler mevcuttur. Ülkemizde, şehir rantının mühim ekonomik değeri göz önünde tutulduğunda mevzuatta iyi niyetle sevk edilen

hükümlerin kötüye kullanılabilme ihtimâli akla gelir. Bu ihtimâllerin sebep olacağı vahim neticeleri izah edebilmek için, kentsel dönüşüm için öngörülen süreçten bir nebze bahsedilmelidir.

Kişilerin can ve mal güvenliği ile birlikte ekonominin geleceği açısından çok önemli olan kentsel dönüşüm, adil sonuçlar doğurmalı ve iyi işler durumda bulunmalıdır. Aksi halde, afetlerden kaynaklanan risklerin azaltılması süreci uzar. Kentsel dönüşüm sürecinin sağlıklı işlememesi, vatandaşlarımızın hak kayıpları ile karşılaşmasına, uyuşmazlıkların çoğalmasına sebep olur. Dolayısıyla yargının iş yükünde ve Türkiye'nin Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi nezdinde mahkûmiyetlerinin sayısında artış olacağı şimdiden öngörülebilir. Yukarıda izah edilmeye çalışan sebeplerle, Kanunun mülkiyet hakkını merkeze alan bir bakış açısıyla incelenmesi önemlidir.

Kentsel dönüşüm kavramı, Dünya'da ilk olarak şehirleşmenin getirdiği problemler sebebiyle ortaya çıkmıştır. Türkiye'de ise benzer problemler, bilhassa 1980 sonrasında kendini hissettirmiş, tedbir alınması mecburiyeti ortaya çıkmıştır. Bu sebeple, çeşitli düzenlemeler ihdas edilmiştir. Meselâ 775 Sayılı Gecekondu Kanunu, 5104 Kuzey Ankara Kentsel Dönüşüm Projesi Kanunu, 5393 Sayılı Belediye Kanunu m.73 ile getirilen düzenleme, 2985 Sayılı Toplu Konut Kanunu ve nihayet Kentsel Dönüşüm Kanunu hep bu cümledendir. Kentsel Dönüşüm Kanunu öncesinde sevk edilen düzenlemelerin hiçbiri, mezkûr kanunla öngörülen büyüklükte bir dönüşümü sağlayamamıştır. Kentsel Dönüşüm Kanununun ihdası sonrasında ise eski düzenlemelerin, gelecekte yapılacak uygulamalar açısından büyük oranda atıl kaldığı söylenebilir. Çalışmamız, Kentsel Dönüşüm kavramı içinde değerlendirilebilecek bütün bu düzenlemeleri kümülâtif olarak inceleme iddiasını taşımaz. Sadece, Kentsel Dönüşüm Kanunu dâhilinde bir inceleme yapılacaktır.

Kentsel Dönüşüm Kanunu, hukukun çeşitli dallarını ilgilendirebilecek konuları içermektedir. Meselâ İdare hukuku dâhilinde idari yetki, idari yargı yetkisi, idari işlem, idarenin özel hukuk muameleleri, acele kamulaştırma ile alâkalı çalışma alanları bu bahiste söylenebilir. Bunun yanında, vergi, sözleşme ve rekabet hukuku ile alâkalı çalışma alanları da mezkûr kanunla birlikte ortaya çıkmıştır. Konunun daha iyi izah

edilmesi için gerekli olmadıkça, çalışmada sayılan hususlara yer verilmemiştir. Çalışmamız, sadece mülkiyet hakkına getirilen müdahalelerin incelenmesine hasredilmiştir.

Temel hak ve özgürlüklere getirilen müdahaleler doktrinde esas alınan dörtlü bir ayırım çerçevesinde incelenmektedir. Buna göre, temel hak ve özgürlükler Anayasayla, kanunlarla, yürütme ve yargı kararları vasıtasıyla sınırlanabilmektedir². Bununla birlikte Anayasa'da tespit edilen sınırlama rejimi, diğer sınırlama vasıtalarına da kaynaklık eder. Bu sebeple çalışmamızın "Türk Hukukunda Mülkiyet Hakkının Sınırlanması" başlığı altında sadece Anayasa hükümleri dâhilinde bir inceleme yapılmıştır. Bahsedilen incelemeden hareketle, ikinci bölümde diğer sınırlama vasıtalarının etkisi de gerekli görüldüğü kadarıyla incelenmiştir.

Kentsel Dönüşüm Kanununun sevkettiği hükümler, mülkiyet hakkına müdahale için sayısız şekilde kullanılabilir. Bütün bunlara çalışmada yer verilmesinin güçlüğü aşikârdır. Ayrıca, mülkiyet hakkının kapsamı hususunda da gerek ülkemiz gerek dünya uygulamasında bir değişim söz konusudur. Bu sebeple de, hangi düzenlemelerin mülkiyet hakkına müdahale teşkil ettiğini tespit edebilmek de muğlak bir çalışma alanında çaba göstermeyi gerektirir. Sayılan bu zorluklarla başa çıkabilmek için, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararlarında, gerekse Türk Anayasasında yer alan bütün mameleki hakları ve hatta ötesini koruma altına alan mülkiyet kavramı da çalışmamız için yol gösterici olmuştur. Gerçekten, aşağıda izah edilmeye çalışıldığı üzere, kanaatimizce mülkiyet hakkının koruma alanı gelecekte gitgide genişleyecektir. Bu sebeple, Medeni Kanundaki anlamının ötesinde de mülkiyet kavramı çalışmada esas alınmıştır. Bununla birlikte, geniş anlamda mülkiyet hakkı ile ilgili hususların sınırlarının belirlenmesi ve konunun tüketilmesi tek bir çalışma altında gerçekleştirilemez. Bu sebeple çalışmamız esas itibarıyla, taşınmaz mülkiyetine getirilen müdahaleleri Kentsel Dönüşüm Kanunu dâhilinde incelenmesini konu almaktadır. Taşınmaz mülkiyeti ile alâkalı diğer malvarlığı haklarına getirilen müdahaleler gerekli görüldüğü ölçüde işlenmiştir.

² S. Tuğrul (2004). *Kamu hukuku açısından mülkiyet hakkı ve sınırlandırılması*. İstanbul:Kazancı Yayınları, s.74

İnceleme iki bölümden meydana gelmektedir. İlk bölümde “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında ve Türk Hukukunda Mülkiyet Hakkının Sınırlanması” ele alınmıştır. Burada yer alan, “Türk Hukukunda Mülkiyet Hakkının Sınırlanması” başlığı altında, hukukumuzdaki sınırlama rejimi netleştirilmek istenmiştir. Bunun sebebi, Kentsel Dönüşüm Kanununun bu rejim çerçevesinde irdelenmesi için gerekli olan zemini oluşturmaktır. Bölüm içerisinde “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesine Göre Mülkiyet Hakkının Sınırlanması” başlığı da yer almaktadır. Bu başlık altında ulaşılan kanaat sayesinde, ülkemizde benimsenen sınırlama rejimi ile İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin benimsediği sınırlama rejimli karşılaştırılmış, olması gereken hukuk bakımından sonuçlar açıklanmıştır.

Çalışmanın ikinci bölümünde, öncelikle kentsel dönüşüm için öngörülen hukukî süreç tanıtılmıştır. Ardından bu süreç, mülkiyet hakkının sınırlanması rejimi bakımından incelenmiştir. Kentsel Dönüşüm Kanunu, mülkiyet hakkına müdahale imkânları getirmektedir. Mülkiyet hakkına getirilen müdahalelerin, mülkiyetin hakkının sınırlanması rejimi olarak adlandırabilecek sisteme uygun olması gerekir. Süreç içerisinde mezkûr sistemle çeliştiği düşünülen noktalara değinilmiştir.

Çalışmamız, incelemelerimiz sonunda vardığımız kanaatlerin topluca yer aldığı sonuç kısmıyla nihayete ermektedir.

TÜRK HUKUKUNDA VE İNSAN HAKLARI AVRUPA MAHKEMESİ KARARLARINDA MÜLKİYET HAKKININ SINIRLANMASI

1. Mülkiyet

1.1.Genel Olarak

Mülkiyetin, her devri ve milleti kapsayacak bir tanımı yapılamamıştır³. Çünkü, her sistemin kendisine has bir mülkiyet kavramı bulunmaktadır. Kimin malik olacağı ve malikin mülkiyetinde bulundurduğu eşya üzerindeki hakimiyetinin kapsamı, toplumun ekonomik ve sosyal yapısı, kamu düzeni açısından çok önemlidir⁴. Başka bir ifadeyle, kavramın hukukla olduğu kadar sosyal hayatla, tarihle, iktisat ve ahlâkla da ilgisi bulunmaktadır⁵. Bununla birlikte mülkiyet, her zaman malik, eşya ve toplum üçgeninde şekillenmiştir. Mülkiyetten ne anlaşılacağı, bu üç unsurdan hangisine, ne kuvvette önem verildiğine göre tarih boyunca çeşitlilik göstermiştir. Bu anlayış dönemden döneme değiştiği gibi, aynı dönemde yaşayan milletler arasında da farklılık gösterebilir⁶. Bunun sebebi milletlerin benimsedikleri dünya görüşüdür⁷. Sosyal hayatın bütün meseleleri gibi, mülkiyet kavramı da bu görüşten etkilenir. Türk Milleti de tarihi süreçte kendi dünya görüşü çerçevesinde bir mülkiyet algısı geliştirmiştir. Bu algı, her dönemin mevcut şartlarına göre değişiklik gösterir. Değişimin hızı, millî iktisadî yapının mevcut dünya ile

³ A. Güriz (1969a). *Teorik açıdan mülkiyet sorunu*. Ankara: s.349; F. Challaye. (1969). *Mülkiyetin tarihi* (2. Baskı) (Çev:T. Aytuğ). İstanbul: Remzi Yayınevi s.136; F. Demir (1981). *İslâm Hukukunda Mülkiyet Hakkı ve Servet Dağılımı*. Ankara: İlmî Yayınlar s.144 vd.; P.J. Proudhon (1998). *Mülkiyet nedir? Toplumsal Dönüşüm Yayınları*. s.85 vd.; F. Engels (2010). *Ailenin, Özel Mülkiyetin ve Devletin Kökeni*. (15. Baskı) (Çev:K. Somer). İstanbul:Sol Yayınları, s.145 vd.; B. Tahiroğlu (1981) *Roma hukukunda mülkiyet hakkının sınırları*. (1. Baskı) İstanbul: s.141 vd.; S. S. Tekinay vd. (1989). *Eşya hukuku*. (5. Baskı). İstanbul: s.469 vd; Türk Medeni Kanununda ve Anayasada mülkiyet hakkının tanımı bulunmamaktadır. Ancak TMK m.683'te, mülkiyet hakkından doğan yetkiler yer alır.

⁴ T. Esener ve K. Güven (2008). *Eşya hukuku*. Ankara: Yetkin Y., s. 157.

⁵ F. Eren (1974). *Dr. A. Recai Seçkin'e armağan*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s.765-794; N. Bulut (2006). Mülkiyet konusunda temel yaklaşımlar ve Türk Anayasası'nda mülkiyet hakkı. *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 10(6),16-25. "Her tarif, hukuk ilminin belli bir aşamasına uyan, mücerret düşüncelerin mahsûlüdür. (Ayiter:1963)"; K. Güven ve T. Esener (2012), *Eşya hukuku*, Ankara:Yetkin Yayıncılık, s.165.

⁶ E. Özücü (1976). *Taşınmaz mülkiyetine bir kamu hukuku yaklaşımı mülkiyet hakkının sınırlanması*. İstanbul:Sulhi Garan Matbaası, s.3; Bulut (2006), s. 16-25; Tuğrul (2004), s.42 vd.; M.A. Eteği (2009). *Kamu hukukunda mülkiyet hakkı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin mülkiyet hakkına bakışı*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s.21 vd ile 115 vd.; M. Ünal (2006). Ferdi mülkiyetin tarihi, dini ve beşeri kökenleri. *Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan*; 901-930; F. Challaye, (1969). *Mülkiyetin tarihi*. (2. Baskı) (Çev:T. Aytuğ). İstanbul: Remzi Yayınevi, s.136.

⁷ F. Eren (1974), s.765-794.

paralel ilerlemesine, onun ilerisine geçmesine ya da gerisinde kalmasına sebep olmuştur. Günümüzde de aynı değişim süreci devam etmektedir⁸. Türk Milleti'nin bugünkü mülkiyet algısı da tarihi hafızası ile modern dünyanın şartları tarafından şekillendirilmektedir⁹. Bahsedilen algıya göre, mülkiyet kavramın tanımlanır. Mülkiyet kavramından ne anlaşıldığına göre ise mülkiyet hakkının sınırları tespit edilmektedir. Bu sebeple, mülkiyet öncelikle kavram olarak netleştirilmeye çalışılmış daha sonra ise bir hak olarak ele alınmıştır.

1.2. Kavram Olarak Mülkiyet

Mülkiyet kavramı sözlük anlamı olarak, Türk Dil Kurumu Sözlüğü'ne göre “iyelik”, “sahiplik” anlamına gelmektedir¹⁰. Bu kavram, Arapça “mulk” sözcüğünden gelmiştir. Mulk, hüküm ile bir şeyin zapt ve tasarrufu olarak tanımlanmakta ve azim, azamet, saltanat gibi anlamlara gelmektedir. Malik ise mülke sahip olan, hükümdar, hakan anlamındadır. Dolayısıyla mülkiyet kavramının egemenlik ve hakimiyet kavramları ile arasında sıkı bir bağ vardır¹¹. Benzer ilişki, Yunan ve Latin dillerinde de görülmektedir. Yunancada mülkiyet “*kyriotés*” olarak ifade edilmektedir. Bu kelimenin kökü olan, “*kyrios*” sözcüğü ise ev sahibi, efendi, hakim anlamlarına gelmektedir. Latince de ise mülkiyet, “*dominium*” ve “*proprietas*” kavramlarına karşılık gelmektedir. *Dominium* kelimesi ise “*dominius*”tan türemiş olup, efendi, sahip, yöneten anlamlarına gelmektedir¹². Yine bugün, Latince kökenden geldiği herkesçe bilinen İngilizcedeki “*property*” ve Fransızcadaki “*propriété*” ifadeleri de kelime anlamı olarak diğerlerini dışarıda bırakan münhasıran bir kişiye ait aidiyeti ve hakimiyeti ifade etmektedir. Aynı zamanda, Almancada mülkiyet kavramının karşılığı olan “*Eigentum*” kelimesinin kökeni kişiye ait olan anlamını taşıyan “*eigen*” kelimesinden gelmektedir. Bunun sonucu olarak da “*Eigentum*”, tam kullanma ve tasarruf amacıyla hakimiyeti ifade etmektedir¹³. Dolayısıyla, söz konusu kavramlar arasındaki ilişki, mülkiyet ile hakimiyet arasındaki

⁸ Osmanlı Devleti'nin yükselme döneminde toprak sisteminin çağdaşlarına karşı üstünlüğü ve sonraki gerileme hk., bkz. İ. Cem (1982). *Türkiye'de geri kalmışlığın tarihi*. (8. Baskı). İstanbul:Basas Ofset, s.54 vd ile 177 vd.

⁹ Modern Avrupa'nın Başlangıcı ile ilgili bkz. H. Heaton, (1995). *Avrupa İktisat Tarihi*. s.194.

¹⁰ Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu (2005). *Türkçe Sözlük*. 10. Baskı, Ankara, s. 1434.

¹¹ Özücü (1976), s. 3.

¹² A. Güriz (1969a). Teorik açıdan mülkiyet sorunu. *AÜHFY*, Ankara, s. XII, Aktaran: Etgü (2009), s. 10.

¹³ V. Başpınar (2009). *Mülkiyet Hakkını İhlal Eden Müdahaleler*. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 86.

bağa işaret etmektedir¹⁴. Belirtmek gerekir ki, bu bağ tesadüfi değildir. Çünkü, mülkiyetin ilk kez ortaya çıkışında emek yani kuvvet sarf etme bulunmaktadır. Mülkiyetin korunmasında ise, kuvvet sarf etme şeklinde hakimiyetten kaynaklanan yetkilerin etkisi büyüktür¹⁵.

Mülkiyetin, etimolojik kökeni genellikle aynı mirasa işaret etse de kavram çok farklı şekilde anlamlandırıldığı olmuştur. Mesela, Proudhon'a göre mülkiyet hırsızlıktır. Bizim kanaatimiz ise MILL ile paraleldir. Gerçekten MILL'e göre, en sık yapılan hatalardan biri aynı kavramın her zaman aynı fikirleri temsil ettiğini düşünmektir. MILL, mülkiyet kavramının bu tür yanlış anlaşılmanın en çok görüldüğü kavram olduğu düşüncesindedir. Filozofa göre mülkiyet, *"kanunun veya törenin tanıdığı, her toplumda, şeyler üzerinde (ne yazık ki bazen kişiler üzerinde de) en geniş kullanım ve kontrol yetkisi veren haktır. Ancak bu kontrol ve kullanma yetkileri çok değişkendir ve farklı toplum ve ülkelerde değişkenlik gösterirler"*¹⁶. Benzer şekilde BLACKSTONE, *"insanların ilgisini mülkiyet hakkı kadar çok meşgul eden ve tasavvurunu etkileyen bir başka şey yoktur. Bununla birlikte, çok az insan bu hakkın kökeni ve temeli üzerinde düşünme gayretini gösterir."* demiştir¹⁷. Bazı hukukçulara göre eksik bir tanımın yaratacağı boşluğun doğuracağı sakıncalardan ötürü bir tanım yapmaktan kaçınılmıştır¹⁸. Nitekim, geçmişten günümüze kadar ekonomik, siyasi ve sosyal gelişmeler ile teknolojiye bağlı olarak mülkiyet kavramı da değişikliğe uğramış ve uğramaktadır¹⁹. Bu sebeple, yapılması gereken mülkiyet kavramındaki değişimin ne yönde olacağını doğru tespit edip, hukuk sistemini buna göre şekillendirmektir.

Manevi alanda ortaya çıkan düşünceler, tarihte belli bir dönemi ve yeri etkilerler²⁰. Manevi alanda ortaya çıkan bir fikrin inandırıcılığı, doğruluğu ve mantıklı olması onun

¹⁴ A. Güriz (1969a), s. XII.

¹⁵ Etkü (2009), s. 11.

¹⁶ M. E. Özgür (2009). John Stuart Mill on Justice in Property. *AÜSBFD*, C:64, S:3, s. 159-160.

¹⁷ Başpınar (2009), s. 85; F. Oğuz (2003). *Mülkiyet hakları bir ekonomik analiz*. Ankara: Roma Yayınları, s. 11.

¹⁸ V. A. Coşar (1985). Mülkiyet kavramı ve çeşitleri (I). *Ankara Barosu Dergisi*, S:3, s. 504.

¹⁹ Tuğrul (2004), s. 5.

²⁰ "...asında insanlar, manevi alanda varolan düşünceleri adına en aşırı maddi zorluklara dayanabildiklerini kanıtlamışlardır; bu isterse ineklerin kutsallığı, isterse Kutsal Teslis'in doğası için olsun, farketmez." F. Fukuyama (2003). *Tarihin sonu mu?* (Çev:Yusuf Kaplan), Ankara: Vadi Yayınları, s.31. "...ekonomi ve politika filozoflarının ileri sürdüğü doğru ya da yanlış düşünceler, genellikle sanıldığından daha çok önem taşır. doğrusunu söylemek gerekirse, dünya hemen yalnız onlar tarafından yönetilmiştir. kendilerini

ne kadar etkili olacağı hususunda önem taşır. Ancak, bunlardan belki daha önemli olmak üzere, fikrin savunuculuğunu yapan kimselerin maddi dünyada ne kadar güç elde ettikleridir²¹.

Günümüzde liberalizmin maddi dünyayı en çok etkileyen fikri yapı olarak gözükmektedir. Maddi dünyada sağladığı başarılar, manevi dünyada da rakiplerine üstünlük sağlamasına yardımcı olmuştur²². Artık, liberalizm dışı tercihler fikri anlamda da kendisine fazla yer bulamamaktadır²³. Gerçekten, bütün dünyada meşruiyet sağlamak isteyen her unsur, liberalizmin değerleri ile kendilerine meşruiyet tabanı aramaktadır. Liberalizme getirilen ve maddi hayatta kuvvet elde edebilen eleştiriler mevcuttur. Ancak bunlar da, sisteme alternatif yeni bir yapı önermekten ziyade sistemin daha sağlıklı işlemesini sağlamaya yöneliktir. Bu eleştiriler doğrultusunda yapılan düzenlemeler, maddi dünyada liberalizmi daha güçlü hale getirmektedir. Ayrıca, manevi olarak sisteme getirilen en temel eleştiriler gelecekte daha kolay bertaraf edilebilir gözükmektedir.

Gerçekten Liberalizm teknolojiye kitleleri rahatsız etmeksizin tarihte hiç görülmemiş büyüklükte kaynak yaratmaktadır. Bu durum iletişim ve ulaşım imkânlarını arttırmakta, bilgi akışının hızı totaliter rejimleri marjinal kılmaktadır. Yine, teknolojik gelişme sayesinde gitgide daha az emekle daha çok üretim yapmak mümkün olmaktadır. Kaynak kıtlığı teknolojik gelişme sayesinde aşılmakta, yeni enerji kaynakları, tarım yöntemleri keşfedilmektedir. Karşılaşılan krizler, yaratıcı yıkıcılıkla daha iyi, daha çok, daha ucuz üretim için düzeltme görevi yapmaktadır²⁴. Daha az emekle, daha çok üretim yönündeki

doktrinlerin etkilerinden tam anlamıyla kurtardığını sanan aksiyon adamları, geçmişteki bir iktisatçının kullarıdır. göklerden haber aldığını söyleyen kahinler, fakültenin bir kötü yazarının kafasında birkaç yıl önce doğmuş hayal ürünlerini saçıp dururlar.” J.M. Keynes (2008). *Genel teori*. (Çev:Prof. Dr. Uğur Selçuk Akalın), İstanbul: Kalkedon Yayınları, s.324.

²¹ “...Canlı yaşayan bir ideoloji olarak faşizm, ikinci dünya savaşı tarafından yok edilmişti. Bu hiç kuşkusuz maddi düzeyde bir yenilgiydi; fakat bu yenilgi aynı zamanda düşünce düzeyinde de kendini göstermişti. Bir düşünce olarak faşizmi yıkan şey, faşizme tüm dünyada duyulan sert ahlâki tepki değildi; fakat bu yenilgi aynı zamanda düşünce düzeyine de etki etmiştir. Bir düşünce olarak faşizmi yıkan şey, faşizme tüm dünya çapında duyulan sert ahlâki tepki değildi; çünkü geleceğin bir dalgası olarak görüldüğü sürece yığınla insan faşizmi bir düşünce olarak onaylamaya hazırды. Gerçekte faşizmi yıkan şey başarısızlığı olmuştur.” F. Fukuyama (2003). *Tarihin Sonu Mu?* (Çev:Yusuf Kaplan), Ankara: Vadi Yayınları, s.32.

²² Fukuyama (2003), s.32.

²³ D.Rodrik (2013). *The New Merchantalist Challenge*. <http://www.project-syndicate.org/commentary/the-return-of-mercantilism-by-dani-rodrik> (Erişim tarihi 07.05.2015)

²⁴ J. A. Schumpeter (1974). *Capitalism, Socialism and Democracy*. Usa: George Allen & Unwin publishing s. 81 vd. (Erişim tarihi:08.02.2015)

ilerleme, daha çok insanı refaha ulaştırmak için gerekli kaynağı yaratmaktadır²⁵. Milletlerarası ticari ilişkilerin gitgide derinleşmesinin, topyekün savaş ihtimalini azalttığı söylenebilir²⁶. Geçmişte emek yoğun üretim ile topyekün savaşlar, sınıf gerilimini toplumsal patlama noktasına tařımiřtır²⁷. Günümüzdeki büyük üretim kabiliyeti daha çok kişinin refaha ulaşmasını sađlamaktadır²⁸. Bunun yanında, liberalizmin savunuculuğunu yapan unsurlar her geçen gün daha büyük maddi kuvvetlere sahip olmaktadır. Eskiden zincirlerinden başka kaybedecek bir şeyi olmayan kitleler, bu gün kaybedecek çok şeye sahiptir. Bunun yanında Asya stepleri, Güney Amerika dağları, Çin ovaları, Arabistan çölleri yerel devletler ve milletler arası güçler için eskiden daha ulaşılmaz iken her geçen gün daha ulaşılabilir, daha ucuza müdahale edilebilir hâdedirler. Dolayısıyla eskisine göre kaybedecek bir şeyleri olan insanlar, bu kaybı göze alsalar dahi karşı tarafa eskisinden daha az zarar verebilir konumdadırlar. Bütün bu anlatılanlar sonunda liberalizmin savunuculuğunu yapan güçlerin, geleceği şekillendireceği kuvvetle muhtemeldir. Bu durum bir vakıa olarak dururken, gidişat doğrultusunda gerekli tedbirleri almak kanaatimizce yerinde olan tercihtir. Bu tercihten hareketle, liberalizmin mülkiyet anlayışının geleceği ile ilgili bazı belirlemeler yapmak gereklidir. Bu noktada Mülkiyet hakkının koruma alanının gitgide genişlediği söylenebilir. Aşağıda İHAM kararlarında mülkiyet hakkının kapsamının gitgide nasıl genişlediği izah edilmeye çalışılmıştır. Bunun yanında, fikri mülkiyet haklarının daha titizlikle ve klâsik mülkiyete yaklaşan bir rejimle korunmaya çalışılması bir başka dikkat çeken noktadır. Ayrıca, Batı kendisinde geçerli olan fikri mülkiyet rejiminin, bütün dünyaya yayılması için uğraş vermektedir. Yabancıların mülk edinmesi önündeki engeller hafifletilmektedir. Serbest

²⁵ A. Greenspan (2008). *Türbölans çağı*. (Çev:Nilgün Miler), İstanbul:Boyner Yayınları, s.369 vd.

²⁶ K. Polanyi (2001) *The Great Transformation*, Massachusetts:Bacon Publishing s.273 vd.http://inctpped.ie.ufrj.br/spiderweb/pdf_4/Great_Transformation.pdf (Erişim tarihi:08.02.2015); H.Hegre, M. Mousseau ve John R. O'neal (2003). *How the wealth of nations conditions the liberal peace*. *European Journal of International Relations*, (9) s.277-314 <http://ejt.sagepub.com/content/9/2/277.short> (Erişim tarihi:08.02.2015)

²⁷ A. Suver (1979). *İhtilaller ve darbeler tarihi*. İstanbul: Su Yayınları s.145.

²⁸Dünya ekonomisinin gelişimi hakkında, Hans Rosling tarafından görselleştirilmiş istatistikler için bkz. [http://www.gapminder.org/world/#\\$majorMode=chart\\$;shi=t;ly=2003;lb=f;il=t;fs=11;al=30;stl=t;st=t;nsl=t;se=t\\$wst;tts=C\\$;sp=5.59290322580644;ti=2013\\$zpv:v=0\\$inc_x:mmid=XCOORDS;iid=phAwcNAVuyj1jiMAkmq1iMg;by=ind\\$inc_y:mmid=YCOORDS;iid=phAwcNAVuyj2tPLxKvvnNPA;by=ind\\$inc_c_s;uniValue=8.21;iid=phAwcNAVuyj0XOoBL_n5tAQ;by=ind\\$inc_c;uniValue=255;gid=CATID0;by=grp\\$map_x:scale=log;dataMin=194;dataMax=96846\\$map_y:scale=lin;dataMin=23;dataMax=86\\$map_s;sma=49;smi=2.65\\$cd;bd=0\\$inds=:example=60](http://www.gapminder.org/world/#$majorMode=chart$;shi=t;ly=2003;lb=f;il=t;fs=11;al=30;stl=t;st=t;nsl=t;se=t$wst;tts=C$;sp=5.59290322580644;ti=2013$zpv:v=0$inc_x:mmid=XCOORDS;iid=phAwcNAVuyj1jiMAkmq1iMg;by=ind$inc_y:mmid=YCOORDS;iid=phAwcNAVuyj2tPLxKvvnNPA;by=ind$inc_c_s;uniValue=8.21;iid=phAwcNAVuyj0XOoBL_n5tAQ;by=ind$inc_c;uniValue=255;gid=CATID0;by=grp$map_x:scale=log;dataMin=194;dataMax=96846$map_y:scale=lin;dataMin=23;dataMax=86$map_s;sma=49;smi=2.65$cd;bd=0$inds=:example=60) (Erişim tarihi:08.02.2015)

Ayrıca bkz.http://www.ted.com/talks/hans_rosling_shows_the_best_stats_you_ve_ever_seen#t-164585 (Erişim tarihi:08.02.2015)

bölgeler çoğalmakta, bürokratik işlemler azaltılmaktadır. Devlet işletmeciliği, özel teşebbüs ve mülkiyet lehine bütün dünyada gerilemektedir. Balıkçılık alanları üzerinde özel mülkiyet tesis edilmesi ile sürdürülebilirliğin sağlanacağı düşünülmektedir. Ormanların vasıflarının korunmasıyla ilgili bir takım sınırlandırmalarla, gelişmiş ülkelerde büyük oranda özel mülk olması uygulamaları söz konusudur²⁹. Sanal dünyada yaratılan karakter ve mallarla ilgili koruma, mülkiyet hakkı temelinde şekillenmektedir³⁰. Başka bir ilginç uygulama olarak Kyoto sözleşmesinde benimsenmesi planlanan rejimden bahsedilebilir. Buna göre, her ülke coğrafi büyüklüğü ya da başka bir parametreye göre tespit edilecek kota miktarınca atmosfere karbon gazı salabilecektir. Kota fazlası bir tür borsa da işlem görecektir³¹. Uydu yörüngelerinin satışa konu olması, enerjinin taşınır eşya hükümlerine tabi tutulması mülkiyet hakkı ile ilgili gelişmelerle ilgili fikir verebilir. Bunların yanında, liberalizmin daha müreffeh ve özgür toplum idealine zıt sonuçlar doğuran uygulamalar da mevcuttur. Bu uygulamalar devletler ve devlet gücünü etkileyen büyük şirketler vasıtasıyla meydana gelmektedir. Paradoksal olarak, liberalizme maddi dünyadaki kuvvetinin önemli kısmını bahşeden bu unsurlar, manevi dünyada en önemli zararları vermektedir. Meselâ, Amerika'da güçlü şirketlerle irtibatlı lobiler vasıtasıyla, özel mülkiyete tâbi alanlar, bahsedilen grupların eline geçmektedir. Belediyeler, yapılacak yeni projelerle daha fazla emlak geliri elde edecekleri düşüncesiyle kamulaştırma yetkilerini kullanmaktadırlar. Amerikan yargısı da bunu çoğunlukla kamulaştırma için haklı bir sebep saymaktadır. Halbuki, kamulaştırma devletin zenginleşme vasıtası olamaz³². Aksi hâlde, birey mülkiyeti, dolayısıyla teşebbüs şevki kırılır. Kamu gücünün, bu şekilde birey aleyhine kullanılması liberal hukuk sisteminin kendi değerleri ile çelişmesinden ibarettir³³. Karma sistemin de temeli olan, liberal hukuk sistemi, liberal değerlere dayanır. Birey kavramı ise bu değerlerin merkezindedir³⁴. Sistem, yetenekli bireylerin, toplum hayatında iyi yerlere erişmelerini, ancak bu şekilde en yüksek refah ve özgürlük seviyesinin yakalanabileceği kâbulü üzerine bîna edilmiştir.

²⁹ M. Ünal (2003). *Orman hukuku*. Ankara: Nobel Yayınları, s.26.

³⁰ H.B. Gemalmaz (2011). *Sanal dünya'da iktidar ve özgürlük*. İstanbul: Beta Yayınları, s.105 vd.

³¹ M.R. Bayrak (2012). *Sürdürülebilir kalkınma için türkiye'de düşük karbon ekonomisi ve kyoto protokolü'nün finansman kaynakları*. Karabük Üniversitesi Tarih Kültür ve Sanat Araştırmaları Dergisi, 1(5).

³² Başpınar (2009), s.214.

³³ "Tüm bu haklar bireycilikten doğmaktadır." Ç. Halis (2001). Liberalimin temel ilkeleri. *Cumhuriyet Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi*, 2(1), s.219-237.

³⁴ Halis (2001), s.219-237.

Bireyin kendini gerçekleştirebilmesi için, teorik düzeyde asgari hak alanına sahip olması ve bu hak alanından gerektiği şekilde yararlanabilmesi için ise asgari maddi imkânlarla sahip olması gerekir³⁵. Bahsedilen imkânlar mevcut değilse, devlet, dezavantajlı grup ve bireylere asgari bir seviye sağlayıncaya kadar destek olmalıdır. Bunun da ötesinde yetenekli bireye, yeteneği oranında destek sağlanması gerekir³⁶. Kamu kuvveti bunun tam aksine, kuvvetli grupların lehine kullanılmaya başlayıp tarafsızlığını kaybederse, diğer kuvvetli gruplarla başlayacak güç mücadelesi kaynak israfına ve kamunun yozlaşmasına sebebiyet verir. Kuvvetli grupların devlet tarafından kollanması, yeni müteşebbislerin ortaya çıkmamasına, yetenekli bireylerin vasıflarını yeterince yansıtamamalarına sebep olur. Bu durum ise, toplumsal refah ve özgürlüğün en üst seviyeye çıkarılması idealine aykırı olduğu aşikârdır. Liberalizme maddi dünyadaki kuvvetinin önemli kısmını bahşeden bahsedilen unsurlar, paradoksal olarak, manevi dünyada sisteme en önemli zararı vermektedirler. Sistemin kendi kendini zehirlememesi için, liberalizmin manevi temellerinin korunması hukuka düşmektedir.

Temel ihtiyaçlarını temin etme baskısı altındaki birey özgürce hareket edemez. Bireyin, asgari hayat standartlarını yakalayabilmesi için, yaygın ve iyi korunan bir mülkiyet rejimi şarttır³⁷. Bireyin haklarını elde etme tarihi, mülkiyet hakkı mücadelesi ile başlamış ve şekillenmiştir. Liberal sistem bireyle kâimdir³⁸. Birey haklarının pratikte var olmasını sağlayan, toplumsal hayatı mümkün kılan enstrüman ise mülkiyettir³⁹.

Dünyadaki mülkiyet kavramı hakkındaki değişim yukarıda izah edilmeye çalışılmıştır. Kavram hakkındaki milli mirasımız ise aşağıda izah edilmeye çalışılacaktır.

1.2.1. Türk Tarihinde Mülkiyet Kavramı

1.2.1.1. İslamın Kabulünden Önce Mülkiyet Kavramı

³⁵ J. Rawls (1999). *A theory of justice cambridge*. Harward Üniversitesi Yayınları s. 57 vd.

³⁶ Rawls (1999), s.63.

³⁷ Özbudun (Yıl). *Anayasa hukuku*. s.139.

³⁸ K. Gözler (2013). *Anayasa hukuku'nun genel esasları*. Bursa:Ekin Basım, s.408.

³⁹ Eren s. 11, 25; Etgü, (2009), s.15

“İktisat tarihi, her zaman siyasi tarihten önce gelir ve daha büyük önem taşır”⁴⁰. İktisadi yapı ile uyumlu, orada hayat alanı bulabilen düşünceler kitleleri harekete geçiren temel sebep haline gelir⁴¹. Buradan hareketle, mülkiyet gibi doğrudan iktisatla ilgili bir kavramın tarihini özetlemeye çalışacağımız bölümde, iktisadi tarihi merkeze almak zaruridir. İlk olarak, Türk tarihinin başladığı kabul Asya steplerindeki iktisadi yapıyı izah etmek yerinde olacaktır⁴².

Orta Asya coğrafyasının şartları, orada yaşayan insanların mizacını ve dünya görüşünü şekillendirmiştir⁴³. Bölgede su ve otlaklar kıttır. İklim soğuk ve tarıma elverişsizdir⁴⁴. Doğa şartları insanları hayvancılığa mecbur eder. İnsanlar, mevsimlere göre hayvanların ihtiyaçlarını en iyi karşılayabilecekleri yerler arasında göç ederler⁴⁵. Daha elverişli araziler için, boylar arasında sürekli rekabet söz konusudur. Bu durum boyları mümkün olduğunca güçlü olmaya zorlar. Güç, savaşmaya hazır insan varlığıdır⁴⁶. Eldeki bütün kaynaklar, savaş gücünü mümkün olan en üst seviyede tutmak için kullanılır⁴⁷. İnsan sayısı artmaksızın, hayvanların artması sürülerin koruma ve bakımını güçleştirir. Sürülerin bakımsız kalması salgın hastalıkları, az insanla korunması ise yağmayı kolaylaştırır. Bu sebeple insan ve hayvan sayısında mutedil bir dengeyi sürdürmek daha akıllıcadır. Herkes, koruyabileceği kadar mala sahiptir. Otlakların kıtlığı sebebiyle birinin fazla hayvana sahip olması, diğerinin hayvanına bakamaması anlamına gelir. Başkasının çok hayvanı olmasından zarar gören kimse, kuvveti varsa bunu derhal engeller. Böylece sosyal yapıda güce dayalı sert bir hiyerarşi oluşur⁴⁸. Bu hem birey seviyesinde hem de boy seviyesinde böyledir. Her boy, kendisine bağlı kıldığı diğer boylarla kuvvetini arttırır⁴⁹. Bu örgütlenme şekli, büyüyerek devleti oluşturur. Devlet örgütlenmesi göçebe

⁴⁰ H. Bertay (1985). Osmanlı devletinin yükselişine kadar türklerin iktisadi ve sosyal tarihi. *Osmanlı Devletine Kadar Türkler*. Cilt 1, (Ed.Akşın S.), İstanbul:Cem Yayınevi. s.25.

⁴¹ G.W.F. Hegel (2010). *Tarih felsefesi*. (2. Baskı), (Çev:Aziz Yardımlı) İstanbul: İdea Yayınevi, s.15.

⁴² J.P. Roux (2007). *Türklerin tarihi*. (3.baskı), İstanbul: Kabalcı Yayınları, s.50; İ. Ortaylı (2015). *Türklerin tarihi*. İstanbul: Timaş Yayınları, s.14; D. Avcioğlu (2008). *Türklerin tarihi*. 2. Cilt (1. Baskı), Ankara:Tekin Yayınevi, s.567, Bertay (1985), s.60; Ü. Hassan (1985). Osmanlı devletinin yükselişine kadar türklerin iktisadi ve sosyal tarihi. *Osmanlı Devletine Kadar Türkler*. Cilt 1, (Ed.Akşın S.) İstanbul:Cem Yayınevi. s.140-281.

⁴³ İ. Haldun (2013). Mukaddime.(Çev:Turan Dursun), İstanbul: Kaynak Yayınları, s.198 vd.

⁴⁴ D. Avcioğlu (2008). *Türklerin tarihi*. 1. Cilt (1. Baskı). Ankara:Tekin Yayınevi, s.347.

⁴⁵ Avcioğlu (2008), 1. Cilt, s.320 vd.

⁴⁶ Avcioğlu (2008). 2. Cilt, s.1024.

⁴⁷ Ortaylı (2015), s.67.

⁴⁸ Ortaylı (2015), s.41.

⁴⁹ Avcioğlu (2008), 2. Cilt, s.752 vd.

için çok gereklidir. Çünkü bozkırdaki zanaat ve tarım üretimi, ihtiyacı karşılayamaz. Yerleşik milletler sayesinde bahsedilen ihtiyaçları temin edilebilir. Bu da, cebir ya da ticaret yoluyla olur. Yerleşik milletler, bozkır menşeli mamûlleri veya bunların ikâmesini kolayca temin edebileceğinden, ticaret genelde göçebe aleyhine sonuç doğurur. Ancak, göçebe için tersi geçerlidir⁵⁰. Göçebe bilhassa tarım ve zanaat ürünlerine olan ihtiyacını karşılayamaz. Bu sebeple yerleşik milletler üzerinde tahakküm kurarak, bu ihtiyaçları karşılamak daha kârlı bir yoldur⁵¹. Fakat yerleşikler, sayıca fazladır ve buldukları toprakta iyi örgütlenmişlerdir. Kalabalık, örgütlü ve zengin bu milletleri icbar etmek, ancak daha iyi savaşarak mümkün olur. Hayatını sürüleri sevk ve idare edip, diğer boylarla ve tabiatla mücadele ederek geçiren bozkır insanı için bu zor değildir⁵². Ancak, göçebe savaşçıların, yerleşik milletler üzerinde tahakküm kurabilecek seviyede bir tehdit oluşturması disiplin altında tek elden yönetilmeleriyle mümkün olur⁵³. Bunu sağlayan da devlet örgütlenmesidir. Yerleşik milletlerden cebren ya da cebir tehdidi ile elde edilen malların ne şekilde dağıtılacağı, kuvvet dengeleri ve hiyerarşi gözetilerek yönetici eli ile sağlanır⁵⁴. İzah edilen mekanizma, gerekli olduğu için tekrar tekrar kurulmuş fakat pek çok kez de yıkılmıştır⁵⁵.

Yönetici boyun, elindeki kuvvet zayıflarsa, ona rakip olabileceğini düşünen bir başkası harekete geçer. Bozkırda, bunları cezalandırmak pahalı ve risklidir. İktidar sahibinin kaybedeceği çok şey vardır. Asi boy ise geniş bozkırda kaçmak, savaşmak, yeni ittifaklar kurmak için geniş bir hareket alanına sahiptir. Yönetici olabilmek ise çok kazançlıdır. Bu sebeple yönetici, kuvvetini azaltacak her şeyden kaçınır. Kendisini kuvvetli gösterecek ihtişamı tesis etmekle birlikte, bağlı boylara karşı eli açık davranır. Onların iç hiyerarşilerine müdahale etmez, devleti merkezileştirmeye çalışmaz⁵⁶. Bütün bu sosyal yapı içerisinde birey, ancak hiyerarşi içinde varlık gösterebilir. Tek başına veya hanesi ile; malını koruyamaz hayatını sürdüremez⁵⁷. Birey mensup olduğu boyun, bağlı olduğu

⁵⁰ Avcıoğlu (2008), 1. Cilt, s.330 vd.; Avcıoğlu (2008), 2. Cilt, s.758 vd.

⁵¹ Avcıoğlu (2008), 2. Cilt, s.772 vd.

⁵² J.P. Roux (2007). *Türklerin tarihi*. (3.baskı), İstanbul: Kabalcı Yayınları, s.130; Ortaylı (2015), s.67.

⁵³ Roux (2007), s.131.

⁵⁴ Avcıoğlu (2008), 2. Cilt, s.758 vd.

⁵⁵ Avcıoğlu (2008), 2. Cilt, s. 757.

⁵⁶ Avcıoğlu (2008), 2. Cilt, s.1024.

⁵⁷ Avcıoğlu (2008), 2. Cilt, s.1022 vd.

beyin kuvveti ölçüsünde güvendedir⁵⁸. Yerleşik için arazi mülkiyeti güven unsuru iken, göçebe için boyun kuvveti güven temin eder⁵⁹. Şahsi hareket etmek, düzeni bozduğu için hem hoş karşılanmaz, hem de faydasızdır. Göçebenin geçimliği dışında, fazla malı yoktur. Çünkü, fazla malı muhafaza etmek sürekli güvenlik sorunun olduğu bozkırda akıllıca değildir. Ayrıca fazla mal göçer için yüküdür. Bu durum da, göçebenin şahsi mülk elde etme gayretini kırar⁶⁰. Bolluk zamanında tüketmeyi tercih eder. Hülasa göçebe, mal varlığını değil insan varlığını arttırmaya çalışır. Daha çok insan, daha çok insan için daha çok hayvan, daha çok hayvan için de daha çok otlak gerekir. Yatay bir genişleme anlayışı hâkimdir. Bütün bir millet, bu temel çizgide örgütlenmiştir.

1.2.1.2. İslamın Kabulünden Sonra Mülkiyet Kavramı

Anlatılanların şekillendirdiği zihni yapı, İslam sonrası Türk Devletleri'ni de etkilemiştir. Bu devletlerin en oturmuş örneği olan Osmanlı üzerinden bahsedilen etki izah edilebilir. Osmanlı Devletinde provizyonist ekonomi anlayışı hâkimdir⁶¹. Bu anlayış, tüketim mallarının piyasada yeterli miktarda bulunmasını ve ucuza temin edilmesini esas alır⁶². Üretim, tüketim miktarı ile fiyatlar devlet kontrolü altındadır. Yerleşik yaşama geçen göçebe, sistemi şahısların kazanç elde etmesini merkeze alarak kurmamıştır⁶³. Bu sistemde, kazanç ve büyüme imkânları sınırlıdır. Zanaatkârın kazancı, loncalar denetimindedir⁶⁴. Kazancını diğer lonca mensuplarıyla paylaşır. Büyümek istediğinde yine loncanın bunu uygun bulması gerekir.

Asıl üretim faktörü olan toprak da bu anlayışa uygun olarak değerlendirilmiştir⁶⁵. Şahıslar ancak bir süreliğine ve ziraî üretime sürekli katkı yapma şartı ile toprağın kullanım

⁵⁸ Roux (2007), s.135.

⁵⁹ Avcıoğlu (2008), 2. Cilt, s. 741.

⁶⁰ Avcıoğlu (2008), 2. Cilt, s.824.

⁶¹ M. Genç (2014). Klâsik osmanlı sosyal-iktisadî sistemi ve vakıflar. *Vakıflar Dergisi*, 42,9-18.; Ş. Nişancı (2002). 15. ve 16. yüzyıl osmanlı iktisat zihniyeti. (1. Baskı), İstanbul: Okumuş Adam Yayınları, s.67-72 ve 81-89 ile 125 vd; M. Genç (2012) Osmanlı iktisadi dünya görüşünün temel ilkeleri. *Sosyoloji Dergisi*, s. 175-185.

⁶² Genç (2012), s. 175-185.

⁶³ Bizans Dönemi ile karşılaştırabilmek için bkz: M. Baskıcı (2009a). *Bizans döneminde anadolu*. (1.Baskı). Ankara: Phoenix Yayınevi s.227 vd .ile 264 vd.

⁶⁴ İ. Eroğlu (2000). Osmanlı iktisadi düzeninde ihtisâb müessesesi ve muhtesiblik üzerine bir deneme. *Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi*, (11), s.123-145.

⁶⁵ Baskıcı (2009b) Bizans Döneminde Anadolu İktisadi ve Sosyal Yapı 900-1261 (1. Baskı). Ankara: Desen Ofset A.Ş., s.195-232.

hakkını ellerinde bulundurlar⁶⁶. Rençber, tarlada üretim yapmaya mecburdur. Fiyatlara devlet müdahalesi vardır. Anlaşıp yanındaki tarlayı satın alamaz, ya da işletemez. Osmanlı uygulaması kendisinden önceki İslam Hukuku pratiğinin aksine, özel mülklere müdahale ederek miri araziye genişletme yolunda gelişmiştir. Özel toprak mülkiyeti, bu sistemde istisnaî bir nitelik arz eder⁶⁷. Bu istisnaî durumda dahi müsadere usûlünün varlığı, fiili olarak özel toprak mülkiyetini güvencesiz hale getirir⁶⁸. Miri arazideki kullanım hakkı, ancak geçimliği temin edecek bir miktara kadar azalarak miras benzeri bir şekilde intikal eder⁶⁹. Vakıf statüsünün elde bulundurulmuş araziye devlet müdahalesinden koruma maksadıyla kullanıldığı bilinmektedir⁷⁰. Ancak vakfedilmiş arazi de özel mülkiyete tâbi arazi gibi kullanılamaz ve tasarruf edilemez⁷¹. Sonuç olarak, Osmanlı'da arazinin değerlendirilmesi şahsın menfaâtinden ziyade, devlet menfaâtini ön planda tutacak şekilde sistemleşmiştir⁷². Önemli olan, insanların makûl ihtiyaçlarını kolaylıkla karşılamasıdır⁷³. Herkes hemen hemen aynı standartlarda, mutedil yaşamalıdır⁷⁴. Artı değer yöneten kesimde toplanır⁷⁵. Mevcut topraklarda yaşayan düzen, daha geniş topraklara yayılmak istendiğinden, fazla üretim askeri güce ve yönetici sınıfa aktarılır. Bu anlayış ise uzun vadede menfî sonuçlar doğurmuştur⁷⁶. Gerçekten, emtia fiyatlarına ve arazi kullanımına devletin müdahaleciliği Müslüman unsurun elinde

⁶⁶ H. Cin (1992), *Osmanlı toprak düzeni*. (3.Baskı), Konya: Selçuk Üniversitesi Yayınları, s.92 vd.

⁶⁷ Cem (1982), s.71 vd.

⁶⁸ S. Faroqhi (1998). Zeytin diyarında güç ve servet: edremit ayanından müridzade hacı mehmed ağa'nın siyasi ve ekonomik faaliyetleri. *Osmanlı'da Toprak Mülkiyeti ve Ticari Tarım*, s.82-100.

⁶⁹ Cem (1982), s.52 vd.

⁷⁰ E. Serdengeçti (1959). Mülkiyet nechinin tekâmül vechesi. *İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 24(1-4), s. 434-459.

⁷¹ F. Köprülü (1983). *İslâm ve türk hukuk tarihi araştırmaları ve vakıf müessesesi*. İstanbul:Ötüken Yayınları, s.372; Genç (2014), s. 42,9-18.

⁷² T. Arıcanlı (2010). 19. yüzyılda anadolu'da mülkiyet toprak ve emek. *Osmanlı'da Toprak Mülkiyeti ve Ticari Tarım*, s.128-179; N. Ertürk Keskin (2009). *Türkiye'de devletin toprak üzerinde örgütlenmesi*. Ankara: Tan Yayınları s.122 vd.

⁷³ Cem (1982), s.104 vd.

⁷⁴ Cem (1982), s.104 vd 'da Osmanlı iktisadi sistemine hayat veren insanı şu dört özelliklerle tanımlar: *Ferdietçi değil cemaatçi olmamak,*Hırs sahibi değil kanaatkar olmak.*Şahsi kurtuluş ve güvenliğinin değil toplumun bütünüünün güvenliğinin merkeze alınması *Yumuşak başlılık, düzene itaat. Yazar, Osmanlı ekonomik düzenindeki insan tipinin bu özelliklerini negatif bir değerlendirmeye ele almaz. Sistem iyi işlediği sürece gayet müreffeh ve mutlu hayatını sürdürdüğünü belirtir. İmparatorluğu kurup, genişleten, sistemin iyi işler kılan da bu özelliklerdir. Bununla birlikte Batı'da temellenen gelişmelerle ortaya çıkan yeni ekonomik düzende, bu bakış açısına sahip insanın başarı şansının azalacağını belirtir. Batı dünyasında ortaya çıkan farklı iktisadi bakışla ilgili olarak bkz. M. Weber (2010). *Protestan ahlâkı ve kapitalizmin ruhu*. (1. Baskı), Ankara:Alter Yayıncılık, s.298

⁷⁵ M.A. Kılıçbay (1982). *Feodalite ve klasik dönem osmanlı üretim tarzı*. Ankara: Gazi Yayınevi, s.247-254, 331-358.

sermaye temerküzünü engellemiştir. Osmanlı ekonomisinde, Müslümanların tasarruf edebileceği artı değer neredeyse tamamı tarımdan ve tarımla irtibatlı zanaâten kaynaklanır. Sistem bunu asıl olarak askeri harcamalar ve tüketim mallarının piyasadan rahat temin edilmesi için kullanmıştır. Kazanç imkânlarını, dolayısıyla sermaye derinleşmesini kısıtlayan bu sistem zayıflamış ve sonunda da iflas etmiştir. Devlet mali açıdan kuvvetsiz düştüğünde, Müslüman borç veremez. Çünkü sermaye birikimi yoktur. Bu sistemin dışında durabilen gayrimüslim unsurlardan destek alınır. Bu durum, onların daha da zenginleşmelerine sebep olur.

Ekonomik yapının, önemli bir sebep teşkil ettiği zayıflama süreci, toprak üzerinde devlet merkezli bakış açısının yavaş yavaş değişmesine yol açmıştır. Tanzimat ve Islahat Fermanları ile başlayan bu süreç halen tamamlanabilmiş değildir. Gerek yargı kararlarında, gerek mevzuatta, gerekse idare uygulamalarında devletçi bakış açısının izleri yakalanabilir⁷⁷. Kanaatimizce bu durum, devletin tarih boyunca temel servet dağıtıcısı ve yöneticisi olmasından kaynaklanmaktadır. Batıya karşı gerileme sürecinde de, milli sermaye unsurlarının Batılı muadillerine karşı zayıf kalması, Müslüman unsuru korumak için öncelikle devletin korunması gerektiği kanaatini pekiştirmiştir. “*Önyargılar ve ferdi mülkiyeti inkâr eden bilinçaltı*” tarihimizde, varlık vergisi, 6-7 Eylül olayları gibi çok üzücü hadiselerle sebep olmuştur⁷⁸ Mülkiyet hakkı ihlalleri hâlen devam etmektedir. Bunların bir kısmı mevzuattan kaynaklanmaktadır. Meselâ icra-iflas, kıyı, maden yeraltı suları, afet, kamulaştırma, orman mevzuatlarında haksız müdahaleye sebep olan hükümler mevcuttur. Bunun yanında, yargı içtihadı ile idare uygulamaları da mülkiyet hakkını ihlâl etmektedir⁷⁹. Ancak, günümüzde sermaye çok hareketlidir ve ekonomik rekabet dünya çapında yapılmaktadır.

Bu sebeple mülkiyet hakkına yapılan müdahaleler, yol açtıkları şahsi mağduriyetlerin yanında, Türkiye'nin ekonomik geleceğini de daha fazla etkileyecektir.

⁷⁷ Başpınar (2009), s.142

⁷⁸ Ş. Akyol, (1995). Türk hukuku'nda mülkiyet garantisi. *Prof. Dr. Hayri Domaniç'e Armağan*, İstanbul:Prestij Matbaası, s.241-258.

1.3. Hak Olarak Mülkiyet

İnsanlar, sosyal bir varlık oldukları için birlikte yaşarlar ve tabiatla olan ilişkilerinde genellikle toplumun bir bireyi olarak hareket ederler. İhtiyaç duyulan nesnelere üretimini, değişimini ve tüketimini toplumdan bağımsız olarak değerlendirmek olanaksızdır. Dolayısıyla insan ile mülkiyet ilişkisi sosyal bir nitelik taşır⁸⁰. Gerçekten mülkiyet, kişiye “*bu benimdir, salt bana aittir*” dedirten bir hak olup, tarih boyunca toplumları ve devletleri biçimlendirmiş, tüm ekonomik, sosyal ve politik oluşum ve gelişimleri etkilemiştir⁸¹.

Tarih boyunca mülkiyet, çok farklı şekillerde anlaşılmış olsa da, modern hukukları üç ana sistem şekillendirmiştir. Günümüzde her millet, kendi tarihi mirasının sebep olduğu farklılıklarla bu sistemleri uygulamaktadır. Bunlar, Klâsik (liberal), Marksist ve Karma (Modern, Sosyal) sistemlerdir⁸². Klâsik ve Marksist sistemler mülkiyet anlayışlarıyla iki uç noktada bulunur. İlki, malikle eşya arasındaki ilişkiyi, ikincisi ise eşya ile toplum arasındaki ilişkiyi esas alır. Bu sistemlerin hepsi, aslında birer fikri altyapının ürünüdür.

Meselâ liberal sistem, modern Batı Dünyasının ortaya çıkmasına sebep olan tarihi süreçle birlikte gelişmiştir. Avrupa’da aristokrasi ve kilisenin tahakkümüne karşı duyulan hoşnutsuzluk, liberal fikirlerin doğmasına yol açmıştır. Bu fikirleri takip eden gruplar, gitgide daha da güçlenerek maddi dünyayı etkiler hâle gelmişlerdir. Sonunda liberal fikri altyapı, Fransız Haklar Beyannamesi ile Fransız Anayasası’nda somutlaşmıştır. Daha sonra hazırlanan 1804 tarihli Fransız Medeni Kanunu da aynı dönemin ürünüdür. “Bu Kanunun feodalizme ve eski düzene karşı kesin zaferi açıklayan bir belge olduğu söylenebilir”⁸³. Eski düzeni yıkmak gayretindeki dönemin Fransız hukukçuları, mülkiyet hakkını vasıta olarak kullanmışlardır. Mülkiyet hakkına sınırlama getirme imkânları, devletin özel mülkiyete karşı kullanacağı bir ruhsat olarak tasarlanmamıştır⁸⁴. Sınırlama imkânlarının getirilme sebebi, eski sistemde özel mülkiyet aleyhine haksız şekilde elde

⁸⁰ Tuğrul (2004), s. 3.

⁸¹ R. Serozan (1982). Mülkiyet hakkının özü, işlevi ve sınırları. *Ümit Doğanay’ın Anısına Armağan*, C:I, İÜHFY, s. 239.

⁸² Eren (2014). *Mülkiyet hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, s.5 vd.

⁸³ Güriz (1969a), s.197.

⁸⁴ Güriz (1969a), s.196.

edildiği düşünölen, kilise malları ile aristokratlar sınıfın mallarını sınırlamaktır. Bununla birlikte, ihtilâl sonrası Fransa'sında meydana gelen gelişmeler, kanundaki sınırlama sebeplerinin tahmin dışı kullanılması sonucunu ortaya çıkarmıştır. Avrupa'da liberal fikri yapının maddi dünyada güç kaybetmesi, kanun uygulanmasını ve sonraki mevzuatın bu paralelde hazırlanmasını engeller. Gerçekten İhtilâl sonrası Fransa'sında imparatorluk rejimi güçlenmiş, ihtilâlin temeli olan sınıfın etkisi kırılmıştır⁸⁵.

Liberal sisteme göre mülkiyet, kişiye bağılı, dokunulmaz, vazgeçilmez ve zamanaşımına uğramaz bir haktır. Malik, kullanma, yararlanma ve tasarruf yetkilerini istediğı gibi kullanır. Bu yetkilere getirilecek en ufak bir sınırlama dahi, mülkiyet hakkını zedeler⁸⁶. Dolayısıyla liberallere göre haklar arasında mülkiyetin ayrı bir yeri vardır. Nitekim, klasik liberal anlayışı savunan John LOCKE' a göre⁸⁷, “*Her insan iki hakka sahip olarak dünyaya gelir. Birincisi, başka insanların üzerinde hiçbir gücünün söz konusu olamayacağı özgürlük hakkıdır. İkincisi ise, mülkiyet hakkıdır.*”

Liberal sistem gibi, Marksist sistem de döneminin şartlarının ürünüdür. Sanayi devrimi sonrası ortaya çıkan hayat şartları, Marksist sisteme kaynaklık eden düşüncelerin ortaya çıkmasına neden olmuştur⁸⁸. Daha sonra, bu düşüncelerin takipçisi olan kimseler, gerekli kuvveti elde ettikleri Rusya'da Marksist mülkiyet sistemini hayata geçirmiştir⁸⁹. Bu sistem, Sovyet Anayasası ve Medeni Kanunu'nda somutlaşır. Buna göre, toprakta ve üretim araçlarının devletin mülkiyetinde olması esastır. Şahsi kullanmaya ve yararlanmaya yarayan mallar ile sahibinin emeğine dayalı zanaat ve çiftçilikte kullanılan mallar üzerinde özel mülkiyet tesis edilebilir. Üretim araçları üzerinde tek milli komünist mülkiyetin yaratılması gerektiğı Sovyet Medeni Kanunu'da yer alır. Bu durum, devlet mülkiyetinin sürekli genişletilmesinin hedeflendiğini gösterir⁹⁰.

⁸⁵ A. Uzun (2000), Sanayi devrimi esnasında çalışma şartları. *Prof Dr. Nusret Ekin'e Armağan*, Ankara: Türk Ağır Sanayi ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası Yayınları, s.203-218.

⁸⁶ M. Ayan (1993). *Eşya hukuku*. Konya: Mimoza Yayınları, s. 3.

⁸⁷ C. C. Aktan ve İ. Y. Vural (2003). *John locke'dan adam smith'e, voltaire'den lord acton'a özgürlük yazıları*. Konya. Çizgi Kitabevi, s.

⁸⁸ F. Engels (1997), *İngiltere'de emekçi sınıfının durumu*. (Çev: Yurdakul Fidancı), s.170 vd.

⁸⁹ R. Sadıkov (2010). Şubat devriminden sonra rusya'da iktidar mücadelesi: ekim devrimi'ne giden yol. *Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih-Coğrafya Fakültesi Tarih Bölümü Tarih Araştırmaları Dergisi*, (29), 48, s.102-117.

⁹⁰ Güriz (1969a), s.297.

Karma mülkiyet sistemi ise, esas olarak liberal anlayışı benimser⁹¹. Bununla birlikte mülkiyet hakkı, kamu yararı maksadıyla ve kanunla bu hak sınırlanabilir. Buna göre malik liberal sistemde olduğu gibi sadece yetkilere sahip değildir. Bunun yanında, bir takım ödevleri de yerine getirmelidir⁹². Söz konusu anlayış aynı zamanda, sosyal devlet anlayışıdır⁹³. Bu sistem, liberal mülkiyet anlayışının sebep olduğu fiili problemleri bertaraf etmek maksadıyla geliştirilmiştir. Somut hayatın meselelerine pratik çözüm getiren sistemin, ne şekilde uygulanacağı da dönemden döneme değişiklik göstermiştir. Bu değişiklik, kamu merkezli bakış açısı ile ferd merkezli bakış açısının uygulayıcılar nezdinde ne kadar ağırlık kazandığı ile ilgilidir. Mesela Türkiye, hem 1961 hem de 1982 Anayasalarında karma sistemi benimsemiştir. Fakat, mülkiyet hakkı ilkinde sosyal ve ekonomik haklar bölümünde düzenlenirken, 82 Anayasası'nda temel haklar ve özgürlükler bölümünde yer almıştır⁹⁴. Bu durumun, mülkiyet hakkına bakışla ilgili bir değişikliği işaret ettiği söylenebilir. Anayasa Mahkemesinin kararlarında da benzer durum görülür. Anayasa Mahkemesi ferdi mülkiyeti her zaman kabul etmiş ve korumaya çalışmıştır. Ancak, mahkemenin kamu ve birey çatışmasında hangisinin menfaatinin daha çok korunacağı hususundaki tutumu değişmiştir⁹⁵.

Günümüzde esas olarak temelini liberal değerlerde bulan karma sistem modern hukukları şekillendirmektedir. Bahsedilen sistemlerin en temel değeri insan haklarıdır. Bu haklar önem ve öncelik bakımından bir hiyerarşiye tabi tutulduğu takdirde kuşkusuz en önemli hak yaşama hakkı olacaktır. Çünkü insan yaşadığı süre zarfında diğer haklarının bir önemi vardır⁹⁶. Birey, hayatını devam ettirebilmek için zorunlu birçok şeye ihtiyaç duyar. Bu durum, bireyde bunlara sahip olma isteğine neden olur. Bundan dolayı, birey çalışıp üretmek zorundadır ve kendi emeğinin neticesine başkalarından ziyade kendisi sahip olmak ister. Bunun sebebi ise insanın doğasıdır. Çünkü insan, mal ve mülk edinmeye eğilimli olarak dünyaya gelir⁹⁷. Bu bağlamda, yaşama hakkı ile mülkiyet hakkı arasında sıkı bir ilişki bulunmaktadır.

⁹¹ Liberal anlayışta hak asıl sınırlama istisnadır. İstisna dar yorumlanır. Gözler (2013), s.411.

⁹² Eren (2014), s.13, Esener ve Güven, (2012), s.167; Ayan (1993), s. 4.

⁹³ E. Özbudun (2014). *Türk anayasa hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 141.

⁹⁴ M. Soysal, (1986). 100 soruda anayasanın anlamı. İstanbul: Gerçek Yayınları, s.227-228.

⁹⁵V.F. Savaş. *Anayasa mahkemesi ve özelleştirme*. http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg15/vfsavas.pdf (Erişim Tarihi 08.05.2015)

⁹⁶ Etgü, (2009), s. 1.

⁹⁷ Tuğrul (2004), s. 3.

Mülkiyet, malik ile şey arasındaki ilişkidir⁹⁸. “Malik”, mülkiyet kavramının en önemli unsurudur ve hukuki olarak kişi kabul edilen herkes malik sıfatını alabilir. Hukuken kişi kavramı, gerçek ve tüzel kişileri kapsamaktadır. Mülkiyetin diğer unsuru olan “şey” ise temel olarak taşınır ve taşınmaz mallardır. Ancak zamanla, bu iki gruba girmeyen şeyler de mülkiyete konu olmuştur. Örneğin, patent hakları ve hisse senetleri üzerindeki haklar bunlardan bazılarıdır. Bazı şeylerin (açık deniz ve ceset gibi) hukuken mülkiyete hiç konu olamayacağı zamanla kabul edilmiştir. Devletin hâkimiyet alanında bulunan şeyler de özel mülkiyete konu olamaz. Bu şeylere, tuz, maden ve kamu malları örnek olarak verilebilir⁹⁹. Asırlar geçtikçe ve teknoloji ilerledikçe mülkiyetin konusu genişlemiştir. Hatta bugün uzay ve gök cisimlerinin de mülkiyete konu olup olmayacağı tartışılır hale gelmiştir¹⁰⁰. Söz konusu tanımdaki “ilişki” ise, elde bulundurma, başkasına engel olma, kullanma, yararlanma, maddi ve hukuki işlemlere konu yapabilme (tasarruf) ve elden çıkarabilme yetkilerini ifade eder¹⁰¹.

Mülkiyet hakkının sınırlarını belirlemek, kamu hukukunun görev alanına girdiği gibi özel hukukun da alanına girmektedir. Ancak kamu hukukunun özel hukukun alanını belirleyici bir rolü de bulunmaktadır. Çünkü mülkiyet hakkını öncelikle kamu hukuku tanımlayıp sınırlandırmakta bu ise normlar hiyerarşisinin en üstünde yer alan anayasa ile yapılmaktadır¹⁰².

Hem 1982 Anayasası’nda hem de Türk Medeni Kanunu’nda mülkiyet hakkı düzenlenmiştir. Bununla birlikte bu hakkın herhangi bir tanımı yapılmamıştır. Mülkiyet hakkı Anayasa’da 35. maddede düzenlenmiştir. Buna göre, “*Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz.*” Türk Medeni Kanunu’nun 683. maddesinde ise bu hak “*Bir şeye malik olan kimse, hukuk düzeninin sınırları içinde, o şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisine sahiptir*” şeklinde düzenlenmiştir. Belirtelim ki, Eski Medeni Kanun’da “*hukuk*

⁹⁸ Örucü, (1976), s. 6.

⁹⁹ Tuğrul (2004), s. 4.

¹⁰⁰ H.B. Gemalmaz (2009). *Avrupa insan hakları sözleşmesinde mülkiyet hakkı*. İstanbul:Beta Y., s. 232 vd.

¹⁰¹ Örucü, (1976), s. 6.

¹⁰² Ertü (2009), s. 2.

düzeni” yerine “*kanun dairesi*” ifadesi kullanılmıştır. Yani, eskiye oranla sınırlamanın kapsamı genişletilmiştir¹⁰³. Bununla birlikte, genel bir sınırlama sebebi olan ve Türk Medeni Kanunu’nun 2. maddesinde düzenlenen “*hakkın kötüye kullanılması*”, ile bu geniş alan daraltılmıştır¹⁰⁴. Buna göre, “*Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.*”

Mülkiyet hakkı, devlet eliyle kanunlarla korunarak desteklenmiştir. Bunun sonucu olarak, herkese karşı ileri sürülebilecek bir hak şeklinde nitelendirilmektedir. Böylelikle bu hakkın ihlal edilmesi devlet tarafından müeyyideye bağlanmıştır. Bu bağlamda mülk sahibi olan kişiler, mülkiyetlerine yönelen herhangi bir haksız saldırıyı, “*toplumda en üstün güç kullanma yetkisine sahip olma*” niteliğini taşıyan devlet ile bertaraf etme olanağına kavuşmuşlardır¹⁰⁵.

Mülkiyet hakkı, aynı bir haktır. Malvarlığına ilişkin mutlak bir haktır. Bu hak, aynı hakların en kapsamlısı ve en mükemmeli olarak kabul edilir¹⁰⁶.

Mülkiyet hakkı, kişiye bir takım yetkiler verir. Bunlar; “*kullanma (usus)*”, “*yararlanma (fructus)*” ve “*tasarruf etme (abusus)*” yetkileridir. Bu ayrım Roma Hukuku’ndan gelen bir ayrımdır¹⁰⁷. Bu da eşya üzerinde en geniş yetkileri kapsayan bir hak anlamına gelmektedir¹⁰⁸. Mülkiyet hakkı, sahibine kullanma, yararlanma ve tasarruf etme gibi aktif yetkilerin yanı sıra, yapılan tecavüzlere karşı eşyayı koruma yetkisi de verir ki buna da pasif yetki ya da koruyucu yetki denilmektedir¹⁰⁹.

¹⁰³ Türk Kanunu Medenisi, m. 618: “*Bir şeye malik olan kimse, o şeyde kanun dairesinde dilediği gibi tasarruf etmek hakkını haizdir; haksız olarak o şeye vaziyet eden herhangi bir kimseye karşı istihkak davası ikame ve her nevi müdahaleyi menedebilir.*”

¹⁰⁴ S. Tuğrul ve İ. O. Atalay (2004). Mülkiyet hakkının işlevleri ve sınırları. *Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*, S:3, s. 50.

¹⁰⁵ Etgü (2009), s. 16.

¹⁰⁶ J.G. Akipek ve T. Akıntürk (2009). *Eşya hukuku*. İstanbul:Beta Y., s. 19.

¹⁰⁷ Esener ve Güven (2008), s. 157; F. Challaye (1993). *Mülkiyetin tarihi*. (Çev:Turgut Aytuğ). İstanbul: Remzi Kitabevi, s. 38.

¹⁰⁸ H. Hatemi, R. Serozan ve A. Arpacı (1991). *Eşya hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, s. 390; M. Dural (1981). *Eşya hukuku dersleri*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, s. 57.

¹⁰⁹ Ş. Ertaş (2008). *Eşya hukuku*. Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 8. Baskı, Ankara:Seçkin Y., s. 234.

Anayasa Mahkemesi 1966 yılında vermiş olduğu bir kararda mülkiyet hakkını şu şekilde tanımlamıştır¹¹⁰: “Mülkiyet hakkı, bir kimsenin, başkasının hakkına zarar vermemek ve kanunların koyduğu kayıtlamalara da uymak şartı ile, bir şey üzerinde dilediği şekilde kullanma, ürünlerinden yararlanma, tasarruf etme (başkasına devretme, şeklini değiştirme ve istihlâk etme, hattâ tahrip etme) yetkilerini ifade eder”

Danıştay’a göre mülkiyet hakkı¹¹¹: “Mülkiyet hakkı, malik veya maliklerin iradeleriyle tasarruf yetkisi veren aynı haklardandır.”

Yargıtay’a göre ise mülkiyet hakkı¹¹²: “Mülkiyet, geniş haklar, buna bağlı yetkiler ile birlikte bazı ödevlerin oluşturduğu bir hukuksal kurumdur. Başka bir söyleyişle mülkiyet, tanıdığı geniş hak ve yetkilerin yanında bazı ödevler de yükleyen bir aynı haktır.”

ETGÜ’ye göre mülkiyet hakkı, “İnsan toplumunun ortaya çıkmasından itibaren var olan, toplum yaşamında kimin neye sahip olacağını ve nasıl kullanacağını belirten, bir otorite ile desteklenen, bünyesinde yetkiler yanında ödevleri de barındıran eşya üzerinde kurulması mümkün en geniş kapsamlı aynı haktır¹¹³.”

BAŞPINAR’a göre ise, “Sahibine konusu olan eşya üzerinde doğrudan doğruya kullanma, yararlanma ve tasarruf yetkilerinin tamamını veren ve herkese karşı dermeyeran edilebilen, tam, mutlak, münhasır, kutsal, vazgeçilmez bir aynı haktır¹¹⁴.”

Kanaatimizce mülkiyet hakkını en etraflı şekilde anlatan tanım sonuncusudur. Gerçekten BAŞPINAR, mülkiyetin esas itibari ile yetki veren bir kavram olduğunu vurgulamakta, mülkiyet hakkının tarihi ve iktisadi önemini de kapsayan bir tanım vermektedir. Yukarıda izah edilmeye çalışıldığı üzere mülkiyet kavramı, Batı tarihinde çok önemli bir yer

¹¹⁰ AYM, 20.09.1966, E. 1963/156, K. 1966/34, http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=search&id=24 Erişim Tarihi: 20.03.2013

¹¹¹ Danıştay, 6. D. , 12.02.2001, E. 1999/7004, K. 2001/779, <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp> Erişim Tarihi: 20.03.2012

¹¹² Yargıtay, HGK, 08.07.1998, E. 1998/1-563, K. 1998/585, <http://www.kararevi.com> Erişim Tarihi: 20.03.2013

¹¹³ Etgü (2009), s. 21.

¹¹⁴ Başpınar (2009), s. 98.

tutmaktadır. Gelecekte ise bunun da ötesinde bir önem arz edeceği kanaatimizce aşıkardır. Bu sebeple mülkiyet hakkının da, kavramın kuvvetini yansıtacak şekilde anlaşılması gerekir.

1.3.1. Osmanlı-Türk Anayasa Hukuku Tarihinde Mülkiyet Hakkı

1.3.1.1. İlk Anayasal Metinler

Sened-i İttifak, 1808 yılında II. Mahmut ile ayanlar arasında imzalanmış olup ilk anayasal metnimiz olarak kabul edilmektedir. Bu metin, Rumeli ve Anadolu ayanlarının can ve mal güvenliğini teminat altına alan bir belge özelliği taşımaktadır¹¹⁵. Metinde, ayanların haklarına ve durumlarına devletin keyfi müdahale etmemesi ve ayanların kendilerine tabi küçük ayanlar üzerindeki hakimiyetlerinin tanınması düzenlenmişti. Böylece, ayanların feodal yapısı dolaylı da olsa teminat altına alınmıştı. Bununla birlikte, Sened-i İttifak'ın 5. maddesinde ayanların kendilerine verilen topraktan başkasına el atamayacaklarına yer verilerek, bu teminat sınırlandırılmıştır. Sened-i İttifak ile mülkiyet hakkı ilk defa padişahın müdahalesine karşı korunmak istenmiştir. Bu nedenle, bu metin tarihi açıdan önemlidir¹¹⁶.

1839 Tanzimat Fermanı'nın 1. maddesinin b bendinde mülkiyet hakkı, şu şekilde düzenlenmiştir: *“Mal emniyetine gelince, bu olmazsa kimse devletine ve milletine ısınamaz ve memleketin kalkınmasına ilgi göstermeyip daimi bir kaygı içinde yaşar. Halbuki şu da 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, tüm vatandaşların can, mal ve ırz güvenliği sağlanacaktır¹¹⁷.

1856 Islahat Fermanı'nda, Tanzimat Fermanı ile tanınan can, mal ve ırz güvenliği gibi haklar doğrulanmıştır¹¹⁸. Ayrıca bu hakların korunması için somut adımların atılacağı ifade edilmiştir. Bunun dışında, kiliselerin topladığı vergiler kaldırılmış, vergilerde

¹¹⁵ O. Aldıkaçtı (1982). Anayasa hukukumuzun gelişmesi ve 1961 anayasası. 4. Bası, İÜHFY, s. 39, Aktaran: Etgü (2009), s. 133.

¹¹⁶ Etgü (2009), s. 134.

¹¹⁷ Etgü (2009), s. 137.

¹¹⁸ Y. Erdoğan (2000). Kamu hukuku açısından mülkiyet hakkı. *AYİM Dergisi*, S:14, s. 149.

eşitliğin sağlanacağı ve iltizamın kaldırılacağı ifade edilmiştir. Yabancı uyruklu kişilere “tasarruf-u emlak” izninin verileceği de belirtilerek yabancıların Osmanlı sınırları içinde taşınmaz mal sahibi olabilmeleri imkanı getirilmiştir¹¹⁹.

1.3.1.2. Kanunu Esasi

1876 yılında II. Abdülhamit tarafından bir fermanla ilan edilen Kanunu Esasi ilk anayasamız olarak kabul edilmektedir. Kanunu Esasi'nin 21. maddesine göre, “*Herkes, usulen mutasarrıf olduğu mal ve mülkünden emindir. Kamu yararı için lüzumu sabit olmadıkça ve kanuna göre değer pahası peşin verilmedikçe kimsenin tasarrufunda olan mülkü alınmayacaktır*¹²⁰.” Böylelikle, günümüz anlamında kamulaştırmanın söz konusu olabileceği hüküm altına alınmıştır¹²¹.

1.3.1.3. 1921 Anayasası

Cumhuriyet tarihimizin ilk anayasası olarak kabul edilen 1921 Teşkilatı Esasiye Kanunu çerçeve bir anayasa olduğu için, burada mülkiyet hakkı düzenlenmemiştir.

1.3.1.4. 1924 Anayasası

Mülkiyet hakkı, 1924 Teşkilatı Esasiye Kanunu'nun 70. maddesinde düzenlenmiştir. Bu hükme göre, “*Şahsi masuniyet, vicdan, tefekkür, kelam, neşir, seyahat, akit, sayü amel, temellük ve tasarruf, içtima, cemiyet, şirket, hak ve hürriyetleri Türklerin tabii hukukundandır.*” Bu hükme göre, mülk edinme ve bunun üzerinde tasarrufta bulunma kişilerin doğal haklarındandır. Söz konusu madde, mülkiyet hakkına hiçbir sınırlama da getirmemiştir¹²². Buradan, 1924 Anayasası'nın liberal sistem anlayışından etkilendiği sonucuna varılmaktadır¹²³.

¹¹⁹ Etgü (2009), s. 140.

¹²⁰ Tuğrul (2004), s. 53.

¹²¹ E. Akın (2006). Mülkiyet hakkının anayasal korunması-I. *Yaklaşım Dergisi*, Y:14, S:162, s. 269.

¹²² Tuğrul (2004), s. 56.

¹²³ Akın (2006), s. 269.

1924 Anayasası'nın 71. maddesinde ise, “*Can, mal, ırz, mesken her türlü taarruzdan masundur*” denilerek daha önceki metinlerde ve Kanunu Esasi'deki teminat yinelenmiştir.

1.3.1.5. 1961 Anayasası

Mülkiyet hakkı, 1961 Anayasası'nda “*Sosyal ve İktisadi Haklar ve Ödevler*” bölümünde düzenlenmiştir. GÜRİZ'e göre mülkiyet hakkı, artık bu hakkın toplumsal bir niteliği olduğu, sınırsız bir hak olmadığı ve toplum menfaatini hesaba katarak kullanabilen sosyal karaktere sahip bir hak olduğu düşünüldüğü için söz konusu bölümde düzenlenmiştir¹²⁴. ÖRÜCÜ'ye göre ise bunun nedeni, sadece mülkiyetin sosyal bir karakter taşıması değil, bu hakkın toplum yararına düzenlenmesi gereğinin, toplum yararına kullanmanın yasaklanmış olduğunun ve malike sosyal ödevler yüklenmiş bulunduğu, bu hakkın eşitlik ilkesi ile bağdaştırılması gayretinin belirtilmesini sağlamaktır¹²⁵.

36. maddede yer alan mülkiyet hakkı şu şekilde düzenlenmiştir: “*Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz.*”

Mülkiyet hakkı konusunda tabii hukuk doktrinini esas alan 1924 Anayasası ile mülkiyet hakkının kullanımını toplum yararına bağlayan 1961 Anayasası'nın arasında temel bir mülkiyet anlayışı farkı bulunduğu aşikardır. 1961 Anayasası modern anlayışı esas almıştır¹²⁶.

1961 Anayasası'nın 11. maddesi ile de temel hak ve özgürlüklerin Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak ancak kanunla sınırlanabileceği öngörülmüştür. Ayrıca “*öze dokunmama yasağı*” getirilerek, temel hak ve özgürlükler teminat altına alınmıştır. Ayrıca 1961 Anayasası'nda, kanunların, TBMM İçtüzüklerinin ve Anayasa

¹²⁴ Güriz (1968b). Modern mülkiyet kavramı ve toprak reformu. *Türkiye'de Toprak Reformu Semineri 6-8 Haziran 1968*, AÜHFY:244, Ankara 1968, s. 244, Aktaran: Tuğrul (2004), s. 57.

¹²⁵ Örucü (1976), s. 40.

¹²⁶ Erdoğan (2000), s. 150.

değişikliklerinin anayasaya uygunluğunu denetleyecek olan Anayasa Mahkemesi kurulmuştur. Böylece, temel hak ve özgürlük daha güvenceli hale getirilmiştir.

1.3.1.6. 1982 Anayasası

1961 Anayasası'ndaki mülkiyet hakkına ilişkin düzenleme, aynen korunmuştur. Buna göre mülkiyet hakkı, şu şekildedir: “Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz.” Bu bağlamda, 1961 ve 1982 Anayasalarında hakkın düzenlenişi ve sınırları bakımından bir fark bulunmamaktadır. Ancak, 1982 Anayasası'nın 35. maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkı, 1961 Anayasası'nın aksine, “Kişinin Hakları ve Ödevleri” başlığı altında düzenlenmiştir.

1982 Anayasası'ndaki mülkiyet anlayışı, sosyal devlet anlayışıdır. Bu anlayış, özel mülkiyet anlayışına dayanmakta ve klasik anlayıştan farklı olarak mülkiyet hakkının kişiye haklar getirdiği gibi ödevler de yüklediğini savunmaktadır. Bu nedenle, 1982 Anayasası'nda mülkiyet hakkı, klasik haklar arasında sayılmış olsa da kamu yararı amacıyla veya toplum yararı nedeniyle sınırlandırılabilir. Belirtmek gerekir ki, mülkiyet hakkı 2001 yılına kadar genel sebeplerle de sınırlandırılabilmekteydi¹²⁷.

1982 Anayasası'nın mülkiyet hakkını düzenleyen 35. maddesinin gerekçesi de, 1961 Anayasası'nın 36. maddesinin gerekçesinden oldukça farklıdır. 1982 Anayasası'nın gerekçesi liberal anlayışı yansıtmaktadır. 1961 Anayasası'nda “mülkiyet hakkının artık Roma hukukunda olduğu gibi sınırsız bir hak olmadığı” belirtilmişken, 1982 Anayasası'nda mülkiyetin “devletten önce de” var olduğu vurgulanarak, hakkın kendisini sınırlamadan daha ön planda tutmuştur¹²⁸.

2. 1982 Anayasasında Mülkiyet Hakkının Sınırlandırılması

¹²⁷ Tuğrul (2004), s. 59.

¹²⁸ S. Şimşek (2010). Mülkiyet hakkının kapsamı, sınırlandırma nedenleri ve şartları açısından 1982 anayasası ve avrupa insan hakları sözleşmesi: karşılaştırmalı bir analiz-1. *TBB Dergisi*, S:91, s. 184.

Bir toplumda herkes istediğini yapabilirse, o toplumda kargaşa ortamının çıkması kaçınılmazdır. DUEZ'in de belirttiği gibi, "mutlak hürriyet", toplum ve devlet hayatı içinde yer alamaz, çünkü söz konusu kavram anarşik bir kavramdır¹²⁹. Dolayısıyla, bir devletin var olabilmesini ve devamlılığını sağlayabilmek için temel hak ve hürriyetleri sınırlandırmak elzemdir¹³⁰.

Kamu düzeni açısından, temel hak ve özgürlüklere bazı sınırlamalar getirilmesi gereklidir. Ayrıca, temel hak ve hürriyetlerin düzenlenmesi ve sınırlandırılması bireyler açısından da önemlidir. Çünkü, sadece genel ilkeler şeklinde düzenlenmiş ve sınırları belirlenmemiş temel hak ve hürriyetlerin birey açısından bir önemi bulunmamaktadır¹³¹. Bu şekilde sadece ilan edilen ilkeler Duez'in dediği gibi; "Bir hürriyet vaadinden başka bir şey değildir¹³²." Nitekim, 1789 tarihli "*Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi*" bu hususta bir kural belirlemiş ve bu kural bir çok anayasaya ilham kaynağı olmuştur. Buna göre, "*Hürriyet başkasına zarar vermeyen her şeyi yapabilmektir; bundan dolayı her insan için tabii haklarının kullanılmasının sınırı, toplumun diğer üyelerinin de aynı haklardan faydalanabilmesini sağlayan sınırdır.*" Bu kural, 1924 Anayasası'na da ilham kaynağı olmuştur. 1924 Anayasası'nın 68. maddesinde hürriyet ve sınırı şu şekilde belirtilmiştir: "*...Hürriyet, başkasına muzır olmayacak her türlü tasarrufatta bulunmaktır. Hukuku tabiiyeden olan hürriyetin herkes için hududu başkalarının hududu hürriyetidir.*"

1982 Anayasası'nda da mülkiyet hakkı sınırsız bir hak olarak düzenlenmemiş olup bu hakkın sınırları çizilmiştir. Ayrıca bu hakkın nasıl sınırlandırılacağı de genel bir kural olarak belirlenmiştir. 13. maddeye göre, "*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.*" Ancak bu sınırlamalar olağan dönemde yapılabilecek sınırlandırmalardır. Bir de olağanüstü dönemlerde yapılabilecek sınırlandırmalar vardır. Bu husus 15.

¹²⁹ P. Duez (1933). *Esquisse d'une définition réaliste des droits publics individuels*. Paris:Mélanges Carré de Malberg, s.114, Aktaran: M. Kapani (1993). *Kamu hürriyetleri*. 7. Baskı, Ankar:Yetkin Y., s.228.

¹³⁰ Kapani (1993), s. 228.

¹³¹ Kapani (1993), s. 229.

¹³² Duez (1933), s. 127, Aktaran: Kapani (1993), s. 229.

maddede düzenlenmiştir. Buna göre, “Savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir.” Yine 121/2. maddede olağanüstü hallerde vatandaşlar için para, mal ve çalışma yükümlülükleri getirilebileceği düzenlenmiştir.

Ayrıca, 35. maddede mülkiyet hakkının kamu yararı amacıyla ancak kanunla sınırlandırılabilmesi ve mülkiyet hakkının kullanılmasının toplum yararına aykırı olamayacağı belirlenmiştir. Yine 1982 Anayasası’nda düzenlenen “kamulaştırma” ve “devletleştirme” kurumları da mülkiyet hakkının sınırlandırılabilmesini öngörmektedir.

2.1. Sınırlamanın Kanunla Yapılması

Demokratik hukuk devletlerinde eskiden beri kabul edilmiş ve yerleşmiş ana ilkeye göre, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması yasama organı tarafından ancak kanunla sınırlanabilir¹³³. Nitekim, 1789 tarihli “Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi”nin 4. maddesinin son cümlesinde, “Bu sınırlar, yalnız kanunla belirlenebilir” denilerek hürriyetin kanunla belirlenebileceği vurgulanmıştır. 1924 Anayasası’nın 68. maddesinde de aynı şekilde, “Bu hudut ancak kanun marifetiyle tesbit ve tayin edilir” şeklinde düzenlenmiştir. Yine, 1961 ve 1982 Anayasalarında da temel hak ve hürriyetlerin ancak kanunla sınırlanabileceği ifade edilmiştir.

1982 Anayasası’nın 13. maddesine göre, temel hak ve özgürlükler ancak kanunla sınırlanabilir.

2.2. Sınırlamanın Özel Sebeplere Dayanması

2001 yılında 4709 sayılı Kanun ile 1982 Anayasası’nın 13. maddesindeki genel sınırlama sebepleri kaldırılmıştır. 1961 Anayasası’nın 1971 yılında değiştirilen 11. maddesindeki genel sınırlama sebepleri, 13. maddenin değişiklikten önceki haline aynen alınmıştır.

¹³³ Kapani, (1993), s. 230.

Ancak bu sınırlama sebeplerine, “genel asayişin korunması” da eklenmiştir. 13. maddenin değişiklikten önceki hali şu şekildeydi: “*Temel hak ve hürriyetler, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, milli egemenliğin, Cumhuriyetin, milli güvenliğin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlakın ve genel sağlığın korunması amacı ile ve ayrıca Anayasanın ilgili maddelerinde öngörülen özel sebeplerle... sınırlanabilir.*”

Genel sınırlama sebepleri, temel hak ve özgürlüklerin tümü için geçerli idi. Yasama organı bu genel sebeplerden herhangi birini dayanak göstererek bir temel hak ve özgürlüğü sınırlandırabilirdi. Ayrıca temel hak ve özgürlükler, hem genel hem de özel sebeplere dayanılarak sınırlandırılabilirdi. Bu nedenle, sınırlamanın sınırının nedensel olarak tespiti oldukça zordu¹³⁴.

Özel sınırlandırma sebepleri ise isminden de anlaşılacağı üzere özeldir. Yani, herhangi bir temel hak ve hürriyeti düzenleyen maddede, varsa özel sınırlandırma sebebi gösterilir. Mülkiyet hakkı açısından özel sınırlandırma sebepleri, 1982 Anayasası’nın 35. maddesinde düzenlenmiş olup, bu sebepler “kamu yararı” ve “toplum yararı”dır.

2.2.1. Kamu Yararı

Mülkiyet hakkı A.Y. m. 35’te yer alan ifadeyle “ancak kamu yararı amacıyla” sınırlandırılabilir. GÖZLER’e göre, kamu yararı kavramının tartışmasız bir şekilde tanımının yapılması mümkün değildir ve kamu yararının hangi tedbirle daha iyi gerçekleştirilebileceğini kimse bilemez¹³⁵. DURAN da paralel şekilde, kamu yararının çok geniş, bulanık ve öznel olduğu için herkesin üzerinde anlaşacağı bir kavram olmadığını ifade etmiştir¹³⁶. DURAN, idarenin görevini yerine getirebilmesi için tek tek bireyleri değil tüm toplumu dikkate almasının zorunlu olduğuna işaret etmiş ve bu amacın da “kamu yararı” olarak adlandırıldığını ve özel çıkarlara üstün tutulduğunu dile getirmiştir¹³⁷. AKILLIOĞLU’na göre ise kamu yararı kavramı dar anlamda

¹³⁴ Etkü (2009), s. 179.

¹³⁵ K. Gözler (2009). *İdare hukuku*. C. II, Bursa:Ekin Basım Yayın Dağıtım, s.962.

¹³⁶ L. Duran (1975). *İdare hukuku ders notları (teksir)*. İstanbul, s.22.

¹³⁷ Duran (1975), s.10.

kullanıldığında mülkiyet hakkının sınırlandırılmasında ve özüne yapılacak müdahalelerde bir ölçüdür ancak geniş anlamda kullanıldığında bütün toplumsal değerleri kucaklayan bir nitelik ve kapsam kazanabilir¹³⁸.

Mevzuatın daha pek çok yerinde kamu yararı kavramı kullanılmakla birlikte, kavramın üzerinde uzlaşmış bir tanımı yoktur¹³⁹. Bu durum kavramın mahiyetinden kaynaklanmaktadır¹⁴⁰. Gerçekten kamu yararı, *esnek ve dinamik* bir yapı arz eder¹⁴¹. Bunun sebebi kavramın, kamu ile birey menfaatleri arasındaki çelişkiyi dengeleme fonksiyonu yüklenmiş olmasıdır¹⁴². Gerçekten, kamu yararı maksadıyla yapılan işlemde doğan külfet ile elde edilen menfaat arasında adil bir denge sağlanması gerekir. Denge ise her somut olayda farklı bir noktada oluşur. Bu sebeple kavramı belli bir tanımın kalıpları ile sınırlamak, somut olay adaletinin tesisi hususunda engelleyici olabilir. Bununla birlikte, hukuk sistemimizde sıklıkla başvurulan bu kavramın somutlaştırılması pragmatik bir zorunluluk arz eder¹⁴³. Aksi takdirde kamu yararı kavramı yasama, idare ve yargı kararlarını şeklen meşru hâle getiren sihirli bir değneğe dönüşecektir.

Kavramın anlaşılması için, tarihi süreç içinde nasıl bir gelişim gösterdiği faydalı olacaktır. Kamu yararının Batı menşeli bir kavram olduğu söylenebilir¹⁴⁴. Modern mülkiyet fikri ile ilişkilidir. Modern mülkiyet fikri, esas itibariyle liberalizmde temellenir¹⁴⁵. Özgürlüğün esas, sınırlamaların istisna olduğu sınırlı devlet anlayışının ve bireyciliğin ürünüdür. Bu anlayış ilk kez 1804 tarihli Fransız Medenî Kanununda (Code Civile) somutlaşmıştır. Eski düzeni yıkmak gayretindeki dönemin Fransız hukukçuları, mülkiyet hakkını vasıta olarak kullanmışlardır. Mülkiyet hakkına sınırlama getirme imkânları, devletin özel mülkiyete karşı kullanacağı bir ruhsat olarak tasarlanmamıştır¹⁴⁶. Sınırlama imkânlarının getirilme sebebi, eski sistemde özel mülkiyet aleyhine haksız elde

¹³⁸ T. Akıllıoğlu (1988). Kamu yararı kavramı üzerine düşünceler. *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, Prof. Dr. Lütfi Duran'a Armağan Özel Sayısı, S:1-3, s.14.

¹³⁹ Hasgör s.70.

¹⁴⁰ Gürsoy, Eren ve Cansel, *Eşya hukuku*. s.362.

¹⁴¹ Hasgör s.72.

¹⁴² Örucü (1976), s.71.

¹⁴³ Örucü (1976), s.68.

¹⁴⁴ Hasgör, s.75.

¹⁴⁵ İ. Türe, F. Türe (2014). Liberalizm, Mülkiyet ve Hukuk Devleti Üzerine Akademik Sosyal Araştırmalar Dergisi, Yıl: 2, Sayı: 1, Mart 2014, s. 357-369 http://www.asosjournal.com/Makaleler/751949137_103-%20ilknur%20t%C3%BCre.pdf

¹⁴⁶ Güriz (1969a), s.196.

edildiği düşünölen, kilise malları ile aristokrat sınıfın mallarını sınırlamaktır¹⁴⁷. Buradan anlaşılır ki, mülkiyet hakkını sınırlama imkânı, kamu adına güç kullanan unsurların müdahalelerini budamak maksadıyla getirilmiştir¹⁴⁸. Mülkiyeti sınırlama imkânı getirilmesinin sebebi, aslında yine bireyi korumaktır. Alman Hukukunda ise, modern anlamda kamu yararı kavramı, kamulaştırma ile birlikte ortaya çıkmıştır¹⁴⁹. Buna göre, devlet bireyin mülkiyeti üzerinde sınırsız bir tasarruf imkânına sahip değildir. Sadece, kamu yararı sebebiyle ve adil bir bedel ödenerek mülke el atılabilmesi mümkün olmaktadır¹⁵⁰. Önceleri sadece bayındırlık hizmetleri bakımından işlev yüklenen kamu yararının, kamu hizmeti anlayışının genişlemesine paralel olarak çevrenin korunması, kamu iktisadi teşebbüsleri için arazi temini.... vb. işlemlerde de mevcut olduğu kabul edilir hâle gelmiştir¹⁵¹.

Türk Hukukunda kamu yararı kavramı benzer bir süreç izlemiştir. Devlete atfedilen görevler arttıkça daha çok faaliyet kamu hizmeti kavramı dâhilinde değerlendirilmiştir. Buna paralel olarak, kamu yararı kavramı da genişlemiştir.

Türk pratiğini oluşturan gerek idari kararlarda, gerekse yargı kararlarında kamu yararı kavramı dar ve teknik anlamının oldukça ilerisine geçmiştir. Gerçekten, Anayasa Mahkemesi kamu yararını, genel sağlık, genel ahlâk, toplum yararı, kamu düzeni, sosyal adalet kavramları yerine kullanmaya başlamıştır¹⁵². Kavram gitgide genel bir hukuka uygunluk gerekçesi haline gelmiştir. Mevzuatın da, bu genişlemeye temel teşkil eden bir yapısı mevcuttur. Anayasamızda, uzunca bir süre genel sınırlama sebebi olarak yer alan kamu yararı temel haklar üzerinde sallanan bir kılıç vazifesi görmüştür. Romadaki imperium yetkisi gibi, sınırları belirsiz ve mutlak bir kuvvet vasıtası olarak kullanılmıştır¹⁵³. Ülkemizin İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi nezdinde mahkûmiyet sayısının fazlalığı da bu durumu kanıtlar niteliktedir. Bunun yanında, Anayasada toplum

¹⁴⁷ T. Akilloğlu. *Kamu yararı kavramı üzerine düşünceler*. [file:///C:/Users/user1/Downloads/2573-7389-1-PB%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/user1/Downloads/2573-7389-1-PB%20(1).pdf)

¹⁴⁸ T. Akilloğlu. *Kamu yararı kavramı üzerine düşünceler*. [file:///C:/Users/user1/Downloads/2573-7389-1-PB%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/user1/Downloads/2573-7389-1-PB%20(1).pdf)

¹⁴⁹ Hasgör

¹⁵⁰ Ü. Doğanay (1974). Toplum ve kamu yararı kavramları. *Mimarlık Dergisi*, S:7, s.5 vd.

¹⁵¹ Hasgör s.83

¹⁵² Hasgör s.87

¹⁵³ Ö. Çelebican (2014). Roma Hukuku, Ankara:Yetkin Yayınları s.154.

yararı ve kamu yararı kavramlarının ayırt etmeyi güçleştirecek şekilde kullanılmış olması da kamu yararı kavramının sınırlarının belirlenmesini güçleştirmiştir. Bununla birlikte toplum yararı bu kavramla eş olarak anlaşılırsa, temel hak ve özgürlükler aleyhine bir genişleme söz konusu olur.

Kamu yararı kavramı kamulaştırma işleminin sebep ve amaç unsurunu oluşturan anlamından çok uzağında kullanılmamalıdır. Her ne kadar, günümüzde devletin eskisine göre pek çok görevi olsa da, bu durum kamu yararı kavramının soyutlaşmasına sebep olmamalıdır. Mülkiyeti felç eden bir fenomene dönüşmemelidir¹⁵⁴. Aksinin kabulü durumunda hukuki güvenliğin tesis edilmesi mümkün olmaz.

Kamu yararı kavramı, mülkiyet hakkına yapılacak müdahaleler için, kanun koyucuya verilmiş bir ruhsat değildir. Bundan ziyade, kanun koyucunun tasarruflarını sınırlar. Mülkiyet hakkı, günümüzdeki sosyal düzenin temel taşlarından biridir. Buna hakka müdahale istisna, hakkın varlığı ve korunması ise esastır. Kanun koyucu bu hakka müdahaleyi, kamu yararı sebebiyle gerçekleştirebilir. Kamu yararı kavramının elastiki olması, kanunkoyucuya mülkiyet hakkı üzerinde serbestçe tasarruf imkânı sağlamaz. Altan'a göre *kamu yararı ölçütü getirilmesinin amacı, mülkiyet hakkının korunması, bu hakka yönelik müdahalelerin sınırlandırılması ve kanun koyucuya toplum ihtiyaçlarında meydana gelen değişikliklere uygun düzenlemeler yapma bakımından belirli oranda bir serbesti sağlamaktır*¹⁵⁵.

Kamu yararı kavramı, kurulu düzenin korunmasındaki menfaatle ilgilidir. Mevcut düzen, mülkiyet hakkı temelinde kurulmuşsa bunu korur. Bu sebeple yine birey merkezlidir. Meselâ bir yerdeki arazinin kamulaştırılarak, otopark alanı olarak kullanılmasında kamu yararı mevcuttur. Burada, aslında korunan araç sahiplerinin menfaatidir¹⁵⁶. Kamu yararının ortaya çıkışında kamulaştırma kavramı önem arz eder. Kamu yararı kavramı esas itibarı ile kamulaştırma işleminin sebep ve amaç unsuru iken, zamanla kavramın işaret ettiği alan genişlemiştir. Halbuki, mülkiyet hakkı sözkonusu olduğunda birey odaklı

¹⁵⁴ N. ERKELLİ KIZIL (1988). Kamulaştırma fenomeni. *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, C.9 S.1-3, s.210.

¹⁵⁵ Altan Alparslan (2008). Mülkiyet hakkı güvencesi ve korunması, s.133

¹⁵⁶ Başpınar (2009), s.145

bakış açısı terkedilmeyerek sınırlamanın mümkün olduğunca sınırlı kalması makbul olandır.

Kamu yararının ne şekilde gerçekleşeceğini, kanunkoyucu belirler. Bununla birlikte, bahsedilen belirlemeyi Anayasa ile sınırlı olarak yerine getirecektir. Mesela Anayasa mahkemesi bir kararında, idareye geniş takdir yetkisi veren düzenlemeyi iptal etmiştir.

Kamu yararı kavramı, 1982 Anayasası'nın "Temel Haklar ve Ödevler" kısmının "Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler" bölümünün III. alt başlığında "Kamu yararı" şeklinde düzenlenmiştir. Ancak bu kavram tanımlanmamıştır.

2.2.2. Toplum Yararı

Anayasa'nın 35. maddesinin son cümlesine göre, mülkiyet hakkı toplum yararına aykırı bir şekilde kullanılamaz. Diğer bir ifadeyle, bu hak toplum yararına uygun bir şekilde kullanılmalıdır¹⁵⁷. Anayasa'daki söz konusu cümle, tüm maliklere yönelik genel bir emri ifade etmektedir¹⁵⁸. Bu kural, maliklere mülkiyet hakkını toplum yararına uygun olarak kullanmak ve toplum yararına faydalanmak konusunda bir pozitif yükümlülük getirmektedir. Bu nedenle, bu emir de bir sınırlandırmadır ve yasama organının bu konudaki düzenlemeleri, yani malike getireceği yükümlülükler, onun bu hakkı kullanmadaki sınırını belirleyecektir¹⁵⁹. Buna göre, mülkiyet hakkına sahip olan bir kişi, sahip olduğu yetkileri toplum yararına uygun bir şekilde kullanmak zorundadır.

Doktrinde toplum yararı ile kamu yararı kavramlarının aynı olduğunu ifade eden yazarlar vardır. Gerçekten, kamu yararı ve toplum yararı kavramlarının her ikisi de birey menfaatini sınırlamaya vasıta olan kavramlardır. Bununla birlikte A.Y. m. 125 "Merkezi idare, mahallî idareler üzerinde, mahallî hizmetlerin idarenin bütünlüğü ilkesine uygun şekilde yürütülmesi, kamu görevlerinde birliğin sağlanması, toplum yararının korunması ve mahallî ihtiyaçların gereği gibi karşılanması amacıyla, kanunda belirtilen esas ve usuller dairesinde idarî vesayet yetkisine sahiptir" hükmünü amildir. Anayasanın bu hükmü gereği, toplum

¹⁵⁷ Örücü (1976), s. 78.

¹⁵⁸ Karşı Görüş Bkz, Başpınar, (2009), s. 251.

¹⁵⁹ Bulut (2006), C:10, S:3-4, s. 24.

yararının farklı bir kavram olduğu kabul edilmelidir¹⁶⁰. Bunun için kavramın tarihi seyrine değinmek yerinde olacaktır.

Toplum yararı, önce Roma'da ardından Ortaçağ Avrupasında kamu adına güç kullanan unsurların bireye müdahalesi için bir vasıta olmuştur. Toplum için faydalı olanın, birey için de faydalı olacağı kabulünün sonucudur. Fransız İhtilâli sonrasındaki dönemde ise, toplum yararına yapılan uygulamanın bireye zarar verebileceği fikri hâkim olmuştur. Bu sebeple, ancak kanunla, kamu yararının varlığı durumunda mülkiyet hakkı sınırlanması mümkün hale gelmiştir. Bu yolla bireyin hakkı sadece, kendisi gibi kimselerden oluşan meclis vasıtasıyla sınırlanabilecektir. Liberal ekonomik sistemin işleyişinde ortaya çıkan problemler, mülkiyet anlayışının da sorgulanmasına yol açmıştır¹⁶¹. Mülkiyeti tamamen reddeden sistemlerle, mülkiyetin esasen sosyal fonksiyon icra eden bir vasıta olduğu fikri, liberal mülkiyet fikrini de etkilemiştir¹⁶². Bununla birlikte eleştirel fikirler, modern batı dünyasında sistemin mahiyetini değiştirmemiştir. Gerçekten, günümüzde mülkiyet hakkı ekonomik ve hukukî sistemin çok önemli bir parçasını teşkil eder¹⁶³. Ayrıca, mülkiyet esasen yetki veren bir hak olma özelliğini sürdürmektedir¹⁶⁴. Bununla birlikte, yaşanan süreç mülkiyet hakkını mutlak ve kutsal telakki eden, liberal anlayışın gelişmesine yardım etmiştir. Liberal devletin, bir safhası olan sosyal devlet mucibince mülkiyet toplum yararı sebebiyle de sınırlanabilir¹⁶⁵. Toplum yararı kavramının Anayasada yer almasıyla, mülkiyet hakkının mahiyetinin tamamen değiştiği sonucuna sevkedecek fikirler, günümüz insan hakları sistemi nazarında kabul edilebilir değildir.

DOĞANAY toplum yararını şu şekilde ifade etmiştir¹⁶⁶: “*Toplum yararı kurulu düzenin niteliğidir. Ülkede yaşayan tüm insanların ortak çıkarlarını ifade eder. Bir ülkedeki düzenin toplum yararına olması zorunlu değildir. Düzenin, ortak çıkarı koruyucu niteliği bir altyapı sorunudur. Daha doğrusu altyapıyı oluşturan mülkiyet anlayışına bağlıdır. Bu nedenle özel mülkiyetin salt bireysel olduğu bir ülkede, düzen toplum yararına olmaz.*

¹⁶⁰ Hasgör 42

¹⁶² Eren (2014), s.48.

¹⁶³ H. Çetin (2002). *Liberalizmin tarihsel kökenleri*.

¹⁶⁴ Eren (2014), s. 47; K. Gözler (2013). *Anayasa hukuku'nun genel esasları*. Bursa:Ekin Basım, s.411.

¹⁶⁵ Eren (2014), s.49

¹⁶⁶ Doğanay (1974), s. 5.

Ama böyle bir düzende kamu yararı gereği sınırlamalar vardır. Şu halde toplum yararı altyapıyı koruyucu değil, onu oluşturan bir kavramdır. Toplum yararına bir düzenin gerçekleştirilmesi de kamu yararı gereğidir. Ancak böyle bir düzende alınacak her tedbir kamu yararı gereği olduğu halde toplum yararına olmayabilir. Örneğin, otopark yeri olarak bir yerin kamulaştırılması kamu yararı gereği sayılır. Fakat burada 'toplum yararı' gereği bir işlem yoktur. Park yeri özel oto sahipleri için, özel mülkiyeti koruyucu bir olanaktır. Buna karşılık arsa üzerinde yapılacak yapının sosyal konut tipinde olmasını emreden bir yasa hükmü, toplum yararınadır.” Dolayısıyla DOĞANAY’a göre, kamu yararı ve toplum yararı kavramları birbirinden farklıdır. “Toplum yararına aykırı kullanma”ya, beslenme sorunları bulunan bir ülkede tarım toprağının boş bırakılması veya konut sorunu bulunan bir ülkede şehir toprağının arsa olarak elde tutulması örnekleri verilebilir¹⁶⁷.

Anayasada yer alan toplum yararı kamu yararı gibi bir sınırlama sebebidir¹⁶⁸. Kavram bütün bireylerin kümülâtif yararını ifade eder¹⁶⁹. Bu noktada da kamu yararından ayrılır. Meselâ, imar plânlarıyla mülkiyet hakkına getirilen sınırlamalar kamu yararı ile gerekçelendirilir. Bunun sebebi imar düzenlemelerinin esas itibarı ile mülk sahiplerini korumasıdır. Bahsedilen düzenlemelerle ilgili kabûl, bunların herkesin kendi mülkünden diğerine zarar vermeksizin en üst seviyede faydalanmasını sağladıkları şeklindedir. Her hukukî müessese gibi bunlar da farklı amaçlar ya da öncelikler için kullanılsalar da, nitelikli bir imâr plânı arazinin en üst seviyede değerlendirilmesini amaçlar¹⁷⁰. Bu yönüyle de aslında arazi sahiplerinin menfaatini, o yörede bulunan düzeni pekiştirir. Mülk sahiplerinin faydasıdır. Bütün toplumun, her bir bireyinin kümülâtif faydası ise toplum yararını oluşturur. Kalkınma, makroekonomi, genel sağlık gibi asli muhatabı toplum olan konularla ilgilidir¹⁷¹. Mesela sosyal konutların yapılması hakkında bir kanunun ihdası toplum yararınadır. Genel ekonomiyi ve kurulu düzeni etkiler.

¹⁶⁷ Doğanay (1974), s. 6.

¹⁶⁸ Başpınar (2009), s.147.

¹⁶⁹ Doğanay (1974), s.48.

¹⁷⁰ H. Kalabalık. *İmar hukuku*. C.3, Güncelleştirilmiş ve Geliştirilmiş 4. Baskı, Ankara:Seçkin Yayınları, s.2489.

¹⁷¹ Başpınar (2009), s.249.

Kamu yararı kavramının esas işlevi mülkiyet hakkını korumaktır¹⁷². Gerçekten, Kanun koyucunun bu yoldaki iradesini, hakkın sebepsiz yere sınırlanmasını engeller. Toplum yararı menşe itibarıyla, mülkiyetin, kutsal ve mutlak olduğu kabulünden uzaklaşıldığını ifade eden ideolojik yönü daha belirgin bir kavramdır¹⁷³. Bununla birlikte, mevcut sistemde mülkiyet hakkının toplum yararına aykırı kullanılamayacağı hükmü, malike sınırları müphem bir sorumluluk yükleme vesilesi olarak kullanılamaz. Malik mülkiyet hakkını toplum yararına kullanmak için sürekli bir gayret göstermek mecburiyetinde değildir. Yargı veya idare doğrudan, mülkiyet hakkının toplum yararına uygun kullanılmadığı gerekçesiyle, hakka müdahale edemez, hakkı ortadan kaldıramaz, verdiği yetkilerin kullanılmasını engelleyemez¹⁷⁴. Toplum yararı, mülkiyet hakkının sadece kullanımını sınırlayabilme yetkisini kanun koyucuya veren bir sebeptir¹⁷⁵. Mülkle ilgili herhangi bir davranış, kanunla engellenmedikçe toplum yararına aykırı kullanım olarak değerlendirilemez¹⁷⁶. Kanunkoyucu Anayasa ile bağlı olarak, mülkiyet hakkının belli kullanım şeklini toplum yararına aykırı olduğunu tespit eder. Bu halde mülkiyet hakkı sınırlanır.

Mülkiyet hakkı özelinde toplum yararı, kamu yararı kavramının genişleyerek genel bir meşruiyet sebebi olmasını engellemeye yarayan bir vasıta olarak anlamlandırılmalıdır.

Hem 1961 Anayasası'nda hem de 1982 Anayasası'nda "kamu yararı" ve "toplum yararı" kavramları düzenleniş biçimlerinden farklı oldukları anlamı çıkmaktadır (1961/36, 1982/35). "Kamu yararı", "toplum yararı", "ortak iyilik", "toplumsal refah/esenlik", "genel yarar" gibi kavramlar çoğu kez birbirinin yerine kullanılan kavramlardır. Bunların ortak noktası, hepsinin "bireysel yarar"dan farklı, onun üstünde veya dışında bir yarar belirtmesidir. Bu nedenle gerçek ayrım, kamu yararı ile toplum yararı arasındaki ayırmadan ziyade kamu yararı ile bireysel yarar arasındaki ayırmadır.

2.2.3. Öze Dokunulmaması

¹⁷² Özücü (1976), s.134

¹⁷³ Hasgör s.72

¹⁷⁴ Başpınar (2009), s.178

¹⁷⁵ Eren (2014), s.35.

¹⁷⁶ Başpınar (2009), s.249.

Hakkın özüne dokunmama ilkesi her bir hakkın bir cevheri olduğu ilkesinden hareket eder¹⁷⁷. Kavramın ne ifade ettiğini tespit etmek için doktrinde iki teori öne sürülmüştür. Bunlar nispi ve mutlak öz teorileri olarak adlandırılabilir. Mutlak öz teorisi, her hakkın somut olaydan bağımsız olarak tanımlanabilecek bir cevheri olduğunu iddia eder. Diğer teori ise hakkın özüne dokunulduğunun her somut olayda ayrı ayrı tartışılarak takdir edilmesi gerektiği yolundadır¹⁷⁸. Mutlak öz teorisinin hakka her somut olayda değişmeyecek bir dokunulmaz alan tayin etme iddiasındayken bunu yine soyut kavramlar vasıtasıyla yapmaktadır¹⁷⁹. Soyut kavramlar üzerinden hakkın özünü tanımlama çabası pratikte yine her somut olay açısından hakkın ayrı ayrı değerlendirilmesi mecburiyetini ortaya çıkarır. Bu sebeple nispi öz teorisi, daha tercih edilir gözükmemektedir. Ancak, nispi öz teorisi de, eleştiriye açıktır. Mesela Gözler, modern batı sistemlerinde de aslında hakkın özüne dokunulduğunu, muğlak bir koruma sebebi teşkil ettiğini ileri sürer¹⁸⁰. Türk Anayasa tarihinde de, öze dokunma yasağı ilk kez 1961 Anayasasında yer almıştır. 1982 Anayasasının ilk halinde ise demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı sınırlama yapılamayacağı yolunda düzenleme mevcuttur. Anayasa Mahkemesi bu dönemde, demokratik toplum düzeninin gereklerini, hakkın özü kavramı ile irtibatlandırarak içtihadını şekillendirmiştir. Ölçülülük ilkesi de, Anayasa Mahkemesi içtihadında hukuk devleti ilkesinden hareketle sınırlamanın sınırı olarak yer almıştır. Ölçülülük ilkesinin Anayasanın lafzında yer alması ise öze dokunma yasağı ile birlikte 2001 yılında yapılan değişiklikle mümkün olmuştur. Mülkiyet hakkının sınırlanması hususunda, ölçülülük ilkesi hakkın özüne dokunma yasağını da içinde barındırır¹⁸¹. Anayasa Mahkemesi demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olma şeklinde ifade edilen sınırlama esasını da hakkın özü esasıyla değerlendirmiştir. Hakkın özü kavramının esas alındığı iptal kararlarıysa, ölçülülük ilkesi ile açıklanabilir. Meselâ Anayasa Mahkemesi; Mülkiyet hakkı özelinde ise, eşit uygulamada bulunmayan, haklı sebebe dayanmayan bir eşitsizlik yaratan, kısa süre kabul eden, tazminat isteme hakkını ortadan kaldıran, bedeli peşin ödemeyen, malı gerçek değerinden az bir değerle başkasına veren, tazminatı paradan başka bir yolla

¹⁷⁷ (Künyeyi tam yaz ilk atıf) Sağlam, s. 115; (Künyeyi tam yaz ilk atıf) Tunç / Bilir / Yavuz, s. 115, Özbudun (yıl). s. 115.

¹⁷⁸ Altan s. 125.

¹⁷⁹ Sağlam (yıl). s.160-165, Z. Gören (2007). Temel hakların sınırlanması-sınırlamanın sınırları. *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, S.12, s.52.

¹⁸⁰ Gözler (2013), s.137

¹⁸¹ R. Christian (1993). Ölçülülük ilkesi ve anayasa yargısındaki işlevi ve niteliği. *Anayasa Yargısı Dergisi*, C.10 s.48.

ödeyen, aşırı derecede önleyici, adaletsiz, yükümlülükleri ve şartları sınırlanmamış müdahalelerin mülkiyet hakkının özüne dokunduğu yolunda karar vermiştir¹⁸². Buna mukabil, hakkın özüne dokunmayan ancak ölçülülük ilkesine muhalif müdahalelerin gerçekleşmesi mümkündür. Bu sebeple ölçülülük ilkesi, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve öze dokunma yasağını içinde barındırır.

Anayasa Mahkemesi, “öze dokunma”yı temel hak ve özgürlüğü büyük ölçüde kısıtlayan veya kullanılmaz hale getiren sınırlamalar olarak ifade etmektedir¹⁸³. Öze dokunma yasağı, her temel hakkın bir özü bir cevheri olduğu düşüncesine dayanmaktadır. Her temel hakkın güvence altına aldığı alan içerisinde mutlak olarak koruduğu, dokunulması mümkün olmayan unsurlar yer almaktadır. Bu bağlamda, bir temel hakkın varlık sebebinin oluşturduğu ve dokunulmaz kabul edilen bu unsurlar, söz konusu hakkın özünü, cevherini oluşturmaktadır¹⁸⁴.

Anayasa Mahkemesi’nce, mülkün gelirinden malikin yararlanmasını aşırı biçimde önleyici, adaletsiz, yükümlülükleri ve koşulları belirli bir süre ile sınırlamamış, eşit uygulama bulunmayan ya da haklı nedene dayanmayan bir eşitsizlik yaratan, tazminat isteme hakkını bertaraf eden, belli bedeli peşin ödemeyen yahut malı gerçek değerinden az bir değerle başkalarına veren, tazminatı paradan başka bir yöntemle ödeyen şekildeki sınırlamaların mülkiyet hakkının özüne dokunduğu kabul edilmektedir¹⁸⁵.

Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi, malikin mülkü söz konusu koşullarla kabul etmesi, kanun yollarının açık bulunması, sınırlamanın sadece formalite işlemlerden ibaret bulunması, işlemleri kısa süre içinde sonuçlandırma zorunluluğunun kabul edilmiş olması, bir defaya özgü olması, sosyal ve ekonomik nedenlerin zorunlu kıldığı ve sosyal gerekliliklere uygun sınırlamaların mülkiyet hakkının özüne zarar vermediğine hükmetmiştir¹⁸⁶.

¹⁸² Tuğrul (2004), s.145

¹⁸³ AYM, 01.11.2012, E. 2010/83, K. 2012/169; AYM, 20.10.2011, E. 2011/54, 2011/142; AYM, 10.04.2003, E. 2002/112, K. 2003/33, www.anayasa.gov.tr Erişim Tarihi: 30.03.2013

¹⁸⁴ Ertü (2009), s. 180.

¹⁸⁵ Özü (1976), s. 60.

¹⁸⁶ Özü (1976), s. 60.

2.2.4. Anayasanın Sözüne ve Ruhuna Uygun Olma

Bu sınırlama, 1961 Anayasası'ndan aynen alınmış olup sınırlamanın şartları arasında en geniş kapsamlısı olarak belirtilebilir. Yani, Anayasa sözü ve ruhuyla diğer tüm sınırlama ilkelerini kapsamaktadır¹⁸⁷.

Anayasanın “sözü” ifadesinden, Anayasa'nın metni anlaşılır. Anayasa'nın sözüne uygun olma koşulu, anayasanın temel hak ve özgürlükler için öngördüğü ek güvenceler bakımından önem kazanmaktadır. Ek güvenceler, temel hak ve özgürlüklere özel ve yoğun bir koruma getiren teminatlardır. Bunlar, yasama organının temel hak ve özgürlüğü sınırlandırırken dokunamayacağı alanlar olup, bunlara kişi dokunulmazlığı ve özgürlüğü açısından “eziyet ve işkence yasağı” örnek olarak verilebilir. Mülkiyet hakkı ile ilgili ek güvence ise Anayasa'nın 38. maddesinde yer alan “... *genel müsadere cezası konulamaz*” ibaresidir¹⁸⁸.

Anayasa'nın ruhu ifadesinden de Anayasanın bütünü ve ondan çıkan amaç anlaşılmaktadır. Başka bir ifadeyle, Anayasa'nın ruhuna uygunluk, Anayasa'daki tüm kuralların bütününe oluşturduğu ilişkilerin hepsini dikkate almayı gerektiren bir ilkedir¹⁸⁹.

2.2.5. Demokratik Toplum Düzeninin Gereklere Uygun Olma

Demokratik toplum düzeninin gereklere uygun olma, 1982 Anayasası'nda temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması konusunda getirilen yeniliklerden birisidir¹⁹⁰.

1982 Anayasası'nın ilk düzenlemesinde, 1961 Anayasası'ndaki “öze dokunma yasağı” ilkesi yerine, “demokratik toplum düzeninin gereklere” kriterini getirmişti. Bu farklılığın sebebi ise, 13. maddenin gerekçesinde belirtilmişti¹⁹¹. Buna göre, “*Getirilen bu kıstas, 1961 Anayasası'nın kabul ettiği öze dokunmama kıstasından daha belirgin, uygulanması*

¹⁸⁷ Etgü (2009), s. 187.

¹⁸⁸ Tuğrul (2004), s. 81-82.

¹⁸⁹ Etgü (2009), s. 188.

¹⁹⁰ Tuğrul (2004), s. 101.

¹⁹¹ Etgü (2009), s. 182.

daha kolay olan bir kıstastır. Esasen uluslar arası sözleşme ve bildirimler de bu kıstası kabul etmişlerdir.”

Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu bir kararında söz konusu ilkeden ne anlaşılması gerektiğini şu şekilde ifade etmiştir: *“Yasa Koyucu kimi temel hak ve özgürlükler için gerektiğinde yukarıda sözü edilen sebeplere dayanmak suretiyle **demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı düşmeyecek sınırlamalar getirebilecektir. Burada sözü edilen demokratik toplum düzeniyle hiç kuşkusuz Anayasamızda gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenen hukuk düzeninin kastedildiğinde duraksamaya yer yoktur***¹⁹².”

Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi, söz konusu karardan kısa bir süre sonra vermiş olduğu kararda içtihadını değiştirmiş ve Batılı liberal demokrasi anlayışını benimsemiştir¹⁹³. Bu kararın ilgili kısmı şöyledir: *“Klasik demokrasiler temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir. Kişinin sahip olduğu dokunulmaz, vazgeçilmez, devredilmez, temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunulup tümüyle kullanılamaz hale getiren kısıtlamalar, demokratik toplum düzeni gerekleriyle uyum içinde sayılamaz. Özgürlükçü olmak yanında, hukuk devleti olmak ve kişiyi ön planda tutmak da aynı rejimin öğelerindedir. Şu halde getirilen sınırlamaların, Anayasanın 2. maddesinde ifadesini bulan Cumhuriyetin temel niteliklerine de uygun olması gerekir. Bu anlayış içinde özgürlüklerin yalnızca ne ölçüde kısıtlandığı değil, kısıtlamanın koşulları, nedeni, yöntemi, kısıtlamaya karşı öngörülen kanun yolları, hep demokratik toplum düzeni kavramı içerisinde değerlendirilmelidir. Özgürlükler, ancak; istisnaî olarak ve demokratik toplum düzeninin sürekliliği için zorunlu olduğu ölçüde sınırlandırılabilirler. Demokratik hukuk devletinde, güdülen amaç ne olursa olsun, özgürlük kısıtlamalarının bu rejimlere özgü olmayan yöntemlerle yapılmaması ve belli bir özgürlüğün kullanılmasını ortadan kaldıracak düzeye vardırılmamasıdır*¹⁹⁴.”

2.2.6. Ölçülülük İlkesine Uygun Olma

¹⁹² AYM, 06.10.1986, E. 1985/21, K. 1986/23, www.anayasa.gov.tr Erişim Tarihi: 31.03.2013

¹⁹³ Ertü (2009), s. 183.

¹⁹⁴ AYM, 26.11.1986, E. 1985/8, K. 1986/27, www.anayasa.gov.tr Erişim Tarihi: 31.03.2013

Anayasada temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması bahsinde, pek çok şart sevk edilmiştir. Mülkiyet hakkına getirilen sınırlama, getirilen sınırlama, hakkın özüne dokunamaz. Anayasanın lafzına ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik cumhuriyetin gereklerine aykırı olamaz. Aynı şekilde mülkiyet hakkına getirilen sınırlamanın ölçülü olması gerekir. Bununla birlikte bütün bu şartların mülkiyet hakkı özelinde, bunların ölçülülük başlığı altında incelenebileceği kanaatindeyiz. Aşağıda bunun sebebi açıklanmıştır.

Anayasa'da belirtilen sebeplere dayanılarak temel hak ve özgürlüklerde bir sınırlandırmanın yapılabilmesi için amaç ile araç arasında ölçülü bir ilişkinin olması gerekmektedir¹⁹⁵. İşte buna “ölçülülük ilkesi” adı verilmektedir.

Ölçülülük ilkesi, özgürlüğün kural; sınırlamanın istisna olması ilkesi ile bağlantılıdır. En demokratik ülkelerde bile temel hak ve özgürlükler, bazı nedenlerle sınırlandırılmaktadır. Bu bağlamda ölçülülük ilkesi, kanun koyucuya otoriteyi sağlamak için özgürlükleri sınırlandırma zorunluluğu karşısında bir yükümlülük getirmektedir. Bu yükümlülük, elindeki sınırlama sebeplerine dayanarak öngörülen sınırlama amacını gerçekleştirmeye yarayacak en az sınırlayıcı ve öngörülen amaca ulaşmaya en elverişli olanı seçme yükümlülüğüdür¹⁹⁶. Bu nedenle, söz konusu ilke “sineğin çekiçle ezilmemesi” veya “serçelerin topla vurulmaması” gibi benzetmelerle ifade edilebilir¹⁹⁷.

Ölçülülük ilkesinin üç alt ilkeden oluştuğu belirtilmektedir. Bunlar; “elverişlilik”, “zorunluluk (gereklilik)” ve “oranlılık”tır. Elverişlilik, bir temel hakka getirilen sınırlamanın bu sınırlamada öngörülen amaca ulaşmaya uygun olmasını; zorunluluk, yasama organının öngörülen amacı gerçekleştirebilmek amacıyla temel haklara getireceği sınırlamanın gerekli olmasını; oranlılık ise temel hakların sınırlandırılması için öngörülen amaç ile sınırlandırılan temel hakkın önemi arasındaki karşılaştırmayı ifade eder¹⁹⁸.

¹⁹⁵ Y.Ş. Hakyemez (2001). Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında ölçülülük ilkesi. *Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı*, C:II, Beta Y., s. 1288.

¹⁹⁶ Ö. Anayurt (1998). *Türk Anayasa hukukunda toplanma hürriyeti*. Kazancı Y. , İstanbul, s. 186, Aktaran: Hakyemez (2001), s. 1289.

¹⁹⁷ Hakyemez (2001), s. 1289.

¹⁹⁸ Hakyemez (2001), s. 1319 vd.

2.2.7 Kamulaştırma

İdare, kamu hizmetlerini yürütmek için özel mülkiyet statüsündeki bazı taşınmazlara gereksinim duyabilir. Ancak idare, özel hukuk işlemi niteliğinde olan satın alma, trampa, kiralama, finansal kiralama gibi yollarla söz konusu ihtiyaçları her zaman karşılamayabilir. Bu gibi durumlarda idarenin, kamulaştırma yöntemine başvurması kaçınılmaz hale gelir¹⁹⁹.

Kamulaştırma, özel hukuk kişilerinin mal varlığındaki taşınmaz malların üzerinde bulunan özel hukuka tabi mülkiyet haklarının, kanuni olarak, kaldırılarak bu taşınmazların cebri olarak idareye geçirilmesi olarak tanımlanabilir²⁰⁰.

Kamulaştırma, Anayasamızın 46. maddesinde düzenlenmiştir. Buna 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.” Görüldüğü gibi, kamulaştırmanın yapılabilmesi için öncelikle kamu yararının gerektirdiği bir durumun olması gerekir. Ayrıca, kamulaştırmanın belirli bir usulde yapılması öngörülmüştür. Bu usuller, ayrıntılı olarak 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu’nda düzenlenmiştir. Kamulaştırma, usulüne uygun yapılmadığı takdirde “hukuka aykırı kamulaştırmasız el atma” söz konusu olacaktır.

Belirtmek gerekir ki, kamulaştırma yöntemiyle mülkiyet müdahale edilebileceği gibi idari irtifak şeklinde de müdahale edilebilir.

2.2.8. İdari İrtifaklar

¹⁹⁹ R. Yıldırım (2012). *İdare hukuku dersleri I*. 4. Baskı, Konya:Mimoza Y., s. 336.

²⁰⁰ Y.K. Zabunoğlu (2012). *İdare hukuku*. Cilt 1, Ankara:Yetkin Y., s. 598.

İdari irtifaklar, kamu yararına olarak özel mülkiyetteki taşınmaz mallar üzerine kanunla getirilen sınırlamalardır²⁰¹. Bu sınırlamalar neticesinde, maliklerin mülkiyet hakkından doğan kimi yetkileri ya kısmen ya da tamamen sınırlandırılmaktadır²⁰².

İrtifak haklarının en tipik örneklerine imar hukukunda rastlanmaktadır. Bunlara; bazı durumlarda yapı yapma yasağı, belirli şekilde yapı yapılması, yapı yapmaya zorlama gibi olumsuz yükümlülükler ve borçlar veya şerefîyeler gibi para borcu şeklinde yükümlülükler örnek olarak verilebilir²⁰³. İmar hukukundaki idari irtifakların dışında, kamulaştırma yöntemiyle idari irtifak tesis etmek de mümkündür. Bu yönüde, yukarıda değinmiştik.

Geçici işgal de bir idari irtifak olarak karşımıza çıkmaktadır²⁰⁴. 3 Şubat 1331 (1915) tarihli “Menafii Umumiye Müteallik Hususat için Efrada Ait Arazi ile Taş Ocaklarının Muvakkat Surette İşgali Hakkında Kanun”a dayanan²⁰⁵ geçici işgal, bir bayındırlık işi için gerekli bazı ham maddeleri çıkarmak veya toplamak üzere ya da depo olarak kullanılmak veya bazı eşyaların konulması amacıyla özel mülkiyete giren belirli bir yerin geçici olarak işgali ya da kullanılmasıdır²⁰⁶.

2.2.8. İstimval

“Rekizisyon” da denilen “istimval”, idareye bazı taşınırların mülkiyetini veya kullanma ve yararlanma hakkını, taşınmazların ise kullanma ve yararlanma hakkını, bir bedel karşılığında, kazandıran bir mal edinme yöntemidir²⁰⁷.

Anayasamızın 121. maddesinin 2. fıkrasında istimvalin dayanağı belirtilmiştir. Buna göre, vatandaşlar için olağanüstü hallerde para, mal ve çalışma yükümlülükleri

²⁰¹ İ. Giritli, P. Bilgen ve T. Akgüner (2008). *İdare hukuku*. İstanbul:Der Y., s. 836.

²⁰² Giritli, Bilgen ve Akgüner (2008), s. 836.

²⁰³ H. Kalabalık (2011). *İdare hukukunun temel kavram ve kurumları*. 4. Baskı, Konya:Sayram Y., s. 586.

²⁰⁴ Örucü (1976), s. 43.

²⁰⁵ K. Gözler ve G. Kaplan (2011). *İdare hukukuna giriş*. Güncelleştirilmiş 14. Baskı, Bursa:Ekin Basım Yayın Dağıtım, s. 395.

²⁰⁶ Örucü (1976), s. 43.

²⁰⁷ S.S. Onar (1960). *İdare hukukunun umumi esasları*. Cilt 2, İstanbul:İsmail Akgün Matbaası, s. 1195.

getirilebilir. İstimval, hem istisnai bir mal edinme yöntemidir hem de bu yönteme sadece olağanüstü dönemlerde başvurulmaktadır²⁰⁸.

2.2.9. Devletleştirme

Bu kurum, Anayasamızın 47. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, yine idarenin diğer mal edinme yöntemlerinde olduğu gibi kamu yararının zorunlu kıldığı bir durumun olması gerekir. Bu gibi durumlarda, kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüsler devletleştirilebilir. Dolayısıyla devletleştirme, kamu yararının zorunlu kıldığı hallerde kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüslerin idarenin mülkiyetine geçirilmesi olarak tanımlanabilir.

Ayrıca, devletleştirme gerçek karşılığı üzerinden yapılır ve gerçek karşılığın hesaplanma yöntemi ve usulü kanunla düzenlenir (Any m. 47/2). Devletleştirme ile ilgili temel kanun, 1984 yılında yürürlüğe girmiş olan 3082 sayılı “Kamu Yararının Zorunlu Kıldığı Hallerde, Kamu Hizmeti Niteliği Taşıyan Özel Teşebbüslerin Devletleştirilebilmesi Usul ve Esasları Hakkında Kanun”dur.

3. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesine Göre Mülkiyet Hakkının Sınırlandırılması

3.1. Genel Olarak

İHASEP’in 1. maddesinde mülkiyet hakkı şu şekilde düzenlenmiştir:

“Her gerçek ya da tüzel kişi, mülkiyetinden/mamelekenden müdahale edilmeksizin yararlanma hakkına sahiptir. Hiç kimse, kamu yararı uyarınca ve yasanın ve uluslararası hukuk genel ilkelerinin öngördüğü koşullara tabi olarak mülkiyetinden yoksun bırakılması hariç, mülkiyetinden yoksun bırakılmayacaktır.”

“Ancak yukarıdaki hükümler hiçbir biçimde, bir Devletin, mülkiyetin genel yararına uygun olarak kullanılmasını denetim altına almak ya da vergilerin yahut diğer

²⁰⁸ Gözler ve Kaplan (2011). *İdare hukuku dersleri*. 11. Baskı, Bursa.Ekin Basın Yayın Dağıtım, s. 707.

yükümlülüklerin yahut para cezalarının ödenmesini temin etmek üzere gerekli gördüğü nitelikteki yasaları yürürlüğe koyması yetkisine halel getirmeyecektir.”

Buna göre, söz konusu maddede üç kural yer almaktadır. Bu durumu, Mahkeme *Sporrong ve Lönnroth-İsveç* kararında şu şekilde açıklamıştır²⁰⁹:

“Bu madde üç ayrı kuralı kapsamaktadır. Genel nitelikte olan birinci kural, mülkiyetten barışçıl bir biçimde yararlanma hakkını tanır; bu kural birinci fıkranın birinci cümlesinde yer almaktadır. İkinci kural, mülkiyetten yoksun bırakılmayı içermekte ve bunu belirli koşullara bağlamaktadır; bu kural, aynı fıkranın ikinci cümlesinde yer almaktadır. Üçüncü kural, (taraf) devletlerin, diğerlerinin yanı sıra, genel yarara uygun gördükleri yasaları çıkarmak suretiyle, bu amaca uygun olarak mülkiyetin kullanımını düzenleme hakkına sahip olduğunu kabul etmektedir; bu kural ikinci fıkrada yer almaktadır.”

James ve Diğerleri-Birleşik Krallık kararında ise AİHM, bu üç kural arasındaki ilişkiyi şu şekilde açıklamıştır²¹⁰:

“Bu üç kural, birbirleri ile ilgisiz ‘ayrı’ birer kural değildir: İkinci ve üçüncü kurallar, mülkiyetten barışçıl bir biçimde yararlanma hakkına müdahalenin özel halleriyle ilgilidir ve bu sebeple birinci kuralda ifade edilen genel ilke ışığında yorumlanmalıdır.”

İHASEP’de mülkiyet hakkı mutlak bir hak olarak düzenlenmemiştir. Bu hükme göre, üye devletler mülkiyet hakkını sınırlandırabilirler. Bununla birlikte, üye devletlere verilen bu müdahale imkânı da sınırsız bir yetki olarak düzenlenmemiştir. Bu bağlamda üye devletler, mülkiyet hakkını sınırlandırırken bir takım nedenlere dayanmak ve bazı şartlara uymak zorundadırlar. Yani sınırlandırmanın da sınırları belirtilmiştir. Mülkiyet hakkının sınırlandırılması kamu yararı veya genel çıkar, vergilerin veya diğer katkıların ve para cezalarının ödenmesi, suç aletlerinin müsadere edilmesi gibi sebeplere dayanmak

²⁰⁹İHAM, *Sporrong ve Lönnroth v. Sweden*, 23.09.1982, App Nos. 7151/75 and 7152/75, D. Harris, M. O’Boyle, E. Bates ve C. Buckley (2013). *Avrupa insan hakları sözleşmesi hukuku*. (Çev. Mehveş Bingöllü Kılıcı ve Ulaş Karan), Ankara:Şen Matbaa, s. 687.

²¹⁰ *James and Others v. the United Kingdom*, 21.02.1986, App No. 8793/79, Harris, O’Boyle, Bates ve Buckley (2013), s. 687.

zorundadır. Mülkiyet hakkı kanuni bir dayanakla, uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun ve ölçülü olması ile makul bir karşılık verilerek sınırlandırılabilir²¹¹.

Mülkiyet hakkı, 20 Mart 1952’de Paris’te imzalanan “İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetlerini Korumaya İlişkin Ek Protokol” ile İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin koruma alanına dâhil edilmiştir²¹². TBMM ise, “İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetlerini Koruma Sözleşmesi ve Ek Protokol’ün Tasdiki Hakkında Kanun”u kabul ederek sisteminin parçası haline getirmiştir²¹³. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, bir devletlerarası anlaşmadır. Hükümlerinin ortadan kaldırılması da uluslararası kurallar çerçevesinde gerçekleşir²¹⁴.

Ülkemiz, 1987 yılında İnsan Hakları Avrupa Mahkemesine bireysel başvuru hakkını, 1990 yılında ise mahkemenin zorunlu yargı yetkisini kabul etmiştir²¹⁵. Mahkemenin bireysel başvurular üzerine vereceği kararlar asıl olarak, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi hükümlerinin ihlal edildiğine dair bir tespit kararı niteliğindedir²¹⁶. Öyle ki; İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi m. 41 , “*Mahkeme iş bu sözleşme ve protokollerinin ihlâl edildiğine karar verirse ve ilgili yüksek sözleşmecî tarafın iç hukuku, bu ihlâli ancak kısmen telâfi edebiliyorsa, mahkeme, gerektiği takdirde, hakkaniyete uygun bir surette, zarar gören tarafın tatminine hükmeder*” şeklinde düzenlenmiştir. Bu hükme göre İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, sözleşme kapsamındaki hakların ihlâl edildiğine ya da edilmediğine dair bir karar vermektedir²¹⁷.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi; usulüne uygun olarak önüne gelen uyuşmazlıkların, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin ve ek protokollerinin, yorumlanmasıyla ve uygulanmasıyla ilgili olup olmadığına kendisi karar verir. Bu karar, ilgili olduğu yönündeyse uyuşmazlık İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin yetki alanı içerisindedir.

²¹¹ Etgü (2009), s. 225.

²¹² <http://www.mfa.gov.tr/insan-haklari-ve-avrupa-konseyi.tr.mfa> (Erişim tarihi:02.01.2013)

²¹³ Bkz. RG.T 19.03.1954, S.-8662.

²¹⁴ Ş. Gözübüyük ve F. Gölcüklü (2007). *Avrupa insan hakları sözleşmesi ve uygulaması*. (7.Baskı). Ankara: Turhan Yayıncılık, s.21.

²¹⁵ <http://www.mfa.gov.tr/insan-haklari-ve-avrupa-konseyi.tr.mfa> (Erişim tarihi:02.01.2014)

²¹⁶ Ş. Ünal. *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Türk İç Hukukuna Etkileri*. s.63 http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anayargi/unal.pdf (Erişim Tarihi:02.01.2014); Gözübüyük ve Gölcüklü (2007), s.125.

²¹⁷ S. Reisoğlu (2001). *Uluslararası boyutlarıyla insan hakları*. İstanbul: Beta Basım Aş., s.183.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin yetkisiz olduğunun iddia edilmesi durumunda, kendisinin yetkili olup olmadığına ilişkin kararı yine İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi verecektir²¹⁸. Ayrıca İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi tarafından verilen kararlara uyulması zorunludur²¹⁹. Bu sebeple, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve ek protokollerinin ne şekilde uygulanıp yorumlanacağını İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi belirler. Taraf devletler de tüm faaliyetlerini, bu şekilde belirlenen yorum ve uygulama şekline paralel yürütmek zorundadırlar. Aksi halde, taraf devlet uluslararası hukuktan kaynaklanan sonuçlarla karşılaşacaktır²²⁰. Ayrıca Türk iç hukukunda, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve ek protokollerinin konumu gereği, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararları doğrultusunda kamu faaliyetlerinin düzenlenmemesi, hukuk devleti ilkesini zedeler²²¹. Gerçekten; İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, A.Y. m. 90'a göre kanun hükmündedir. Kanunlardan farklı olarak, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi hükümlerinin Anayasaya aykırılığı iddia edilemez. Kanunlarla ve Anayasayla, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi hükümleri arasında uyumsuzluk çıkması durumunda ise nihayetinde sözleşme hükümleri uygulanacaktır.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi haksızlığın var olduğuna dair tespit kararı, taraf devletin sözleşmenin uygulanması veya yorumlanmasında hatalı davrandığını gösterir. Taraf devletin ise İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin tespit kararına uyması zorunludur. Devlet bu zorunluluğunu, sebep olduğu haksızlığı kendi iç hukuk sisteminde telafi ederek yerine getirmektedir. Çünkü, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararları, doğrudan iç hukuka etki eden ya da tenfize konu olabilecek kararlar değildir²²². İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, taraf devlet makamlarının yerine geçerek uygulamada da bulunamaz²²³. Sadece sözleşmeye aykırılığı tespit eder. Taraf devlet ise sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüğü sebebiyle hakkaniyeti sağlayacak tedbirleri alır. Bu tedbirler içtihat değişikliği, mevzuat değişikliği, yargılamanın yenilenmesi yolunun açılması, özel

²¹⁸ Bkz.İHAS md.32

²¹⁹ Bkz.İHAS md.46

²²⁰ Reisoğlu (2001), s.186.

²²¹ Ş.Gözübüyük ve F. Gölcüklü (2007), s.22.

²²² C. Şenol (2012). AİHS hükümleri ve aihm kararlarının devletlerin egemenlikleri üzerine etkisi. *Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2012/1. s.268; K. Yıldırım. *Sözleşmenin ve divan kararlarının uygulanma niteliği*. s.295-325 http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anayargi/yldrm.pdf (Erişim tarihi: 4.5.2015)

²²³G. Dinç (2004). Avrupa insan hakları sözleşmesi ve mülkiyet hakkı. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2004/51. s.141.

af, tazminat, idarî kararlar gibi çok çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir²²⁴. Taraf devlet, aldığı bu tedbirlere rağmen, tam bir telafi sağlayamayacaksa, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ancak bu durumda, tazminata hükmeder. Asıl amaç, sözleşmenin İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin tespit kararlarında belirttiği şekliyle uygulanması ve yorumlanmasını sağlayacak iç hukuk sistemlerinin tüm taraf devlet ülkelerinde hâkim olmasıdır²²⁵. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, her bir devletin kendi şartlarına en uygun düzenlemeleri yapabildiği, bununla birlikte insanların ve sermayenin serbestçe dolaşımını sağlayacak ve teşvik edecek güvencelerin sağlandığı bir Avrupa idealine hizmet etmek üzere kurulmuştur. Gerçekten; Avrupa Konseyi Statüsü m. 1’de “*Avrupa Konseyinin amacı, üyeleri arasında ekonomik ilerlemelerini sağlamak amacıyla daha sıkı bir birlik meydana getirmektir. Bu gayeye... ortak hareket hattının kuruluşu ve insan hakları ile temel özgürlüklerinin korunması ve geliştirilmesiyle varılacaktır....*” hükmü yer almaktadır. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin de, Avrupa Konseyi bünyesinde imza edilmiş bir metin olduğu göz önünde bulundurulursa, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin arzulanan işlevi anlaşılır. Buna göre, taraf devletler Birleşik Avrupa idealinin hukuk temelinin altyapısını meydana getirecek ortak bir güvence sistemi tesis etmek amacıyla İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesini imzalamışlardır. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ise, bahsedilen sözleşmenin taraf devletlerde aynı şekilde uygulanmasını sağlama işlevini üstlenmiştir.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin bu yapısı hatırdaki tutulmaksızın, mahkûmiyetleri sayısal olarak azaltacak usûli tedbirlere odaklanmak, hakların gerçekten hayata geçirilmesi için yeterli olmayacaktır. Bunun yerine İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin sözleşmedeki haklar bakımından standart belirleyici vasfı temel alınmalıdır. Devlet organlarının bu standartları içselleştirerek hareket etmesi, kendiliğinden İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi önündeki mahkûmiyetlerin azalması sonucunu da doğurur.

3.2. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesine Göre Mülkiyet Hakkının Kapsamı

²²⁴ Ünal. s.65 vd, Gözübüyük ve Gölcüklü (2007), s.126 vd. İHAM; Papamichalopoulos v.Yunanistan App. No. 14556/89 sayılı kararının 34. paragrafında, taraf devletlerin kararın gereklerinin yerine getirilmesini sağlayacak araçları seçme konusunda serbest olduğunu tespit eder. Bu serbestinin sınırını ise ihlal kararının içeriğine uygun düşmeyen önlemlerin alınması olarak belirtir.

²²⁵ Gemalmaz (2009), s.126.

Avrupa tarihi ve ekonomisi, mülkiyet hakkının varlığı ve bu hakkın sağladığı menfaat alanının korunması ile ilişkili olarak şekillenmiştir. Bahsedilen tarihî süreç, genel olarak bireyin mülkiyet hakkından doğan menfaat alanının, devlet aleyhine genişlemesi şeklinde ilerlemiştir. Gerçekten, Avrupa tarihinde; Magna Carta Beyannamesi, Fransız İhtilâli, Amerikan Bağımsızlık Savaşı, Avrupa Birliği'nin kurulması gibi önemli olayların temelinde mülkiyet hakkı ile ilgili çelişkilerin yattığı söylenebilir. Meselâ Magna Carta Beyannamesi, kralın vergilendirme yetkisini, o gün için toprak mülkiyetinin asıl sahibi olan aristokratlar lehine sınırlandıran bir belgedir. Bunun gibi, Amerika Birleşik Devletleri'nin liberal değerler ile ortaya çıkmasını sağlayan süreç, İngiltere'nin talep ettiği vergilere bir başkaldırı olarak ortaya çıkmıştır²²⁶. Fransız İhtilali'nin temelinde de mülkiyet hakkına ilişkin talepler yer alır. Ticaretle zenginleşen burjuva sınıfı, kendi hukukî ve fiilî güvenliklerini daha iyi sağlayacağına inandığı kralları, aristokrat sınıfına karşı desteklemiştir. Böylece, daha geniş topraklarda, daha serbest, daha güvenli ticaret yapma ve ticaretten kazandıklarını değerlendirme fırsatı elde etmişlerdir. Bununla birlikte merkezi kralların fazlaca güçlenmesi, kendisini krala karşı koruyacak hukukî ve siyasî imkânlardan yoksun bu sınıfın çıkarlarını tehdit eder hale gelmiştir. Bu durum burjuva sınıfını Fransız İhtilali'nin itici gücü haline getirmiştir. İhtilalle birlikte, burjuva sınıfı siyasi gücü eline bulundurduğu, kendisine yeterli hukuki güvenceleri sağlayan bir sisteme kavuşmuştur. Mülkiyet hakkının, Fransız İnsan ve Vatandaş Hakları beyannamesinde “kutsal” olarak nitelendirilmiş olması, Fransız İhtilali'nin gerçekleşmesinde mülkiyet hakkına ilişkin hassasiyetlerin ne denli önemli olduğunu gösterir²²⁷. Avrupa'da birlik yaratma düşüncesi ise İkinci Dünya Savaşı'nın ardından ciddi bir boyut kazanır. Savaş sonrası, Sovyetler Birliği ve sosyalist düşüncenin yayılmasına karşı, Batı Avrupa devletleri özel mülkiyete ve serbest girişime dayanan sistemlerini korumak için “Birleşik Avrupa” fikrine yönelirler²²⁸.

Hülâsa, Avrupa tarihinde özel mülkiyet hakkı kuvvetlendikçe, ekonomik hareketlilik artmış, ekonomik hareketlilik ise hak taleplerinin ve bunları savunacak güçlü grupların

²²⁶ Öncel vd. (2014). *Vergi hukuku*. s.7.

²²⁷ Başpınar, (2009), s.151.

²²⁸ (Künyeyi tam yaz) Özdek, Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye (2004), s. 7.

ortaya çıkmasını sağlamıştır²²⁹. Böylelikle Avrupa, birey haklarını önceleyen liberal demokratik yapıya doğru yol almıştır²³⁰.

Günümüzde İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, bu mirastan hareketle kimin mülkiyet hakkına sahip olduğunu ve bu hakkın, sahibine hangi menfaatleri ne ölçüde sağladığına ilişkin standartları belirlemektedir.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin bu faaliyetini gerçekleştirmesinde temel dayanağı, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 1 numaralı ek protokolünün 1. maddesidir. Bu madde “mülkiyet hakkının korunması” başlığı altında;

“Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve kanunda 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 kanunları uygulama konusunda sahip oldukları hakka hâlel getirmez.” hükmünü sevketmektedir.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi yukarıda metni aynen verilen maddede geçen mülkiyet kavramına, Medeni Hukuktaki sınırlarının ötesinde bir anlam yüklemektedir²³¹. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, özel malvarlığı haklarının bütünü maddenin koruma alanı içinde değerlendirir. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin böyle bir yorumu benimsemesinde, maddenin orijinal Fransızca ve İngilizce metinlerinde “mülk” kavramının karşılığı olarak yer alan “biens” ve “possessions” sözcüklerinin geniş anlamlara sahip olmasının etkisinden söz edilebilir²³².

²²⁹ A. Soboul (1969). *Fransız devrimi*. s.25.

²³⁰ Mülkiyet hakkı, Avrupa’da mevcut ekonomik refahın ve insan hakları rejiminin ortaya çıkmasında önemli bir değer olarak karşımıza çıkar. Engel’in ifadesiyle “Mülkiyet kişiyi hür kılar”. Başpınar (2009), s.139.

²³¹ Başpınar (2009), s.106.

²³² Gemalmaz (2009), s.131.

Bunun yanında İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin İngilizce ve Fransızca metinlerinin eşit düzeyde geçerli ancak; her iki dilde yer alan kavramların birebir aynı olmaması da diğer bir sebebi oluşturur. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin amaçlarına hizmet edecek şekilde kavramları yorumlamaktadır²³³.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, karar verirken, kavramların millî hukuklardaki anlamlarını da araştırmaktadır. Bununla birlikte, kendisini kavramların millî hukuklarda taşıdığı anlama bağlı görmemektedir. Bunun bir sebebi kavramların, her millî hukukta farklı anlamlara gelmesinden doğacak zorlukları bertaraf etmektir. Diğerisi ise, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin millî hukuklar yönünden standart belirleyen konumudur. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde yer alan hakların etkili biçimde korunmasını sağlayacak şekilde kavramları yorumlar. Bu sebeple millî hukuk sistemlerinde malvarlığı hakları kapsamına dâhil edilmesi güç olan bazı ekonomik menfaatler de İnsan Hakları Avrupa Mahkemesine göre mülkiyet hakkının sınırları içerisinde yer almaktadır²³⁴. Meselâ, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi bir kararında, başvuranların muhasebecilik kabiliyetleri hakkında olumlu müşteri algısının zedelenmesini, mülkiyet hakkı kapsamında korumuştur. Davalı devlet olan Hollanda, böyle bir hakkın kendi iç hukukunda bulunmadığını ileri sürmüştü de bu savunma yeterli görülmemiştir²³⁵.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, bir kararında hâlihazırda sahip olduğu malvarlığı değerlerini (possessions) koruyacağını, malvarlığı değerlerini iktisap etmeye yönelik hakkı (the right to acquire possessions) ise garanti etmediğini belirtmiştir²³⁶. Daha sonraki

²³³ İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin Wemhoff v. Germany, App. No. 2122/64 sayılı kararı

²³⁴ Gemalmaz (2009), s.125 vd.

²³⁵ İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin Van Marle vd. v. Hollanda, App. No.8685/79 sayılı kararı prg. 40.

²³⁶ İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi önüne gelen bir davada, davacı emeğinin karşılığı olan ücreti alamamıştır. Baro ise bu tip atamalarda her zaman değil ancak gerekli gördüğü durumlarda ödeme yapmaktadır. Bunun üzerine davacı mülkiyet hakkının ihlal edildiğinden bahisle İnsan Hakları Avrupa Mahkemesine başvurur. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi müvekkilin, ödeme gücünün olmadığı ve dolayısıyla avukatın doğan alacak hakkı üzerinde hiç bir zaman hâkimiyet kurmadığını, baronun ödemelerinin de ihtiyari olduğunu gerekçe göstererek, çalışmasının karşılığı olan ücret bakımından mülkiyet hakkının ihlal edilmediğine karar verir. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin Marckx v. Belgium, App. No.6833/74 sayılı kararının prg.50

kararlarında da, bölüm aynı şekilde tekrarlanmıştır²³⁷. Çünkü Gemalmaz'ın ifadesiyle “*Madde mülkiyete (yönelik) hakkı değil; mülkiyet hakkını korumaktadır*”²³⁸.

Davacı gerçek ve tüzel kişilerin, korunmasını istedikleri ekonomik değer üzerinde hâkimiyet kurup kurmadıkları ise, millî hukuk çerçevesinde bir değerlendirme yapılarak tespit edilmektedir²³⁹. Ancak burada, başvuranın millî hukuk tarafından, doğrudan hak sahibi olarak tanınması aranmaz. Başvuranın ekonomik değerle ilgili, millî hukuk sistemince meşru kabûl edilen bir takım eylemlerde bulunabilmiş olması, maddenin korumasından yararlanmak için yeterli görülmektedir²⁴⁰. Meselâ, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, Türkiye'nin taraf olduğu bir davada Tunceli'nin bir köyünde yaşayan ve buradaki araziler üzerinde tapu sahibi olmayan davacıların gerek üzerinde konut, ahır gibi yapıları kullanamamalarından, gerekse köyün etrafında orman, mera gibi alanlardan kaynaklanan ekonomik menfaatlerinin İHASEP m. 1 kapsamında korunacağına hükmetmiştir²⁴¹. Türkiye savunmasında, Türk Hukukuna göre kadastro geçmemiş alanlarda mülkiyetin hâkim kararıyla saptanması gerektiğini öne sürmüşse de, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi davacıların uzun süredir yapılarını, taşınırlarını ve bölgedeki meralık, ormanlık alanları sorunsuz kullandıkları gerekçesiyle bu argümânı yeterli bulmamıştır.

Korunması istenen ekonomik değer üzerinde henüz hâkimiyet kurulmamış olmasına rağmen; buna yönelik meşru bir beklenti mevcutsa, bu durum maddenin korumasından yararlanmayı sağlar. Hâlihazırda hâkimiyet kurulabilmiş ekonomik değerlerin korunması prensibi, meşrû beklentinin varlığı durumunda genişletilerek uygulanmaktadır²⁴².

²³⁷ Van der Muselle v. Belgium, App. No.8919/80 sayılı kararı Gemalmaz (2009), s.136.

²³⁸ Gemalmaz (2009), s. 136. Yazarın “mülkiyete hak” olarak çevirdiği “*right to property*” kavramı, “mülkiyete yönelik hak” olarak kullanılacaktır. Bu kavram, Marckx v. Belgium, App. No.6833/74 sayılı kararının 63. paragrafında yer almaktadır.

²³⁹ Gemalmaz (2009), s.126.

²⁴⁰ Öneriyıldız v. Türkiye davasında davacı, Ümraniye çöplüğü yakınlarındaki kaçak yapısında ikamet etmektedir. Yapıda elektrik, su tesisatı bulunmakta, çevresinde kamu binaları ve yollar yer almaktadır. Kamu makamları kaçak yapıda uzun süre boyunca yaşanmasına ses çıkarmamıştır. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, davacının mülkiyet hakkının ihlal edildiğine ilişkin karar vermiştir. Öneriyıldız v. Türkiye, App. No. 48939/99 sayılı kararı

²⁴¹ Doğan vd. v. Türkiye, App. No.8803/02 sayılı kararı Kararın tam metninin çevirisi için bkz. <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=4439> (Erişim tarihi:16.1.2014)

²⁴² Gemalmaz (2009), s.145; Gözler (2013). *Anayasa hukukunun genel esasları*. s.87 vd. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, İHASEP m.1' de yer alan “*kanunda öngörülen koşullara... uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir*” ifadesinden hareketle mülkiyet hakkının koruma alanına meşru beklenti

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararlarında, “*mülkiyete yönelik hak*” kavramını kullanmaktadır. Mahkemeye göre, “*Mülkiyete yönelik hak*” İHASEP m. 1 kapsamında korunmaz. “*Mülkiyete yönelik hak*” ile “*mülkiyete yönelik meşru beklenti*” kavramları birbirine oldukça yakın gözükmektedir. Bu sebeple bu iki kavramın birbirinden ayrılması, İHASEP m. 1’in kapsamının belirlenmesi bakımından önem arz eder. Gerek mülkiyete yönelik hakkın, gerekse mülkiyete yönelik meşru beklentinin varlığı durumunda, ekonomik değer üzerinde hâkimiyet kurulamamıştır. Ancak mülkiyete yönelik meşru beklentiye sahip başvuran, mülkiyete yönelik hakka sahip şahsa göre daha özenli davranmıştır²⁴³. Bu sebeple, ekonomik değer üzerinde hâkimiyet kurmaya daha yakındır²⁴⁴. Mülkiyete yönelik hakka sahip olan şahıs, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin benimsediği rejimin tam anlamıyla işlediği sistemde malvarlığı değerine sahip olabilir²⁴⁵. Ancak içinde bulunduğu ülkenin hukuk düzeninde, malvarlığı değerine sahip olmasının önünde öngörülebilir engeller bulunmaktadır. Bu sebeple de, maddenin koruma alanının uzağına düşer.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesine göre devletin insan haklarını korumak ve temel özgürlükleri gerçekleştirmek yolunda genel bir yükümlülüğü vardır. Her bir hakla alâkalı olarak devletin pozitif ve negatif yükümlülüklerinden bahsedilebilir. Bununla birlikte bazı haklar bakımından devletin pozitif yükümlülükleri daha ön plândadır²⁴⁶. Meselâ, işkence yasağı, zorla çalıştırma yasağı, ifade hürriyeti, ayrımcılık yasağı bu cümledendir.

kavramını da dahil etmektedir. Buna göre mülkiyet hakkının sınırlanması şartlarının, millî mevzuatta düzenlenmiş olması, sınırlamanın hukuka uygunluğu bakımından şarttır. Bu şart, hukuk devleti prensibi ile de yakından ilgilidir. Bu prensip ise İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin öngördüğü yapının temel değerlerindedir. Hukuk devleti ilkesinin hayata geçirilmesi için idari faaliyetlerin öngörülebilirliğinin ve hukukî güvenliğin sağlanmasını önem arz eder. Buradan hareket eden mahkeme, millî mevzuatta öngörülen sisteme göre, kendi statüsündeki birinin göstereceği dikkat ve özeni göstererek, malvarlığı değerini elde edeceği konusunda objektif beklenti içine giren kimsenin bu beklentisine kavuşamamasını İnsan hakları Avrupa Sözleşmesinin benimsediği sisteme uygun bulmamaktadır. Bu sebeple İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi meşrû beklentinin varlığı durumunda, henüz sahip olunmamış malvarlığı değerlerini de koruma kapsamında değerlendirmektedir.

²⁴³ Gemalmaz (2009), s. 150.

²⁴⁴ Mahkeme meşru beklentinin varlığı için mevzuattan ya da içtihadattan kaynaklanan bir hakkın varlığını aramaktadır. (İHAM’ın Kopecky v. Slovakia kararı App. No. 44912/98 sayılı kararı prg. 50 vd.)

²⁴⁵ İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, evlilik dışı ilişkiden doğan çocuğun miras iddiasını mülkiyete yönelik meşru beklenti kavramı içerisinde değerlendirmemiştir. Her ne kadar bu kimsenin, miras beklentisi İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin benimsediği genel düzende meşru kabul edilebilecekse de, mevcut ulusal hukuk çerçevesinde malvarlığını elde etme yönünde öngörülebilir engeller mevcuttur. Marckx v. Belgium, App. No.6833/74 sayılı kararı

²⁴⁶ S. V. Gözlüçöl (2013). *Human rights and fundamental freedoms*. Roma:Aracne Editrice, s.150 vd.

Mülkiyet hakkı ise tarih boyunca esas olarak devletin keyfi müdahalelerine karşı verilen mücadelenin neticesinde şekillenmiştir. Bu durum İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde de kendini gösterir. Gerçekten, İHASEP m. 1/1’de yer alan “*Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır*” hükmü, devlete sadece negatif yükümlülük getiriyor gözükmektedir. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi de başlangıçta, mülkiyet hakkının tarihi gelişimi ile İHASEP m.1/1 lâfzını ön plânda tutarak kararlar vermiştir. Ancak; zamanla devlete pozitif yükümlülükler de yükleyen bir anlayışı benimsemeye başlamıştır²⁴⁷. Bu anlayış, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi tarafından teminat altına alınmış hakların etkin şekilde kullanılması ve korunmasını sağlamak amacıyla şekillenmiştir. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi bu durumu bir kararında *teorik ve göz boyayıcı hakları değil, uygulanabilir ve etkili hakları güvence altına alır*” şeklinde ifade etmiştir²⁴⁸. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, devletin negatif ve pozitif yükümlülüklerinin kesin çizgilerle ayıramayacağı prensibini benimser. Bununla birlikte, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi pratik sebeplerle negatif yükümlülükleri daha sistematik ele almaya başlamıştır. Bunun sebebi, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin standart belirleyen vasfıdır. Negatif yükümlülüklerin, sistematik biçimde ele alınması yargılama açısından kolaylık sağlar. Bunun yanında taraf devletlerin alması gereken tedbirlerin daha net ifade edilebilmesi bu sayede gerçekleşir. Meselâ, Önergyıldız v. Türkiye davası ile pozitif yükümlülüklerin daha sistematik şekilde ele alınmıştır²⁴⁹. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi bu kararında, pozitif yükümlülükleri esasa ve usûle ilişkin yükümlülükler olmak üzere ikiye ayırmıştır. Esasa yönelik yükümlülükler, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin öngördüğü yapıya uygun olarak, gerekli hukukî altyapının oluşturulması şeklinde ifade edilebilir. Usûle yönelik yükümlülükler ise, bu korumanın etkin uygulanabilmesinden ibarettir²⁵⁰.

Sonuç olarak, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesine göre mülkiyet hakkı hâkimiyet kurulabilmiş tüm malvarlığı değerlerinden meşru şekilde yararlanmayı sağlar²⁵¹. Ayrıca

²⁴⁷ S. Şimşek (2012). AİHM içtihatlarına göre mülkiyet hakkının korunması açısından devletlerin pozitif yükümlülükleri. *Sayıştay Dergisi*, 84. s.14.

²⁴⁸ Airey v. İrlanda App. No. 6289/73 sayılı kararında prg.24

²⁴⁹ Karara ilişkin bilgiler için bkz..34. dipnot

²⁵⁰ Şimşek, Türk hukukunda ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı, s.289 <http://www.sgb.gov.tr/Yaynlar/T%C3%BCrk%20Hukukunda%20ve%20Avrupa%20%C4%B0nsan%20Haklar%C4%B1%20S%C3%B6zle%C5%9Fmesinde%20M%C3%BClkiyet%20Hakk%C4%B1.pdf>

²⁵¹ S. Özel (2013). *Mülkiyet kamulaştırma ve gerçek karşılık hakkı*. Ankara:Yetkin Yayınları, s.92.

mülkiyet hakkına yönelik meşru beklenti de, İHASEP m. 1'in koruma alanındadır. Gerek devlet, gerekse üçüncü kişiler bu alana müdahale etmemekle yükümlüdür. Buna ek olarak devlet, bu alana sadece müdahale etmemekle değil, hakkın gerçekten hayata geçirilmesini sağlamak için aktif çaba harcamakla da yükümlüdür. Devlet mülkiyet hakkının korunması için gerekli hukukî altyapıyı sağlamakla yükümlüdür. Bunun yanında bahsedilen altyapının iyi işleyerek hakkın gerçekten hayata geçmesini de sağlamakla yükümlüdür.

Mülkiyet hakkının sahibine sağladığı bu menfaat alanı, ancak belirli ilkeler çerçevesinde sınırlanabilir. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesine göre mülkiyet hakkının kapsamı böylece belirlenmiştir. Aşağıda bu alanın ne şekilde sınırlandırılabileceği yine İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararları doğrultusunda incelenecektir.

3.3. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesine Göre Mülkiyet Hakkının Sınırlanmasında Uyulacak İlkeler

3.3.1. Hukukîlik

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesine göre mülkiyet hakkına yapılan müdahale, ancak hukukî temeli olması hâlinde meşru olur²⁵². Ayrıca, müdahale ölçülü olmalı ve kamu yararına hizmet etmelidir. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesine göre, mülkiyet hakkına gerçekleştirilen müdahalenin hukuk tarafından öngörülmesini meşruiyet için ön şarttır. Gerçekten, müdahalenin mevzuattaki temeli gösterilemiyorsa müdahale doğrudan hukuka aykırı kabul edilmektedir²⁵³. Bu noktada müdahalenin, ölçülülük ve kamu yararına uygunluk açısından değerlendirilmesi yapılmaz.

²⁵² Gözübüyük ve Gölçüklü (2007), s.423. “Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Bir kimse, ancak *kamu yararı sebebiyle ve kanunda öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir*. Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin *toplum yararına* uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için *gerekli gördükleri kanunları uygulama* konusunda sahip oldukları hakka hâlel getirmez.”

²⁵³ bkz. Iatridis v. Yunanistan App. No:31107/96 sayılı kararının 58. paragrafı

Hukukîlik şartı, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi m.1’de yer alan düzenlemeden lafzî temelini alır²⁵⁴. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, bu temel üzerine zamanla hukukîlik ilkesini inşa etmiştir. Önceleri İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, millî mevzuatlarda yer alıp, müdahaleye sebep olarak gösterilen bir hükmün varlığını yeterli görmekteydi²⁵⁵. Ancak bu durum, millî mevzuatlarda yer alan hükümlerin kalitesinin de ele alındığı kararlarla değişmiştir²⁵⁶. Milli mevzuatlarda yer alan hükümlerin değerlendirilmesinde, hukuk devleti yol gösterici temel kavramıdır²⁵⁷. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi hukuk devleti ilkesinin sözleşmenin ruhunu oluşturduğu kanaatindedir²⁵⁸. Hukuk devleti kavramı ise, birbiriyle münasebetli alt ilkelerin toplamıdır. Bu noktada, müdahalenin meşruiyetini sağlayan hukukîlik, ölçülülük ve kamu yararına uygunluk şartları arasındaki sınırlar belirsizleşir²⁵⁹. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin tavrı, esas olarak somut olayda hukuk devletinin gereklerine uygun neticeyi sağlamaktır. Ölçülülük, hukukîlik ve kamu yararına uygunluk şartlarının varlığı somut olayda ayrı ayrı değerlendirilir. Bununla birlikte bu inceleme yargılamayı daha sistematik hale getirmek için kullanılmaktadır. Bahsedilen şartlarsa vasıtaadır. Bu anlayış nedeniyle hukuka uygunluk şartları arasında sınırlar belirsizleşmekte, hukuk devletine uygun olma şartı ön plana çıkmaktadır.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, “kanun” kavramına yetkili makamca va’z edilen bütün hukukî düzenlemeleri dahil etmektedir²⁶⁰. Bununla birlikte, sınırlama getiren bu düzenlemelerde belirli özelliklerin varlığını aramaktadır. Müdahale imkânı getiren düzenlemenin âleni olması bunlardan biridir. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi iç hukuka uygun şekilde Resmî Gazete’de yayınlanmış bir düzenlemenin âleniyet şartını

²⁵⁴ Mahkeme madde lâfzına doğrudan bağlılık göstermeyerek, kanunda öngörülme şartını sadece kişinin mal ve mülkünden yoksun bırakıldığı durumlar için değil, mülkiyet hakkına müdahale teşkil eden, ancak yoksun bırakma olarak nitelendirilemeyecek haller bakımından da gerekli saymaktadır (Şimşek 2013, s.42).

²⁵⁵ Handyside v. Birleşik Krallık, App. No. 5493/72 sayılı kararının 62. paragrafı

²⁵⁶ Hentrich v. Fransa App. No.13616/88 James and Others v. Birleşik Krallık App. No.8793/79 Viktor Konovalov v. Rusya, App.No.43626/02 karar örnekleri çoğaltılabilir.

²⁵⁷ İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin lâfzında açıkça öngörülme dahi hukuk devleti ilkesine dayanan bir denetime kendini yetkili görmektedir. Hukuk devleti ilkesine dayanarak verilen çeşitli hükümler için bkz. Former King of Greece, v. Others App. No.25701/94, Pincova and Pinc v. The Czech Republic, App. No.36548/97 Malama v. Greece, App. No.43622/98

²⁵⁸ Former King of Greece, v. Others App. No.25701/94, Pincova and Pinc v. The Czech Republic, App. No.36548/97 Malama v. Greece, App. No.43622/98

²⁵⁹ Gemalmaz (2009), s.455 vd.

²⁶⁰ Mesela Mahkeme, ilgili meslek odasının yetkisi dahilinde yaptığı düzenlemeleri, Montrö Sözleşmesini mülkiyet hakkının sınırlanması için hukukîlik şartını sağlayan düzenlemeler olarak kabul etmiştir. İran Shippinglines v. Turkey App. No. 40998/98, Allesch and Others v. Austria, App. No. 18168/91

sağladığı görüşündedir²⁶¹. Bu sebeple kanunlardan ziyade tebliğ, yönetmelik gibi resmi gazetelerde yayınlanma mecburiyeti olmayan, alt dereceli düzenlemelerin âleniyet şartını sağlayıp sağlamadıkları İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi tarafından tartışılmıştır. Neticede, ilgili kişilerin makûl bir çaba ile haberdar olabildiği ve iç hukuka uygun bir şekilde duyurulmuş olan düzenlemelerin bu şartı yerine getirdiği kabul edilmiştir²⁶².

Müdahale imkânı getiren düzenleme açık ve anlaşılabilir olmalıdır. Elbette açıklık, her somut olayın neticesi ile ilgili mutlak bir netliği anlatmaz²⁶³. Bununla birlikte düzenlemenin, konuyla ilgili birisinin anlayabileceği ve davranışlarını buna göre düzenleyebileceği kadar belirli olması gerekir²⁶⁴.

Müdahaleye dayanak teşkil eden hukuk kuralının yanı sıra, kuralı ve kuralın uygulamasını denetleyecek etkili başvuru imkânlarının öngörülmüş olması da gereklidir²⁶⁵. Bu imkânlar öngörülmüş olsa dahi, eğer somut olayda bu imkânların işletilmesi ile ilgili

²⁶¹ CBS-Union S.R.O v. Czech Republic App.No. 68741/01

²⁶² Gerçekten Mahkeme, Maliye Bakanlığı bültenlerinde yer alan askı yolu ile ilan edilen düzenlemelerin âleniyet şartını sağladığı sonucuna ulaşmıştır. Mahkeme bu sonuca ulaşırken davacı şirketin kendisi ile ilgili olabilecek düzenlemeleri takip etmek için, belli bir çabaya ve maddi külfete katlanmak zorunda kalmasını uygun görmüştür. Spacek v. Czech Republic, App. No. 26449/95

²⁶³ Düzenlemenin muhatap aldığı kişilerin statüsü ve sayısına göre ne ölçüde öngörülebilir olması gerektiği belirlenecektir. Spesifik bir konuda, belli sayıda uzman kişiye yönelik düzenlemenin karmaşık olması kabul edilebilir. O kadar ki bu karmaşıklık bir uzman yardımı ile hareket etmeyi gerektirebilir. Ancak bu durum hukuk devleti ilkesinin temel taşlarından biri olan öngörülebilirliği ve hukuki güvenirliliği sarsacak ölçüde olmamalıdır. Chauvy others v. France, App. No. 17862/91 Spacek v. Czech Republic, App. No. 26449/95

²⁶⁴ Türkiye ile ilgili bir karar bu konuda önem arz eder. Somut olayda Yunan uyruklu kişiler Türk makamlarından veraset belgesi almışlardır. Buna rağmen, taşınmazları kendi üzerlerine tescil ettirmek istediklerinde, Tapu Kanunu'nda yer alan karşılıklılık ilkesinin yer aldığı ilgili madde gerekçe gösterilerek bu istekleri reddedilmiştir. Mahkeme bu durumu, devletlerarasındaki münasebetlerden arı olarak, şahıs merkezli değerlendirmiştir. Yani mahkeme, karşılıklılık ilkesinin hukukîliğini değil, şahsın mülkiyet hakkının burada incelenen ilkeler kapsamında ihlal edilip edilmediğini tartışmıştır. Buna göre Yunan uyruklu kişilere veraset belgesi verildikten sonra, tescil yönünde beklentilerinin makul olduğu kabul edilmelidir. Ayrıca, Yunan mevzuatı da Türk kökenlilerin miras yolu ile taşınmaz edinmelerine izin vermektedir. Fakat, Türk makamları fiilî olarak Türk uyruklulara engel çıkarıldığı kanaatindedir. Mahkeme bu fiilî engellerin gerçekten var olup olmadığını araştırmamış, bunlar mevcut olsa bile, Yunan uyruklu şahıstan bunları bilmesinin beklenemeyeceği kabul edilerek mülkiyet hakkının ihlâl edildiği sonucuna ulaşmıştır. Apostolidi and others v. Turkey App. No. 45628/99

Başka bir başvuruda devir işlemi yapıldığına kanaat getirmesi durumunda kullanılabilirdi. İdarenin taşınmazın gerçek bedelinin gizlendiğine karar vermesi konusunda, objektif şartların mevzuatta yer almadığı belirtilerek mahkûmiyet kararı verilmiştir. Hentrich v. France App. No.13616/88

²⁶⁵ Mahkeme, taraf devletlerin sadece öngörülebilir ve tutarlı bir mevzuat ihdas etmekle yükümlülüklerini yerine getirmiş olmayacağını belirtir. Bunun yanı sıra, hakkın etkin şekilde kullanılmasını sağlayacak hukukî ve pratik şartları sağlamakla da görevlidir. Broniowski v. Polonya App. No:31443/96 Şimşek (2012), *Avrupa insan hakları mahkemesinin mülkiyet hakkıyla ilgili davaları inceleme yöntemi: üç kural analizi*. s.8, <http://dergi.sayistay.gov.tr/icerik/der88m2.pdf>

zafiyet varsa, bu durumda da haksız bir müdahale mevcuttur²⁶⁶. Bu zafiyet kişilerin kendi özel durumlarından kaynaklansa dahi, devlet gerekli önlemleri almakla mükelleftir²⁶⁷.

Neticede İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde mülkiyetle ilgili norm sisteminin, yetkili bir makam tarafından ihdas edilmiş, açık, ulaşılabilir, anlaşılabilir olması gerekir. Bunların yanında, mülkiyetin korunması için pratikte etkili olan kazaî ve idarî başvuru imkânlarının varlığı şarttır.

3.3.2. Kamu Yararı

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Ek 1 Numaralı Protokol,, kamu yararı ve genel yarara uygunluğu mülkiyet hakkına müdahalenin meşruiyeti için şart koşturmaktadır²⁶⁸. Bununla birlikte Mahkeme bu iki kavramı kesin şekilde ayırmamaktadır²⁶⁹. Bu sebeple, çalışmada İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin tavrına paralel olarak, toplum yararı kavramını da kamu yararı kavramı dahilinde değerlendirilmiştir.

Müdâhalede, kamu yararı olması için ise müdâhale ile elde edilecek sonuca yönelik sosyal bir ihtiyacın hissedilmesi şarttır.²⁷⁰ Mahkeme, bu sosyal ihtiyacın var olup olmadığını en iyi değerlendirebilecek merciin ise, mahâlli makamlar olduğu kanaatindedir²⁷¹. Çünkü, müdâhalenin gerçekleştiği yerin şartlarına ve ihtiyaçlarına en

²⁶⁶İatridis v. Greece App. No.31107/96 sayılı kararında Mahkeme, Yunan Mahkemesinin verdiği kararın uygulanmamış olmasını başlıbaşına bir ihlal sayarak, mahkumiyet kararı vermiştir. Amat-G Ltd. and Mebaghishvili v. Georgia App. No. 2507/03 sayılı kararında da Mahkeme, Gürcü Mahkemesinin kararının uygulanmamasını ihlal sebebi saymıştır. Bu davada Gürcü makamları, ödeme yapacak bakanlığın bütçesinin yetersizliğini savunma olarak ileri sürmüş, ödemenin kamu yararını gözetilen bir plan dahilinde aşamalı olarak yapılmasını öngören mevzuat hükmü getirmiştir. Bu durum, mahkûmiyet kararını engellememiştir.

²⁶⁷İtalya'nın taraf olduğu bir davada, davacı diyabet hastası, engelli ve işsiz bir mülk sahibidir. Davacı, kiracısını kirayı ödememesi nedeniyle tahliye ettirmek istemiştir. Ancak, barınak sıkıntısı çekilen yerlerde, dar gelirli kimselerin evlerinden tahliyesini sınırlayan bir düzenleme mevcuttur. Mahkeme bu düzenlemenin, başlı başına mülkiyet hakkını ihlal ettiği sonucuna ulaşamayacağını belirtmiştir. Fakat, böyle bir düzenlemenin varlığı durumunda, mülk sahibinin durumunu göze alan bir öncelik değerlendirmesi yapılması gerektiği sonucuna ulaşarak, mülkiyet hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir. Scollo v. İtalya App. No:19133/91

²⁶⁸ Bkz. Dipnot 1.

²⁶⁹ Akkuş v. Türkiye App. No: 19263/92 Aka v. Türkiye App. No: 19639/92 Gashi v. Hırvatistan App. No: 32457/05 Kararlarında Mahkeme, kavramları birbirinin yerine kullanmıştır. Örnekler çoğaltılabilir. Gözübüyük ve Gölcüklü (2007), s.423. Gemalmaz (2009), s.475. Başpınar (2009), s.254.

²⁷⁰ Başpınar (2009), s.255.

²⁷¹ Başpınar (2009), s.255.

vâkıf unsur mahâllî makamlardır. Ancak bu makamlar, takdir yetkilerini kullanırken keyfi davranmamalıdır. Gerçekten de Mahkeme, “olağan”, “kabul edilebilir”, “faydalı”, “arzu edilen” sıfatlarıyla nitelendirilecek müdahaleleri meşru kabul etmez²⁷². Sadece gerçek bir sosyal ihtiyacın gerektirdiği müdahaleleri meşru sayar²⁷³. Ancak sosyal ihtiyacın var olup olmadığını tespit edecek olan mahallî makamlardır. Dolayısıyla mahallî makam, sosyal ihtiyacın gerçekten mevcut olduğunu mâkul şekilde açıklayabiliyorsa, müdahale kamu yararına uygun kabul edilecektir²⁷⁴. Yani kamu yararının sınırını “*açıkça makul temelden yoksunluk*” çizmektedir²⁷⁵. Dolayısıyla müdahaleye mantıklı bir temel teşkil ettiği sürece, şehir planlaması²⁷⁶, suçla mücadele²⁷⁷, ticarî ve ekonomik hayatın korunması²⁷⁸, yargı otoritesi korunması²⁷⁹, millî savunma²⁸⁰, kamu güvenliği²⁸¹, vergi ve vergi benzeri katkılar²⁸² ile gibi pek çok konu kamu yararı kavramı dahilinde değerlendirilmiştir²⁸³. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, kamu yararının şahıslar üzerinden de gerçekleşebileceğini kabul etmektedir. Yani müdahale, ilk aşamada şahıslar lehine sonuç doğursa da, bu durum kamu yararı kavramı ile temellendirilebilir²⁸⁴. Ayrıca olağanüstü durumlarda kamu yararı kavramının sınırlarının da genişleyeceği kabul edilmektedir²⁸⁵. Bununla birlikte İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin bu tavrı, kamu yararı kavramının sınırları genişletme yolunda iradesinin olduğu anlamına gelmez.

²⁷² Başpınar (2009), s.255.

²⁷³ Yunanistan’ın taraf olduğu bir davada Mahkeme, Yunan eski kralının mallarına el konulması işlemini değerlendirmiştir. Devlet arkeolojik bölgelerin ve ormanların korunması amacı ile işlemin yapıldığını belirtmiştir. Ancak, Mahkeme Hükümetin ormanların ve arkeolojik alanların korunma ihtiyacına ilişkin iddialarını kanıtlayacak hiçbir delilin mevcut olmadığına dikkati çekmiştir. Bununla birlikte, Mahkeme Yunanistan’ın Cumhuriyet’in korunması temeline dayanan iddiasını şüpheli bulsa da devletin kendisine karşı zararlı gördüğü bir meseleyi çözme ihtiyacını kabul etmiştir App. No: 25701/94

²⁷⁴ Mahkeme’ye göre “*kendi toplumları ve onların ihtiyaçları ile doğrudan temasta olan millî makamlar neyin kamu yararı olduğunu tayinde, İHAM hâkimlerinden daha yetkilidir.*”(Gözübüyük/Gölcüklü 2007:425.)

²⁷⁵ James ve diğerleri v. Birleşik Krallık App. No: 25119/09 Başpınar (2009), s.258, Etkü (2009), s.227.

²⁷⁶ Devocioğlu v. Türkiye App. No:17203/03

²⁷⁷ Ali Esen v. Türkiye App. No:74522/01

²⁷⁸ Smith Cline and French Laboratories Ltd. v. The Netherlands, App. No.32411/96

²⁷⁹ Micallef v. Malta, App. No: 17056/06

²⁸⁰ Lithgow ve diğerleri v. Birleşik Krallık App. No: 9006/80

²⁸¹ D.G ve W.Linsday v Birleşik Krallık, App. No:11089/84

²⁸² Gasus Dosier ve Fördertchnik GmbH v. Norveç, App. No: 15375/89

²⁸³ Gemalmaz (2009), s.474 vd.

²⁸⁴ Mahkeme, makul bir sebeple açıklanabiliyorsa, toplumun çoğunluğu el konulan mülkiyetten doğrudan yararlanmasa dahi, müdahalenin kamu yararına olabileceğine hükmetmiştir. James ve diğerleri v. Birleşik Krallık App. No.8793/79

²⁸⁵ Mahkeme doğu ve Batı Almanya’nın birleşmesinin getirdiği olağanüstü koşullar nedeni ile tazminat almaksızın ekonomik bir değerden yoksun bırakılmalarının meşru olduğuna hükmetmiştir. Olbertz v. Almanya App. No:37592/97

Ülkelerin farklı şartlarına, mahalli unsurlar kadar vakıf olmama sebebiyle daha çekingen bir denetim sürdürülmektedir.

Sonuç olarak, müdahalenin kamu yararına olduğunu tespitinde devletlerin takdir yetkisi oldukça geniştir. Bunun nedeni kamu yararı kavramının içeriği bakımından muğlak olmasıdır²⁸⁶. Öyle ki Mahkeme, kamu yararı gütmeye gerekçesi ile müdahalenin sözleşmeye aykırı olduğu yolunda tek bir karar vermiştir²⁸⁷. Mahkeme, müdahalenin kamu yararı gerekçesi ile yapılmadığını tespit ettiği davalarda dahi, müdahalenin ölçülülük ilkesine aykırılığı sebebiyle hüküm vermektedir²⁸⁸. Gerçekten de mülkiyet hakkı, devletin sosyal, ekonomik siyaseti ile ve hatta egemenlik hakkı ile yakından ilgilidir²⁸⁹. Mahkemenin, bu mahrem alana, sınırlarının tespiti güç bir kavram olan kamu yararı sebebi ile müdahale konusunda çekingen davranması anlaşılabilir. Ancak, bu durumdan kamu yararı kavramının keyfiliğin kılıfı olarak kabul gördüğü sonucu çıkarılmamalıdır. Mahkeme gerekli denetimi, daha somut bir ilke olan ölçülük ilkesi üzerinden sürdürme yolunu benimsemiştir.

3.3.3. Ölçülülük

İHASEP m. 1, lâfzında ölçülülük ilkesi yer almamaktadır. Bu sebeple İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi da önceleri sözleşmenin, lâfzına bağlı kalarak, mülkiyet hakkı ile ilgili kararlarında müdahalenin ölçülülüğünü denetlemiyordu²⁹⁰. Ancak İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, daha sonraki kararlarında ölçülülük ilkesinin sözleşmenin tümünde aranması gerektiği yolunda içtihat değiştirmiştir²⁹¹.

²⁸⁶ O. Boyar (2004). *İnsan hakları avrupa mahkemesi ve anayasa mahkemesi kararlarında mülkiyet hakkının sınırlanması*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi S.B.E., s. 104.

²⁸⁷ Gemalmaz (2009), s.482.

²⁸⁸ Hırvatistan'ın taraf olduğu bir davada, devlet müdahalesinin meşru amaç gütmeyeğini tespit etmiştir. Yine de, ölçülülük ilkesinin ihlali sebebiyle mahkumiyet hükmü vermiştir. Gashi v. Hırvatistan App. No: 32457/05

²⁸⁹ Başpınar (2009), s.256 vd.

²⁹⁰ Handyside v. Birleşik Krallık, App. No. 5493/72

²⁹¹ Mahkeme ölçülülük ilkesini İHAS m. 8, 9, 10, 11, 14, 15 hükümleri ile temellendirmektedir. İHAS m.8, 9, 10 ve 11; hakkın sınırlandırılması için getirilen müdahalenin, demokratik toplumda olması gerektiği ölçüde uygulanmasını şart koşar. Yine m.14'de öngörülen, sözleşmedeki hakların istisnasız herkes için koruma sağladığı yolundaki hüküm de önemlidir. Mahkeme, bu hükümden hareketle kişilerin haklara getirilen sınırlamalar nedeniyle makul bir sebep olmaksızın, eşit olmayan külfetlere tabi tutulmalarını sözleşmenin ihlali olarak yorumlamaktadır. Son olarak m.1'de, ölçülülük ilkesi açıkça yer alır. Ancak bu madde olağanüstü durumlarda hakların sınırlandırılması ile ilgili hüküm getirir. Hukuk devleti nosyonu ile

Mahkeme belli unsurlardan hareketle, müdahalenin ölçülü olup olmadığını tespit etmektedir. Bunlardan en önemlisi, müdahaleden kamunun elde edeceği fayda ile bireyin katlanacağı külfet arasındaki dengedir²⁹². Mahkeme dengeyi nimet ve külfet arasında mutlak eşitlik olarak anlamlandırmamaktadır. Bunun yerine, taraf devlet ile müdahaleden zarar gören şahsın özel durumlarını dikkate alan bir anlayış Mahkeme'nin içtihadına hâkimdir²⁹³. Bu denge noktasını tespit için birçok unsur vasıta olarak kullanılmaktadır. Ancak bunların arasında tazminat daha büyük bir önem arz eder. Gerçekten de, maddî bir değer olan mülkiyet, karşılığı para ile ölçülebilen haktır. Bu kabûlün ardından mesele, ne miktarda tazminatın adil olduğu hususunda ortaya çıkar. Mahkeme, müdahalenin eksilttiği mal varlığı değerinin, müdahalenin yapıldığı andaki piyasa değeri olarak karşılığını temel kıstas olarak kabul etmektedir²⁹⁴. Ancak, bu durum somut olayın niteliğine göre değişebilmektedir. Meselâ; Mahkeme, Doğu Avrupa devletlerinin sosyalist sistemden, liberal ekonomik sisteme geçişleri sürecinde kamulaştırılan mallara karşılık piyasa değerinin altında tazminat takdir edilmesini uygun görmüştür²⁹⁵. Yine, müdahaleye tabi tutulan ekonomik değer, şahsın hayatındaki subjektif önemi de tazminatın takdirinde dikkate alınmaktadır²⁹⁶. Gerçekten de İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, şahsın geçimi ile ilgili bir mal üzerindeki mülkiyet hakkına müdahale edilirken, piyasa değeri ile ilgili kıstasa titizlikle riayet etmiştir. Ancak, benzer durum

bu maddeler yorumlanarak ölçülülük testi geliştirilmiştir.(Etgü, 2009:243) Mahkeme bu maddelerden hareketle *Sporrong and Lönnroth v. Sweden* App. No. 32457 sayılı kararında toplumun genel yararının gerekleri ile bireyin temel haklarının korunması arasında adil bir denge yakalanması gereğinin sözleşmenin bütününe mündemiç olduğuna hükmetmiştir. Mezkûr karardan sonra, bu anlayış mülkiyet hakkı ile ilgili olarak da yerleşik hale gelmiştir. (Gözübüyük ve Gölcüklü (2007), s.425 vd.

²⁹² Gemalmaz (2009), s.522.

²⁹³ *Scollo v. İtalya* App. No:19133/91, *Budayeva ve diğerleri v. Rusya*, App. No. 15339/02, *Oskar Pöder v. Estonya* App. No:67723/01, *Gashi v. Hırvatistan* App. No: 32457/05 Bu kararların bazılarında devletlerin, sosyal ve siyasi özel durumları göz önünde bulundurulurken, bazılarında da şahısların özel durumları dikkate alınmıştır.

²⁹⁴ Mahkeme, el atma anındaki piyasa değerini gerçek değer kavramı ile ifade etmektedir. (Gemalmaz 2009,537) *Brumarescu v. Romanya* App. No.28342/95

²⁹⁵ *Olbertz v. Almanya* App. No.37592/97, *Döring v. Almanya* App. No.37595/97

²⁹⁶ Mahkeme, malikin eşyayı ne şekilde kullandığının göz önünde bulundurulması gerektiğini belirtmiştir. *Gillow v. Birleşik Krallık* App. No. 5493/72 Başka bir kararda Mahkeme, davacının gümrük geçişinde bildirme mecburiyetine uymadığı 20000\$'a el konulması işlemini ihlâl saymıştır. Mahkeme bu kararı verirken, davacının vasat gelirli olmasını dikkate almıştır. *İsmayilov v. Russia* App. No. 30352/03

şahsın ticari menfâatleri ile ilgili olduğunda, Mahkeme tazminat miktarı ile ilgili daha esnek hüküm kurabilmektedir²⁹⁷.

Hukuk devleti ilkesi, ölçülülük ilkesi için de önemli bir yol göstericidir. Bu sebeple, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi makûl bir tazminat verilmiş olsa dahi, benzer durumdaki kişilere eşit davranılmadığı hallerde mahkûmiyet kararı vermiştir²⁹⁸. Hukuk devleti ilkesi ile yakından ilgili bir diğer mesele, geriye etkili mevzuat ile getirilen müdahalelerdir. Bu noktada belirtilmedir ki, müdahalenin geriye etkili mevzuata dayanması, tek başına meşruiyeti ortadan kaldırmaz²⁹⁹. Bu tip başvurularda Mahkeme, mevzuatla getirilen hükümlerin adil bir denge tesis edip etmediğini araştırmıştır.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, mülkiyete müdahale getiren tasarrufun amacı ile yapılan tasarruf arasında da adil bir dengenin varlığını aramaktadır³⁰⁰. Araç ile amaç arasında aranan bu denge Mahkeme için, ölçülülüğün değerlendirilmesinde başka bir araçtır. Mahkeme, taraf devletlerin amaç için hangi tasarrufun daha uygun olduğunu tespit konusunda geniş takdir yetkisi olduğunu kabul etmektedir³⁰¹. Taraf devlet araç seçiminde, amaca uygun daha iyi seçeneklerin varlığına rağmen başka bir yolu seçmiş olabilir. Bu durum tek başına müdahalenin meşruiyetini ortadan kaldırmaz³⁰². Ancak, bu durum müdahalenin ölçülüğünü tespit için kullanılan diğer vasıtalarla birlikte, Mahkemenin kanaatinin oluşmasında etkilidir³⁰³.

²⁹⁷ İsveç'in davalı olduğu bir davada Mahkeme, satın aldığından daha düşük bir bedelle kamulaştırılan arazi için başvuruda bulunan davacının mülkiyet hakkına müdahale haksız müdahale edilmediğine karar vermiştir. Hakkansson ve Stureson v İsveç App. No.11855/85

²⁹⁸ Hukuk devleti ilkesi, ölçülülük şartının oluşmasına da kaynaklık eder. (Etgü 2009:24)1 Bu sebeple Mahkeme, dava konusu somut olay tek başına ele alındığında ihlâl hükmü vermeyeceği öngörülebilir davalarda aksi yönde karar verebilmektedir. Gerçekten, İzlanda'nın taraf olduğu bir davada, davacının malullük ödeneği kesilmiştir. Sebep olarak ise, yeni malullük mevzuatı gösterilmiştir. Fakat, benzer durumda olup da, ödeneği kesilmemiş kişiler mevcuttur. Mahkeme, bu eşitlik muameleyi İHASEP m.1, ile ilgili tartışmasında ele almış ve ihlâl kararına varmıştır. Davacının eşitlik ilkesi ile ilgili olan, m. 14 kapsamında değerlendirme yapmayıp, incelemeyi m.1 dahilinde ele alması dikkat çekicidir. (Gemalmaz 2009:603) Kjartan Asmundson v. İzlanda App. No:60669/00

²⁹⁹Gemalmaz (2009), s.558 vd.

³⁰⁰ Başpınar (2009), s.257.

³⁰¹ Powell ve Rayner v. Birleşik Krallık App. No. 9310/81

³⁰² Gemalmaz (2009), s.526.

³⁰³ Devletlerin araç seçiminde sahip oldukları takdir yetkisi, kamu yararı amacı ile her tedbiri alabilecekleri anlamına gelmez. Kamu yararının, dava konusu olaydaki görünümü ile s araç arasında adil bir denge olmalıdır. Ancak bu, benzer külfet getiren araçlar arasında daha uygun olanın tespiti ile ilgili bir takdir yetkisidir. Dinç (2004), s.141.

Sonuç olarak İnsan Hakları Avrupa Mahkemesine göre, taraf devletin ve kişilerin özel durumları ölçülülüğün tespitinde önemlidir. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi mülkiyet hakkını titizlikle korumaya çalışmaktadır. Bununla birlikte sistemin sağlıklı işlemesine mülkiyet hakkının engel teşkil etmesi de engellenmek istemektedir. Bu çaba için, en fonksiyonel ilke ölçülülük ilkesidir.

İKİNCİ BÖLÜM

6306 SAYILI AFET RİSKİ ALTIDAKİ ALANLARIN DÖNÜŞTÜRÜLMESİ HAKKINDA KANUNA GÖRE KENTSEL DÖNÜŞÜMDE HUKUKİ SÜREÇ VE MÜLKİYET HAKKINA GETİRİLEN MÜDAHALELER

1. 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun

1.1. Genel Olarak

Dünyada kentsel alanlarda çok büyük bir dönüşümün yaşandığı konusunda bir tereddüt bulunmamakla birlikte, bu dönüşümün nasıl adlandırılacağı konusunda ortak bir kanaate varılamamıştır. Mahalli idarelerce "sihirli değnek olarak benimsenen"³⁰⁴ bu dönüşüm uygulamaları yaygın bir şekilde "kentsel dönüşüm" terimi ile ifade edilmektedir³⁰⁵. "Kentsel dönüşüm" teriminin dışında, "kentsel yenileme", "yeniden canlandırma", "kentlerin yeniden üretimi", "kentsel yenileşme", "sağlıklılaştırma" "koruma", "yeniden geliştirme", "düzenleme", "temizleme", "yeniden oluşum", "soylulaştırma" gibi terimler de doktrinde kullanılmaktadır³⁰⁶. Bu kavramlar, aynı zamanda kentsel dönüşümün kapsamını ve unsurlarını oluşturmaktadır³⁰⁷.

"Dönüşüm", sözlük anlamı olarak "olduğundan başka bir biçime girme, başka bir durum alma, şekil değiştirme, tahavvül, inkılap, transformasyon" anlamlarına gelmektedir³⁰⁸. İmar terimleri sözlüğünde kentsel dönüşüm, "kamu girişimi ya da yardımıyla yoksul komşulukların temizlenmesi, yapıların iyileştirilmesi, korunması, daha iyi barınma, çalışma ve dinlenme koşulları, kamu yapıları sağlanması amacıyla yerel tasar ve izlenceler uyarınca kentleri ve kent özeklerinin tümünü ya da bir bölümünü günün

³⁰⁴ P.P. Özden (2008). *Kentsel yenileme*. Ankara:İmge Kitabevi, s. 29.

³⁰⁵ F. Ayhan (2014). Kentsel dönüşümü kavramı ve tarihsel gelişimi. *Kentsel Dönüşüm Hukuku*, İstanbul Üniversitesi S.S.Onar İdare Hukuku ve İlimleri Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayınları, No:2013/1, s. 71.

³⁰⁶ Ayhan (2014), s. 72.

³⁰⁷ G. Üstün (2009). *Kentsel dönüşümün hukuki boyutu*. İstanbul:XII Levha Yayıncılık, s. 6.

³⁰⁸ TDK. *Güncel türkçe sözlük*.

http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.55ea0e0be836c5.73064052
(Çevrimiçi, 05.09.2015)

değişen koşullarına daha iyi çevre verebilecek duruma getirme³⁰⁹ olarak tanımlanmıştır. Kentsel dönüşümün doktrinde ise birçok tanımı yapılmıştır³¹⁰. Keleş'e göre, kentsel dönüşüm, eskimiş kent kesimleriyle kaçak yapılardan oluşan gecekondu topluluklarının yenilenmesini ifade etmektedir³¹¹. Kentsel dönüşüm için "kenti değiştirme" kavramını da kullanan Öngören ve Çolak'a göre ise kentsel dönüşüm, "plansız yapılanmış ya da planlı yapılanmakla birlikte zaman içerisinde ekonomik, sosyal ve fiziki bakımdan yetersiz hale gelmiş bir kentsel mekanın, taşımakta olduğu risklerin ortadan kaldırılarak güncel ihtiyaçlar doğrultusunda yenilenmesi"³¹²dir. Kentsel dönüşüm için "kentsel yenileme" kavramını kullanan Özden'e göre kentsel yenileme, "zaman süreci içerisinde eskiyen, köhneyen, yıpranan, sağlıklı/yasadışı gelişen ya da potansiyel arsa değeri, üst yapı değeri üzerinde seyrederek değerlendirilmeyi bekleyen ve yaygın bir yoksunluğun hüküm sürdüğü kent dokusunun alt yapısının sosyal ve ekonomik programlar ile oluşturulup beslendiği bir stratejik yaklaşım içinde günün sosyoekonomik ve fiziksel şartlarına uygun olarak değiştirilmesi, geliştirilmesi, yeniden canlandırılması ve bazen de yeniden üretilmesi eylemi"³¹³dir. Ülger'e göre kentsel dönüşüm, "çarpık yapılaşmış, köhneleşmiş, afetlere ve kentsel risklere duyarlı, altyapısı yetersiz ve niteliksiz, yoğun yapılaşmış, yasal ya da imara aykırı yerlerdeki mülkiyetin; yeni imar planı verilerine uygun düzenlenmesi"³¹⁴dir. Kalabalık'a göre ise kentsel dönüşüm, "farklı nedenlerden ötürü zaman süreci içinde tahrip edilmiş, güvenli olmayan, yanlış kullanılan veya terk edilmiş kentsel dokunun, bilim ve tekniğin, kamu yararının ve yerel koşullarının (zemin, siyasal, sosyal, ekonomik vb.) göz önünde tutularak oluşturulacak çözüm araçları ile dönüştürülmesi, rehabilite edilmesi ve sonuçta yeni bir kimlikle yeniden kente kazandırılması"³¹⁵dir.

En genel tanımıyla kentsel dönüşüm, uzun yıllarca çarpık kentleşme sebebiyle plansız ve programsız büyüyen kentlerin yapı stoklarını daha planlı hale getirerek yeniden yapmak,

³⁰⁹ E. Ünal, F. Duyguluer ve E. Bolat (1998). *İmar terimleri*. Ankara:TODAİE Yayınları, s. 103.

³¹⁰ M.E. Çakallı (2013). *Kentsel yenilemede bir araç olarak kentsel dönüşüm projeleri ve ilgili idari yargı kararları*. Ankara:Adalet Yayınevi, s. 21.

³¹¹ R. Keleş (2012). *Kentleşme politikası*. Ankara:İmge Kitabevi, s. 387.

³¹² G. Öngören ve N.İ. Çolak (2013). *Kentsel dönüşüm hukuku*. İstanbul:Öngören Hukuk Yayınları, s. 33.

³¹³ Özden, (2008), s. 44.

³¹⁴ N.E. Ülger (2010). *Türkiye'de arsa düzenlemeleri ve kentsel dönüşüm*. Ankara:Nobel Yayın Dağıtım, s. 185.

³¹⁵ H. Kalabalık. (2014), s. 3504-3505.

kentleri yeşil alanları, kültürel ve sosyal donatı alanları, teknoparkları ve bilim merkezleri ile bir şekilde sokmak, ayrıca deprem, sel, toprak kayması gibi doğal afetler sebebiyle oluşabilecek büyük yıkımların neticesinden kurtarmak için yapılan bir dönüşüm olarak ifade edilebilir³¹⁶.

16.05.2012 tarihinde kabul edilen 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun 31.05.2012 tarihinde 28309 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Bu Kanun kamuoyunda her ne kadar "Kentsel Dönüşüm Yasası" olarak bilinse de ülkemizde olması kuvvetle muhtemel olan afetlere özellikle de deprem sonucu ortaya çıkabilecek can ve mal kayıplarını en aza indirmek, sağlıklı ve güvenli yaşam çevreleri oluşturmak amacıyla çıkarılmıştır³¹⁷.

1.2. Kanunun Amacı ve Kapsamı

Anayasanın 56. maddesinde, herkesin sağlıklı, dengeli ve güvenli bir çevrede yaşama hakkına sahip olduğu düzenlenmiş ve Devlete bu hususta görevler yüklenmiştir. Yine Anayasanın 23. maddesine göre Devlet, “sosyal ve ekonomik gelişmeyi sağlamak, sağlıklı ve düzenli kentleşmeyi gerçekleştirmek” ile görevlidir.

Kentlerin zamanla eskiyen kısımlarının yeniden düzenlenmesi veya değiştirilmesi kentsel dönüşümün önemli amaçlarından biridir. Yapıların eskimesi sebebiyle hem güvenlik açısından risk oluşmakta hem de estetik açıdan da bunların yenilenmesini gerektirmektedir³¹⁸. Kentsel dönüşüm, ülkemizde mevcut olan afet beklentisi dikkate alındığında bir yandan rezerv yapı alanı oluşturulurken, diğer yandan afet riski altında bulunan riskli alanların ve riskli alanlarda olsun olmasın riskli yapıların dönüşüm kapsamına alınarak, afetlere dayanıklı hale getirilmesi ihtiyacından ortaya çıkmıştır³¹⁹. 6306 sayılı Kanun ile de öncelikli amaç deprem olmakla birlikte, yangın, sel, heyelan vb.

³¹⁶ A.G. Kiraz (2014). *A'dan z'ye kentsel dönüşüm, kentsel dönüşüm ile ilgili pratik bilgiler ve dilekçeler*. İstanbul:Beta Yayınları, s. 1.

³¹⁷ M. Saraç (2015). *Kentsel dönüşüm ve gelişimi, sosyal boyutu, kentsel dönüşümden doğan hukuki sorunlar*. Ankara:Adalet Yayınevi, s. 81.

³¹⁸ M. Yasin (2005a). Kentsel dönüşüm uygulamalarının hukuki boyutu. *TBB Dergisi*, Sayı 60, s. 109.

³¹⁹ O. Oy ve S. Nazik (2014). *Kentsel dönüşüm kapsamında rezerv yapı alanı - riskli alan ve riskli yapılar*. İstanbul:Beta Yayıncılık, s. 29.

tabii afetler sonucunda meydana gelmesi muhtemel can ve mal kaybının önlenmesi ihtiyacı da göz önünde bulundurulmuştur. Ayrıca, afet riski altında bulunup risk oluşturan yapıların bulunduğu arsa ve arazilerde sağlıklı, güvenli ve sürdürülebilir yaşam alanları oluşturmak üzere iyileştirme, tasfiye ve yenileme yapılmasına ilişkin usul ve esaslar düzenlenmiştir³²⁰.

Kanun'un genel gerekçesinde de bu durum belirtilmiştir. Buna göre, "Kanun sayesinde, başta deprem olmak üzere tabii afetler sebebiyle meydana gelmesi kuvvetle muhtemel can ve mal kayıpları önlenecek; mülkiyet haklarına saygı, sağlıklı ve düzenli yerleşme, daha az maliyet ile en fazla sosyal faydanın temin edilmesi, kaynakların plânlı, sağlıklı ve verimli kullanılması ilkelerinin hayata geçirilmesi de mümkün olacaktır."³²¹

Genel gerekçeye göre, ülkemizin çok mühim bir kısmı, başta deprem olmak üzere tabii afetlerin riski altındadır. Ancak, mevcut yapıların büyük bir kısmının muhtemel afetlere karşı dayanıklı olmadıkları ve orta şiddetteki bir depremde bile ağır derecede hasar görüp yıkıldıkları, bundan dolayı sosyo-ekonomik problemlerin yaşandığı ve Devletin beklenmedik bir anda büyük malî külfetler ile karşı karşıya kaldığı bilinmektedir. On binlerce insanın ölümüne ve çok yüksek malî kayıplara sebebiyet veren ve 1999 yılında Marmara Bölgesinde vuku bulan büyük deprem felâketleri, müteakip depremler ve en son olarak 2011 yılında Van'da meydana gelen deprem ile bu gerçek acı bir şekilde ortaya çıkmıştır. Ülkemizin bazı yerleri ve buralardaki yerleşim merkezleri hâlen çok yüksek deprem riski altındadır. Örneğin, İstanbul'un yakın bir zaman içinde çok şiddetli bir depremle karşı karşıya kalacağı, bu hususta ihtisas sahibi bilim adamlarınca ifade edilmektedir. Bazı yerleşim merkezlerinin jeolojik durumu ve zemin özellikleri ise, buralarda iskânın tehlikeler arz ettiğini ve afet riski altında bulunan bu yerleşim merkezlerinin bir an önce buldukları yerlerde dönüştürülerek buralardaki iskânın

³²⁰ Murat Saraç (2015), s. 81-82; M. Abacıoğlu ve A. Abacıoğlu (2013). *Açıklamalı (sorulu ve cevaplı) kentsel dönüşüm kanunu ve ilgili mevzuat, afet riski altındaki alanların dönüştürülmesi hakkında kanun*. Ankara:Seçkin Yayıncılık, s. 19.

³²¹ TBMM. Genel gerekçe. *Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun Tasarısı ile Bayındırlık İmar, Ulaştırma ve Turizm Komisyonu Raporu (1/569)*, Sıra Sayısı:180, s. 4, (Çevrimiçi) http://tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_sd.onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=100881, 05.09.2015

yeniden düzenlenmesini ve hatta bunların başka yerlere nakledilmesini zarurî kılmaktadır³²².

Yine genel gerekçeye göre, yürürlükteki 7269 sayılı Umumi Hayata Müessir Afetler Dolayısıyla Alınacak Tedbirlerle Yapılacak Yardımlara Dair Kanun, afet tehlikesine maruz kalmış veya kalması muhtemel bölgelerin tespit edilip “afete maruz bölge” olarak ilân edilmesini düzenlemekte ve böylece “afete maruz bölge” olarak ilân edilen yerlerdeki meskenlerin ve işyerlerinin afet tehlikesinde olmayan yerlere nakledilmesi, bahsedilen Kanundaki usûl ve esaslara göre yürütülmektedir. Deprem afetine ve diğer afetlere maruz kalabileceği ilmî ve teknik araştırmalar ile sabit olan yerlerdeki iskânın kaldırılması ile başka yerlere tahliye ve nakli işleri, etraflı çalışmaları ve büyük harcamaları gerektirmekte, bu masrafların karşılanmasında zorluklar bulunmakta ve 7269 sayılı Kanuna göre belirli bir yerin “afete maruz bölge” ilân edilmesi, bu bölgede normal hayatın akışını aksatmakta, “olağanüstü” bazı tedbirlerin alınmasını gerekli kılmakta ve sosyal problemlere de neden olmaktadır. Bu nedenle, afetler bakımından risk taşıdığı ilmî ve teknik araştırmalar ile belirlenmiş bölge ve yerler için 7269 sayılı Kanuna göre “afete maruz bölge” kararı alınmasına gerek olmaksızın, buralardaki meskenlerin ve işyerlerinin öncelikle “gönüllülük” esasına dayanılarak dönüştürülmesine ve gerekirse başka yerlere nakline imkân sağlayacak yeni kanunî düzenlemelere gereksinim duyulmaktadır. Anayasadan kaynaklanan ve yukarıda bahsedilen Devlet görevleri ve ihtiyaçlar gözetilerek hazırlanan düzenlemelerle, öncelikli olarak 7269 sayılı Kanundaki “kanunî mecburiyet” esası yerine, afetler karşısında riskli bulunan alanların ve buralardaki yapıların mâlikleri ile anlaşma sağlanarak bu riskli yapıların yıktırılıp bu alanların dönüştürülmesinde ve yeniden yerleşimin temin edilmesinde “gönüllülük” esası getirilmekte; ancak, bu esasa uymayanların yapılarının Bakanlık veya İdarece yıktırılması ve riskli yapılar ile alanların tahliyesi suretiyle uygulamada bulunmak da öngörülmektedir. Riskli alanların dönüştürülmesi, mülkiyet hakkını ve mülkiyetin dışındaki sınırlı aynî hakları etkileyeceğinden; Tasarıda bu hususta düzenlemelere yer verilmiştir. Ayrıca, Tasarının öngördüğü dönüştürme uygulamaları için uygun arazilere ihtiyaç olacağından, Hazinesinin ve diğer kamu kurum ve kuruluşlarının taşınmazlarından

³²² TBMM. Genel gerekçe. *Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun Tasarısı ile Bayındırlık İmar, Ulaştırma ve Turizm Komisyonu Raporu (1/569)*, Sıra Sayısı:180, s. 4, (Çevrimiçi) http://tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_sd.onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=100881, 05.09.2015

ihtiyaç duyulanların dönüşüm hizmetleri için tahsis edilebileceğine ilişkin düzenlemelere gerek görülmüştür. Diğer taraftan, riskli alanların dönüştürülmesine ilişkin uygulamalar için büyük mali kaynaklara ihtiyaç bulunduğundan, çeşitli kalemlerden oluşan “Dönüşüm Gelirleri” düzenlenmiş ve dönüştürme hizmetleri için gerekli görülen diğer hükümlere yer verilmiştir³²³.

Ayrıca genel gerekçede, bu Kanun ile belirli bir yerleşim merkezinin karşı karşıya olduğu yetersiz yapı teknikleri ile inşa edilmiş yapılara taşınmaları suretiyle meydana çıkan düzensiz yapılaşmanın önüne geçileceği belirtilmiştir. Bu sayede israfın da önüne geçilecek, afet riski altında olduğu kabul edilen yerlerde deprem afeti meydana gelmeden önce buralardaki meskenlerin, işyerlerinin ve sanayi tesislerinin yeni alanlara nakledilmesi sayesinde, yerleşme ve yapı emniyeti temin edilecektir. Muhtemel can ve mal kayıpları ile iktisadî ve sosyal diğer zararların en aza indirilmesi mümkün olacaktır. Ayrıca, hâlihazırda yaşanabilirlikten uzak, köhnemiş, can ve mal emniyeti bakımından riskli ve görüntü itibarı ile de çirkin olan yapılaşmalar ortadan kaldırılacak, estetik yapılar inşa edilecek ve halkın daha sıhhatli ve emniyetli şartlar altında ikameti de temin edilecektir. Yine Kanun, afet meydana geldikten sonra “yara sarma” değil de, “yara almama” anlayışına dayanmakta; böylece Anayasadaki “sosyal hukuk devleti” ilkesinin hayata geçirilmesi için önemli ve etkili bir adım atılmasını temin etmektedir³²⁴.

Nitekim 6306 sayılı Kanun'un 1. maddesi bu Kanun'un amacını düzenlemiştir. Buna göre, *"Bu Kanunun amacı; afet riski altındaki alanlar ile bu alanlar dışındaki riskli yapıların bulunduğu arsa ve arazilerde, fen ve sanat norm ve standartlarına uygun, sağlıklı ve güvenli yaşama çevrelerini teşkil etmek üzere iyileştirme, tasfiye ve yenilemelere dair usul ve esasları belirlemektir."* Bu bağlamda, söz konusu riskler ortadan kaldırılacak ve dönüşüm çalışmaları sayesinde halkın her türlü ihtiyacına cevap verebilen çağdaş bir kentleşmeye gidilme imkanı doğacaktır³²⁵.

³²³ TBMM. Genel gerekçe. *Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun Tasarısı ile Bayındırlık İmar, Ulaştırma ve Turizm Komisyonu Raporu (1/569)*, Sıra Sayısı:180, s. 5, (Çevrimiçi) http://tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_sd.onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=100881, 05.09.2015

³²⁴ TBMM, "Genel Gerekçe", *Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun Tasarısı ile Bayındırlık İmar, Ulaştırma ve Turizm Komisyonu Raporu (1/569)*, Sıra Sayısı:180, s. 5, (Çevrimiçi) http://tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_sd.onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=100881, 05.09.2015

³²⁵ Oy ve Nazik (2014), s. 30.

Genel gerekçede etraflıca açıklanan amaçlara ulaşılabilmesi hususunda Kanunun mevcut yapısının yetersiz kalabileceği kanaatindeyiz. Gerçekten, gerekçede gönüllülük esasına dayanan dönüşüm ve can ve mal kaybının önlenmesi esas amaç olarak benimsenmiştir. Bununla birlikte kanunda tespit edilen sistem benimsenen amacın ikinci planda kalmasına sebep olabilmektedir. Kanunda ve ikincil mevzuatta dönüştürülecek alanlarla ilgili bir risk sıralaması yapılacağını öngören hüküm mevcut değildir. Olası bir afet durumunda, hangi alanlarda daha büyük can ve mal kaybı gerçekleşeceğinin tespit edilmesi gerekir. Elbette bu tespitin bütün ülke dahilinde yapılması zordur. Bununla birlikte hem afetin gerçekleşme hem de buna bağlı olarak can ve mal kaybının ortaya çıkma riskinin öncelikli olduğu şehirler belirlenebilir. Bu şehirlerde de bölge bölge risk değerlendirmesi yapılarak, bunlardan hangisinin dönüşümde öncelik alması gerektiği tespit edilebilir. Böyle bir uygulama hem kanunun amacı bakımından kanaatimizce daha yerindedir. Mevcut durumda ise, dönüşüm piyasa koşullarına terk edilmiş olmaktadır. Uygulamada müteahhit haklı olarak zaten yatırım yapmayı düşündüğü rantabl bir yapının Kanun dahilinde değerlendirilmesini sağlayıp vergi ve benzeri mali avantajlardan faydalanabilmek saikiyle hareket etmektedir. Bu durum dönüşüm yapılacak alanların tercihinde, afet riskini bertaraf etme amacından ziyade mali kaygıların öne çıkmasına sebebiyet vermektedir. Riskli alanlardaki yapılar hakkında da problemler söz konusudur. Riskli alan ilanı, teknik ayrıntıları mevzuatta yer almayan bir rapora istinaden gerçekleştirilecektir. Bir bölge, üzerindeki yapılaşma sebebiyle de riskli alan ilân edilebilir. Ayrıca uygulamada, riskli alanlarda her bir yapı için ayrıca risk tespiti yapılmamaktadır. Buradan hareketle, mesela üzerindeki yapılaşmanın afet sonrası oluşacak araç trafiği sebebiyle can kaybına yol açacağından bahisle düzenlenecek teknik rapora istinaden bir bölgenin riskli alan ilân edilmesi akla gelebilir. Bu ilânı takiben bölgedeki mülkler kamulaştırılabilecektir. Siyasi veya ekonomik saiklerle bir mahalle riskli alan ilân edilerek dönüşüme konu olurken, hemen yanı başındaki mahallede hiçbir işlem yapılmaması mümkün olabilir. Burada sadece birkaçı sayılan problemlerin engellenebilmesi için, Kanun ve alt dereceli mevzuatın bahsedilen amaca paralel şekilde hazırlanması şarttır.

Mevcut uygulamada en çok gelir getireceği umulan yerlerde dönüşüm hızla ilerlemektedir. Buna mukabil, daha az gelir getirecek yerler can ve mal kaybı hususunda taşıdıkları risk fazla olsa da dönüşümle ilgili herhangi bir çalışmaya konu olmamaktadırlar. Kanaatimizce, tespit edilen belli bir asgari büyüklük şartına sahip bölgenin evvela risk haritası çıkarılmasını dönüşümün ilk aşaması olarak tespit eden hükümler mevzuatta sevk edilmelidir. Bu tespite dayanarak, öncelikle en riskli alanlar öncelikle dönüştürülmeli ardından daha az riskli alanlarda dönüşüm sağlanmalıdır. Bu takdirde kanunun amacıyla uyumlu sonuçlar elde edilmesi daha muhtemeldir.

Gönüllü dönüşüm ilkesi hususunda da problemler mevcuttur. Bunu izah edebilmek için Kentsel dönüşümde hukuki süreçten bir nebze bahsedilmelidir. Meselâ, bir yapının riskli olduğunun tespit edilmesinden sonra, kısa sürede tahliyesi ve yıkımı mecburdur. Yıkım kuralı olarak, her yapı için sadece bir tane düzenlenebilecek risk tespit raporuna istinaden gerçekleştirilecektir. Ayrıca uygulamada, yapıdaki tek bir malik risk tespit talebinde bulunabilmektedir. Bu hükümler birlikte düşünüldüğünde, arazi rantının yüksek olduğu bölgede müteahhit bir malikle anlaşarak veya kendisi yapının bir bağımsız bölümünde malik haline gelerek risk tespiti isteyebilir. Risk tespiti ise çoğunlukla yapı denetim kuruluşları tarafından yapılmaktadır. Ayrıca uygulamada, yapı denetim kuruluşlarının ücretleri müteahhit tarafından ödenmektedir. Yapının riskli olduğunu tespit eden raporun düzenlenmesinden sonra yeni inşaatta da bir yapı denetim şirketiyle çalışma mecburiyeti doğacaktır. Yıkımın gerçekleşmesinden sonra, yapının haksız yere yıkılıp yıkılmadığını tespit etmekse çok güçtür. Kanun, yıkımı takiben esas olarak yapıdaki hak sahipleri ile müteahhit arasında anlaşma yapılmasını esas alır. Anlaşma çerçevesinde yeni yapılarda hak sahipliği belirlenecektir. Bununla birlikte, yıkım baskısı altındaki maliklerin sözleşme görüşmelerinde menfaatlerini hakkıyla savunmaları mümkün olmayabilir. Yıkım baskısı altındaki maliklerin, anlaşma ile dönüşüme dahil olmaları öngörülmüşse de bu durumun hakiki bir gönüllülük olduğu tartışmaya açıktır. Bu noktada, TBK. m.28’de düzenlenen aşırı yararlanma hükümlerinin uygulanabileceği durumlar söz konusu olabilir.

Kentsel dönüşümün ekonomik boyutu da vardır. Kentsel dönüşüm sürecinin ekonomik temellerinin sağlamlığı, büyük finans kaynaklarının dönüşüm için seferber edilmesine

bağlıdır. Finansman ihtiyacı, dönüşüm kapsamında hayata geçirilecek taşınmaz projeleri ile karşılanmaya çalışılmaktadır³²⁶. Yerel kaynakların kısıtlı imkânları düşünüldüğünde, yabancı yatırımcının dönüşüm projelerine olan ilgisinin önemi ortaya çıkar³²⁷. Yabancıların, projelere gerek doğrudan, gerekse proje temelli finans araçları vasıtasıyla yatırım yapması istenmektedir³²⁸. Böylelikle, sadece kentsel dönüşümün finansmanının da ötesine geçilerek, ülkemiz için ek kaynak yaratılması mümkün olabilir. Yaratılan bu finansal imkânlardan özellikle inşaat sektörü yararlanacak, inşaat sektöründeki gelişme dolaylı olarak reel sektörün diğer kesimlerine de etki edecektir. Bu sebeple hem reel sektör hem de finans sektörü bakımından süreç önem arz eder. Türkiye, bilhassa faizsiz bankacılık alanında büyümek istemektedir³²⁹. Bu hedefe erişebilmek için, reel varlıklara dayanan çeşitli finans enstrümanlarına ihtiyaç vardır. Bahsedilen enstrümanların, yatırımcısı için kârlı, dolayısıyla tercih edilir olması, kentsel dönüşüm sürecindeki projelerin problemsiz tamamlanıp vaadedilen geliri sağlamasına bağlıdır³³⁰. Aksi halde

³²⁶ C.Yürek (2013). *Kentsel Dönüşüm Uygulamaları-Hukukî İdarî Teknik Altyapısı, Türkiye Mühendislik Haberleri*, s. 2013/4 s.28-38. http://www.imo.org.tr/resimler/dosya_ekler/1aa5ee541f31636_ek.pdf?dergi=532 (Erişim Tarihi 08.07.2015)

³²⁷ Türkiye'nin 2010 yılı yurtiçi tasarruf miktarı GSMH'sinin %13,9'una, sabit sermaye yatırımları GSMH'sinin %19,1'ine tekabül etmektedir. Buradan hareketle GSMH'nin takriben % 5'i kadar tasarruf açığı mevcuttur. <http://www.kalkinma.gov.tr/Pages/EkonomikSosyalGostergeler.aspx> (Erişim tarihi 23.01.2015) Bu tasarruf oranı ile Türkiye, 140 ülke arasında 95. sırada yer almaktadır. (Erişim tarihi 23.01.2015)

<http://databank.worldbank.org/data/views/variableSelection/selectvariables.aspx?source=world-development-indicators#> (Erişim tarihi 23.01.2015)

³²⁸ Yabancılar mülk satışı ile ilgili daha esnek bir yapının oluşturulması, yatırımcı tabanının genişletilmesi ve riskin yayılması için kira sertifikası çıkarılması konusunda açıklamalara örnek olarak bkz. <http://www.bloomberght.com/haber/haber/1076731-yabanciya-gayrimenkul-satisi-esneyecek> Bu açıklamalara paralel olarak gerek Hazine Müsteşarlığı gerekse özel kuruluşlar kira sertifikası ihracına başlamıştır. İlgili olarak bkz. <http://www.bloomberght.com/haberler/haber/1437097-hazineden-1-25-milyar-dolarlik-sukuk-ihraci> ayrıca, <http://tkbb.org.tr/kuveyt-turkten-ilk-sukuk-ihraci--dunya-bulteni.aspx?pageID=115&nID=6778&NewsCatID=348> (Erişim tarihi 02.12.2013) Gayrimenkul piyasasına yabancı yatırımcı çekmeye yönelik bu düzenlemeler, konuyla ilgili olan Türk şirketlerine olan ilgiyi de arttırmaktadır. İlgili olarak bkz. <http://www.hurriyet.com.tr/ekonomi/25092393.asp> (Erişim Tarihi 02.12.2013)

³²⁹ Faizsiz bankacılık sisteminin 2012 yılı itibarı ile toplam büyüklüğü 1,3 trilyon dolar olarak hesaplanmaktadır. 2015 yılında ise bu büyüklüğün 2,5 trilyon doları bulacağı tahmin edilmektedir. Ülkemizde ise bu büyüklük 83 milyar dolar seviyesindedir. https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/211254/Islamic_finance_n_ote_final.pdf (Erişim tarihi 18.12.2013)

³³⁰ Klâsik piyasalarda yatırımcıların, ihtiyaç sahiplerine fon aktarımı, genellikle bu aktarımdan bir maddi menfaat elde etme amacıyla gerçekleşir. Bu menfaat; kredi temelinde üretilen tahvil, bono gibi araçlarda faiz; ortaklık temelinde üretilen hisse senedi gibi araçlarda ise kâr payı olarak ortaya çıkar. İslam'da yer alan faiz yasağı, bu yasaktan kaçınmak isteyen yatırımcının kredi temelli ürünlerden uzak durmasına neden olmuştur. Ortaklık temelinde dayalı hisse senetleri ise hem ciddi zarar riski taşıyan, hem de sadece şirket değerlerinin menkul kıymetleştirilmesinde kullanılan ürünlerdir. İslam Dünyası ise kitlesel yatırımcı çekebilecek büyüklükte ve nitelikte şirketlerden çoğunlukla yoksundur. Ayrıca yatırım yapılabilecek

yabancı yatırımcının ilgisinin sürekliliği beklenemez. Bunun yanında, mülkiyet hakkının titizlikle korunmadığı, sürekli olarak Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi tarafından mahkûmiyet kararlarına muhatap olan bir ülkenin taşınmaz sektörüne yatırımcı çekmenin zorluğu açıktır. Gerçekten de mülkiyet hakkının korunmadığı bir sistemde kısa süreli malî avantajlar elde edilse de, kalıcı ekonomik ilerlemeler sağlanamaz³³¹.

2. 6306 Sayılı Kanun Kapsamında Kentsel Dönüşümde Hukuki Süreç

2.1. Rezerv Yapı Alanı, Riskli Alan ve Riskli Yapının Tespiti

6306 sayılı Kanun "Tanımlar" başlıklı 2. maddesinde rezerv yapı alanı, riskli alan ve riskli yapının tespiti tanımlanmıştır. Buna göre:

Rezerv yapı alanı; 6306 sayılı Kanun kapsamında yapılacak uygulamalarda yeni yerleşim alanı olarak kullanılmak üzere, TOKİ'nin veya İdarenin talebine bağlı olarak veya resen, Maliye Bakanlığının uygun görüşü alınarak Bakanlıkça belirlenen alanları,

Riskli alan; zemin yapısı veya üzerindeki yapılaşma sebebiyle can ve mal kaybına neden olma riski olan, Bakanlık veya İdare tarafından Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığının görüşü de alınarak belirlenen ve Bakanlığın teklifi üzerine Bakanlar Kurulunca kararlaştırılan alanı,

Riskli yapı ise; riskli alan içinde veya dışında olup ekonomik ömrünü tamamlamış olan ya da yıkılma veya ağır hasar görme riski taşıdığı ilmî ve teknik veriler baz alınarak tespit edilen yapıyı ifade eder.

şirketler de genelde kredi temelli finansal ürünleri kullanmakta, yani faizle iş yapmaktadır. Dolayısıyla faiz yasağına duyarlı, ancak parasını fazlaca riske etmek istemeyen yatırımcı faizsiz bankacılık ürünlerini tercih etmektedir. Bu ürünler genellikle bir projede, eşyanın yanında, ya da bu ikisinden elde edilecek menfaat üzerinde ortaklık kurulduğu varsayımı ile türetilir. Yani reel varlıklar, faizsiz finans ürünlerinin türetilmesinde ön plandadır. S. Bayındır, (2007), Menkul Kıymetleştirme Uygulamaları ve Fıkıhtaki Yeri. *İstanbul Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Sayı: 16, 249-273.

³³¹ Başpınar (2009), s.140 vd.

Tanımı verilen söz konusu kavramlar aşağıda ayrıntılı olarak incelenecektir:

2.1.1. Rezerv Alanların Tespiti

Rezerv alanlar, afet riskinin düşük olduğu bu sebeple yeni yerleşimlerin kurulacağı b6lgelerdir. Rezerv alanların, ne şekilde belirleneceği 6306 Sayılı Kanun ve Kanunun Uygulama Y6netmeliğinde d6zenlenmiştir. Bir b6lgenin rezerv alan olarak belirlenmesi i7in;

Alanın b6y6kl6đ6n6 i7eren koordinatlı h6lihazır haritası,

Alanın uydu g6r6nt6s6n6 veya ortafoto haritasını,

Alanda bulunan kamuya ait taşınmazların listesini i7eren dosyanın hazırlanması gerekir.

B6lgenin rezerv alan il6n edilebilmesi i7in Maliye Bakanlığının uygun g6r6ř6n6n alınması şarttır. Uygun bulma g6r6ř6 i7in uygulama y6netmeliğinde otuz g6nl6k s6re belirlenmiştir. Rezerv alan ilan etme yetkisi ise 7evre şehircilik Bakanlığındadır. Bakanlık re'sen, Toki veya İdarenin talebi 6zerine bir b6lgeyi rezerv alan il6n edebilir. Toki ve idarenin haricinde, ger7ek kişilerle 6zel hukuk t6zel kişileri de Bakanlık'tan bir b6lgenin rezerv alan il6n edilmesi talep edebilirler. Ger7ek veya 6zel hukuk kişilerinin bir b6lgenin rezerv yapı alanı olarak belirlenmesini talep edebilmesi i7in, b6lgedeki b6t6n taşınmaz maliklerinin muvafakatinin alınması gerekir. Bunun yanında maliklerin, mevzubahis taşınmazların toplam y6z6l76m6n6n y6zde yirmi beşinin devri i7in de izin vermesi gerekir.

Uygulama Y6netmeliği madde 4 fıkra 4'e g6re, rezerv yapı alanlarda, Kanunun amacı 7er7evesinde fen ve sanat norm ve standartlarına uygun, sağlıklı ve g6venli yaşama 7evrelerini teşkil etmek ve Kanunda 6ng6r6len ama7lar 7er7evesinde kullanılmak 6zere;

a) Riskli alanlar ile bu alanlar dışındaki riskli yapılarda ikamet edenlerin nakledileceği rezerv konut ve işyerleri,

b) Riskli alanlarda ve bu alanlar dışındaki riskli yapılarda ikamet etmeyen kişilere satışı yapılabilecek her türlü yapı ile gelir ve hasılât getirecek her türlü uygulama, yapılabilir ve bu alanlar yeni yerleşim alanı olarak kullanılabilir.

Belirtmek gerekir ki, ilan edilecek rezerv alanların sınırlarının nasıl tespit edileceği konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Mesela, tarihi ve kültürel yapılar iç içe geçmiş bulunmaktadır. Bu alanlar belirlenirken bu tür tarihi yapılar ve kültürel varlıkların nasıl korunacağı açıklanmamıştır. 6306 sayılı Kanun'un 9. maddesinde bu Kanun ile çelişen kanunların uygulanmayacağı hüküm altına alınmış olsa da uygulamada çok büyük sorunlara neden olabilir³³².

Rezerv alan ilanı kararı Bakanlıkça tesis edilen bir düzenleyici işlem mahiyetindedir. Çünkü soyut, birden fazla kişiyi etkileyen ve süreklilik arz eden genel nitelikli bir işlemdir. Bu sebeple, işlemin iptali talebiyle Danıştay nezdinde iptal davası açılabilir. Söz konusu iptal davası için Kanun'un 6. maddesinin 9. fıkrasında 30 günlük süre öngörülmüştür. Bu iptal davası, rezerv yapı alanındaki bölgede yerleşim yeri bulunan veya taşınmazı bulunan herkes tarafından açılabilir³³³.

Rezerv alanlarda dönüşüm yapma yetkisi, Çevre ve Şehircilik Bakanlığına aittir. Bu bakanlık, yetkisini TOKİ veya ilgili idareye devredebilir³³⁴.

Devir, Bakanlığın uygun gördüğü ve ona bağlı ve ilgili kuruluşlara yapılacaktır. İdare ile Toki de, devrin gerçekleştirilebileceği kuruluşlardır. Kanaatimizce, bu iki kuruluşa devir gerçekleştirilecekse de Bakanlığın uygun görüşü alınmalıdır. Bunun sebebi, bir bölgeyi rezerv alan ilân etme yetkisinin Bakanlıkta olmasıdır. Pek çok bölge arasından, kamu yararına uygun olması şartı ile herhangi bir yeri rezerv alan ilân etme işlemi takdir hakkını içinde barındırır. Bu alanın hangi kuruluşça kullanılacağı da bu yetki dâhilinde değildir. Taşınmazların devredilen kısımlarından elde edilecek gelir ise, dönüşüm projeleri özel hesabına kaydedilir.

³³² Saraç (2015), s. 137.

³³³ E. Özsunay (2015). *6306 sayılı kanun ve kentsel dönüşüm uygulamalarına ilişkin düşünceler*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 8.

³³⁴ S. Şimşek (2013). *Türkiye'de kentsel dönüşüm uygulamaları*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 147.

2.1.2. Riskli Alanların Tespiti

Riskli alan, zemin yapısı ve üzerindeki yapılaşma sebebiyle can ve mal kaybına yol açma riski taşıyan alanlardır. Bir bölgenin riskli alan olarak tespit edilmesi Bakanlar Kurulu Kararıyla gerçekleşir. Bu karar Bakanlığın, Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığından alacağı görüşe istinaden hazırlayacağı teklif üzerine verilecektir. Başkanlık görüşünü 15 gün içerisinde bildirir. TOKİ, Bakanlık ve idare bir bölgenin riskli alan olduğu hakkında teklif hazırlanmasını Bakanlıktan talep edebilir. Bunun yanında, bahsedilen bölgede taşınmaz maliki olan gerçek ve tüzel kişiler de Bakanlıkça teklif düzenlenmesini talep edebilirler³³⁵. Bakanlığın gerek kendisinin hazırlayacağı, gerekse TOKİ ve idareden gelecek taleplerde bulunması gereken belgeler 6306 sayılı kanunun uygulama yönetmeliğinde belirtilmiştir. Özel ve tüzel kişi taşınmaz maliklerinden gelecek taleplerde de aynı şartlar aranır. Buna göre talepte;

- 1) Alanın, zemin yapısı veya üzerindeki yapılaşma sebebiyle can ve mal kaybına yol açma riski taşıdığına dair teknik rapor,
- 2) Alanda daha önceden meydana gelmiş afetler varsa, bunlara dair bilgiler,
- 3) Alanın büyüklüğünü de içeren koordinatlı sınırlandırma haritasını, varsa uygulama imar planı,
- 4) Alanda bulunan kamuya ait taşınmazların listesi,
- 5) Alanın uydu görüntüsünü veya orto foto haritası,
- 6) Zemin yapısı sebebiyle riskli alan olarak tespit edilmek istenilmesi halinde yerbilimsel etüd raporu,
- 7) Alanın özelliğine göre Bakanlıkça istenecek sair bilgi ve belgeler bulunur.

³³⁵ A. R. İlgezdi (2014). *Adım adım kentsel dönüşüm*. İstanbul:Legal Yayıncılık, s. 8.

Bunların yanında, tüzel kişiler için kendi yetkili olduğu alanda, usullüne uygun alınmış bir kararın varlığını gösteren belgenin de mevcut olması gerekir.

Riskli alan olarak ilân edilecek bölgenin asgari on beş bin metrekare büyüklükte olması gerekir. Bununla birlikte, Bakanlık uygulama bütünlüğü bakımından gerekli görürse, on beş bin metrekare şartı ile bağlı olmaksızın riskli alan tespiti için teklif hazırlayabilir.

Riskli alandaki proje, malikler tarafından yürütülebilir. Bu durumda proje paydaşı olan maliklerin 2/3 çoğunluğu ile mühim kararlar alınabilecektir. Mesela projenin parsellerde ayrı ayrı, birleştirilerek ya da bütün bir imar adası temel alınarak gerçekleştirilmesi kararlaştırılabilir. Bunun yanında, payların satışına, alanın kat karşılığı veya diğer usullerle değerlendirilmesine de proje dahilindeki maliklerin 2/3 çoğunluğu ile karar verilebilecektir. Projenin, bir kurum tarafından uygulanması halinde de yine 2/3 çoğunluğun onayı gerekir.

Uygulama riskli alanlarda her bir yapının ayrıca risk tespitinin yapılmasına gerek olmadığı yolunda gerçekleştirilmektedir Bununla birlikte, üzerindeki yapılaşma sebebiyle de bir bölgenin riskli alan olarak belirlenebilecek olması, bu sebeple riskli alan ilân edilecek yerlerde risk tespiti yapılmasını kanaatimizce mecbur kılar. Bunun yanında, neredeyse her tür zeminde gerekli mali külfete katlanarak yapılaşmaya gidilebilir olması, zemin hassasiyeti sebebiyle riskli alan ilan edilecek yerlerde de risk tespitinin ayrıca yapılması gerektiği sonucunu düşündürmektedir Uygulamanın, riskli alanda ayrıca risk tespiti yapılmasına gerek olmadığı yolunda şekillenmesinin hangi hükme istinaden yapıldığı kanaatimizce belirsizdir. Gerçekten, sağlam yapıların dahi uygulama bütünlüğü açısından yıkımına izin veren madde mesned olarak gösterilmektedir³³⁶. “Oysa ki, riskli alanlarda bulunan yapıların, herhangi bir afet riski tespiti yapılmadan yıktırılması başka bir konudur” Bahsedilen madde ile, yapının zaten sağlamda olsa yıkılabileceği mantığından hareketle, risk tespiti yapmaksızın riskli alan ilan edilmesine cevaz verildiği sonucuna ulaşılamaz. Riskli alan tespiti, Bakanlar kurulunca alınan bir kararla mümkündür ve bir idari işlemdir. Bir idari işlemin sebep unsurunun bulunmaması işlemi

³³⁶ S. Şimşek, (2013), s. 24.

sakatlar. Sadece ne şekilde ve kimler tarafından hazırlanacağı belli olmayan bir teknik rapora istinaden riskli alan ilan edilen yerler bakımından kanaatimizce sebep unsurunun sağlamlığı ciddi şüphe altındadır. Riskli alan ilanının ardından mülklere yapılabilecek müdahalelerin sayısı ve müdahalenin derinliği, risk tespitinin titizlikle yapılması gereğini daha da öne çıkarır.

2.1.3. Riskli Yapının Tespiti

Kanun esas olarak, Türkiye'deki bütün yapı stoğunun riskli olup olmadığının belirlenmesini hedefler. Bu sebeple her yapının, risk tespitinin yapılması gerekir. Risk tespiti bilimsel ve teknik verilere dayanılarak yapılacaktır. Bu faaliyeti hangi kurum ve kuruluşların yapabileceği 6306 sayılı Kanun ve bu kanunla ilgili mevzuat dâhilinde belirlenmiştir. Çevre Şehircilik Bakanlığı ve lisanslandırdığı kurum ve kuruluşlar risk tespiti yapmaya yetkilidir. Belediyeler, büyükşehir belediyeleri ve il özel idareleri idari olarak yetkili oldukları bölgede lisans almaksızın risk tespiti yapabilirler. Büyükşehirlerde yer alan ilçe belediyeleri ise, ancak Bakanlık tarafından yetkilendirilmeleri halinde risk tespiti yapabileceklerdir. Bahsedilen kurum ve kuruluşlar, 6306 Sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliğinin 2.ekinde yer alan esaslara göre yapının riskli olup olmadığını değerlendirir. Bu esaslar yapının, farazi bir orta şiddetli depremi onarılabilir hasarla, şiddetli bir depremi ise can güvenliğini sağlayabilecek yeterlilikte atlatabilmesini sağlayacak şekilde belirlenmiştir. Bununla birlikte yönetmelikte, ekonomik ömrünü tamamlamış yapının hangi kıstaslara göre belirleneceği hakkında bir düzenleme bulunmamaktadır. Mevzuatta yer alan bu eksikliğin giderilmesi gerekir. Aksi halde, keyfi ve amacından sapmış uygulamalarla karşılaşılabilir³³⁷.

Hangi yapıların risk tespitinin yapılacağı, 6306 sayılı kanunun uygulama yönetmeliğinde açıklanmıştır. Buna göre; risk tespiti kendi başına kullanılabilen, üstü örtülü ve insanların içine girebilecekleri büyüklükteki yapılar için söz konusudur. Ayrıca yapının oturma, çalışma, eğlenme, dinlenme, ibadet etme amaçları ile kullanılabilir olması gerekir. Nihayet, hayvanların ve eşyaların korunmasına yarayan yapılarda da risk tespiti yapılabilecektir. İnşaat halindeki yapılarla, bir bölümünün yıkılmış olması sebebiyle

³³⁷ Öngören ve Çolak (2013), s. 140.

kullanılmayan yapılarda risk tespiti yapılmaz. Yönetmelik, metruk yapıların da risk tespitine konu olamayacağı şeklinde hüküm sevk etmiştir. Kaçak diye tabir edilen iskânı alınmamış yapıların da risk tespiti, üzerinde bulunduğu arazinin malikinin talebi ile gerçekleştirilebilir. Yapı maliklerinin talebi haricinde, Bakanlık belirlediği alanlarda doğrudan risk tespiti yapabileceği gibi, bunu idareden de talep edebilir.

2981 Sayılı Kanun ile, hazine, belediye, il özel idareleri ile vakıflar genel müdürlüğünün idare ettiği arsa ve araziler üzerinde bulunan yapılar üzerinde hak sahibi kabul edilen kişilere tapu tahsis belgeleri verilmiştir. Kural olarak, tapu tahsis belgelerine konu arazilerde ıslah imar plânının yapılması sonrasında hak sahiplerine tapu verilecektir. Bununla birlikte 2981 Sayılı Kanun'un uygulamada kaldığı on sekiz yılda, ıslah imar plânları tamamlanamamış yerler mevcuttur. Bu sebeple, hâlen tapu tahsis belgesine dayanarak, yapı üzerinde tasarruf eden kimseler mevcuttur. Kanaatimizce, tapu tahsis belgesine sahip kimselerin malik gibi risk tespiti isteyebilmesi gerekir. 2981 Sayılı Kanun'da kararlaştırılmış bedelleri ödeyerek, arazi üzerinde tasarruf hakkı verilen kimselerin İHAM kararlarında belirtilen mülkiyete yönelik meşru beklenti içinde olduklarını kabul etmek gerekir. Tapu tahsis belgesi verildikten sonra, ıslah imâr plânlarının mâkul bir sürede yapılmamış olması, hak sahiplerinin kusuruna dayanmaz. Bu sebeple, tapu tahsis belgesine sahip kimseler 6306 Sayılı Kanun kapsamında malik gibi değerlendirilmelidirler.

Yapıların risk değerlendirmesi, kural olarak maliklerin veya kanunî temsilcilerinin talebi ile gerçekleştirilir. Yapı üzerinde birlikte mülkiyet olması durumunda, risk tespiti talebi özellik arz eder. Uygulamada, yapı üzerinde birlikte mülkiyet olsa dahi tek bir malikin talebi ile risk tespiti yapılmaktadır³³⁸ Kanaatimizce bu durum hukuka uygun değildir. Gerçekten, yapının değerlendirme sonrası riskli olduğunun tespit edilmesi halinde, kısa süre içinde tahliye ve yıkımın gerçekleştirilmesi mecburidir. Bu sebeple, yapı üzerinde paylı mülkiyetin varlığı durumunda, risk tespiti talebi MK m.692 dâhilinde değerlendirilmelidir. Mezkûr hükme göre, “olağan şekilde kullanmanın gerekli kıldığı ölçüyü aşan yapı işlerine girişilmesi” aksi kararlaştırılmadıkça, paydaşların oybirliği ile

³³⁸ <http://www.csb.gov.tr/gm/altyapi/index.php?Sayfa=sayfa&Tur=webmenu&Id=8291>

mümkündür³³⁹. Benzer bir durum elbirliği mülkiyetine tâbi yapılar hakkında da söz konusudur. Bu yapılarda risk tespiti yapılabilmesi için, MK m.702 gereği oybirliği aranmalıdır³⁴⁰.

Kentsel Dönüşüm Kanunu'nun en çok 634 Sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu'na tâbi yapılar için uygulanacağı tahmin edilebilir. Bu yapılarda da, risk tespiti talebi için, bağımsız bölüm malikleri ile kat irtifakı sahiplerinin oybirliği aranmalıdır. Bunun sebebi, KMK m.4 hükmü ile yapıyı ayakta tutan esas unsurların, sözleşme ile aksi öngörülemez şekilde ortak yerler arasında sayılmış olmasıdır. KMK m.15 hükmü gereği, bahsedilen ortak yerler ortak mülkiyete tâbidir. Burada kanun koyucu ortak mülkiyet kavramı ile, paylı mülkiyete işaret etmiştir³⁴¹. Gerçekten, KMK m.16 hükmü ortak mülkiyete tâbi yerlerde, pay oranlarını tespit edecek niteliktedir. Bu itibarla, yukarıda paylı mülkiyete tâbi yapılarla alâkalı anlatılanlar KMK hükümlerinin uygulanacağı yapılar için de geçerlidir.

Uygulama Yönetmeliğinde yer alan, risk tespit talebinde aranacak belgeleri düzenleyen hüküm de, birlikte mülkiyete tâbi yapılar dikkate alınarak yeniden düzenlenmelidir³⁴². Birlikte mülkiyetin bulunduğu yapılarda, oybirliği ile alınmış bir kararın risk tespiti talep edilirken sunulması gerekir. KMK hükümlerine tâbi yapılarla ilgili alınacak kararın, kat malikleri kurulunun usulüne uygun yapacağı toplantıda, oy birliğiyle alınması gerekir.

Yapılarda risk tespitini, sadece maliklerin isteyebilmesi, kiracı ve sınırlı ayni hak sahiplerinin bu talepte bulunamaması Kanunun kendi mantığı bakımından çelişkili gözükmektedir. Gerçekten, Kanun esas olarak hayat hakkını koruma iddiası ile mülkiyet hakkına müdahale imkânları getirmektedir. Bununla birlikte, olası bir afet durumunda hayatını kaybetme ihtimali ile doğrudan karşı karşıya kalacak olan, riskli yapı ve

³³⁹ Eren (2014), s.107.

³⁴⁰ Özsunay (2015), s. 41.

³⁴¹ Özsunay (2015), s. 42.

³⁴² Öncelikle yapı malikleri veya kanunî temsilcileri tarafından, masrafları kendilerine ait olmak üzere yaptırılır. Maliklerce yapılacak riskli yapı tespiti talebi, tapu belgesinin ve kimlik belgesinin fotokopisi ile yapılır. 23/6/1965 tarihli ve 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu uyarınca kat irtifakı veya kat mülkiyeti kurulmadığı için arsa paylı tapu var ise, arsa üzerinde fiilen bulunan yapının riskli yapı tespiti, yapının sahibi olan arsa payı sahibince yaptırılır. Arsa üzerindeki yapının başkasına ait olması ve bunun da tapu kütüğünde belirtilmiş olması halinde, riskli yapı tespiti lehine şerh olan tarafça yaptırılır.

alanlarda mûkim kimseler esas itibari düşük sosyo-ekonomik seviyeye mensup kimselerdir. Bahsedilen gruba mensup kimseler, çoğunlukla maliki olmadıkları yerlerde ikamet etmektedir. Bu itibarla, Kanunun esas amacının, hayat hakkını koruma olduğu iddiası ile ilgili soru işaretleri doğmaktadır. Anlatılanlardan kiracı ve sınırlı ayni hak sahiplerinin, maliki yapının yıkımı ile sonuçlanacak bir sürece icbar edebilmeleri de mâkul olduğu sonucu çıkarılmamalıdır. Bunun sebebi, mülkiyet hakkının birinci bölümde etraflıca açıklanan nitelikleridir. Ayrıca, kiracı ve ayni hak sahiplerinin risk tespiti talebinde bulunabilmesi, kötüye kullanmaya çok elverişlidir. Riskli alan ve yapılarda mukim kimseler için ödenebilir sosyal konut projeleri gerçekleştirmek, afet riskinin azaltılması için tercih edilmesi gereken bir seçenek gibi gözükmektedir. Hazine arazilerine yapılacak bu tip konutlarda, rant maliyeti ile müteahhit kârı bulunmayacağından toplam maliyet aşağıya çekilebilir. Bunun yanında devlet vergi muafiyeti gibi sübvansiyon uygulamaları ile de düşük gelir grubu bakımından ödenebilir konutların yapımını sağlayabilir. Düşük sosyal gelir grubuna bu tip hizmetleri götürmek sosyal devlet ilkesinin gereğidir. Yine birinci bölümde açıklanan, bireyin kendini gerçekleştirebilmesi için muhtaç olduğu asgari hayat standartlarının sağlanması amacı bakımından da bu tercih yerindedir. Zaten mevcut uygulamada, aşağıda açıklanacağı üzere hazine arazileri kullanıma açılmakta, vergi avantajları sağlanmaktadır. Buradaki problem, devletin hazine arazilerinin kullanılması ile vergi uygulamasından kaynaklanan avantajları düşük sosyo-ekonomik seviyedeki kimselerin faydasından çok, dönüşüm projelerini uygulayacak kimselerin faydasına kullanılmasıdır. Bu durum hem sosyal devlet ilkesine aykırıdır, hem de inşaat sektöründe sağlıklı rekabet imkânlarını sarsabilecek niteliktedir. Mesela, askeri yasak bölgelerin yapılaşmaya açılması bu kanun kapsamında gerçekleştirilebilecektir. Bilhassa şehir içinde yer alan askeri yasak bölgeler, aynı zamanda ciddi rant alanlarıdır. Bu bölgelerin rezerv alan olarak tespit edilmesi halinde bölgede proje uygulayan müteahhit, arazi maliyetinden sıyrılacak ve rakipleri karşısında büyük avantaj elde edecektir.

Riskli yapıların tespitini Çevre ve Şehircilik Bakanlığı kendi teşkilâtı vasıtasıyla bizzat yapabilir. Bunun yanında, kanunda idare olarak tanımlanan büyükşehir belediyeleri, belediyeler ve il özel idareleri de yetkili oldukları bölgede risk tespiti yapabilirler. Büyükşehir sınırları içinde yer alan ilçe belediyeleri ise, bakanlıkça yetkilendirilmeleri

durumunda risk tespiti faaliyeti yürütebilirler. Sayılan kamu idarelerinin yanında, Bakanlık tarafından verilecek lisansla risk tespiti faaliyeti sürdürülebilir. Kanunun uygulama yönetmeliğinde lisans verilebilecek kurum ve kuruluşlar sayılmıştır. Buna göre;

1-Kamu kurum ve kuruluşları,

2-Üniversiteler,

3-Sermayesinin en az yüzde kırkı kamu kurum ve kuruluşlarına ait şirketler,

4-Depremden korunma, deprem zararlarının azaltılması, deprem mühendisliğinin gelişmesine katkıda bulunma gibi konularda faaliyet gösteren sivil toplum kuruluşları,

5-4078 Sayılı Kanunla Bakanlıktan izin belgesi almış yapı denetim ve laboratuvar kuruluşları,

6-6235 Sayılı Türk Mühendis ve Mimarlar Odaları Birliği Kanunu uyarınca inşaat, jeodezi ve jeofizik mühendisleri odalarına, büro tescilini yaptırmış kurum ve kuruluşlar lisans alarak risk tespiti yapabileceklerdir. Lisansa dayanarak risk tespiti yapan kuruluşlar, bu yetkilerini ülke genelinde kullanabilirler. Bu noktada vurgulanması gereken husus, zaten belli denetim ve izinlere dayanarak faaliyet gösteren mühendis odalarına kayıtlı kuruluşlarla, yapı denetim ve laboratuvar kuruluşlarının risk tespiti yapabilmek için ayrıca lisans almalarının gerekli olmasıdır. Risk tespiti için lisans verilen kurum ve kuruluşlar, Bakanlığın internet sitesinde yayınlanmaktadır³⁴³.

Belediyeler, büyükşehir belediyeleri ve il özel idareleri idari olarak yetkili oldukları bölgede lisans almaksızın risk tespiti yapabilirler. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, risk tespitinin malikler tarafından talep edilmesi halinde belirtilen birimlerin risk tespiti yapabilecekleridir. Ayrıca Bakanlığın süre vererek, maliklerden yapıda risk tespitinin yapılmasını istemesinin ardından, bunun gerçekleştirilmemesi durumunda da

³⁴³ <http://www.csb.gov.tr/gm/altyapi/index.php?Sayfa=kategori&Id=26&k=5>

bahsedilen yetki kullanılabilir. Aksinin, yani maliklerin veya bakanlığın talebi olmaksızın belirtilen birimlerin risk tespiti yapabileceğinin kabul edilmesi kötüye kullanmaları beraberinde getirebilir. Mesela, yan yana iki yapıdan birinde ya da iki mahalleden birinde risk tespiti yapılırken, diğerinde yapılmaması tamamı ile ilgili belediyenin tasarrufunda olacaktır. Belediye karar süreçlerine siyasi tercihlerin etkisi düşünüldüğünde, risk tespitini bahsedilen birimlerin iradesine bırakmanın tehlikesi ortaya çıkar. Sürecin sonunda riskli olduğu gerekçesi ile yıkım da gerçekleşeceği için yargı sürecinde de hak ihlâlinin ortadan kaldırılması mümkün olmayabilir. Belediye, önceden hazırlanmış dilekçelerle risk tespit işleminin sebep unsurunu oluşturabilecektir. Yargının, idareyi bir işlemi yapmaya zorlayamayacağı ve yerindelik denetimi yapamayacağı kuralları da düşünüldüğünde eşit uygulama yapılması imkânın zorlaşacağı da öngörülebilir. Risk tespiti sırasında, yapıda yapılacak incelemeler mülkiyete müdahale niteliğindedir. Esas olan hakkın dokunulmazlığıdır. Bu sebeple, imkânın dar yorumlanarak sadece malikin talebi ve Bakanlığın süre vererek risk tespitini istemesi durumlarında bahsedilen birimlerin risk tespiti yapmaya yetkili oldukları kabul edilmektedir.

Risk tespit raporunu düzenleyecek mühendislerin, hâlen ilgili meslek odasına kaydının bulunması şarttır. Bunun yanında mesleklerinde en az beş yıllık tecrübeye sahip olmalıdırlar. Bakanlık tarafından, riskli yapıların tespiti konusunda verilen eğitimi başarıyla tamamladıklarını belgelemeleri de gerekir. Lisans verilecek kuruluşların risk tespitini sağlıklı değerlendirebilmesi için alınan bu önlemler yerindedir

Bakanlığın doğrudan risk tespiti yapmadığı hallerde, tespiti yapan kurum veya kuruluş, raporun bir örneğini tespit tarihinden itibaren en geç yedi gün içinde, yapının bulunduğu ildeki Altyapı ve Kentsel Dönüşüm Müdürlüğü'ne gönderir. Bu birimin bulunmadığı illerde, Çevre Şehircilik Müdürlükleri raporu teslim alarak gerekli incelemeyi yapacaklardır. Raporun 6306 sayılı Kanun ve alt mevzuatına uygun hazırlanmış olması durumunda, riskli olduğu tespit edilen yapılar en geç on iş günü içinde, ilgili tapu müdürlüğüne bildirilir. Tapu müdürlüğü, yapının riskli olduğunu beyanlar hanesine işler. Risk tespiti raporu yanlış veya eksik hazırlanmış olabilir. Bu durumda raporun hazırlayan kurum veya kuruluşu iadesi yapılacaktır. Bahsedilen kurum ve kuruluşlar, iade tarihinden

itibaren otuz gün içinde, rapordaki eksikleri giderip, gerekli düzeltmeleri yapmaya mecburdurlar.

Tapu Müdürlüğü'nün yapının riskli olduğunu beyanlar hanesine işlemesinin ardından, bu durum maliklere tebliği edilir. Malikler, tebellüğ tarihinden itibaren on beş gün içinde itiraz edebilirler. Bu itiraz, yetkili Müdürlüğe yapılacaktır. İtiraz edilmemesi durumunda, yıkım safhasına geçilir.

Riskli yapı tespiti hakkındaki itiraz, yetkili müdürlüğe yapılır. Yapılan itiraz, Bakanlıkça teşkil edilen teknik heyetler tarafından incelenecektir. Teknik heyet üniversitelerden gönderilecek dört üye ile Bakanlık teşkilatından görevlendirilecek üç üyeden oluşur. Bakanlık teşkilatından heyete dahil olacak üyelerin, en az ikisinin inşaat mühendisi olması gerekir.

Kural olarak her yapı için bir tane risk tespit raporu hazırlanabilir. Sadece itiraz üzerine yeniden rapor tanzim edilen hallerle, raporun gerçeğe aykırı düzenlendiğinin tespit edildiği hallerde ikinci bir rapor düzenlenecektir. Risk tespitine yapılan itiraz sonrasında durum değişmişse; tapu müdürlüğü gerekli değişikliği yapmak üzere haberdar edilir.

2.2. Tahliye ve Yıkım

Riskli olduğu tespit edilen yapıların yıkımı, kural olarak yapı maliklerince gerçekleştirilecektir. Maliklere verilen altmış günden az olmayan sürenin sonunda yapı yıkılmalıdır. Yıkım gerçekleşmemişse, maliklere otuz günden az olmayan ek süre verilir. Bu süre Müdürlükçe, maliklere yapılan tebligattan itibaren başlar. Ek sürenin sonunda da, yıkım gerçekleştirilmemişse bahsedilen yapıların elektrik, su ve doğalgaz bağlantıları kesilir ve durum mülki amire bildirilir. Mülki amir, mahalli idarelerin yardımı ile yıkımı gerçekleştirir. Mali külfet, daha sonra maliklerden alınmak üzere dönüşüm projeleri özel hesabından karşılanır. Bahsedilen şekilde yıkım gerçekleştirilmediyse, Bakanlık idareden, yapıların yıktırılmasını talep eder. Buna rağmen de yıkım gerçekleştirilmezse, Bakanlık yapıyı yıkar ya da yıktırır. Uygulamanın gerektirmesi halinde Bakanlık bu süreci izlemeksizin yıkımı doğrudan yapabilir veya yaptırabilir.

Yıkım işleminin idare ya da Bakanlık tarafından yaptırılması halinde, tapu kaydındaki arsa payları üzerinde masraf tutarında müşterek ipotek tesis edilecektir. İpotek tesis edilmesi, Bakanlık ya da idarece, tapu müdürlüğüne gönderilecek yazıya istinaden gerçekleşir. Kanun, Bakanlık ve idareye tanıdığı bu yetkiyi maliklere tanımamıştır. Daha önce belirtildiği gibi, uygulamada tek bir malikin talebi ile risk tespiti işlemi gerçekleştirilebilmektedir. Bu durumda, risk tespiti talep eden malik bunun masrafına katlanacaktır. Bahsedilen malik lehine, bir ipotek tesis etme imkânı getirilmemiştir. Tespit masraflarına katlanan malik, bunu diğer maliklerden genel mahkemelerde talep edebilir. Kanaatimizce bu talep vekaletsiz iş görme hükümlerine dayanmalıdır. Riskli olduğu tespit edilen bir yapı, mevzuat gereğince Bakanlığa bildirilecektir. Risk tespiti isteyen malikin, yıkım işlemlerini başlatmaması durumunda, Bakanlığın yukarıda anlatılan şekilde yıkımın yapılmasını sağlayacağı öngörülebilir. Bu durumda da, yıkım masrafları hususunda müşterek ipotek tesisi mümkün olacaktır.

Kanun dönüşüm için esas olarak maliklerle anlaşma yolunu benimsemiştir. Bunun gerçekleşmemesi halinde ise, acele kamulaştırma yoluna gidilebilir. TOKİ, İdare, Bakanlık bahsedilen yetkiyi kullanabilecektir. Bakanlık dönüşüm projelerinde yapılacak acele kamulaştırmalar hususunda, bütün ülke sathında yetkilidir. TOKİ ve idare ise sadece dahil oldukları dönüşüm projeleri ile ilgili olarak bu yetkiyi kullanabilir.

Bunun için üzerindeki yapı yıkılmış olan arsanın maliklerine tebligat yapılır. Malikler, otuz gün içinde, üçte iki çoğunlukla bir anlaşma sağlayamazlarsa acele kamulaştırma yoluna gidilebilir.

İdare mevzuatta yer alan hatalı bir hükme dayanarak uygulama yapabilir. Hükümün hatalı olduğu ilgili yargı yerince tespit edildiğinde, idare yaptığı uygulamalardan doğan zarardan sorumlu olacaktır. Bunun yanında, idare mevcut bir hükmü yanlış uygulamış olabilir³⁴⁴.

³⁴⁴ <http://www.tau.edu.tr/img/files/kentseldonusumhukuku.pdf>

Lisans verilecek kuruluşların risk tespitini sağlıklı değerlendirebilmesi için alınan bu önlemler yerindedir. Bununla birlikte, kanaatimizce daha sıkı tedbirlerin alınması gerekir. Bunun sebebi yapının riskli olduğunun anlaşılması durumunda yıkımla sonuçlanacak bir sürecin başlamasıdır³⁴⁵. Pratikte, yapı denetim kuruluşlarının ücretlerini çoğunlukla müteahhit sağlamaktadır. Yapıya riskli raporu verilmesi halinde, yeni yapılacak projede yapı denetim şirketinin kazanç sağlaması muhtemeldir. Müteahhid yukarıda eleştirdiğimiz uygulama sebebiyle, yapıda maliklerden birini ikna etmesi veya kendisinin mülkiyet iktisab etmesi durumunda risk tespiti yapılabilecektir. İşbirliği içinde olduğu, yapı denetim kuruluşu binanın riskli olduğu hakkında rapor verirse altmış gün içinde yıkım gerçekleştirilecektir. Bu durum, riskli yapı raporunun gerçeğe aykırı hazırlandığını kanıtlayacak vasıtaların altmış gün sonra elde bulunmaması demektir. Böylece müteahhit zaten yatırım yapılması düşünülen rantabl bir yapının 6306 Sayılı Kanun kapsamında değerlendirilmesiyle, aşağıda anlatılacak vergi ve benzeri mali avantajlardan faydalanacaktır. Bunun yanında, yıkım mecburiyeti altına girecek maliklerin, sözleşme masasına daha kuvvetsiz oturacakları, böylece müteahhidin daha kazançlı bir anlaşmaya imza atacağı öngörülebilir. Kendi menfaat alanını izah edilen şekilde genişletme imkânına sahip olacak müteahhit, riskli yapı tespit sürecini kötüye kullanabilir. Bunun önüne geçebilmek için ise, lisanslandırılan kuruluşları sadece, problem çıktığında cezalandıracak bir mekanizma yerine, sürekli olarak denetimin sağlanacağı yapı tesis edilmesi kanaatimizce daha yerinde olacaktır.

Riskli alanın belirlenmesinde, hazırlanacak teknik raporun özelliklerinin daha ayrıntılı belirtilmesi gerekir. Mesela, bir afet sonrasında bölgede oluşacak araç trafiğini kaldıramayacak olan ancak tamamen yeni ve sağlam yapılardan ibaret bir bölge riskli alan ilân edilerek uygulamaya konu olup olamayacağı akla gelebilir. Kanaatimizce riskli ve rezerv alanların belirlenmesinde, parça parça çalışılması problem doğuracak niteliktedir. Gerçekten, riskli alanlarla rezerv alanların bütün ülke üzerinde adeta maden haritasının çıkarılması gibi çalışılması gerekir. Bütün bir ülke mümkün olmazsa, tahmin edilen afet riski göz önünde bulundurularak bölge bölge veya il il çalışma yapılmalıdır. Mevcut uygulamada her bir birim siyasi, ekonomik saiklerle belli bölgeleri riskli ve rezerv alan ilân edilmesi için talepte bulunabilir. Böylece çok daha büyük afet riski altında bulunan

³⁴⁵ <http://www.yds.gov.tr/dosyalar/1360221496-2.pdf>

alandan uygulamaya geçilmezken, daha büyük ekonomik fayda barındıran alanda uygulama hızla yol alabilecektir. Bu durum kanunun amacıyla ve liberal devlet ilkeleri ile çelişir. Bunun gibi, bir mahalle riskli alan ilan edilip, mukim kimseler başka yere yönlendirilirken, hemen yanındaki mahallede riskli alan veya rezerv alan tespiti için çalışma yapılmadığından o bölge daha yıllarca aynı vaziyette varlığını sürdürebilir. Bütün bu sakıncaların önüne geçilmesi için, il veya ilçe bazında risk haritalarının çıkarılarak, en büyük risk taşıyan bölgelerde öncelikle uygulamaya geçilmesi yerindedir. Riskli ve rezerv alan olarak belirlenecek alanda uygulamayı hedefleyen özel ya da tüzel kişinin dosyayı ekonomik saiklerle çarpıtma ihtimali unutulmamalıdır. Riskli alanlarda gerçekleştirilecek yıkım sonrasında yargı sürecinde de hak kaybının telafisi mümkün olmayabilir. Bu sebeple, riskli ve rezerv alanların tespitinde bölge ile ekonomik herhangi bir münasebeti bulunmayan bir birimin vazifelenilmesi daha yerinde bir tercih olacaktır. İl ya da bölge bazında uygulama, eşitlik ilkesinin hayata geçirilmesi bakımından çok büyük önem taşır. Gerçekten, ülkemizdeki yapıların büyük kısmı afet riski taşımaktadır. Böyle bir durumda içlerinden bir kısmını seçip, buralarda uygulama başlatırken, diğerlerini belki onlarca yıl daha aynı şekilde bırakmak adil gözükmemektedir. Eşitlik ilkesi, aynı statüde olanların aynı muameleye tabi olmasını gerektirir. Ülkemizdeki durum sebebiyle, yapıların sadece riskli ya da risksiz diye nitelendirilmesi eşit uygulamayı sağlamaz. Hangi bölgelerin daha riskli, hangilerinin daha az riskli olduğu hususunda da bir çalışma yapılması gerekir. Bu temelden hareketle uygulamaya geçilmelidir.

Rezerv alanların sağlıklı tespit edilmesi, 6306 sayılı kanunun temel amacı olan afet risklerinin azaltılması bakımından büyük önem taşır. Ancak ne kanunda, ne de uygulama yönetmeliğinde, rezerv alanların sahip olması gereken teknik özelliklerle ilgili bir belirleme yapılmamıştır. Bu durum rezerv alanların siyasi ve ekonomik saiklerle tespit edilmesine yol açabilir. Riskli alanların tespiti sürecinde, teknik özelliklerle ilgili birtakım belgelerin varlığı şart koşularken, benzer düzenlemenin rezerv alanların tespiti için sevk edilmemiş olması eleştiriye açıktır. Gerçekten bu durum, rezerv alanlarda taşınmaz bulunan maliklerin haklarını, müdahaleye daha açık hale getirmektedir.

Rezerv alanların tespitinde, bölgedeki taşınmazların toplam yüzölçümünün yüzde yirmi beşinin devrine muvafakat verilmesi şartı da kanunun amacı ile çelişen sonuçlar doğmasına sebep olabilir. Mesela, zemin yapısı itibarı ile sağlıklı yapılaşmaya son derece müsait olan bir bölge, bu şart sebebiyle yeterince değerlendirilemeyebilir. Benzer şekilde gerçek ve tüzel özel hukuk kişilerinin yapacağı rezerv alan ilânı hakkında taleplerde, bu alanda yer alan bütün maliklerin muvafakatlerinin aranması da aynı sonucu doğurabilir.

Riskli alanların tespiti sürecinde, teknik özelliklerle ilgili birtakım belgelerin varlığı şart koşularken, benzer düzenlemenin rezerv alanların tespiti için sevk edilmemiş olması eleştiriye açıktır. Gerçekten bu durum, rezerv alanlarda taşınmazı bulunan maliklerin haklarını, müdahaleye daha açık hale getirmektedir.

Rezerv yapı alanları ile riskli alanlarda uygulama işlemlerinin yapılacağı belirtilmiştir. Uygulama işlemlerine yıkım da dahildir³⁴⁶. Bahsedilen alanlarda bulunan, gerek inşaat tekniği gerekse zemin yapısı sebebi ile afet riski altında bulunmayan yapıların da yıkılması imkân dâhilindedir. Kanaatimizce bu yapıların maliklerinin rızası hilafına yıkılabilmeleri için, öncelikle kamulaştırılmaları yerinde bir uygulama olur. Maliklerin yapıyı yıktırmamaları durumunda, riskli yapılar hakkında öngörülen prosedür uygulanarak, kamu gücü vasıtası ile yıkımın gerçekleştirilmesi mülkiyete müdahale teşkil eder. Bunun sebebi, afet riskinin azaltılması maksadı ile, sağlam bir yapının yıkılacak olmasıdır. Malikin katlanacağı külfet ile, kamu yararı arasında bulunması gereken denge sağlanamamış gözükmemektedir. Riskli alanda bulunan sağlam yapı hakkında uygulama bütünlüğünün sağlanması amacıyla gerçekleştirilen yıkım söz konusu olduğunda ölçsüzlük daha az belirgindir. Ancak rezerv alanın tespitindeki geniş takdir yetkisi de düşünüldüğünde, bahsedilen alandaki sağlam yapının malikinin katlanmak zorunda kaldığı külfet adil gözükmemektedir. Malik uygulama sırasında anlaşma ile bir takım haklar elde edecektir. Anlaşma yapacağı sırada, mülkü yıkılmış olan malikin zor duruma düşebileceği öngörülebilir. Bu durumda malik menfaatlerini tam manası ile savunamayabilecektir.

³⁴⁶ Öngören ve Çolak (2013), s. 248.

Riskli yapıların tespiti, tahliyesi ve yıktırma işlemlerini engelleyenler hakkında, idare ve müdürlükçe suç duyurusunda bulunulur. Sayılan işlemlerle ilgili olarak, görevini yerine getirmeyen kamu görevlileri hakkında ceza ve disiplin hükümleri uygulanacaktır. Bunun yanında, afet gerçekleşmesi hâlinde uygulamayı engelleyenler ve gerçekleştirilmeyenler hakkında tazminat yükümlülüğünün doğacağı öngörülebilir.

2.3. Hak Sahipleri ile Anlaşma ve Hak Sahiplerine Yapılacak Yardımlar

28410 sayılı Dönüşüm Projeleri Özel Hesabı Gelir, Harcama, Kredi ve Kaynak Aktarımı Yönetmeliği m.15 hükmü gereği, riskli yapılarla, riskli alanlarda yer alan yapıların yıkımı için Bakanlıkça kredi verilebilmektedir. Bundan yararlanmak isteyen hak sahipleri, buldukları yetkili müdürlüğe başvurmalıdır. Mevzuatta başvuruda istenecek belgeler düzenlenmemiştir. Bununla birlikte, başvuranın malik olduğunu kanıtlayacak bir belge yeterli olmalıdır. Başvurular ilgili müdürlükçe değerlendirilecektir. Uygun görülenler, onaylanmak üzere Bakanlığa gönderilir. Bakanlık tarafından onaylanan kredi başvuranın hesabına yatırılır. Bu tarihten itibaren altı ay içinde yıkımın gerçekleştirilmesi, enkazın kaldırılması ve Bakanlığa bilgi verilmesi gerekir. Aksi halde, başvuran için kredinin tamamı muaccel olur. Bahsedilen borç için, kamu alacaklarına uygulanacak gecikme zammı da işletilecektir³⁴⁷.

Yıkım kredisi geri ödemeleri en geç yirmi dört ay sonra başlar. Ödeme taksitler halinde yapılır. Bunlarda gecikilmesi halinde de gecikme zammı işletilir³⁴⁸. Dönüşüm Projeleri Özel Hesabı Gelir, Harcama, Kredi, Kaynak Aktarımı Yönetmeliği'nin 14. maddesinde ödemelerle ilgili güncelleme metodu düzenlenmiştir³⁴⁹. Buna göre, bir yıl 1 Ocak-30 Haziran ve 1 Temmuz-31 Aralık olmak üzere iki döneme ayrılır. Güncelleme oranı, esas

³⁴⁷ S. Şimşek (2013), s. 68.

³⁴⁸ T. Baykara (2014). *Kentsel dönüşümde finansal destekleme ve mali işlemler rehberi*. Ankara:Seçkin Yayıncılık, s. 53.

³⁴⁹ DPÖHY olarak anılacaktır.

olarak Tüfe'ye göre belirlenir. Ancak, brüt inşaat alanına göre de bu oranda artırım yapılacaktır.

Tespit ve yıkım kredilerinde Mevzuatta yer alan hak sahibi kavramı, yapı malikleri dışında kişileri de içine almaktadır. Ancak yıkım için kullanılacak krediye başvurma imkânının, sadece maliklere tanınması gereken bir hak olduğu kanaatindeyiz.

3. 6306 Sayılı Kanunla Mülkiyet Hakkına Getirilen Müdahaleler

3.1. Genel Olarak

Kamu düzeni açısından, temel hak ve özgürlüklere bazı sınırlamaların getirilmesi gerekmektedir. Ayrıca, temel hak ve hürriyetlerin düzenlenmesi ve sınırlandırılması bireyler açısından da önem arz eder. Çünkü, sadece genel ilkeler şeklinde düzenlenmiş ve sınırları belirlenmemiş temel hak ve hürriyetlerin birey açısından bir önemi bulunmamaktadır³⁵⁰. Bu nedenle, temel hak ve özgürlüklere bazı sınırlamalar getirilmesi kaçınılmazdır. Ancak, bu sınırlamaların ne şekilde yapılacağı, sınırlarının neler olacağı ve hangi ölçüde yapılacağı da düzenlenmek zorundadır. Bu zorunluluk, hukuk devleti ilkesi, kanunilik ilkesi ve hukuki güvenlik ilkesi gibi temel hukuk ilkelerinin bir gereğidir³⁵¹.

Nitekim, mülkiyet hakkının ne şekilde sınırlandırılacağı ulusal ve uluslararası mevzuatlarda yer almaktadır. Bu düzenlemelere yukarıda genel olarak değinilmişti. Bu kısımda ise, mülkiyet hakkına müdahalenin 6306 sayılı Kanun açısından bir değerlendirilmesi yapılacaktır. Bu bağlamda kanaatimiz, tez konusu gereği afet riski alanların dönüştürülmesi bakımından olacaktır. Dolayısıyla, 7269 sayılı “*Umumi Hayata Müessir Afetler Dolayısıyla Alınacak Tedbirlere Yapılacak Yardımlara Dair Kanun*” kapsamında daha çok doğal afet sonucu alınacak tedbirlere ilişkin değil, 6306 sayılı Kanun kapsamında doğal afetler öncesi alınacak tedbirlere ilişkin bir değerlendirme yapacağız. Bu durumu, Kanun’un Genel Gereğesi’ndeki şu ifadeyle özetleyebiliriz:

³⁵⁰ Kapani (1993), s. 229.

³⁵¹ A. Avcı (2015a). 6306 sayılı afet riski altındaki alanların dönüştürülmesi hakkında kanun açısından mülkiyet hakkının sınırlandırılması. *Kentsel Dönüşüm Hukuku*, İstanbul:On İki Levha Yayıncılık, s. 313.

“Kanun, afet meydana geldikten sonra ‘yara sarma’ değil de, ‘yara almama’ anlayışına dayanmakta; böylece Anayasadaki ‘sosyal hukuk devleti’ ilkesinin hayata geçirilmesi için önemli ve etkili bir adım atılmasını temin etmektedir.” Belirtmek gerekir ki, 6306 sayılı Kanun’un “Uygulanmayacak mevzuat” başlıklı 9. maddesinde, 6306 sayılı Kanun’na tabi riskli yapılar, riskli alanlar ve rezerv yapı alanları hakkında 7269 sayılı Kanun’un uygulanıyor olmasının bu Kanun’un uygulanmasına engel teşkil etmeyeceği ifade edilmiştir. Ayrıca yine aynı maddede, 7269 sayılı Kanun’un afete maruz bölgeye ilişkin hükümler dışındaki hükümlerinin de 6306 sayılı Kanun’unun uygulanmasını engelleyici hükümlerinin uygulanmayacağı belirtilmiştir.

Söz konusu değerlendirmemizi, “Anayasa’daki özel sınırlama sebepleri bakımından”, Anayasa’daki diğer sınırlamalar bakımından”, “Anayasa Mahkemesi kararları bakımından” ve “AİHM kararları bakımından” olmak üzere dört başlık altında yapacağız.

3.2. Anayasa’daki Özel Sınırlama Sebepleri Bakımından

Anayasa’nın 35. maddesinde mülkiyet hakkının kamu yararı amacıyla ancak kanunla sınırlandırılabilmesi daha önce ifade edilmişti. 6306 sayılı Kanun yasama organı tarafından düzenlenip, yürürlüğe girdiği için konumuz açısından bu şart yerine getirilmiştir. Bunun dışında, 6306 sayılı Kanun kapsamında bir yerin riskli alan ilan edilmesi, riskli yapı olarak tespit edilmesi ve rezerv yapı alanı yani yeni yerleşim alanı olarak belirlenmesi, kamu yararı amacıyla yapılmalıdır. Bu, hem mülkiyet hakkının kamu yararı amacıyla yapılması gerekliliğinin hem de tüm idari işlemlerin yapılışındaki gözetilmesi gereken temel amacın yani kamu yararının bir gereğidir. Dolayısıyla, bir yerde riskli alanlardan ötürü bir kentsel dönüşüm yapılacaksa bunun gerçekten bu sebeple yapılması gerekir. Yani, kamu yararının dışında rant elde etmek gibi hukuka aykırı bir gerekçeyle yapılmamalıdır.

Gerçekten, bir yerde afet riski varsa bu yerlerin dönüştürülmesi gerekir. Tabi burada mümkün olduğu kadar, dönüşümden sonraki yaşam alanının eski arazi üzerinde oluşturulması sağlanmalıdır. Aksi halde, riskli alanda yaşayan halkın yaşam biçimine,

kültürüne de neşter vurulmuş olur ve mülkünden yoksun bırakılma başka bir ifadeyle yerinden edilme sorunu ortaya çıkar.

3.3.Anayasa'daki Diğer Sınırlamalar Bakımından

3.3.1. Öze Dokunulmaması, Anayasanın Sözüne ve Ruhuna Uygun Olma, Demokratik Toplum Düzeninin Gereklerine Uygun Olma

Hakkın özüne dokunma, artık o hakkın kullanılmasını işlevsiz hale getiren ya da büyük oranda kısıtlayan müdahaleler olduğu için 6306 sayılı Kanun bakımından bu müdahale, şu durumlarda ortaya çıkabilir: Rayiç bedelin düşük tespit edilmesi, bedelin kısmen ödenmesi veya bedele düşük faiz oranı uygulanması, sınırlamanın uzun sürmesi gibi.

Taşınmazların bedel tespiti, “Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanunun Uygulama Yönetmeliği”nin 12. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, taşınmazın değeri; ilgili kurum bünyesinden en az üç kişiden teşkil olunacak kıymet takdir komisyonları marifetiyle veya hizmet satın alınmak suretiyle tespit edilir. Ayrıca, taşınmaz değerlendirme konusunda uzman kişi, kurum veya kuruluşlardan bilgi alınarak ve mahallin emlak alım satım bürolarından alınacak bilgilerden de faydalanılarak, 4/11/1983 tarihli ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 11 inci maddesindeki esaslara göre tespit edilir. Bu maddeye göre, oluşturulacak bilirkişi kurulu, kamulaştırılacak taşınmaz mal veya kaynağın bulunduğu yere mahkeme heyeti ile birlikte giderek, hazır bulunan ilgilileri de dinledikten sonra taşınmaz mal veya kaynağın; a) Cins ve nevini, b) Yüzölçümünü, c) Kıymetini etkileyebilecek bütün nitelik ve unsurlarını ve her unsurun ayrı ayrı değerini, d) Varsa vergi beyanını, e) Kamulaştırma tarihindeki resmi makamlarca yapılmış kıymet takdirlerini, f) Arazilerde, taşınmaz mal veya kaynağın kamulaştırma tarihindeki mevki ve şartlarına göre ve olduğu gibi kullanılması halinde getireceği net gelirini, g) Arsalarda, kamulaştırma gününden önceki özel amacı olmayan emsal satışlara göre satış değerini, h) Yapılarda, resmi birim fiyatları ve yapı maliyet hesaplarını ve yıpranma payını, ı) Bedelin tespitinde etkili olacak diğer objektif ölçüleri, 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. Ayrıca, 6306 Kanun'un 6. maddesinin dördüncü fıkrasına göre, *“Riskli alanlarda, rezerv yapı alanlarında ve riskli yapıların bulunduğu taşınmazlar üzerinde yapımı gerçekleştirilen konutların bedelleri, gerekli görüldüğünde, proje uygulamalarının yapıldığı illerdeki mevcut ekonomik durum, tabii afetin ortaya çıkardığı durumlar, konut rayiç ve enkaz bedelleri ile uygulama alanındaki kişilerin mal varlığı ve geliri göz önünde bulundurularak Bakanlar Kurulu kararı ile yapım maliyetlerinin altında tespit edilebilir ve sosyal donatı ve altyapı harcamaları uygulama maliyetine dâhil edilmeyebilir.”*

Görüldüğü gibi, taşınmaz değerinin tespiti sıkı bir şekle tabi tutulmuştur. Ancak yine de hakkaniyete aykırı bir tespit yapıldığı takdirde, mülkiyet hakkının özüne dokunulmuş olacaktır³⁵².

Mülkiyet hakkına getirilecek sınırlamalar, aynı zamanda Anayasa'nın sözüne ve ruhuna uygun olmalıdır. Kanun'un 6. maddesinin 9. fıkrasında, *“Bu Kanun uyarınca tesis edilen idari işlemlere karşı tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu uyarınca dava açılabilir. Bu davalarda yürütmenin durdurulmasına karar verilemez”* denilmiştir. Anayasa madde 125/6'ya göre, bazı hallerde kanunla yürütmenin durdurulması sınırlanabilir. Bu haller; olağanüstü haller, sıkıyönetim, seferberlik ve savaş hali, milli güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık nedenleri halleridir. Her ne kadar, kentsel dönüşüm uygulamaları kamu düzeni ve genel sağlık nedenleri gibi haller kapsamında değerlendirilip, Anayasa'daki söz konusu istisnalara sokulsa da söz konusu kanun maddesi, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, Anayasa'nın 36. maddesindeki hak arama hürriyetine ve hakkın özüne dokunulması söz konusu olduğu için Anayasa'nın 13. maddesine aykırılık teşkil etmektedir. Çünkü, söz konusu maddeyle hak arama yollarından yürütmenin durdurulması sınırlandırılmamakta tamamen kaldırılmaktadır. Ayrıca, yıkım ve tahliye işlemlerinden sonra telafisi güç ve imkansız zararların oluşacağı aşikar olduğundan böyle bir düzenleme yerinde değildir ve hak arama hürriyetini geciktirip işlevsiz hale getireceğinden hakkın özüne aykırıdır. Söz konusu fıkra Anayasa Mahkemesi'ne 6306 sayılı Kanun için açılan iptal davasında "hak arama

³⁵² Kamulaştırma kanununda belirlenen kıstasların yetersiz kalabileceği hakkında bkz. S. Özel (2013). *Mülkiyet, kamulaştırma ve gerçek karşılık hakkı*. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 270 vd.

hürriyeti"nin ihlal edildiği yani bu fıkranın Anayasa'nın 36. maddesine aykırı olduğu, Anayasa'nın 125. maddesinin 6. fıkrasında belirtilen ve yürütmeyi durdurma kararı verilmesinin yasaklanmasına imkan tanıyan hallerin Kanun'un uygulanması bakımından söz konusu olmadığı, dönüşüm uygulamalarının en az on yıl süresince devam edeceği düşünüldüğünde Anayasa'nın bu hükmüne dayanılmasının anlamsız olacağı ve hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmayacağı, yürütmeyi durdurma kararının hangi şartlarda verileceğinin 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. maddesinde düzenlendiği ve her olayın özelliğine göre hakim tarafından karar verilmesi gerektiği, bu konuda önceden düzenleme yapılmasının yargının yetki alanına müdahale anlamı taşıdığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın başlangıcı ile 2, 5, 6, 7, 8, 10, 11, 13, 36, 56, 57, 123, 125 ve 127. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Nitekim Anayasa Mahkemesi de açılan bu iptal davasında vermiş olduğu kararda, bu fıkranın 2. cümlesini Anayasa'nın 36 ve 125. maddelerine aykırı bularak iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesi kararında, Kanun'un 1. maddesi ve genel gerekçesi dikkate alındığında, Kanunla, genel sağlığa zarar veren gerçekleşmiş olayların sonuçlarının derhal giderilmesinin ya da can ve mal güvenliğine yönelik yakın ve kesin tehlikelerin derhal önlenmesinin değil; afet riski altındaki alanların, fen ve sanat norm ve standartlarına uygun dönüşümü sağlanarak sağlıklı ve dengeli bir çevre haline getirilmelerinin, böylelikle ileride gerçekleşmesi muhtemel can ve mal kayıplarının önüne geçilmesinin hedeflendiğinin anlaşılakta olduğunu, dolayısıyla Kanun uyarınca yapılacak idari işlemler yönünden yürütmeyi durdurma kararı verilmesine istisna getirilmesinde, açıkça hukuka aykırı olan bir idari işlemin, idari davanın sonuçlanması kadar davanın tarafı olan bireyler üzerinde doğuracağı telafisi güç veya imkansız zararın göz ardı edilmesini meşru kılacak, derhal gerçekleşmesi gereken üstün bir kamu yararı bulunduğu söylenemez. Bu nedenle de dava konusu kuralla, bireylerin, hak arama özgürlüklerini daha etkili bir biçimde kullanabilmelerini sağlayan yürütmeyi durdurma kurumundan Anayasa'ya aykırı olarak yoksun bırakıldıkları sonucuna varılması gerektiğini ifade etmiştir³⁵³

³⁵³ "Dava konusu kuralın ikinci cümlesiyle, Kanun uyarınca tesis edilen idari işlemlere karşı açılan davalarda yürütmenin durdurulmasına karar verilemeyeceği hükmüne bağlanmıştır. Anayasa'nın 125. maddesinin birinci fıkrasında, 'idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır.' denilmiştir; beşinci fıkrasında ise idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkansız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gerekçe gösterilerek yürütmenin durdurulmasına karar verilebileceği kurala bağlanmıştır. Böylelikle idarenin eylem ve işlemlerine karşı etkili bir yargı denetimi sağlanması amaçlanmıştır. Hak arama özgürlüğü bakımından kişilerin idareye karşı sahip oldukları en etkili yargısal koruma mekanizması iptal davasıdır.

3.3.2. Ölçülülük İlkesine Uygun Olma

Anayasa'da belirtilen sebeplere dayanılarak temel hak ve özgürlüklerde bir sınırlandırmanın yapılabilmesi için amaç ile araç arasında ölçülü bir ilişkinin olması gerekmektedir³⁵⁴. Daha önce de ifade edildiği gibi, buna "ölçülülük ilkesi" adı verilmektedir.

Ölçülülük ilkesi, kamu otoritesine, elindeki sınırlama sebeplerine dayanarak öngörülen sınırlama amacını gerçekleştirmeye yarayacak en az sınırlayıcı ve öngörülen amaca ulaşmaya en elverişli olanı seçme yükümlülüğü getirmektedir³⁵⁵.

İptal davasında, idari işlemin hukuk kurallarına aykırılığının belirlenmesi halinde iptali yoluna gidilmekte ve bunun sonucunda idarenin hukuka bağlılığı ve hukuk düzeninin korunması sağlanmaktadır. Genel ilke, iptal kararlarının geriye yürütmesi ve iptal edilen işlemi başından itibaren ortadan kaldırması olmakla birlikte, bu durum, idari işlemin iptal kararına kadar mevcudiyetine ve etki doğurmasına engel değildir. Bu nedenle, kişileri iptal davası sonuçlanıncaya kadar hukuka aykırı idari işlemin olumsuz etkilerinden korumak, ileride giderilmesi imkansız veya zor olan durumları önlemek, idareyi de hem olası bir tazmin yükünden kurtarmak hem de hukuk sınırlarına çekerek hukuk devletinin kesintiye uğramadan devamını sağlamak amacıyla yürütmenin durdurulması kurumu öngörülmüştür. Bununla birlikte, Anayasa'nın 125. maddesinin altıncı fıkrasıyla, üstün kamu yararının bulunduğu kimi durumlarda, yürütmenin durdurulmasına karar verilmesine istisna getirilebileceği öngörülmüştür. Buna göre, yürütmenin durdurulması kararı verilmesi olağanüstü hal, sıkıyönetim, seferberlik ve savaş hali ile milli güvenlik, kamu düzeni ve genel sağlık nedenlerine bağlı olarak kanunla sınırlanabilir. Dava konusu kuralın gerekçesinde, Kanun'un öngördüğü iş ve işlemlerin planlanan şekilde ve zamanında gerçekleştirilmemesinin bireylerin yaşam hakkının afet riski nedeniyle tehlike altında olması halinin devam etmesi anlamına geleceği, bu nedenle Kanun uyarınca tesis edilen idari işlemlere karşı açılan davalarda yürütmenin durdurulmasına karar verilemeyeceğinin hükme bağlandığı belirtilmiştir. Ancak, Anayasa'nın 125. maddesinin altıncı fıkrasında belirtilen nedenlerden birine dayanılması, kanun koyucuya, yürütmenin durdurulması kararı verilmesine istisna gereğince yürütmenin durdurulması kararı, idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması ve uygulanması halinde telafisi güç veya imkansız zararların doğması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda verilebilecektir. Bu nedenle, yürütmenin durdurulması kararı verilmesine istisna getirilebilmesi için açıkça hukuka aykırı olan bir idari işlemin, idari davanın sonuçlanmasına kadar davanın tarafı olan bireyler üzerinde doğuracağı telafisi güç veya imkansız zararın göz ardı edilmesini meşru kılacak üstün bir kamu yararının bulunması gerekir. Kanun'un 1. maddesi ve genel gerekçesi dikkate alındığında, Kanunla, genel sağlığa zarar veren gerçekleşmiş olayların sonuçlarının derhal giderilmesinin ya da can ve mal güvenliğine yönelik yakın ve kesin tehlikelerin derhal önlenmesinin değil; afet riski altındaki alanların, fen ve sanat norm ve standartlarına uygun dönüşümü sağlanarak sağlıklı ve dengeli bir çevre haline getirilmelerinin, böylelikle ileride gerçekleşmesi muhtemel can ve mal kayıplarının önüne geçilmesinin hedeflendiği anlaşılmaktadır. Bu durumda, Kanun uyarınca yapılacak idari işlemler yönünden yürütmeyi durdurma kararı verilmesine istisna getirilmesinde, açıkça hukuka aykırı olan bir idari işlemin, idari davanın sonuçlanması kadar davanın tarafı olan bireyler üzerinde doğuracağı telafisi güç veya imkansız zararın göz ardı edilmesini meşru kılacak, derhal gerçekleşmesi gereken üstün bir kamu yararı bulunduğu söylenemez. Belirtilen hususlar dikkate alındığında, dava konusu kuralla, bireylerin, hak arama özgürlüklerini daha etkili bir biçimde kullanabilmelerini sağlayan yürütmeyi durdurma kurumundan Anayasa'ya aykırı olarak yoksun bırakıldıkları sonucuna varılması gerekmektedir. Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 36 ve 125. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir." AYM, 27.02.2014, E. 2012/87, K. 2014/41, 26.07.2014 tarih ve 29072 sayılı R.G.

³⁵⁴ Hakyemez (2011), s. 1288.

³⁵⁵ Anayurt (1998), s. 186, Aktaran: Hakyemez (2011), s. 1289.

Kanun'un 6. maddesinin 9. fıkrasının ilk cümlesi şöyledir: *"Bu Kanun uyarınca tesis edilen idari işlemlere karşı tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu uyarınca dava açılabilir."* Bilindiği üzere, 2577 sayılı Kanun'da genel dava açma süresi 60 gündür. Ancak, söz konusu kural ile bu süre 30 güne düşürülmüştür. Bu durum, mahkemeye erişim hakkının engellenmesi anlamında ölçülülük ilkesine aykırı olarak düşünülmüş ve Anayasa Mahkemesi'ne açılan iptal davasında Anayasa'nın 13. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Ancak Anayasa Mahkemesi bu durumu ölçülülük ilkesine aykırı bulmayıp iptal kararı vermemiştir³⁵⁶.

Bununla birlikte belirtmek gerekir ki, söz konusu Kanun afetlerin getirdiği zararların önlenmesi veya minimal seviyeye çekilmesine yönelik müdahale çeşitlerinden çoğunlukla yıkımı tercih etmekte, can ve mal güvenliğini sağlamak için "güçlendirme" veya "iyileştirme" gibi bireylerin temel haklarına daha az menfi etkide bulunan metotları aşikar bir biçimde dışlamakta, maliklere söz konusu müdahale çeşitleri arasında adil bir

³⁵⁶ *"Dava konusu kuralın birinci cümlesiyle, Kanun'a göre tesis edilen idari işlemlere karşı, tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde 2577 sayılı Kanun uyarınca dava açılacağı hükme bağlanmıştır. 2577 sayılı Kanun'un 7. maddesinde, 'özel kanunlarında ayrı süre gösterilmeyen hallerde', Danıştay'da ve idare mahkemelerinde dava açma süresinin altmış gün olduğu düzenlenmiştir. Kuralla, Kanun'a göre tesis edilen idari işlemler yönünden bu süre indirilmiştir. Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında, 'Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.' hükmüne yer verilmiştir. Maddeyle güvence altına alınan hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkı, kendisi bir temel hak niteliği taşımasının yanında, diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan etkili güvencelerden biridir. Anayasa'nın 142. maddesinde, mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ile 'yargılama usullerinin' kanunla düzenleneceği kurala bağlanmış, yargılama usullerini belirleme konusunda kanun koyucuya takdir yetkisi tanımıştır. Dava açma süresini belirleyen kurallar da yargılama usulüne ilişkindir. Bununla birlikte kanun koyucunun takdir yetkisini kullanırken Anayasa'da belirtilen ilkelere uygun davranması gerekir. Bunlardan biri de adil yargılanma hakkı kapsamında korunan 'mahkemeye erişim hakkı'dır. Dava açma sürelerine ilişkin kurallar, mahkemeye erişim hakkını sınırlandıran kurallardır. Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesinin önceki kimi kararlarında belirtildiği üzere, kanun koyucu, dava açma süresine ilişkin düzenleme yaparken Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan ölçülülük ilkesiyle bağlıdır. Dava konusu kuralın birinci cümlesinde, otuz güne düşürülen dava açma süresinin, 'tebliğ tarihinden itibaren' işlemeye başlayacağı belirtilmiştir. 2577 sayılı Kanun'un 3. maddesi uyarınca Danıştay ve idare mahkemelerine dava açılabilmesi için; dava dilekçesinin verilmesi, dava konusu kararın ve belgelerinin asılları veya örneklerinin dava dilekçesine eklenmesi gerekir. Kanun uyarınca tesis edilen idari işlemlere karşı açılacak davalarda, tebliğden itibaren başlayacak otuz günlük süre, Kanun kapsamında yapılacak uygulamaların hızlı bir süreç içinde gerçekleştirilmesi amacı da dikkate alındığında, dava dilekçesinin hazırlanması ve eklerinin temin edilmesini imkansız kılacak veya büyük ölçüde güçleştirecek kadar kısa olmayıp mahkemeye erişim hakkına ölçüsüz bir sınırlama getirmemektedir. Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2, 36 ve 125. Maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir." AYM, 27.02.2014, E. 2012/87, K. 2014/41, 26.07.2014 tarih ve 29072 sayılı R.G.*

seçim hakkı tanımamaktadır. Dolayısıyla bu Kanun'un ölçülülük ilkesine uygun olduğundan söz edilemez³⁵⁷.

4. Diğer Hususlar

4.1 Acele Kamulaştırma

6306 sayılı Kanun'un 6. maddesinin ikinci fıkrasında acele kamulaştırma hususu düzenlenmiştir. Buna göre, *"Üzerindeki bina yıkılmış olan arsanın maliklerine yapılan tebligatı takip eden otuz gün içinde en az üçte iki çoğunluk ile anlaşma sağlanamaması hâlinde, gerçek kişilerin veya özel hukuk tüzel kişilerinin mülkiyetindeki taşınmazlar için Bakanlık, TOKİ veya İdare tarafından acele kamulaştırma yoluna da gidilebilir. Bu Kanun uyarınca yapılacak olan kamulaştırmalar, 4/11/1983 tarihli ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 3 üncü maddesinin ikinci fıkrasındaki iskân projelerinin gerçekleştirilmesi amaçlı kamulaştırma sayılır ve ilk taksit ödemesi, mezkûr fıkraya göre belirlenen tutarların beşte biri oranında yapılır. Tapuda mülkiyet hanesi açık olan taşınmazlar ile mirasçısı belirli olmayan, kayyım tayin edilmiş, ihtilaflı veya üzerinde sınırlı ayni hak tesis edilmiş olan taşınmazların kamulaştırma işlemleri aynı madde hükümlerine tabidir. Bakanlık, TOKİ veya İdare; kamulaştırma işlemlerinin yürütülmesi için mirasçılık belgesi çıkartmaya, kayyım tayin ettirmeye veya tapuda kayıtlı son malike göre işlem yapmaya yetkilidir."*

Bu fıkraya göre, en az üçte iki çoğunluk elde edilemediği durumda acele kamulaştırmaya yoluna gidilebilir. Acele kamulaştırma usulü 2942 sayılı Kanun'un 27. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, *"3634 sayılı Milli Müdafaa Mükellefiyeti Kanunu'nun uygulanmasında yurt savunması ihtiyacına veya aceleliğine 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 uncu' Madde esasları dairesinde ve 15 inci Madde uyarınca seçilecek bilirkişilerce*

³⁵⁷ C. Şahin (2014). Afet riski altındaki alanların dönüştürülmesi hakkındaki kanun'a yönelik bazı eleştiriler. *Kentsel Dönüşüm Hukuku*, İstanbul Üniversitesi S.S.Onar İdare Hukuku ve İlimleri Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayınları, No:2013/1, s. 55.

tespit edilecek değeri, idare tarafından mal sahibi adına 10 uncu Madde ye göre yapılacak davetiye ve ilanda belirtilen bankaya yatırılarak o taşınmaz mala el konulabilir. Bu Kanunun 3 üncü Maddesinin 2 nci fıkrasında belirtilen hallerde yapılacak kamulaştırmalarda yatırılacak miktar, ödenecek ilk taksit bedelidir." Buna göre, acele kamulaştırma kıymet takdiri dışındaki işlemler sonradan tamamlanmak üzere bir taşınmaza el konulması olup, normal kamulaştırmaya göre daha hızlı yapılan bir kamulaştırmadır³⁵⁸. Ayrıca bu maddenin uygulamaya konulabilmesi için, belirtilen üç durumdan birisinin varlığı zorunlu olup, acilliğine Bakanlar Kurulunca karar alınacak hallere ilişkin ayırımı değinmek gerekir. Bakanlar Kurulu tarafından alınacak olan kararda; münhasıran bir projeye bağlı bir dizi taşınmaz ya da ihtiyaç duyulan mal için acele kamulaştırma kararı verilebilir. Bu husus dışında ise, idareye yapacağı tüm işlemler için genel nitelikli, muğlak ifadelerle verilen acele kamulaştırma yetkisinin verilmemesi gerekir³⁵⁹.

6306 sayılı Kanun'daki söz konusu hükümle kamulaştırma usulüne uyulsa da mülkiyet hakkına bir müdahale oluşmaktadır. Çünkü kamulaştırma malikin rızası aranmadan kamu yararı amacıyla yapılır. Acele kamulaştırmada ise bir çok işlem sonradan yapılmak üzere geçildiği için bireyin mülkiyet hakkına ivedilikle ve fiilen son verilmektedir³⁶⁰. Ancak her müdahale veya sınırlandırma hukuka aykırı değildir. Böyle bir müdahale de riskli yapılarda bireylerin yaşam hakkı ön plana çıktığı için ve derhal riskli yapının boşaltılması gerektiği için böyle bir düzenleme hukuka uygundur³⁶¹. Ancak tabiki, idarenin işlem ve eylemlerinin nihai amacının kamu yararı olması gerekir. Bu nedenle kentsel dönüşüm projelerinde de nihai amacın kamu yararı olması gerekir. Nihai amacın kamu yararından ayrılarak ticari amaca bir başka ifade ile bir ranta dönüştürülmesi hukuka aykırılık teşkil edecektir³⁶².

³⁵⁸ A. Avcı (2014b). 6306 sayılı afet riski altındaki alanların dönüştürülmesi hakkında kanun açısından mülkiyet hakkının sınırlandırılması. *Kentsel Dönüşüm Hukuku*, İstanbul Üniversitesi S.S.Onar İdare Hukuku ve İlimleri Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayınları, No:2013/1, s. 198.

³⁵⁹ S.S. Yazıcıoğlu (2014). Kamulaştırma hukuku'nda acele kamulaştırma uygulaması. *Ankara Barosu Dergisi*, S:3, s. 387.

³⁶⁰ A. Avcı, (2014b), s. 198.

³⁶¹ A. Avcı, (2014b), s. 198.

³⁶² A. S. Tuna (2012). Türkiye'de afetler, hukuki sorunlar ve çevresel sonuçları. *İstanbul Barosu Dergisi*, C:86, S:2012/1, s. 144.

4.2. İdari İrtifaklar

Kamu malları, idarenin yürüttüğü faaliyetlerin önemli unsurlarından biridir. İdare tarafından bu malların temin edilmesi farklı şekillerde olabilmektedir. Bazı mallar niteliği gereği idarenin hüküm ve tasarrufu altında iken, bazı mallar ise sonradan, kamulaştırma, satın alma, devletleştirme gibi yöntemlerle kamu malı haline dönüştürülebilmektedir. İdarenin ihtiyaç duyduğu taşınmaz mallar üzerinde yararlanma hakkına sahip olması yetkisi veren bir yöntem de bu mallar üzerinde irtifak hakkı kurulmasıdır³⁶³.

İrtifak hakkı, bir medeni hukuk kavramı olup, Esener ve Güven'e göre, "kullanma ve yararlanma yetkilerinden birini tek tek veya birlikte sahibine veren sınırlı ayni haklardır."³⁶⁴ Sirmen'e göre irtifak hakkı, "hak sahibine eşya üzerinde kullanmayla ve yararlanmayla ilgili yetkilerin bir bölümünü veya tümünü sağlayan ya da malikin mülkiyetle ilgili yetkilerinin bazılarının kullanılmasını, hak sahibi yararına yasaklayan bir sınırlı ayni haktır."³⁶⁵ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir'e göre ise irtifak hakkı, "bir eşya üzerinde hak sahibine o eşyadan yararlanma yetkisi sağlayan bir ayni haktır."³⁶⁶ İdari irtifak ise, özel hukuk kişilerine ait taşınmazlar üzerinde, kamu yararı amacıyla idare lehine tesis edilen ve bu taşınmazlar üzerinde idareye sınırlı bir yararlanma hakkı veren sınırlandırmalardır³⁶⁷.

İdarelere idari irtifak yetkisi verilmesinin dayanağı Anayasa'nın 46. maddesidir. Bu hükme 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.*"

6306 sayılı Kanun'un "Uygulama İşlemleri" başlıklı 6. maddesinin 5. fıkrasının d bendine göre Çevre ve Şehircilik Bakanlığı 23/6/1965 tarihli ve 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunundaki esaslara göre paylaştırmaya, payları ayırmaya veya birleştirmeye,

³⁶³ M. Yasin (2005). İdari irtifaklar. *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2005/2, s. 165.

³⁶⁴ Güven ve Esener (2012), s.51.

³⁶⁵ A.Lale Sirmen (2014). Eşya hukuku. Ankara:Yetkin Hukuk Yayınları, s. 575.

³⁶⁶ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (2012), s. 775.

³⁶⁷ M. Yasin (2005), s. 169.

22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu uyarınca sınırlı aynı hak tesis etmeye yetkilidir. Buna göre, bu hükümlerle Bakanlığa idare lehine kurulan bir sınırlı aynı hak yetkisi verilmiştir³⁶⁸.

4.3. Uygulama Bütünlüğü

6306 sayılı Kanun'un ilk halinin 3. maddesinin 7. fıkrası şu şekildeydi; *“Bu Kanunun uygulanması için belirlenen alanların sınırları içinde olup riskli yapılar dışında kalan diğer yapılardan uygulama bütünlüğü bakımından Bakanlıkça gerekli görülenler de bu Kanun hükümlerine tabi olur.”* Bu düzenleme başta Kanun'un ismi ile çelişmekte, çünkü Kanun'un adında ve amacında "afet riski altındaki alanların dönüştürülmesi" ibaresi geçmektedir. Dolayısıyla afet riski altında olmayan yapıların da tıpkı afet riski altında olan yapılar gibi muameleye tabi tutulması mülkiyet hakkına ağır bir müdahale getirmektedir. "Uygulama bütünlüğü bakımından Bakanlıkça gerekli görülenler" ibaresinden de Bakanlığa geniş bir takdir yetkisi verildiği anlaşılmaktadır³⁶⁹. Ancak bu yetki, geniş olmanın yanında aynı zamanda belirsiz ve muğlak bir yetkidir. Aynı zamanda bu durum, "belirliyet" ve "kanunilik" gibi ilkelere dolayısıyla "hukuk devleti ilkesi"ne aykırıdır³⁷⁰.

Anayasa Mahkemesi de 27.2.2014 tarihinde vermiş olduğu kararıyla söz konusu fıkrayı Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan "ölçülülük" ilkesine ve 35. maddesinde yer alan mülkiyet hakkına aykırı bularak, iptal etmiştir³⁷¹. Karar özetle şöyledir:

“Dava konusu kuralla, Kanun'un uygulanması için belirlenen alanların sınırları içinde olup ‘riskli yapılar dışında kalan diğer yapılar’dan uygulama bütünlüğü bakımından Bakanlıkça gerekli görülenlerin de Kanun hükümlerine tabi olacağı düzenlenmiştir. Kanun’un 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (d) bendindeki riskli yapı tanımı dikkate

³⁶⁸ N.T. Gür (2014). Kentsel dönüşüm uygulamalarında sınırlı aynı hak tesisi. *Kentsel Dönüşüm Hukuku*, İstanbul Üniversitesi S.S.Onar İdare Hukuku ve İlimleri Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayınları, No:2013/1", s. 147.

³⁶⁹ S. R. Doru (2014). 6306 sayılı afet riski altındaki alanların dönüştürülmesi hakkında kanun'a ilişkin değerlendirme. *Kentsel Dönüşüm Hukuku*, İstanbul Üniversitesi S.S.Onar İdare Hukuku ve İlimleri Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayınları, No:2013/1, s. 163.

³⁷⁰ A. Avcı, (2014b), s. 190.

³⁷¹ AYM, 27.2.2014, E. 2012/87, K. 2014/41, 26.07.2014 tarih ve 29072 sayılı R.G.

alındığında, riskli yapılar dışındaki yapıların ekonomik ömrünü tamamlamamış, yıkılma veya ağır hasar görme riski taşımayan yapılar olduğu anlaşılmaktadır. Kuralda anılan nitelikteki yapıların da 'bu (6306 sayılı) Kanun hükümlerine tabi' olacağı belirtilmiştir. Kanun'un amacı 1. maddede, bu amaç doğrultusunda yapılacak yapıların tespiti ve kamuya ait taşınmazların tahsis ve devri kurala bağlandığından, anılan maddenin bu nitelikte olmayan dava konusu kural kapsamındaki taşınmazlara uygulanma imkanı bulunmamaktadır. Dolayısıyla riskli olmayan yapılar hakkında, Kanun'un 4, 5 ve 6. maddeleri uyarınca uygulama yapılacaktır. Anılan maddeler içinde, imar kısıtlamaları, yapının tahliyesi ve yıkılması, taşınmazın kamulaştırılması gibi mülkiyet hakkını sınırlandırdığı açık olan düzenlemeler bulunmaktadır. Kanun'un genel amacı afet riski altındaki alanlar ile bu alanlar dışındaki riskli yapıların bulunduğu arsa ve arazilerde, fen ve sanat norm ve standartlarına uygun, sağlıklı ve güvenli yaşama çevrelerini teşkil etmek üzere iyileştirme, tasfiye ve yenilemedir. Dava konusu kural ise bu genel amaç doğrultusunda yapılacak uygulamalarda 'uygulama bütünlüğü'nü sağlamak için getirilmiştir. Bunda meşru bir kamu yararı olduğu konusunda tereddüt bulunmamaktadır. Bununla birlikte kanunla getirilen bu sınırlamanın, kamu yararı amacı taşıması dışında, kamunun yararı ile bireylerin temel hakları arasında kurulması gereken adil dengeyi bozmaması, ölçülü olması da gerekir. dava konusu kuralla, 'riskli olmayan yapılar' hakkında yapılacak uygulamalara ilişkin özel bir düzenleme öngörülmemiş, riskli yapılara ilişkin kurallara atıf yapılmıştır. Ancak anılan kurallar, yapıların riskli olması dikkate alınarak düzenlenmiş, kamu yararı ile bireylerine hakları arasında buna uygun denge oluşturulmaya çalışılmıştır. Menfaatler dengesi bu şekilde oluşturulan kuralların riskli olmayan yapılara uygulanması, Anayasa'nın 13. Maddesinde temel hakların sınırlandırılmasının ölçütleri arasında yer verilen 'ölçülülük' ilkesine aykırılık oluşturmakta ve kamu yararı ile riskli olmayan yapı sahiplerinin hakları arasında kurulması gereken dengeyi bozmaktadır. Açıklanan nedenlerle dava konusu kural, Anayasa'nın 13 ve 35. maddelerine aykırıdır."

4.4. Geçici Konut, İşyeri Tahsisi veya Kira Yardımı

6306 sayılı Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasına göre, "Riskli yapıların yıktırılmasında ve bunların bulunduğu alanlar ile riskli alanlar ve rezerv yapı

alanlarındaki uygulamalarda, öncelikli olarak malikler ile anlaşma yoluna gidilmesi esastır. Anlaşma ile tahliye edilen yapıların maliklerine veya malik olmasalar bile kiracı veya sınırlı aynı hak sahibi olarak bu yapılarda ikamet edenlere veya bu yapılarda işyeri bulunanlara geçici konut veya işyeri tahsisi ya da kira yardımı yapılabilir."

Aynı hükmün ikinci fıkrası ise şöyledir:

"Uygulamanın gerektirmesi hâlinde, birinci fıkrada belirtilenler dışında olup riskli yapıyı kullanmakta olan kişilere de birinci fıkrada hükümleri uygulanabilir. Bu kişiler ile yapılacak olan anlaşmanın, bunlara yardım yapılmasının ve enkaz bedeli ödenmesinin usul ve esasları Bakanlığın teklifi üzerine Bakanlar Kurulunca belirlenir."

Böylelikle malik, sınırlı hak sahibi, kiracı ya da sözleşmeye dayanmadan fiilen kullanan kişiler açısından bu yardım söz konusu olabilecektir.

Bu şekilde, kullanılmakta olan yapının artık kullanılamayacağından dolayı bir tür telafi yöntemi benimsenmiştir. Bununla birlikte, her zaman bir işyeri tahsisi yahut kira yardımı ile telafi mümkün olmayabilir ve kişiler bunun dışında iş kaybı, daha uzak konut nedeniyle katlanılan ek masraflar gibi ayrıca zarara uğrayabilir. Bunların da göz önünde bulundurulması gerekirdi³⁷².

Belirtmek gerekir ki, hükme göre söz konusu yardımlar sadece malikle anlaşma sağlanması durumunda söz konusu olabilecektir. Aksi durumlarda, bu yardımla gündeme gelmeyecektir.

³⁷² Z. Kürşat (2014). 6306 sayılı afet riski altındaki alanların dönüştürülmesi hakkında kanunun özel hukuk alanındaki etkileri. *Kentsel Dönüşüm Hukuku*, İstanbul Üniversitesi S.S.Onar İdare Hukuku ve İlimleri Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayınları, No:2013/1, s. 36.

Sonuç

Türk Hukukunda Mülkiyet Hakkının Sınırlandırılması, Anayasada yer alan ilkelere ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararları ışığında İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine uygun olarak yapılmalıdır. Hem Anayasa'daki ilkeler, hem de İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi birbirini bertaraf etmez ya da yarışmazlar. Birlikte mülkiyet hakkının sınırlanması rejimini oluştururlar. Her iki rejimde yer alan kavramların, mümkün olduğunca yakınlaştırılarak kullanılması daha açık, anlaşılır hızlı ve etkili bir yargı mekanizmasının oluşmasına katkı sağlar, hukuki güvenliği artırır. Mülkiyet hakkı özelinde de benzer durum söz konusudur. Bu perspektifle, kamu ve birey arasındaki menfaat çatışmasında esas tercihin birey lehine yapılması gerektiği söylenebilir. Anayasamızda yer alan sınırlama şartları, idarenin işlemlerine karşı birey haklarını koruyan bir vasıta olarak anlamlandırılmalıdır. Bu esas, ölçülülük ilkesi ile, kamu yararı ve toplum yararı kavramlarının değerlendirilmesinde de esas teşkil etmelidir. Gerçekten, günümüzün ekonomik ve hukuk sisteminde bireyin mülkiyet hakkı vazgeçilmez bir yer işgal eder. Hukuk sisteminde yer alan ilkeler, bu mühim yeri göz önünde bulundurularak değerlendirilmelidir. Bu ilkeler arasında, gerek tarihi temeli gerekse günümüzde taşıdığı anlam bakımından en kollektivist anlamı toplum yararı taşımaktadır. Bununla birlikte, bu kavram dahi günümüzde mülkiyet temelli sistemde kamu yararı kavramının aşırı genişleyip, sınırları belirsiz bir kavrama dönüşmesini engelleyen ikinci bir sınırlama sebebi olarak anlaşılmalıdır. Sınırlama sebeplerinin hiçbiri, kamunun ya da kamu gücünü ardına alan unsurların zenginleşme vasıtası olamaz. Aksine, birey mülkiyetini tehdit etmesini engelleyerek fonksiyonlarını yerine getirirler. 6306 Sayılı Kanun da mülkiyet hakkına müdahale için vasıta olabilecek pek çok hüküm mevcuttur. Bunların hepsinin bir çalışmada incelenmesi oldukça zordur. Bununla birlikte çalışmamızda, mülkiyet hakkının ne şekilde anlamlandırılması gerektiğini ve buradan hareketle 6306 sayılı Kanunun hangi noktalarda hak ihlalleri doğurabileceği gösterilmeye çalışılmıştır.

KAYNAKÇA

- A. Greenspan, (2008). *Türbülans çağı*. (Çev:Nilgün Miler). İstanbul:Boyner Yayınları.
- Abacıoğlu, M. ve Abacıoğlu, A. (2013). *Açıklamalı (sorulu ve cevaplı) kentsel dönüşüm kanunu ve ilgili mevzuat, afet riski altındaki alanların dönüştürülmesi hakkında kanun*. Ankara:Seçkin Yayıncılık.
- Akıllıoğlu, T. (1988). Kamu yararı kavramı üzerine düşünceler. *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Prof. Dr. Lütfi Duran'a Armağan Özel Sayısı*, S:1-3.
- Akın, E. (2006). Mülkiyet hakkının anayasal korunması-I. *Yaklaşım Dergisi*, Y:14, S:162.
- Akipek, J., (2009). *Eşya hukuku*. İstanbul:Beta Y.
- Akyol, Ş. (1995). Türk hukuku'nda mülkiyet garantisi. *Prof. Dr. Hayri Domaniç'e Armağan*, İstanbul:Prestij Matbaası.
- Aktan, C. C. ve İ. Y. Vural (2003). *John locke'dan adam smith'e, voltaire'den lord acton'a özgürlük yazıları*. Konya. Çizgi Kitabevi.
- Anayurt, Ö. (1998). *Türk Anayasa hukukunda toplanma hürriyeti*. Kazancı Y. , İstanbul, s. 186, Aktaran: Hakyemez (2001).
- Arıcanlı, T. (2010). 19. yüzyılda Anadolu'da mülkiyet toprak ve emek. *Osmanlı'da Toprak Mülkiyeti ve Ticari Tarım*. N. Ertürk Keskin (2009). *Türkiye'de devletin toprak üzerinde örgütlenmesi*. Ankara: Tan Yayınları.
- Avcı, A. (2015a). 6306 sayılı afet riski altındaki alanların dönüştürülmesi hakkında kanun açısından mülkiyet hakkının sınırlandırılması. *Kentsel Dönüşüm Hukuku*, İstanbul:On İki Levha Yayıncılık.
- Avcı, A. (2014b). 6306 sayılı afet riski altındaki alanların dönüştürülmesi hakkında kanun açısından mülkiyet hakkının sınırlandırılması. *Kentsel Dönüşüm Hukuku*, İstanbul Üniversitesi S.S.Onar İdare Hukuku ve İlimleri Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayınları, No:2013/1.
- Avcıoğlu, D. (2008). *Türklerin tarihi*. 1. Cilt (1. Baskı). Ankara:Tekin Yayınevi.
- Avcıoğlu, D. (2008). *Türklerin tarihi*. 2. Cilt (1. Baskı), Ankara:Tekin Yayınevi.
- Ayan, M. (1993). *Eşya hukuku*. Konya: Mimoza Yayınları.
- Ayhan, F. (2014). Kentsel dönüşümü kavramı ve tarihsel gelişimi. *Kentsel Dönüşüm Hukuku*, İstanbul Üniversitesi.
- Baskıcı, M. (2009a). *Bizans döneminde Anadolu*. (1.Baskı). Ankara: Phoenix Yayınevi.

- Baskıcı, M.(2009b). *Bizans Döneminde Anadolu İktisadi ve Sosyal Yapı*. 900-1261 (1. Baskı). Ankara: Desen Ofset A.Ş.
- Başpınar, V. (2009). *Mülkiyet Hakkını İhlal Eden Müdahaleler*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Bayındır, S. (2007), Menkul Kıymetleştirme Uygulamaları ve Fıkıhtaki Yeri. *İstanbul Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Sayı: 16.
- Baykara, T. (2014). *Kentsel dönüşümde finansal destekleme ve mali işlemler rehberi*. Ankara:Seçkin Yayıncılık.
- Bayrak, M.R. (2012). *Sürdürülebilir kalkınma için türkiye 'de düşük karbon ekonomisi ve kyoto protokolü 'nün finansman kaynakları*. Karabük Üniversitesi Tarih Kültür ve Sanat Araştırmaları Dergisi, 1(5).
- Berktaş, H. (1985). Osmanlı devletinin yükselişine kadar Türklerin iktisadi ve sosyal tarihi. *Osmanlı Devletine Kadar Türkler*. Cilt 1, (Ed.Akşin S.), İstanbul:Cem Yayınevi.
- Boyar, O. (2004). *İnsan hakları avrupa mahkemesi ve anayasa mahkemesi kararlarında mülkiyet hakkının sınırlanması*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi S.B.E., s. 104.
- Bulut, N. (2006). Mülkiyet konusunda temel yaklaşımlar ve Türk Anayasası'nda mülkiyet hakkı. *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 10(6).
- Cem, İ. (1982). *Türkiye 'de geri kalmışlığın tarihi*. (8. Baskı). İstanbul:Basaş Ofset.
- Challaye, F. (1969). *Mülkiyetin tarihi*. (2. Baskı) (Çev:T. Aytuğ). İstanbul: Remzi Yayınevi.
- Challaye, F.. (1993). *Mülkiyetin tarihi* (Çev:T. Aytuğ). İstanbul: Remzi Yayınevi.
- Chiristian, R. (1993). Ölçülülük ilkesi ve anayasa yargısındaki işlevi ve niteliği. *Anayasa Yargısı Dergisi*, C.10 s.48.
- Cin, H. (1992), *Osmanlı toprak düzeni*. (3.Baskı), Konya: Selçuk Üniversitesi Yayınları.
- Coşar, V. A. (1985). Mülkiyet kavramı ve çeşitleri (I). *Ankara Barosu Dergisi*, S:3.
- Çakallı, M. E. (2013). *Kentsel yenilemede bir araç olarak kentsel dönüşüm projeleri ve ilgili idari yargı kararları*. Ankara:Adalet Yayınevi.
- Çolak, N. *Kentsel Dönüşüm Mevzuatı 'nın Hukuksal Değerlendirilmesi*.
- Çetin, H. (2002). *Liberalizmin tarihsel kökenleri*.
<http://eskidergi.cumhuriyet.edu.tr/makale/134.pdf>

- Çelebican, Ö. (2014). Roma Hukuku, Ankara:Yetkin Yayınları.
- D. Rodrik, (2013). *The New Merchantalist Challenge*. <http://www.project-syndicate.org/commentary/the-return-of-mercantilism-by-dani-rodrik> (Erişim tarihi 07.05.2015)
- Demir, F. (1981). *İslâm Hukukunda Mülkiyet Hakkı ve Servet Dağılımı*. Ankara: İlmi Yayınlar.
- Dinç, G. (2004). Avrupa insan hakları sözleşmesi ve mülkiyet hakkı. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2004/51.
- Doğanay, Ü. (1974). Toplum ve kamu yararı kavramları. *Mimarlık Dergisi*, S:7.
- Doru, S. R. (2014). 6306 sayılı afet riski altındaki alanların dönüştürülmesi hakkında kanun'a ilişkin değerlendirme. *Kentsel Dönüşüm Hukuku*, İstanbul Üniversitesi S.S.Onar İdare Hukuku ve İlimleri Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayınları, No:2013/1.
- Duez, P. (1933). *Esquisse d'une définition réaliste des droits publics individuels*. Paris:Mélanges Carré de Malberg, s.114.
- Dural, M. (1981). *Eşya hukuku dersleri*. İstanbul: Fakülter Matbaası.
- Duran, L. (1975). *İdare hukuku ders notları (teksir)*. İstanbul.
- Engels, F. (1997), *İngiltere 'de emekçi sınıfının durumu*. (Çev: Yurdakul Fidancı).
- Engels, F. (2010). *Ailenin, Özel Mülkiyetin ve Devletin Kökeni*. (15. Baskı) (Çev:K. Somer). İstanbul:Sol Yayınları.
- Eren, F. (1974). *Dr. A. Recai Seçkin'e armağan*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- Eren, F. (2014). *Mülkiyet hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Eroğlu, İ. (2000). Osmanlı iktisadi düzeninde ihtisâb müessesesi ve muhtesiblik üzerine bir deneme. *Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi*, (11).
- Ertaş Ş. vd. (2008). *Eşya hukuku*. Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 8. Baskı, Ankara:Seçkin Y.
- Esener, T. ve K. Güven (2008). *Eşya hukuku*. Ankara: Yetkin Y.
- Etgü, M.A. (2009). *Kamu hukukunda mülkiyet hakkı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin mülkiyet hakkına bakışı*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

- Faroqhi, S. (1998). Zeytin diyarında güç ve servet: edremit ayanından müridzade hacı mehmed ağa'nın siyasi ve ekonomik faaliyetleri. *Osmanlı'da Toprak Mülkiyeti ve Ticari Tarım*.
- Fukuyama, F. (2003). *Tarihin sonu mu?* (Çev:Yusuf Kaplan), Ankara: Vadi Yayınları.
- Gemalmaz, H.B. (2009). *Avrupa insan hakları sözleşmesinde mülkiyet hakkı*. İstanbul:Beta Y.
- Gemalmaz, H.B. (2011). *Sanal dünya'da iktidar ve özgürlük*. İstanbul: Beta Yayınları.
- Genç, M. (2012). Osmanlı iktisadi dünya görüşünün temel ilkeleri. *Sosyoloji Dergisi*.
- Genç, M. (2014). Klâsik Osmanlı sosyal-iktisadî sistemi ve vakıflar. *Vakıflar Dergisi*, 42,9-18.
- Giritli İ. Bilgen, P. ve Akgüner T. (2008). *İdare hukuku*. İstanbul:Der Y.
- Gören, Z. (2007). Temel hakların sınırlanması-sınırlamanın sınırları. *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, S.12.
- Gözler K., (2010). *Türk anayasa hukuku*. Bursa:Ekin Basım Yayın Dağıtım.
- Gözler, K. (2009). *İdare hukuku*. C. II, Bursa:Ekin Basım Yayın Dağıtım.
- Gözler, K. (2013). *Anayasa hukuku'nun genel esasları*. Bursa:Ekin Basım.
- Gözler, K. (2013). *Anayasa hukuku'nun genel esasları*. Bursa:Ekin Basım.
- Gözler, K. ve Kaplan, G. (2011). *İdare hukukuna giriş*. Güncelleştirilmiş 14. Baskı, Bursa:Ekin Basım Yayın Dağıtım.
- Gözler, K. ve Kaplan, G.(2011). *İdare hukuku dersleri*. 11. Baskı, Bursa:Ekin Basım Yayın Dağıtım.
- Gözlügöl, S. V. (2013). *Human rights and fundemantal freedoms*. Roma:Aracne Editrice.
- Gözübüyük, Ş. ve Gölcüklü, F. (2007). *Avrupa insan hakları sözleşmesi ve uygulaması*. (7.Baskı). Ankara: Turhan Yayıncılık.
- Gür, N.T. (2014). Kentsel dönüşüm uygulamalarında sınırlı aynı hak tesisi. *Kentsel Dönüşüm Hukuku*, İstanbul Üniversitesi.
- Güriz, A. (1968b). Modern mülkiyet kavramı ve toprak reformu. *Türkiye'de Toprak Reformu Semineri 6-8 Haziran 1968*, AÜHFY:244, Ankara 1968.
- Güriz, A. (1969a). *Teorik açıdan mülkiyet sorunu*. Ankara.
- Güriz, A. (1969a). Teorik açıdan mülkiyet sorunu. *AÜHFY*, Ankara, s. XII.
- Güven, K. ve Esener, T. (2012), *Eşya hukuku*, Ankara:Yetkin Yayıncılık.

- Hakyemez, Y.Ş. (2001). Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında ölçülülük ilkesi. *Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı*, C:II, Beta Y.
- Haldun, İ. (2013). Mukaddime.(Çev:Turan Dursun), İstanbul: Kaynak Yayınları.
- Halis, Ç. (2001). Liberalimin temel ilkeleri. *Cumhuriyet Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi*, 2(1).
- Hassan, Ü. (1985). Osmanlı devletinin yükselişine kadar Türklerin iktisadi ve sosyal tarihi. *Osmanlı Devletine Kadar Türkler*. Cilt 1, (Ed.Akşin S.) İstanbul:Cem Yayınevi. s.140-281.
- Hatemi, H., R. Serozan ve A. Arpacı (1991). *Eşya hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Heaton, H. (1995). *Avrupa İktisat Tarihi*. Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu (2005). *Türkçe Sözlük*. 10. Baskı, Ankara.
- Hegel, G.W.F. (2010). *Tarih felsefesi*. (2. Baskı), (Çev:Aziz Yardımlı) İstanbul: İdea Yayınevi.
- Hegre, H. vd (2003). *How the wealth of nations conditions the liberal peace*. *European Journal of International Relations*, (9) <http://ejt.sagepub.com/content/9/2/277.short> (Erişim tarihi:08.02.2015)
- http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.55ea0e0be836c5.73064052 (Çevrimiçi, 05.09.2015)
- <http://www.yargitay.gov.tr/abproje/belge/conf8/kentselDonusumMevzHukuksalDegerlendirmeN.Colak.pdf> (Erişim tarihi 21.01.2015).
- https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/211254/Islamic_finance_note_final.pdf (Erişim tarihi 18.12.2013)
- İlgezdi, A. R. (2014). *Adım adım kentsel dönüşüm*. İstanbul:Legal Yayıncılık.
- J. A. Schumpeter, (1974). *Capitalism, Socialism and Democracy*. Usa: George Allen & Unwin publishing. (Erişim tarihi:08.02.2015)
- Kalabalık, H. (2011). *İdare hukukunun temel kavram ve kurumları*. 4. Baskı, Konya:Sayram Y.
- Kalabalık, H.. *İmar hukuku*. C.3, Güncelleştirilmiş ve Geliştirilmiş 4. Baskı, Ankara:Seçkin Yayınları.
- Kapani, M. (1993). *Kamu hürriyetleri*. 7. Baskı, Ankar:Yetkin Y.
- Keleş, R. (2012). *Kentleşme politikası*. Ankara:İmge Kitabevi.

- Keynes, J.M. (2008). *Genel teori*. (Çev:Prof. Dr. Uğur Selçuk Akalın), İstanbul: Kalkedon Yayınları.
- Kılıçbay, M.A. (1982). *Feodalite ve klasik dönem Osmanlı üretim tarzı*. Ankara: Gazi Yayınevi.
- Kızıl, N. (1988). Kamulaştırma fenomeni. *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, C.9 S.1-3.
- Kiraz, A.G. (2014). *A'dan z'ye kentsel dönüşüm, kentsel dönüşüm ile ilgili pratik bilgiler ve dilekçeler*. İstanbul:Beta Yayınları.
- Kotil, E. vd. (2007). Körfez Depreminin Ekonomik Etkileri. *2007 Uluslararası Kocaeli Deprem Sempozyumu*, http://kocaeli2007.kocaeli.edu.tr/kocaeli2007/TAM_METIN_NUMARALI-SIRALI-PDF/737-744.pdf (Erişim tarihi 30.04.2015)
- Köprülü, F. (1983). *İslâm ve türk hukuk tarihi araştırmaları ve vakıf müessesesi*. İstanbul:Ötüken Yayınları, s.372; Genç (2014).
- Kürşat, Z. (2014). 6306 sayılı afet riski altındaki alanların dönüştürülmesi hakkında kanunun özel hukuk alanındaki etkileri. *Kentsel Dönüşüm Hukuku*, İstanbul Üniversitesi S.S.Onar İdare Hukuku ve İlimleri Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayınları, No:2013/1.
- Nişancı, Ş. (2002). *15. ve 16. yüzyıl Osmanlı iktisat zihniyeti*. (1. Baskı), İstanbul: Okumuş Adam Yayınları.
- O. Aldıkaçtı (1982). Anayasa hukukumuzun gelişmesi ve 1961 anayasası. 4. Bası, *İÜHFY*, s. 39, Aktaran: Etkü (2009).
- Oğuz, F. (2003). *Mülkiyet hakları bir ekonomik analiz*. Ankara: Roma Yayınları.
- Oğuzman, M.K. vd. (2012). *Eşya hukuku*. Gözden Geçirilmiş 11. Bası, İstanbul:Filiz Kitabevi.
- Onar, S.S. (1960). *İdare hukukunun umumi esasları*. Cilt 2, İstanbul:İsmail Akgün Matbaası.
- Onar, S.S. İdare Hukuku ve İlimleri Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayınları, No:2013/1.
- Ortaylı,İ. (2015). *Türklerin tarihi*. İstanbul: Timaş Yayınları.
- Oy, O. ve Nazik, S. (2014). *Kentsel dönüşüm kapsamında rezerv yapı alanı - riskli alan ve riskli yapılar*. İstanbul:Beta Yayıncılık, s. 29.
- Öncel vd. (2014). *Vergi hukuku*.Ankara:Yetkin Yayınları.

- Öngören, G. ve Çolak, N.İ. (2013). *Kentsel dönüşüm hukuku*. İstanbul:Öngören Hukuk Yayınları.
- Örücü, E. (1976). *Taşınmaz mülkiyetine bir kamu hukuku yaklaşımı mülkiyet hakkının sınırlanması*. İstanbul:Sulhi Garan Matbaası.
- Özbudun, E. (2014). *Türk anayasa hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Özden, P.P. (2008). *Kentsel yenileme*. Ankara:İmge Kitabevi.
- Özel, S. (2013). *Mülkiyet kamulaştırma ve gerçek karşılık hakkı*. Ankara:Yetkin Yayınları.
- Özgür, M. E. (2009). John Stuart Mill on Justice in Property. *AÜSBFD*, C:64, S:3.
- Özsunay E. (2015). *6306 sayılı kanun ve kentsel dönüşüm uygulamalarına ilişkin düşünceler*. İstanbul:Vedat Kitapçılık.
- Polanyi, K. (2001) *The Great Transformation*, Massachusetts:Bacon Publishing vd.http://inctpped.ie.ufrj.br/spiderweb/pdf_4/Great_Transformation.pdf (Erişim tarihi:08.02.2015)
- Proudhon, P.J. (1998). *Mülkiyet nedir?* Toplumsal Dönüşüm Yayınları.
- Rawls, J. (1999). *A theory of justice cambridge*. Harward Üniversitesi Yayınları.
- Reisoğlu, S. (2001). *Uluslararası boyutlarıyla insan hakları*. İstanbul: Beta Basım Aş.
- Roux, J.P. (2007). *Türklerin tarihi*. (3.baskı), İstanbul: Kabalcı Yayınları.
- Roux, J.P. (2007). *Türklerin tarihi*. (3.baskı), İstanbul: Kabalcı Yayınları.
- Sadikov, R. (2010). Şubat devriminden sonra rusya'da iktidar mücadelesi: ekim devrimi'ne giden yol. *Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih-Coğrafya Fakültesi Tarih Bölümü Tarih Araştırmaları Dergisi*, (29), 48.
- Saraç, M. (2015). *Kentsel dönüşüm ve gelişimi, sosyal boyutu, kentsel dönüşümden doğan hukuki sorunlar*. Ankara:Adalet Yayınevi.
- Savaş, V.F.. *Anayasa mahkemesi ve özelleştirme*. http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg15/vfsavas.pdf (Erişim Tarihi 08.05.2015)
- Serdengeçti, E. (1959). Mülkiyet nehinin tekâmül vechesi. *İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 24(1-4).
- Serozan, R. (1982). Mülkiyet hakkının özü, işlevi ve sınırları. *Ümit Doğanay'ın Anısına Armağan*, C:I, İÜHFY.
- Sirmen, L. (2014). *Eşya hukuku*. Ankara:Yetkin Hukuk Yayınları.

- Soboul A. (1969). *Fransız devrimi*.
- Soysal, M. (1986). 100 soruda anayasanın anlamı. İstanbul: Gerçek Yayınları.
- Suver, A. (1979). *İhtilaller ve darbeler tarihi*. İstanbul: Su Yayınları.
- Şahin, C. (2014). Afet riski altındaki alanların dönüştürülmesi hakkındaki kanun'a yönelik bazı eleştiriler. *Kentsel Dönüşüm Hukuku*, İstanbul Üniversitesi S.S.Onar İdare Hukuku ve İlimleri Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayınları, No:2013/1.
- Şenol, C. (2012). AİHS hükümleri ve aihm kararlarının devletlerin egemenlikleri üzerine etkisi. *Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2012/1.
- Şimşek, S. (2010). Mülkiyet hakkının kapsamı, sınırlandırma nedenleri ve şartları açısından 1982 anayasası ve avrupa insan hakları sözleşmesi: karşılaştırmalı bir analiz-1. *TBB Dergisi*, S:91.
- Şimşek, S. (2012). AİHM içtihatlarına göre mülkiyet hakkının korunması açısından devletlerin pozitif yükümlülükleri. *Sayıştay Dergisi*, 84.
- Şimşek, S. (2013) *Türkiye'de kentsel dönüşüm uygulamaları*. Ankara:Seçkin Yayıncılık.
- Şimşek, S.(2012), *Avrupa insan hakları mahkemesinin mülkiyet hakkıyla ilgili davaları inceleme yöntemi: üç kural analizi*. s.8, <http://dergi.sayistay.gov.tr/icerik/der88m2.pdf>
- Tahiroğlu, B. (1981) *Roma hukukunda mülkiyet hakkının sınırları*. (1. Baskı) İstanbul. TDK. *Güncel türkçe sözlük*.
- Tekinay, S. S. vd. (1989). *Eşya hukuku*. (5. Baskı). İstanbul.
- Tuğrul, S. (2004). *Kamu hukuku açısından mülkiyet hakkı ve sınırlandırılması*. İstanbul:Kazancı Yayınları.
- Tuğrul, S. ve Atalay, İ. O. (2004). Mülkiyet hakkının işlevleri ve sınırları. *Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*, S:3.
- Tuna, A. S. (2012). Türkiye'de afetler, hukuki sorunlar ve çevresel sonuçları. *İstanbul Barosu Dergisi*, C:86, S:2012/1.
- Türe, F. (2014). Liberalizm, Mülkiyet ve Hukuk Devleti Üzerine. *Akademik Sosyal Araştırmalar Dergisi*, Yıl: 2, Sayı: 1, Mart 2014. http://www.asosjournal.com/Makaleler/751949137_103

- Uzun, A. (2000), Sanayi devrimi esnasında çalışma şartları. *Prof Dr. Nusret Ekin'e Armağan*, Ankara: Türk Ağır Sanayi ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası Yayınları.
- Ülger, N.E. (2010). *Türkiye'de arsa düzenlemeleri ve kentsel dönüşüm*. Ankara:Nobel Yayın Dağıtım.
- Ünal, E., , F. Duyguluer Bolat, E. (1998). *İmar terimleri*. Ankara:TODAİE Yayınları.
- Ünal, M. (2003). *Orman hukuku*. Ankara: Nobel Yayınları.
- Ünal, M. (2006). Ferdi mülkiyetin tarihi, dini ve beşeri kökenleri. *Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan*.
- Ünal, Ş. *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Türk İç Hukukuna Etkileri*. s.63 http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anayargi/unal.pdf (Erişim Tarihi:02.01.2014); Gözübüyük ve Gölcüklü (2007).
- Üstün, G. (2009). *Kentsel dönüşümün hukuki boyutu*. İstanbul:XII Levha Yayıncılık.
- Weber, M. (2010). *Protestan ahlâkı ve kapitalizmin ruhu*. (1. Baskı), Ankara:Alter Yayıncılık.
- Y. Erdoğan (2000). Kamu hukuku açısından mülkiyet hakkı. *AYİM Dergisi*, S:14.
- Yasin M. (2005). İdari irtifaklar. *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2005/2.
- Yasin, M. (2005a). Kentsel dönüşüm uygulamalarının hukuki boyutu. *TBB Dergisi*, Sayı 60.
- Yazıcıoğlu, S.S. (2014). Kamulaştırma hukuku'nda acele kamulaştırma uygulaması. *Ankara Barosu Dergisi*, S:3, s. 387.
- Yıldırım, K.. *Sözleşmenin ve divan kararlarının uygulanma niteliği*. http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anayargi/yldrm.pdf (Erişim tarihi: 4.5.2015)
- Yıldırım, R. (2012). *İdare hukuku dersleri I*. 4. Baskı, Konya:Mimoza Y.
- Yürek, C. (2013). *Kentsel Dönüşüm Uygulamaları-Hukukî İdarî Teknik Altyapısı, Türkiye Mühendislik Haberleri*, http://www.imo.org.tr/resimler/dosya_ekler/1aa5ee541f31636_ek.pdf?dergi=532 (Erişim Tarihi 08.07.2015)
- Zabunoğlu, Y.K. (2012). *İdare hukuku*. Cilt 1, Ankara:Yetkin Y.