

İSTANBUL ŞEHİR ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

**AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI IŞIĞINDA
KAMULAŞTIRMASIZ EL ATMA**

MERVE NAZ DEMİRCİ GENC

TEMMUZ 2019

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI IŞIĞINDA
KAMULAŞTIRMASIZ EL ATMA

MERVE NAZ DEMİRCİ GENC

İSTANBUL ŞEHİR ÜNİVERSİTESİ

TEMMUZ 2019

ONAY

Bu tez tarafımızca okunmuş olup kapsam ve nitelik açısından, Kamu Hukuku alanında Yüksek Lisans Derecesini alabilmek için yeterli olduğuna karar verilmiştir.

Tez Jürisi Üyeleri:

	KANAATI	İMZA
Prof. Dr. Nur Kaman (Tez Danışmanı)	<u>Kabul</u>	
Prof. Dr. Nihat Bulut	<u>Kabul</u>	
Dr. Öğr.Üyesi H. Melih Çakır	<u>Kabul</u>	

Bu tezin İstanbul Şehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü tarafından konulan tüm standartlara uygun şekilde yazıldığı teyit edilmiştir.

Tarih
29.07.2019


Mühür/İmza

Bu çalışmada yer alan tüm bilgilerin akademik kurallara ve etik ilkelere uygun olarak toplanıp sunulduğunu, söz konusu kurallar ve ilkelerin zorunlu kıldığı çerçevede, çalışmada zgn olmayan tüm bilgi ve belgelere, alıntılama standartlarına uygun olarak referans verilmiş olduğunu beyan ederim.

Adı Soyadı: MELEK NAZ DEMİRCİ GENÇ

İmza: 

ÖZ

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI IŞIĞINDA KAMULAŞTIRMASIZ EL ATMA

Demirci Genc, Merve Naz

Kamu Hukuku Yüksek Lisans Programı

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Nur KAMAN

Temmuz 2019, 93 Sayfa.

Tezimizin konusu; idarenin, özel kişilerin mülkiyet hakkına müdahalesi olan ve idare hukuku kapsamında fiili yol teşkil eden kamulaştırmaz el atma niteliğindeki eylem ve işlemlerdir. Çalışmamızın ilk bölümünde kamulaştırmaz el atmanın Türk Hukuku'ndaki gelişimi, ikinci bölümünde ise Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi emsal kararları ekseninde kamulaştırmaz el atma incelenmiştir. İkinci bölümde ayrıca Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin mülkiyet hakkının sınırlanmasına ilişkin iç hukuka yön veren ihlal kararları neticesinde Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay kararları ile kamu denetçisinin tavsiye niteliğindeki kararları da incelenmiştir. Bu çalışmada yeni yasal düzenlemelere de yer verilerek mülkiyet hakkının korunmasına yönelik yahut hakkın ihlali halinde hukuka aykırılığın ne şekilde giderilebileceği, hangi yargı yolunun hukuka aykırılığın giderilmesinde daha etkin olabileceği açıklanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Kamulaştırmaz el atma, Mülkiyet hakkı, Müdahale, Sınırlandırma.

ABSTRACT

CONFISCATING WITHOUT EXPROPRIATING ACCORDING TO DECISIONS OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Demirci Genc, Merve Naz

LL.M. in Common Law

Thesis Advisor: Prof. Nur KAMAN

July, 2019, 93 Pages.

The subject of our thesis is the intervention of administration, to the property right of private entities and the acts and proceedings of administration, in the form of confiscating without expropriating. In the first part of our paper, the development of confiscating without expropriating in the Turkish Law and in the second part prejudications of ECHR regarding the confiscating without expropriating are researched. Besides, in the second part, the Constitutional Court and Court of Cassation decisions and the recommendations of the ombudsman are examined as a result of the decisions of the European Court of Human Rights that lead to the violation of the domestic law on the limitation of property rights. In this study, new legal regulations are also included and it is explained how the lawfulness can be remedied in case of violation of the right or protection of property right and which jurisdiction may be more effective in eliminating the unlawful.

Keywords; Confiscating without expropriating, Property right, Intervention, Limiting

İÇİNDEKİLER

Öz	iv
Abstract	v
İçindekiler	vi
BÖLÜMLER	
Giriş	1
1. Kamulaştırmaz El Atmanın Türleri ve Tarihsel Gelişimi	3
1.1. Tanım	3
1.2. Kamulaştırmaz Fiili El Atma ve Fiili Yol	7
1.3. Kamulaştırmaz El Atmanın Tarihsel Gelişimi	10
1.3.1. 1924 Anayasası Dönemi	11
1.3.2. 1961 Anayasası Dönemi	15
1.3.3. 1982 Anayasası Dönemi	16
1.4. Kamulaştırmaz El Atma ve Kamu Yararı	27
1.5. Kamulaştırmaz Fiili El Atmanın Unsurları	28
1.5.1. Kamulaştırma İşleminin Yapılmamış Olması	29
1.5.1.1. Kamulaştırma İşleminin Hiç Yapılmaması	29
1.5.1.2. Kamulaştırma İşleminin Tamamlanmamış Olması	29
1.5.2. İdare Tarafından Sahiplenme Kastıyla ve Kalıcı Olarak El Atılmış Olması	34
1.5.3. Taşınmaza Kamu Yararı Amacı ile Fiilen El Atılması	35
1.6. Kamulaştırmaz Hukuki El Atma	36
1.6.1. Kamulaştırmaz Hukuki El Atmanın Tarihsel Gelişimi	37
1.6.2. Kamulaştırmaz Hukuki El Atmaya İlişkin Yasal Düzenlemeler	39
1.6.3. Kamulaştırmaz Hukuki El Atmaya Yargıtay'ın Bakışı	40
1.7. Kamulaştırmaz El Atmada Bedel Tespiti	47
1.7.1. Kamulaştırma Bedelinin Tespitinde Kullanılan Sistemler	48
1.7.1.1. Objektif Sistem	49
1.7.1.2. Subjektif Sistem	50
1.7.1.3. Karma Sistem	51
1.8. Kamulaştırmaz El Atmanın Benzer Kavramlardan Farkı	52
1.8.1. 3194 Sayılı İmar Kanunu'nun 18. Maddesine İlişkin Kesintiler	52

1.8.2. Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanunu Kapsamında Kalan Taşınmazların Kullanımının Yasaklanması	55
1.8.3. 2942 Sayılı Kamulaştırma Kanunu Madde 4 Kapsamında Kalan Taşınmazlar	58
2. Kamulaştırmaz El Atmada Uluslararası Denetim Mekanizmalarının İşleyişi ve Ulusal Düzeyde Etkileri.....	59
2.1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Mülkiyet Hakkının İncelenmesi	59
2.2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Mülkiyet Hakkına İlişkin Denetimi	60
2.2.1. Usule İlişkin Denetim	60
2.2.2. Esasa İlişkin Denetim	63
2.2.2.1. Hukukilik, Meşru Amaç ve Orantılılık İlkeleri Bakımından Denetim	63
2.2.2.2. Üç Kural İlkesi Bakımından Denetim	67
2.3. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Devletlere Getirilen Yükümlülükler	72
2.3.1 Pozitif Yükümlülük	72
2.3.2. Negatif Yükümlülük.....	73
2.4. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne Başvuru Usulü	74
2.4.1. Devlet Başvurusu	74
2.4.2. Bireysel Başvuru.....	75
2.5. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin İç Hukuka Etkisi.....	77
2.6. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Türk Hukuku'na Etkisi	78
2.7. Anayasa Mahkemesi'nin Kamulaştırmaz El Atmaya Bakışı.....	81
2.8. Sonuç	87
Kaynakça	91

GİRİŞ

İdareler, görecekları kamu hizmetleri için Hazine'ye ait taşınmazların yetersiz kalması halinde Anayasa'nın 46. maddesinde ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun ilgili maddelerinde düzenlenen usulde, bedelini peşin olarak ödeyerek, özel kişiye ait taşınmazları kamulaştırmaktadır. Kamulaştırma usulü, mülkiyet hakkına getirilen en ciddi müdahalelerden biridir. Kamulaştırma ile özel kişilere ait taşınmazlar, kamu gücü kullanılarak maliklerin rızası hilafına idare lehine tescil edilmektedir. Kamulaştırma işlemine ait prosedür kanun ile belirlenerek idarenin, bireyin mülkiyet hakkı üzerinde keyfi davranması önlenmeye çalışılmıştır. Bu işlem, birey yararı ile kamu yararının çatıştığı hassas bir alana ilişkindir. Dolayısıyla buna ilişkin düzenlemelerin bu hassasiyet gözetilmeyerek, idarelerin bu yola başvurmalarını cazip kılacak, idareleri hukuka aykırı yola meylettirecek şekilde yapılması hukuki güvenlik için ciddi tehlike oluşturacaktır. Mülkiyet hakkı, Türkiye'nin tarafı olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 1 No.lu Ek Protokol kapsamında güvence altına alınmış bir haktır. Bunca güvenceye rağmen idareler sıklıkla kamulaştırma usulüne uymayarak bireylerin mülkiyet hakkına hukuka aykırı olarak müdahalede bulunmaktadır. Kamulaştırma usulüne getirilen usullere uyulmaması yahut kamulaştırma işlemine başlanmasına rağmen tamamlanmadan taşınmazın idare tarafından kullanılmaya başlanması ise kamulaştırmaz el atma olarak adlandırılan hukuka aykırı yoldur. Demokratik ve sosyal bir hukuk devletinde, devletin ajanı olan idarelerin hukuka uygun davranması beklenmektedir. Ancak hukuka aykırı olarak gerçekleştirdikleri eylem ve işlemleriyle bireylerin mülkiyet haklarını kısıtlamaktadırlar. Anayasa ve uluslararası sözleşmeler ile güvence altında alınan mülkiyet hakkına kısıtlama getirerek, hakkın özüne dokunan kamulaştırmaz el atma ile birlikte mağduriyetin ne şekilde giderileceği sorunu gündeme gelmektedir. İç hukukta tanınan dava yollarıyla zarar giderilmeye çalışılmaktadır. İç hukuk yollarının tüketilmesine rağmen zararını gidermeyen bireyler, mülkiyet hakkının ihlalini AİHM nezdinde de ileri sürebilmektedir.

Kamulaştırmamız el atmanın, fiili ve hukuki el atma olmak üzere iki görünümü mevcuttur. Çalışmamız kapsamında kamulaştırmamız fiili el atma ve hukuki el atma kavramları ayrı olarak incelenmiştir. Hukuki el atma 3194 sayılı İmar Kanunu'na dayanan beş yıllık imar programıyla kamu hizmetine tahsis edilen özel hukuk kişilerine ait olan taşınmazların imar programı süresi içerisinde kamulaştırılmayarak bireylerin mülkiyet hakkının ihlal edilmesidir. Uzun yıllar programa alınmayarak, ödenek temin edilmeyen ve bu sebeple kamulaştırılmayan taşınmaz malikleri dava yolu ile zararını gidermeye mecbur bırakılmaktadır. Fiili el atma ise kamulaştırma işlemine hiç başlanmadan yahut başlanmasına rağmen işlem tamamlanmadan özel kişilere ait taşınmazların idare tarafından kullanılmaya başlanmasıdır. Fiili el atma halinde de malikler taşınmaz bedelini dava yoluyla talep etmektedirler.

Çalışmamızın birinci bölümünde kamulaştırmamız el atmanın türlerine, kanuni düzenlemelere ve mülkiyet hakkına yasa ile getirilen kısıtlamalara değinilmiştir. Birinci bölümde ayrıca kamulaştırmamız el atmanın söz konusu olabilmesi için gereken şartlar incelenmiş ve benzer kavramlardan farkları da açıklanmıştır.

Çalışmamızın ikinci bölümünde ise Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin mülkiyet hakkına bakışı ve kararlarında hangi prensipler çerçevesinde inceleme yaptığına değinilmiştir. Bu bölümde bireysel başvuru usulüne, Türkiye'den yapılan başvurulara ve bu başvuruların iç hukuka olan etkisine de değinilmiştir. Ayrıca Anayasa Mahkemesi'nin vermiş olduğu kararlardan hareketle kamulaştırmamız el atmaya bakışı incelenmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

KAMULAŞTIRMASIZ EL ATMANIN TÜRLERİ VE TARİHSEL GELİŞİMİ

1.1. TANIM

Kamulaştırmaz el atma, idarenin özel kişiye ait olan taşınmazı bilerek yahut bilmeyerek kamulaştırma usulüne uymadan, karşılığında bir bedel ödemedi, fiilen bir kamu hizmetine tahsis etmesi ve üzerinde bayındırlık eserleri inşa etmesi yahut kamunun kullanımına tahsis etmesiyle kamu malı haline getirerek iktisap etmesidir.¹ Kamulaştırmaz el atmanın fiili ve hukuki olmak üzere iki görünümü mevcuttur. İdarenin 3194 sayılı İmar Kanunu'na dayanarak ve kamu erkini kullanarak gerçekleştirdiği fakat yasal süreyi aşarak ve belli bir süreye tabi olmaksızın yaptığı bir idari işlemle mülkiyet hakkının kullanılmasını ortadan kaldırması kamulaştırmaz hukuki el atmadır.² Hukuki el atma, uygulamada daha çok 3194 sayılı İmar Kanunu kapsamında gerçekleştirilen imar uygulamalarında ortaya çıkmaktadır. İdarenin kanuni süre sınırını aşarak mülkiyeti süresiz olarak kullanılamaz hale getirmesiyle oluşmaktadır.³ 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun Ek 1. maddesine göre idarenin, imar planlarının yürürlüğe girmesinden itibaren kanunla öngörülen beş yıllık süre içerisinde işlemini tamamlaması gerekmektedir. İdarenin, bu süre içerisinde işlemini tamamlamaması, özel hukuk kişilerinin mülkiyeti üzerindeki tasarruf yetkisini süresiz olarak ortadan kaldırmasına ve hakkı kullanılmaz hale getirmesine sebep olmaktadır. Hukuki el atma sebebiyle uğranılan zararların iç hukuk yollarıyla tazmin edilememesi sebebiyle zarara uğrayan malikler taşınmaz bedelinin tazmini için Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurmuştur. AİHM'e yapılan başvuruların pek çoğunda Türkiye aleyhine ihlal kararı verilmiştir. Kamulaştırmaz hukuki el atma halinde de taşınmaz bedeline hükmedilebilmesine dayanak sağlayan en önemli etken de AİHM'nin vermiş olduğu ihlal kararlarıdır.

¹ Sıddık Sami Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları, İsmail Akgün Matbaası, 3.basım 1966, Cilt III, Sf.1558.

² Yasin Sezer, Recep Emre Kalkan, Mustafa Emre Şahin, İmar Hukuku Dersleri, Adalet Yayınevi, Ekim 2018 Ankara, sf.148.

³ Mehmet Çabuk, Nuran Doğan Çakmak, Danıştay Kararları Işığında Kamulaştırmaz El Atma, Seçin Yayınevi, Eylül 2018 Ankara, sf.36.

Kamulaştırmatsız el atmanın diğerk görünümü ise fiili el atma şeklinde gerçekleşmektedir. Kamulaştırmatsız fiili el atma; bir idari işleme dayanmaksızın, usulüne uygun bir kamulaştırma işlemi yapılmadan öze kişiye ait taşınmazın tamamına veya bir kısmına hukuka aykırı olarak idare tarafından el atılmasıdır.⁴

Kamulaştırmatsız el atma, yalnızca mülkiyet hakkı için söz konusu olmamakta aynı zamanda kaynak hakkı ve irtifak hakkı için de söz konusu olmaktadır. İrtifak hakkı Türk Medeni Kanunu'nun 779. Maddesinde düzenlenmektedir. İrtifak hakkı da yüklü taşınmaz malikine mülkiyet hakkının sağladığı bazı yetkileri sağlamaktadır. Kaynak hakkı ise Türk Medeni Kanun'un 837. maddesinde "Başkasının arazisinde bulunan kaynak üzerinde irtifak hakkı, bu arazinin malikini suyun alınmasına ve akıtılmasına katlanmakla yükümlü kılar. Bu hak, aksi kararlaştırılmış olmadıkça, başkasına devredilebilir ve mirasçıya geçer. Kaynak hakkı, bağımsız nitelikte ve en az otuz yıl için kurulmuş ise tapu kütüğüne taşınmaz olarak kaydedilebilir." şeklinde düzenlenmiştir. Dolayısıyla kaynak hakkı da mülkiyet hakkının sağladığı bazı yetkileri sağlamaktadır. Bu haklar kapsamında idare tarafından taşınmaza yapılan müdahalede irtifak yahut kaynak hakkı sahibinin zararını giderebilmek için dava yoluna başvurma hakkı vardır.

Kamulaştırmatsız el atma hukuka aykırı bir yol olduğundan kanuni bir düzenlemesi bulunmamaktaydı. Kamulaştırmatsız el atmaya ilişkin ilk düzenleme 2010 yılında, 5999 sayılı yasa ile 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun Geçici 6. maddesinde, "Kamulaştırılmaksızın kamu hizmetine ayrılan taşınmazların bedel tespiti" başlığı altında yapılmıştır. Ancak kamulaştırmatsız el atmanın kanuni tanımı yapılmamıştır. Kamulaştırmatsız el atmanın tanımı doktrindeki bazı yazarlar tarafından yapılmıştır. Bazı yazarlar kamulaştırmatsız el atma yerine Fransız doktrininde kullanılan dolaylı kamulaştırma yahut dolayısıyla kamulaştırma ifadesini kullanmaktadır. Dolaylı yahut dolayısıyla kamulaştırma; idarenin bayındırlık faaliyeti görme amacıyla kamulaştırma

⁴ Metin Günday, İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, 10.basım, Ankara 2013, Sf.276.

usulüne uyulmaksızın özel kişilere ait taşınmaza idare tarafından fiilen el atılmasıdır.⁵

Yayla; kamulaştırmaz el atma yerine dolayısıyla kamulaştırma kavramını kullanmaktadır; “özel mülkiyete müdahale teşkil eden kamulaştırmanın güvenceleri olmadan, kanunun öngördüğü usul ve şekil kurallarına uyulmadan yapılması hukuka ve kanuna açık aykırılık hali oluşturmaktadır.”⁶

Bilgen de dolayısıyla kamulaştırma kavramını kullanarak şöyle tanımlamaktadır;

Dolayısıyla kamulaştırma; özel kişilere ait bir taşınmaz malın, hukuka uygun usuller kullanılmaksızın, idareye geçmesi sonucunu doğuran bir olaydır. Bu durum, idarenin bir taşınmaz malın zilyedliğine, hukuka aykırı bir şekilde el atması ve bu el atmanın kamu hizmetlerinin düzenli ve devamlı bir şekilde yürütülmesi zorunluluğu sebebiyle vazgeçilmez olması hallerinde ortaya çıkar.⁷

Gözler’e göre kamulaştırmaz el atma; alelade ve dolaylı kamulaştırmaz el atma olarak ikiye ayrılmaktadır. Alelade kamulaştırmaz el atma; bir kamu tüzelkişisinin özel mülkiyete ait taşınmazı kamulaştırmaksızın fiilen işgal etmesidir. Dolaylı kamulaştırmaz el atma ise bayındırlık eserinin inşası sebebiyle kamulaştırma yapmaksızın özel kişilere ait taşınmaza el atılmasıdır ki bu halde kamu hizmetlerinin sürekliliği sebebiyle men-i müdahale talep edilemeyeceği savunulmaktadır.⁸

Tan’a göre kamulaştırmaz el atma; “mal sahibinin istekli olup olmadığına bakılmaksızın, özel mülkiyet içinde bulunan bir taşınmaz malın, kamu malları

⁵ Kemal Gözler, İdare Hukuku Cilt II, Ekin Yayınevi, Bursa 2009, Sf.990vd. naklen; Alelade kamulaştırmaz el atmadan yani herhangi bir bayındırlık faaliyetinin görülmesi amacıyla değil fakat yine kamu yararına görülecek başka bir kamu hizmeti amacı doğrultusunda özel kişiye ait taşınmaza kamulaştırma usulüne uymaksızın el konulmasından farklı olarak dolaylı kamulaştırmada men-i müdahalenin talep edilemeyeceği ileri sürülür. Kamulaştırmaz el atma sebebiyle açılan davalarda 16.5.1956 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararıyla birlikte özel kişilerin müdahalenin men’i yahut taşınmaz bedelini talep edebileceği kabul edilmektedir. Dolaylı kamulaştırma teorisine göre; kamulaştırılmaksızın fiilen el konularak üzerine yol inşa edilen bir taşınmaz malikinin men’i müdahale talep edemeyeceği yalnızca bedel tespiti talep edebileceği savunulmaktadır. Gerekçe olarak ise kamu hizmetlerinin devamlılığı ve sürekliliği ileri sürülmektedir. Kaldı ki 1956 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı’nda da gayrimenkulden yararlanmanın artık mümkün olmaması halinde bedel tespit davası açabilme yetkisi özel kişiye tanınmıştır.

⁶ Yıldızhan Yayla, İdare Hukuku, Beta Yayınları, Eylül 2010, Sf.218.

⁷ Pertev Bilgen, Kamulaştırma Hukuku, Filiz Kitabevi, Şubat 1999, Sf. 97.

⁸ Gözler, Sf. 990.

arasında yer almasını sağlayan bir yoldur.”⁹ Ancak bu tanıma kamulaştırmamız el atmanın hukuka aykırı bir yol olduğunun da mutlaka eklenmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Akyılmaz, Sezginer, Kaya’ ya göre ise; usule uygun kamulaştırma işlemi olmaksızın bir bedel de ödemedi özel kişiye ait taşınmaza idare tarafından fiilen el atarak malikin taşınmaz üzerindeki haklarına kısmen veya tamamen engel olmasına kamulaştırmamız el atma denir.¹⁰

Sancakdar, Us, Turhan, Önüt, Seyhan’a göre ise; kanuni bir dayanak ve usule uygun kamulaştırma kararı olmaksızın özel mülkiyet ait taşınmazın tamamına ya da bir kısmına fiilen el attığı açık ve ağır hukuka aykırılık ile idari niteliğini ortadan kaldıran işlemi haksız hale getiren ve fiili yol teşkil eden bir uygulamadır.¹¹

Yıldırım’a göre ise; özel mülkiyete ait bir taşınmazın bilerek veya bilmeyerek kamulaştırma usulüne uyulmaksızın, kamulaştırma işlemine başlamasına rağmen tamamlanmadan bedel de ödemedi fiilen işgal etmesi ve kamu hizmetine tahsis ederek üzerinde bayındırlık faaliyeti gerçekleştirerek taşınmazın malik tarafından kullanımını engellemiş olmasıdır.¹²

Zabunoğlu’na göre kamulaştırmamız el atma; özel hukuktaki tecavüz veya haksız müdahaleden farkı olmayan idari eylem ile özel kişiye ait olan taşınmaza el atma yani bir fiili yoldur.¹³

Akyılmaz, Sezginer, Kaya ise kitaplarında fiili ve hukuki el atma ayrımını yazmış olan nadir yazarlardandır. Bu sebeple hukuki el atmaya ilişkin verdikleri tanımı da eklemek uygun olacaktır. Hukuki el atma; idarenin, mevzuatın verdiği yetkilerle

⁹ Turgut Tan, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Güncelleştirilmiş 7.baskı, Eylül 2018, Sf.608.

¹⁰ Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, Türk İdare Hukuku, Savaş Yayınevi, Güncellenmiş 10.baskı, Şubat 2019 Ankara, Sf.629.

¹¹ Oğuz Sancakdar, Eser Us, Mine Kasapoğlu Turhan, Lale Burcu Önüt, Serkan Seyhan, İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, Seçkin Yayınevi, Güncellenmiş 7.baskı Eylül 2018, İstanbul, Sf.644.

¹² Ramazan Yıldırım, İdare Hukuku Dersleri 1, Mimoza Yayınları, 5.baskı, Ekim 2013 Konya, Sf.349.

¹³ Yahya Kazım Zabunoğlu, İdare Hukuku Cilt 1, Yetkin Yayınları, 1.baskı, Eylül 2012, Ankara, Sf.612.

gerçekleştirdiği bir idari işlemle özel kişilerin mülkiyet hakkını kullanımını uzun süreli engellemesi veya kısıtlamasıdır.¹⁴

Yıldırım ve Başsorgun kamulaştırmatsız el atmanın bütün şartlarını içine alan tanımı şu şekilde yapmaktadır:

Bir taşınmaza kamulaştırma yapmaya yetkili Devlet, kamu tüzelkişileri, kamu kurumları veya kamu yararı bulunması halinde yararlarına kamulaştırma yapılabilecek gerçek özel hukuk tüzelkişileri, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu veya özel kanunlardaki hükümlere uyularak bir kamulaştırma işlemi yapmadan veya kamulaştırma işlemlerine başlamalarına rağmen bu işlemler tamamlanmadan, kısmen veya tümüne fiilen veya hukuken el koyarak taşınmaz mal üzerinde tesis veya bina yapar yahut o taşınmaz malı, kamu yararına yönelik bir hizmete tahsis ederek, mal sahibinin o taşınmazı toplum yararına aykırı olmaksızın dilediği gibi kullanmasına engel olur ve bu el koyma malik olmak kastıyla ve devamlı bir surette olursa, bu el koyma kamulaştırmatsız el koymadır.¹⁵

1.2. KAMULAŞTIRMASIZ FİİLİ EL ATMA VE FİİLİ YOL

Fiili yol; idarenin eyleminde ağır ve apaçık şekilde hukuka aykırı davranarak bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin yahut mülkiyet hakkının ihlalidir.¹⁶ İdarenin re'sen icra yetkisinin neticesi olarak bu ihlaller ortaya çıkmaktadır. Diğer bir deyişle, fiili yol idarenin hukuka aykırı ve usule uymaksızın zor kullanımudur.¹⁷ Kural olarak idarenin eylem ve işlemleri, hukuka uygun olduğu kabulü ile meydana gelseler de kararın re'sen icrası neticesinde hukuka aykırı sonuçlar doğabilmektedir.

Gözübüyük ve Tan fiili yolun özelliklerini şu şekilde saymaktadır; Meydana getirilmiş bir idari eylem olmalıdır. Bu, hukuka aykırı bir kararın icrası olabileceği gibi hukuka uygun olarak meydana getirilmiş olan bir idari kararın hukuka aykırı icrası ile de gerçekleşebilir.¹⁸ İcrai olmayan ve uygulanmayan işlemlerle fiili yol oluşturulması

¹⁴ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, Sf.633.

¹⁵ Bekir Yıldırım, Naci Başsorgun, Kamulaştırma Kamulaştırmatsız El Atma ve İmar Mevzuatından Doğan Bedel Davaları, Yetkin Yayınları, Ankara 2007, Sf.1108.

¹⁶ Gürsel Kaplan, Kemal Gözler, İdare Hukuku Dersleri, Ekin Yayınevi, 20. basım, Eylül 2018, Sf.347.

¹⁷ Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, İdare Hukuku Cilt II İdari Yargılama Hukuku, Turhan Kitabevi, 7.basım, Mart 2014, Sf.171.

¹⁸ Gözübüyük, Tan, c.2, Sf. 171.

mümkün değildir.¹⁹ Bununla birlikte hukuka aykırılık ağır ve açık olmalıdır. Ayrıca idarenin bu eylemi mülkiyet hakkına veya temel hak ve özgürlüklere yönelik bir saldırı niteliğinde olmalıdır.²⁰ Temel hak ve özgürlüklere yahut mülkiyet hakkına yapılan bu saldırıdan, kamu hizmetinden yararlananların zarar görmesi şartı da aranmaktadır. Yapılan müdahale ile yine idarenin zarar görmesi söz konusu olacak ise bu durumda fiili yoldan söz edilemeyecektir.²¹ Son olarak da buna ilişkin açılacak olan davalarda adli mahkemelerin görevli olduğu belirtilmektedirler.²²

Fiili yolun en yaygın görünümü ise kamulaştırmасız fiili el atmadır. Kamulaştırmасız fiili el atmada idare, usulüne uygun bir kamulaştırma işlemi yapmaksızın özel kişiye ait taşınmazı kamu hizmeti görme amacı ile fiilen kullanmaktadır.²³

Uyuşmazlık Mahkemesi ise vermiş olduğu kararlarda fiili yol niteliği taşıyan davaların adli yargı yerince görülmesi gerektiğini bir kararında şu şekilde ifade etmiştir;

İdarenin yürütmekle yükümlü bulunduğu kamu hizmetine ilişkin olarak uygulamaya koyduğu plan ve projeye göre meydana getirdiği yol, kanal, baraj, su yolları, su şebekesi gibi tesislerin kurulması, işletilmesi ve bakımı sırasında kişilere verdiği zararların tazmini istemiyle açılacak davaların görüm ve çözümünün, idari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları muhtel olanlar tarafından açılacak tam yargı davaları kapsamında yargısal denetim yapan idari yargı yerine ait olduğu; idarece herhangi bir aynı hakka müdahalede bulunulduğu, özel mülkiyete konu taşınmaza kamulaştırmасız el atıldığı veya plan ve projeye aykırı iş görüldüğü iddiasıyla açılacak müdahalenin men'i ve meydana gelen zararın tazmini davalarının ise, mülkiyete tecavüzün önlenmesine ve haksız fiillere ilişkin özel hukuk hükümlerine göre **adli yargı yerinde** çözümleneceği, yerleşik yargısal içtihatlarla kabul edilmiş bulunmaktadır.²⁴

Kamulaştırmасız el atma, kamulaştırma usulüne uyulmadan zilyetliği idare tarafından zorla alınan taşınmazın kamu hizmetine ayrılmasıdır.²⁵ İdarenin bu eylemi

¹⁹ Yücel Oğurlu, İdare Hukukunda Fiili Yol ve Yargısal Denetimi, Kamu Hukuku Arşivi, Mart 2003, Sf. 60.

²⁰ Gözübüyük, Tan, c.2, Sf. 171.

²¹ Gül Üstün, İdarenin Usul Dışı Fiillerinden: Fiili Yol, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 13, Sayı 1-2, Yıl 2007, Sf.214.

²² Gözübüyük, Tan, c.2, Sf. 171.

²³ Hayrettin Yıldız, Fransız Hukuku'nda Fiili Yolun Yeni Hukuki Rejimi ve Fiili Yolun Türkiye Uygulaması, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 8-2, Yıl 2019, Sf. 320.

²⁴ Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü, E. 2012/313, K. 2013/326, T. 11.3.2013.

²⁵ Giritli, Bilgen, Akgüner, Berk, Sf.1078.

Kamulaştırma Kanunu'na açık aykırılık teşkil etmektedir. İdare, usulüne uygun kamulaştırma işlemi yapması gerekirken, usule aykırı davranarak kanunu ihlal etmektedir. Çoğu zaman idare henüz kamulaştırma işlemi tamamlanmadan yahut hiç kamulaştırma yoluna gitmeden fiili olarak taşınmazı kullanmaya başlamaktadır. İdarenin bu yolla taşınmazı kullanmaya başlaması malikin mülkiyet hakkını elinden almaz.²⁶ Fakat hakkın özüne dokunan bir uygulamadır. Türk Medeni Kanunu madde 683'te mülkiyet hakkının malike kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisi verdiği düzenlenmektedir. Kamulaştırmaz el atma neticesinde malikin elinde adeta içi boşaltılmış bir mülkiyet hakkı kalmaktadır. Çünkü kullanma ve yararlanma yetkisi fiili olarak taşınmazı kullanan idarededir. Malikte ise sadece tasarrufta bulunma yetkisi kalmıştır. Oysa usulüne uygun bir şekilde kamulaştırma işlemi yapılsaydı, mülkiyetin idare adına devri gerçekleşeceği için idarenin mülkiyet hakkına bu müdahalesi, fiili yol teşkil etmeyecektir.

Bir hukuk devletinde idarenin açık ve bariz biçimde hukuka aykırı işlem yaparak mülkiyet hakkını ihlal etmesi hukuk devleti ilkesine aykırı bir eylemdir. İdarenin böyle bir eylemde bulunması halinde Anayasa'nın 35. maddesi de ihlal edilmektedir. Çünkü ilgili madde yukarıda da değinildiği üzere mülkiyet hakkının yalnızca kamulaştırma ile sınırlandırılabilceğini düzenlemekte ve mülkiyet hakkını güvence altında almaktadır. Ancak idare kendi eylemiyle bu maddeyi açıkça ihlal etmektedir. Hakkın, sadece Anayasa'da düzenlenmiş olması güvence oluşturmaz.²⁷ Malik, böyle bir müdahale halinde yukarıda belirtilen Türk Medeni Kanunu madde 683 uyarınca, adli yargıda taşınmaza kamulaştırmaz el atan idare aleyhine el atmanın önlenmesi davasını açabilir.²⁸ Kamulaştırmaz fiili el atma idari kararların icrası ile de gerçekleşebilmektedir. Yol inşası sırasında kaldırımın özel mülkiyete konu taşınmaz üzerine yapılması buna örnek olarak verilebilmektedir. İnşa edilen yol kamulaştırılan arazi yahut Hazine'ya ait taşınmaz üzerine inşa edilebilmektedir. Hukuka uygun şekilde başlayan kararın icrası sırasında idarenin eylemi fiili yola dönüşerek kaldırım

²⁶ Tan, Sf.619.

²⁷ Hüseyin Hatemi, Hukuk Devleti Öğretisi, İşaret Yayınları, 1989, Sf.299; "Anayasalar'ın da Adalet Devleti'nin normatif güvenceleri olabilmeleri, gerekli kapsam ve içeriğe sahip olabilmelerine bağlıdır. Bu, tas içinde çorba olması demektir, aksi takdirde, tas içinde çorba değil çakıl taşı varsa, açlığın giderilmesinin güvencesi bile sayılamaz."

²⁸ Veysel Başpınar, Mülkiyet Hakkını İhlal Eden Müdahaleler, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, Sf.293.

özel mülkiyete konu taşınmaz üzerine yapılarak kamulaştırmaz fiili el atma söz konusu olabilmektedir. Kamulaştırmaz fiili el atma icrai faaliyet esnasında ortaya çıkan fiili yoldur.²⁹

1.3. KAMULAŞTIRMASIZ EL ATMANIN TARİHSEL GELİŞİMİ

Türk Hukuku'nda kamulaştırma usulüne ilişkin düzenlemeler 1924 Anayasası ile başlayarak 1961 Anayasası ve 1982 Anayasası ile devam etmiştir. 1924, 1961 ve 1982 Anayasa'larında idarelerin kamu yararı amacıyla, usuli kurallara uyarak ve bedelini peşin ödeyerek özel hukuk kişilerinin taşınmaz mallarının kamulaştırılabileceği düzenlenmekteydi. Bu düzenlemelerin mefhum-ı muhalifinden anlaşılabilir; usulüne uyulmadan ve bedeli peşin ödenmeden bireylerin taşınmaz mallarının idare tarafından kullanılmayacağıdır. İdarenin özel mülkiyete konu olan bir taşınmazı bedelini ödemediği ve usulüne uymadan fiilen kullanması yahut kamu hizmetine tahsis etmesi Anayasa'ya açıkça aykırıdır. Dolayısıyla bu uygulama Anayasa ile güvence altına alınan mülkiyet hakkına karşı ciddi bir müdahaledir.³⁰

1924 ve 1982 Anayasa'larından farklı olarak 1961 Anayasa'sında mülkiyet hakkı, "sosyal ve iktisadi haklar ve ödevler" başlığı altında düzenlenmekteydi. Mülkiyet hakkının sosyal hak ve ödevler başlığı altında yer alması ile tabii haklardan farklılaştığı; kişiliğe bağlı, devredilmez, dokunulmaz ve vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlerden olmadığı, kişiye bir takım sosyal ödevler yükleyebileceği anlamına gelmekteydi.

1982 Anayasası kapsamında ise mülkiyet hakkı kişisel haklar içerisinde 35.maddede düzenlenmiştir. Bu maddeye göre mülkiyet hakkı kamu yararına ve kanunla sınırlanabilmektedir. Mülkiyet hakkı kamulaştırma ile sınırlandırıldığında, mülkiyetin toplum yararına yani kamu yararına kullanılması gerekmektedir.³¹ Mülkiyet her ne kadar toplum yararına kullanılacak olsa da idareler hakkın özüne dokunan

²⁹ Yıldız, Sf. 325.

³⁰ Gözler, Sf.990.

³¹ Esin Özü, 1961 Anayasası ve Anayasa Mahkemesine Göre Hakkın Özü Kavramı ve Mülkiyet Hakkının Özünü, İUH Mecmuası, Cilt 41, Sayı 3-4, İstanbul 1975, Sf.41.

uygulamalardan kaçınmalıdır.³² Kanun koyucu, mülkiyet hakkını sınırlandırarak malike bir yükümlülük yüklemektedir.³³ Kanuni düzenlemeden, mülkiyet hakkının sosyal amaçlarla sınırlanabilen nispi bir hak olduğu anlaşılmaktadır.³⁴ Ancak hakkın, kamu yararı amacı ile sınırlandırılması sonucunda özel çıkar ile kamu yararının çatışması meydana gelmektedir. Duran'a göre; "...idare ile halk arasındaki ilişkilerde esas, toplumun ve toplulukların yararı, yani "kamu yararı" olduğuna göre; bu arada ikinci sırada gelen "özel çıkarları" ile bir çatışma veya çelişme görülürse, bunlar ihmal ve hatta feda edilir."³⁵

1924 ve 1961 Anayasaları döneminde kamulaştırmaz el atmaya ilişkin herhangi bir yasal düzenleme yapılmamıştır. Uygulamalar, çıkartılan içtihadı birleştirme kararları ile yürütülmüştür. İçtihadı birleştirme kararları ise yalnızca kamulaştırmaz fiili el atmaya ilişkindir. Bu Anayasalar döneminde kamulaştırmaz hukuki el atmaya ilişkin herhangi bir yasal düzenleme yapılmamış, içtihat birliği de oluşturulmamıştır. Kamulaştırmaz hukuki el atma, 1982 Anayasası döneminde önce Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı daha sonra ise yapılan yasal düzenlemeler ile Türk Hukuku'na girmiştir.

1.3.1. 1924 ANAYASASI DÖNEMİ

1924 Anayasa'sında kamulaştırmaz el atmaya ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Dolayısıyla, uygulama Yargıtay içtihatları doğrultusunda yürütülmüştür. Fakat Anayasa'nın 74. maddesi: "Kamu faydasına gerekli olduğu usulüne göre anlaşılmadıkça ve özel kanunları gereğince değer pahası peşin verilmedikçe hiç kimsenin malı ve mülkü kamulaştırılmaz.

Olağanüstü hallerde kanuna göre yükletilecek para ve mal ve çalışma ödevleri dışında hiçbir kimse başka hiçbir şey yapmaya ve vermeye zorlanamaz." şeklinde kamulaştırmayı düzenlemiştir. Dolayısıyla bedel ödemedi, idarenin özel kişiye ait taşınmazı kullanımı, kamulaştırmaz el atma teşkil eder ve bu maddenin ihlali

³² Örücü, Sf.42.

³³ Nihat Bulut, Mülkiyet Konusundaki Temel Yaklaşımlar ve Türk Anayasasında Mülkiyet Hakkı, Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt X, Sayı 3-4, 2008, Sf. 24.

³⁴ Bulut, Sf.25.

³⁵ Lütfi Duran, İdare Hukuku Ders Notları, Fakülteler Matbaası, 1982, sf.11.

anlamına gelir. Ancak bu ihlale karşı kişilerin müdahalenin men'i davası mı yoksa gayrimenkul bedelinin tahsili davası mı açılacağı, bedele ilişkin dava açılabilmesi halinde hangi tarihteki değer esas alınacağı hususları düzenlenmemekteydi. Bu sebeple Yargıtay daireleri çelişkili kararlar vermektedir.³⁶ Yargıtay içtihadı birleştirme kararları ile hukuki düzenleme eksikliği sebebiyle mahkemeler arasında oluşan çelişki giderilmiştir.³⁷ Bu kararlara aşağıda değinilecektir.

9.10.1956 tarihinde Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren 6830 sayılı İstimlak Kanunu'nda kamulaştırmaz el atmaya ilişkin herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Uygulama içtihatlar ışığında devam etmiştir.³⁸

Kamulaştırmaz fiili el atmaya ilişkin ilk düzenleme 16.5.1956 gün, E.1956/1, K.1956/6 sayılı Yargıtay içtihadı birleştirme kararı ile yapılmıştır. Bu karar ile kamulaştırmaz el atmanın sınırları belirlenmiştir. Kamulaştırmaz el atma halinde malikin men-i müdahale talep edebileceği kabul edilmiştir. Gayrimenkulün vasfının değişmiş olması halinde malikin gayrimenkulden yararlanmasının artık mümkün olmayacağı durumlarda, müdahalenin men-i talebi de anlam taşımayacağından, malike, mülkiyetin idare lehine devrini kabul ederek bedel tespit davası açma hakkı da tanınmıştır.³⁹ Örneğin artık yola dönüşmüş olan bir taşınmaz hakkında men-i müdahale talebi anlamsız kalacağından bedel tespiti talebi ile zararın giderilebilmesi imkanı tanınmıştır.

Yargıtay hukuk daireleri arasında çelişkiye sebep olan bir diğer husus ise gayrimenkulün hangi tarihteki değerinin esas alınarak bedel tespit edileceğidir. Bu konuda da şu yönde ittifaka varılmıştır; kamulaştırmaz fiili el atma ile mülkiyet

³⁶ Yargıtay Birinci Hukuk Dairesi 3.5.1954 tarih, 137/3933sayılı kararı ile Yargıtay Dördüncü Hukuk Dairesinin 15.12.1952 tarih, 2149/2743 sayılı kararı örnek verilebilir.

³⁷ Salih Şahiniz, Kamulaştırmaz El Koyma, Seçkin Yayınevi, Ocak 2006, Sf.19.

³⁸ Şahiniz, Sf.19.

³⁹ E.1956/6 İBK; "İşte gayrimenkulü istimlak edilmeksizin Devlet veya amme hükmi şahsiyeti tarafından yola kalbedilen şahsın mülkiyet hakkı baki kaldığı cihetle her zaman dava açarak gayrimenkulüne bu suretle vaki müdahalenin menini isteyebileceği, ancak dilerse bu yola başvurmayıp, mülkiyet hakkının gayrimenkulünü yola kalbeden amme hükmi şahsiyetine devrine razı olarak gayrimenkulünün bedelini dava edebilmesinin de mümkün olduğu yolundaki mütevasıt hal şekli ittifakla kabul edilmiş, malikin münhasıran meni müdahale veya yine münhasıran bedel davası açabileceği yolundaki hal tarzları iltifata şayan bulunmamıştır."

hakkı ortadan kalkmadığı için malikin, dava tarihindeki değerin belirlenerek ödenmesini talep edebileceği oybirliği ile kabul edilmiştir.⁴⁰

Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararı ile kamulaştırmaz fiili el atma halinde açılacak davaların belirlenmesinin ardından bu kez de bu davaları açmanın süreye tabi olup olmadığı tartışması ortaya çıkmıştır. Karara ek yapılarak, açılacak bedel tespit davasının zamanaşımına tabi olmadığı belirtilmiştir. Kamulaştırmaz fiili el atma eylemi ile malikin mülkiyet hakkı ortadan kalkmamaktadır. Malikin, gayrimenkulü idare lehine tapuda tescil ettirmeye razı gelmesi sebebiyle açacağı bedel tespit davasının Borçlar Kanunu madde 66'da düzenlenen malın haksız iktisabı halinde açılacak davaların tabi olduğu bir yıllık zamanaşımı süresine tabi olmayacağı ifade edilmiştir.⁴¹

Kamulaştırmaz fiili el atmaya ilişkin dava hakkının tanınmasının ardından çıkan ikilik ise görevli mahkemenin tespitine ilişkindir. Kamulaştırmaz fiili el atmadan doğan davalarda görevli mahkemeye ilişkin düzenleme bulunmaması sebebiyle uygulamadaki ikiliği önlemek amacıyla bir içtihat oluşturmak amacıyla; 11.2.1959 gün, E.1958/17, K.1959/15 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararı çıkartılmıştır.

Bu kararda ;

... amme teşekkülleri tarafından verilen kararlar üzerine plan ve projesine göre bir yol yapılması dolayısıyla evinin duvarı yıkılan veya bodrum katına sel basan, bir su tesisi yapılması neticesinde tarlasındaki sular çekilip ağaçtan veya mahsulleri kuruyan veya tarlası artık ekin ekilemez hale gelen yahut tarlasının kenarından geçen derenin kuruması yüzünden tarlasını sular basıp bu suların getirdiği kumlardan dolayı tarlası artık ekin ekilemeyecek duruma düşen kimsenin uğradığı zararlar gibi zararlar, idari kararın ve fiilin neticesinde meydana gelen zararlardır. Zira, bir amme teşekküllünün vazifelerinden olan bir

⁴⁰ E.1956/6 İBK; "...istimlak edilmeden yola kalbedilen gayrimenkul malikin mülkiyet hakkı zeval bulmayıp devam ettiğine ve malik de üzerindeki mülkiyet hakkının amme hükmi şahsiyetine devrine muvafakat ettiği gayrimenkulün bedelini istediğine göre bu bedelin gayrimenkulün mülkiyetinin amme hükmi şahsiyetine devrine muvafakat ettiği tarih olan dava tarihindeki bedel olması lazım geldiğinde de reylerin birleştiği görülmüştür."

⁴¹ 818 sayılı Türk Borçlar Kanunu Madde 66: "Haksız surette mal iktisabından dolayı ikame olunacak dâva, mutazarrır olan tarafın verdiği istirdada hakkı olduğuna ittılardan itibaren bir sene müruriyle ve her halde bu hakkın doğduğu tarihten itibaren on senenin müruriyle sakıt olur. Eğer mal iktisabı mutazarrır olan taraf aleyhinde bir borç teşkilinden ibaret ise, mutazarrırın hakkı müruru zaman ile sakıt olmuş olsa bile, bu borcu ifa etmez."

işî yapmayı kararlaştırmayı, idari bir karar olduğu gibi bu kararı yerine getirmek üzere plan ve projeler yapıp o plan ve projeler gereğince işî görmesi de kararın neticesi olan birer idari fiildir. O halde bu fiillerden doğan zararların tazmini istekleri de, idari karar ve fiilden doğan zararın bir kimsenin hakkını halele uğratması esasına dayanan tazmini istekleridir ki Devlet Şurası Kanununun 23. maddesinin birinci bendi hükmünce bu istekler mahiyetçe bir tam kaza davasıdır ve bu itibarla bu davalarda Devlet Şurası vazifelidir. Esasen bir karar verdikten sonra o karar yerine getirmesi, kanuna uygun bir hareket olduğu cihetle haksız fiilin kanuna aykırılık şartı bu halde gerçekleşmiş olmaz.

İdare tarafından yapılan plan ve projelere uygun el atma sebebiyle doğacak uyuşmazlıklarda idare mahkemesinin görevli olduğu ifade edilmiştir.⁴²

İstimlaksiz el atma halinde amme teşekkülü İstimlak Kanununa uygun hareket etmeden ferdin malını elinden almış olması sebebiyle kanunsuz bir harekette bulunmuş durumdadır ve bu bakımdan dava, Medeni Kanun hükümlerine giren mülkiyet tecavüzün önlenmesi veya haksız fiil neticesinde meydana gelen zararının tazmini davasıdır ve bu bakımdan adliye mahkemesini vazifesi içindedir.

Kararın bu bölümünde ise haksız fiil niteliğindeki el atma neticesinde doğan zararlar için tazminat taleplerinin adli yargıda açılacak tazminat davasıyla ileri sürülmesi gerektiğini düzenlemiştir.⁴³

Bu Anayasa döneminde, Milli Birlik Komitesi tarafından, 12.1.1961 tarihinde 221 sayılı kanun ile kamulaştırma usulüne ilişkin değişiklikler yapılmıştır. 221 sayılı Amme Hükmi Şahısları veya Müesseseleri Tarafından Fiilen Amme Hizmetlerine Tahsis Edilmiş Gayrimenkuller Hakkında Kanun'un 1. maddesi ; "6830 sayılı İstimlak Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarihe kadar, kamulaştırma işlerine dayanmaksızın, kamulaştırma kanunlarının göz önünde tuttuğu maksatlara fiilen tahsis edilmiş olan gayrimenkuller ilgili amme hükmi şahsı veya müessesesi adına tahsis tarihinde kamulaştırılmış sayılır."

Madde 3 – Birinci maddede yazılı gayrimenkuller tapuda kayıtlı ise, kayıt sahipleri veya mirasçıları ancak fiili tahsis tarihindeki rayiç üzerinden gayrimenkul bedelini isteyebilirler. Tapuda kayıtlı olmayan gayrimenkuller hakkında fiili tahsis tarihinden itibaren on sene geçmemiş ise o tarihte zilyedlikle iktisap şartları tahakkuk eden zilyedleri veya mirasçıları birinci fıkraya

⁴² Şahiniz, Sf.19.

⁴³ Şahiniz, Sf.19.

hükmünden faydalanabilirler. Herhalde gayrimenkule müdahalenin men'i (...) davası dinlenmez.

Bu düzenleme ile 1956 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları ile getirilmiş olan men-i müdahale davası açma hakkı kaldırılmıştır. Ayrıca 1959 tarihli İçtihadı birleştirme kararıyla açıklığa kavuşturulan; gayrimenkulün dava tarihindeki değerinin esas alınacağı görüşü değiştirilerek, gayrimenkule fiilen el atılan tarihteki rayiç değerinin belirlenerek idare tarafından ödeneceği hususu düzenlenmiştir.⁴⁴ "Madde 4 – Gayrimenkulün bedelini dava hakkı bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren iki sene sonra düşer." düzenlemesiyle 1959 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı ile kabul edilen, gayrimenkulün idare lehine tesciline razı olarak açılan bedel tespit davası açma hakkının zamanaşımına tabi olmadığı hususu kaldırılarak. Açılacak bedel tespit davası iki yıllık zamanaşımı süresine tabi tutulmuştur.⁴⁵

1.3.2. 1961 ANAYASASI DÖNEMİ

1961 Anayasası'nda kamulaştırmazsız el atmaya ilişkin yeni bir kanuni bir düzenleme yapılmamıştır. Bu Anayasa döneminde 6830 sayılı İstimlak Kanunu yürürlükte idi. Uygulamada ise yalnızca kamulaştırmazsız fiili el atma halinde bedel tespit davası açılabilmekteydi.

Anayasa Mahkemesi 1963 tarihli E.1963/124, K.1963/243 sayılı kararında; Mal ve mülk edinme hürriyeti, insan haklarının en esaslılarından biridir. İnsan Hakları Evrensel Beyanname'si 17. maddesiyle bu hakkı açıkladıktan sonra hiç kimsenin keyfî olarak mal ve mülkünden yoksun edilemeyeceğini ilân etmiştir. Bunun gibi Türkiye'nin de 6366 sayılı kanunla katıldığı İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesi Ek Protokol'ün 1. maddesinde her gerçek veya tüzel kişinin mallarının dokunulmazlığına riayet edilmesi hakkına sahip olduğu, herhangi bir kimsenin ancak kamu yararına olarak kanunun öngördüğü şartlar ve devletler hukukunun genel prensipleri içinde mülkünden yoksun edilebileceği açıklanmıştır.⁴⁶

⁴⁴ Mehmet Bayraktar, Kamulaştırmazsız El Atma Davaları İlgili Düzenlemeler Ve Uygulaması, İstanbul Barosu Dergisi C.86, Sayı 1, Yıl 2012, Sf.76.

⁴⁵ Bayraktar, Sf.76.

⁴⁶ Başpınar, Sf.168.

Anayasa Mahkemesi kararında belirtilen hususlardan anlaşılır; uygulamaya 1961 Anayasası döneminde yürürlükte bulunan 221 sayılı Kanun ile getirilen hükümler doğrultusunda devam edilmiştir.

1.3.3. 1982 ANAYASASI DÖNEMİ

1982 Anayasası döneminde kamulaştırmaz fiili el atma ilk kez, 8.11.1983 tarihinde Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe giren 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu’nun 38. maddesi ile düzenlenmiştir.

Hak düşürücü süre başlıklı 38. madde şu şekilde düzenlenmiştir; Kamulaştırma yapılmış, ancak işlemleri tamamlanmamış veya kamulaştırma hiç yapılmamış iken kamu hizmetine ayrılarak veya kamu yararına yönelik bir ihtiyaca tahsis edilerek üzerinde tesis yapılan taşınmaz malın malik, zilyed veya mirasçılarının bu taşınmaz mal ile ilgili her türlü dava hakkı yirmi yıl geçmekle düşer. Bu süre taşınmaz mala el koyma tarihinden başlar.

Bu madde ile kamulaştırmaz fiilen el atılan taşınmaz malikine, taşınmaz bedelini talep için 20 yıllık hak düşürücü süre tanınmıştır. Kamulaştırma Kanunu’nun 38. maddesi yürürlüğe girdiği tarihte, geçmişe etkili olarak uygulanmaya başlanmıştır. Yapılan düzenleme bu haliyle, kanunların geçmişe yürümezliği ilkesine aykırılık oluşturmaktaydı. Yasanın yürürlük tarihi itibarıyla taşınmazın idare tarafından fiilen kullanımı 20 yılı geçmiş olan maliklerin, her türlü talep hakkının ortadan kalktığı belirtilmiştir. Bu madde, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilinceye kadar şu hususlarda içtihat oluşturularak; iyiniyetin aranmadığı, nizasız fasılasız zilyetliğin aranmadığı, malın kamu malı olarak ayrılmasının yeterli olduğu, el atılan taşınmazın özel hukuk kişisine ait olması ile idareye ait olması arasında bir fark olmadığı kabul edilerek uygulanmıştır.⁴⁷

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu verdiği bir kararda hükmün gerekçesini şu şekilde açıklamıştır; Gerçekten, sözü edilen önceki Medeni Kanun’un 638. maddesi (yürürlükteki TMK md. 712), tapulu bir yeri, elinde bulunduran, başkasının bile olsa, koşulları varsa, belli bir süreden sonra kazandırıcı zamanaşımı nedeniyle sahip olabileceğini; önceki Medeni Kanunu’nun 639’ncü maddesi de (yürürlükteki TMK md. 713), tapu sicilinde kayıtlı olmayan bir taşınmaz malı belli bir süre elinde bulunduranın, koşulları varsa, zamanaşımı ile kazanabileceğini; önceki Türk Medeni Kanununun 897. maddesi (yürürlükteki TMK md. 984) ise,

⁴⁷ Bayraktar, Sf.83.

belli bir süre geçtikten sonra zilyedin dava hakkından yoksun kalacağını, hükme bağlamaktadır.

2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 38. maddesinin kabulüne götüren düşünce, belli bir zamanaşımı süresinde taşınmaz malın mülkiyetinin kazanılabileceği gibi, belli bir süre içinde dava hakkını bile kullanmayan kimsenin, başkasının el koymasına ve tesis yapmasına sesini çıkartmadığından ve haklarını kullanmadığından, her türlü dava hakkını, mülkiyet ve zilyetlikten doğma sahiplik haklarını yitirdiği; eş söyleyişle belli sürelerin geçmesiyle bu yer üzerinde artık idarenin mülkiyet, sahiplik ve her türlü tasarruf hakkının doğduğudur.⁴⁸

Bu kararda malikin taşınmazına fiilen el atılmasına ve tesis yapılmasına ses çıkartmadığı gerekçe gösterilmiştir fakat bu sürenin nizasız fasılasız geçmesi aranmamakta, yirmi yıllık süre içerisinde malik dava açmış dahi olsa bu süre kesilmemektedir. 1982 Anayasası'nın Geçici 14. Maddesindeki yargı kısıtı sebebiyle 38.madde iptal davasına konu edilemiş, yirmi yıl boyunca yürürlükte kalmıştır. 38. madde hükmü hem hak arama hürriyetini hem de mülkiyet hakkını ihlal etmekteydi.⁴⁹ Ayrıca malikin taşınmaz ile fiili ilişkisinin yirmi yıl süre ile kesilmesi, hukuki ilişkisinin de kesilmesi anlamını taşımamaktadır. Tapu siciline güven ilkesi gereğince de malikin tapu sicilinde hakkını tescil ettirdikten sonra sürekli olarak hakkın varlığını yahut devamlılığını kontrol etmesi de gerekmemektedir.

Anayasa Mahkemesi 10.4.2003 tarihinde 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 38. maddesini iptal etmiştir.

Hukuk devleti insan haklarına saygı gösteren, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her eylem ve işlemi hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayıp yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ve Anayasa'nın bulunduğu bilincinde olan devlettir. Devletin veya bir kamu tüzel kişinin kamulaştırma işlemi olmaksızın temel insan haklarından olan mülkiyet hakkına keyfi bir şekilde el konularak bireylerin sahip oldukları taşınmazları üzerinde özgürce tasarruf etmelerinin engellenmesi ve yirmi yıl sonunda dava hakkı da tanınmayarak, mülkiyet haklarının ellerinden alınması hukuk devleti ilkesine aykırıdır. Ayrıca, hukukun evrensel ilkelerine saygı duymak hukuk devleti olmanın gereğidir. Hukukun genel ilkelerinden birisi de mülkiyet

⁴⁸ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E.2005/5-288, K.2005/352, T.25.5.2005.

⁴⁹ Başpınar, Sf.295.

hakkının "zaman ötesi" niteliği, başka bir anlatımla mülkiyet hakkının zamanaşımına uğramamasıdır. Bu nedenle, Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu tarafından bir taşınmazın malik, zilyed veya mirasçılara tanınmış olan hakların, hak sahiplerince yirmi yıl boyunca kullanılmaması, o kimselerin taşınmazla aralarındaki ilişkiyi fiilen kestiğini göstermiş olsa bile, o taşınmazla aralarındaki hukuksal ilişkinin sona erdiği anlamına gelmez. Devlet faaliyetlerinin hukuk kurallarına uygun olması, kazanılmış haklara saygı duyulmasını gerektirir. Kazanılmış haklara saygı ilkesi hukukun genel ilkeleri ve hukuk devleti kavramı içerisinde yer alır. Bu ilkenin temel amacı ise bireylerin hukuk güvenliğini sağlamaktır. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2. maddesine de aykırıdır.⁵⁰

İdare, Anayasa ile kendisine tanınmış olan kamulaştırma yetkisini kanunla kendisine çizilen sınırlar içerisinde kullanmalıdır. Anayasa'nın izin verdiği usulün dışında kamulaştırma ilkelerine aykırı olarak özel hukuk kişilerine ait taşınmazlara el atması kabul edilemez. 38.madde uygulaması ile usule aykırı kamulaştırmamız fiili el atmanın ardından hiç bir karşılık ödenmeksizin kanuni kamulaştırmanın sonuçlarını doğmakta, taşınmaz tapuda idare lehine tescil edilmekteydi.⁵¹ Mülkiyet hakkının, Anayasa ile güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerden olması sebebiyle bu durum Anayasa'ya da aykırılık teşkil etmekteydi. Kaldı ki yirmi yıllık sürenin dolmasıyla birlikte bireylere dava hakkı dahi tanınmadan keyfi bir şekilde taşınmazın idare lehine tescili hukuk devleti ilkesi ile de bağdaşmamaktaydı.

Hükmün iptalinden sonra ortaya çıkan mesele ise Anayasa Mahkemesi kararlarının geçmişe etkili olmaması kuralıdır. Hükmün iptalinin ardından derdest yahut kesinleşmemiş davalarda, hakimin değişen hükme göre karar tesis etmesi gerekir. Anayasa'nın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesi sebebiyle de bütün kurumların Anayasa Mahkemesi kararlarına uyması gerekir. Çünkü Anayasa'ya aykırı bulunan bir kanun maddesine dayanarak hüküm kurulamaz. Ancak hükmün iptali öncesinde derdest yahut kesinleşmemiş bir davası olmayan maliklerin başvurabilecekleri bir iç hukuk yolu bulunmamaktaydı.

Anayasa Mahkemesi'ni 38. maddeyi iptal etmeye iten asıl neden; bireylerin, AİHM'ne başvurarak Türkiye'nin, AİHS'nin Ek 1 no'lu Protokol'ünün 1.maddesinin

⁵⁰ Anayasa Mahkemesi E.2002/112, K.2003/33, T.10.4.2003.

⁵¹ Başpınar, Sf. 295.

ikinci cümlesini ihlal ederek, bireyleri mülkiyet hakkından yoksun bıraktığının ileri sürülmesi sonucu AİHM hemen hemen bütün kararlarda Türkiye'yi tazminat ödemeye mahkum etmesidir. 20 yıllık zamanaşımı sebebiyle mülkiyet hakkından yoksun kalan bireyler, iç hukuk yollarını tükettikten sonra AİHM'ne başvurmuşlardır. Peş peşe gelen ihlal kararlarıyla Türkiye tazminat ödemeye mahkûm edilmiş ve AYM 38.maddeyi iptal etmiştir.

Akıllı vs. Türkiye kararında AİHM şu hususu gerekçe göstermiştir; AİHM mevcut davada 38. maddenin uygulanması neticesinde, başvuranların tapu senetlerinin iptal edilmesi nedeniyle tazminat elde etme hakkından yoksun bırakıldıklarına hükmetmiştir. AİHM aynı zamanda, her ne kadar olayların meydana geldiği dönemde yürürlükte olan bir kanuna dayanılarak yapılsa da, kamu yararı ile kişisel hakların korunması gereklilikleri arasında var olması gereken dengeyi sağlayabilecek herhangi bir dava başlatılmadığından, bu türden bir müdahale yalnızca keyfi olarak değerlendirilebilir. AİHM, mevcut davada bu içtihadından ayrılmasını gerektirecek bir neden görmemektedir. Sonuç olarak, 1 No'lu Ek Protokol'ün 1. maddesi ihlal edilmiştir.⁵²

38. maddenin iptalinin ardından idare lehine kazanılmış hak bulunup bulunmadığına ilişkin husus Yargıtay Hukuk Daireleri arasında görüş ayrılığına sebep olmuştur. Hukuk Daireleri arasında görüş ayrılığının ortaya çıkması halinde içtihadı birleştirme yoluna gidilmesi gerekirken, kuvvetler ayrılığı ilkesi göz ardı edilerek bu hususa ilişkin kanuni düzenleme yapılacağı gerekçesi ile Yargıtay tarafından içtihadı birleştirme ertelenmiştir. Neticede 18.6.2010 tarihinde yürürlüğe giren 5999 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile bu hususa açıklık getirilmiştir. Kanun'un yürürlüğe girmesi üzerine Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu 6.10.2010 tarihinde içtihadı birleştirme yoluna gidilmesine gerek olmadığına karar vermiştir.

5999 sayılı Kanun ile Kamulaştırma Kanunu'na kamulaştırmaz el atma sebebiyle tazmin başlığı altında geçici 6. madde eklenmiştir; Kamulaştırma işlemleri tamamlanmamış veya kamulaştırması hiç yapılmamış olmasına rağmen 9/10/1956 tarihi ile 4/11/1983 tarihi arasında fiilen kamu hizmetine ayrılan veya kamu yararına ilişkin bir ihtiyaca tahsis edilerek üzerinde tesis yapılan taşınmazlara veya kaynaklara kısmen veya tamamen veyahut irtifak hakkı tesis etmek suretiyle malikin rızası olmaksızın fiili olarak el konulması

⁵² <http://hudoc.echr.coe.int/T.11.4.2006>, Başvuru no: 71868/01.

sebebiyle, malik tarafından ilgili idareden tazminat talebinde bulunulması halinde, öncelikle uzlaşma yoluna gidilmesi esastır.

Buna ek olarak, usule ilişkin birtakım hususlar düzenlenmiştir. Bunlardan en önemlisi, bedele ilişkin davalarda, idare tarafından taşınmaza fiilen el atılan tarihin esas alınarak değer biçileceği hususudur.

6487 sayılı Kanun ile 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'na geçici 6.madde eklenmiştir. Kamulaştırılmaksızın kamu hizmetine ayrılan taşınmazların bedel tespiti başlığı altında kamulaştırmaz el atmaya ilişkin köklü değişiklikler yapılmıştır. Kamulaştırmaz el atmanın tanımı, yeni düzenlemede, daha önce iptal edilen 38. maddedeki ile aynıdır.

İlk fıkrada maddenin kapsamı ve amacı; Kamulaştırma işlemleri tamamlanmamış veya kamulaştırması hiç yapılmamış olmasına rağmen 9/10/1956 tarihi ile 4/11/1983 tarihi arasında fiilen kamu hizmetine ayrılan veya kamu yararına ilişkin bir ihtiyaca tahsis edilerek üzerinde tesis yapılan taşınmazlara veya kaynaklara kısmen veya tamamen veyahut irtifak hakkı tesis etmek suretiyle malikin rızası olmaksızın fiili olarak el konulması olarak tanımlanmıştır. Uzlaşma usulünün denenmesi daha önce de olduğu gibi dava şartı olarak düzenlenmiştir.

Bu kanun ile getirilmiş en önemli değişiklik ise hukuki el atma davalarında görev bakımından değişikliğe gidilmesidir; Uygulama imar planlarında umumi hizmetlere ve resmî kurumlara ayrılmak suretiyle veya ilgili kanunların uygulamasıyla tasarrufu kısıtlanan taşınmazlar hakkında, 3/5/1985 tarihli ve 3194 sayılı İmar Kanununda öngörülen idari başvuru ve işlemler tamamlandıktan sonra idari yargıda dava açılabilir. Bu madde hükümleri karara bağlanmamış veya kararı kesinleşmemiş tüm davalara uygulanır. Kararı kesinleşen davalara ise, bu maddenin yalnızca sekizinci fıkra hükümleri uygulanır.

1956 tarihli İçtihadı Birleştirme kararından bu yana adli yargının görevli olduğu kamulaştırmaz el atma davaları, 6487 sayılı Kanun düzenlemesi ile kamulaştırmaz hukuki el atmaya ilişkin davaları idari, kamulaştırmaz fiili el atmaya ilişkin davaları ise adli yargının görev alanına sokmuştur. Mülkiyet hukukuna ilişkin saldırı niteliğindeki eylemler sebebiyle açılacak davalarda görevli mahkemelerin adliye

mahkemeleri olduğu Fransız Hukuku'nda geleneksel bir ilke olarak kabul edilmektedir.⁵³ Bir idari uyuşmazlık, şayet İdare Hukuku kuralları uygulanarak çözümleniyorsa, o uyuşmazlık idari yargının görev alanına girmektedir.⁵⁴ Kamulaştırmaz hukuki el atmada da fiili el atmada da taşınmaz bedelinin tespiti ve tapunun lehine tescili kararı verilmektedir.

Uyuşmazlık Mahkemesi vermiş olduğu bir kararda; Davanın açıldığı andaki kurallara göre görevli olan mahkeme, yeni bir yasa ile görevsiz hale gelmiş ise, (davanın açıldığı anda görevli olan ve fakat yeni yasaya göre görevsiz hale gelen) mahkemenin görevsizlik kararı vermesi gerekeceği; ancak, yeni yasadaki görev kuralının, değişikliğin yürürlüğe girmesinden sonra açılacak davalarda uygulanacağına dair intikal hükümlerinin varlığı halinde, mahkemece görevsizlik kararı verilemeyeceği açıktır ifadesine yer vermiştir.

6487 sayılı Kanun'un ilgili maddesinde ise yasa değişikliğinin karara bağlanmamış ve kesinleşmemiş tüm davalara uygulanacağı hükmü düzenlenmiştir. Dolayısıyla ilk derece mahkemesi tarafında hüküm kurulmuş fakat Yargıtay tarafından incelenmekte olan davalar da görev yönünden sakatlık bulunduğu gerekçesiyle bozulmuştur ardından mahkemelerince usulden reddedilmiştir. Çünkü yeni düzenleme derdest davalar hakkında görevsizlik kararı verilerek idari yargı yerinde görülmesi gerektiğini hüküm altına almıştır.

Diğer taraftan, dava görevsiz mahkemede açılmış, bu sırada yapılan bir kanun değişikliği ile görevsiz mahkeme o dava için görevli hale gelmiş ise, mahkeme, artık görevsizlik kararı veremeyip (yeni kanuna göre görevli hale geldiği için) davaya bakmaya devam etmelidir.

Anayasa Mahkemesi hukuki el atmaya ilişkin davaların idari yargıda görüleceğine ilişkin bu hükmü 30.5.2019 tarihli kararı ile iptal etmiştir. Hükümün iptali ile birlikte Anayasa Mahkemesi kararlarının geleceğe dönük etki doğurması sebebiyle bu süre içinde açılmış olan davalar idari yargıda sonuçlanacaktır. Kamulaştırmaz el atma davalarında esas olan mülkiyet hakkının korunmasıdır.

⁵³ Gözübüyük, Tan, sf.171 naklen Rivero - Waline, Droit Administratif, 1996, Sf.150vd.

⁵⁴ Kaplan, Gözler, sf.756 naklen Auby ve Drago, op. Cit., c.1, Sf.333-334.

Yıldırım; adli ve idari yargı alanlarının farklılığına ilişkin şu açıklamayı yapmıştır; Adli ve idari yargı yolu ayrımı, uyuşmazlıklara uygulanan kurallardan değil, anlaşmazlığın kaynaklandığı esaslardaki aykırılıktan ileri gelmektedir. Bu nedenle adli yargı alanındaki bir uyuşmazlığın idari yargı hakimine gördürülmesi sonucunu doğuracak, savcılar da aynı biçimde görevlendirmeye elverişli bir düzenleme, Anayasa'nın 140.maddesiyle bağdaşmaz.⁵⁵

Yıldırım'ın bu yaklaşımından hareketle, kamulaştırmaz hukuki ve fiili el atma davalarında anlaşmazlığın konusunun mülkiyet hakkı olması sebebiyle her ikisine ilişkin davaların da adli yargının görev alanına girdiği savunulabilir. Bu savunmada iki yargı yolu arasındaki hukuki enstrümanların farklılığı da göz ardı edilmemelidir. Yürütmenin durdurulması ile ihtiyati tedbirin şartlarının ve sonuçlarının aynı olmaması, tapu sicilinde değişiklik yapan tescil, terkin kararlarının idari yargı yerlerince verilir verilemeyeceği gibi hususların yargı yolunun tespitinde önemli olduğu kanaatindeyiz.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda idari dava türleri şu şekilde belirtilmiştir; idari işlemlerin beş unsuru olan yetki , şekil, sebep, konu, maksat unsurlarındaki hukuka aykırılığın ispatı sonrasında mahkeme tarafından ortadan kaldırılabilmesi için açılacak olan iptal davaları ki bu davayı menfaati ihlal edilen herkes açabilir. Bir diğer dava türü ise idari işlem veya eylem neticesinde hakkı doğrudan ihlal edilenlerin açabildiği tam yargı davasıdır. Sonucu dava türü ise idari sözleşmelerdeki uyuşmazlıkların çözümü için öngörülen davalardır. İkinci fıkrada ise idari yargı yerinin yerindelik denetimi yapamayacağı yalnızca hukuka uygunluk denetimi yaparak karar verebileceği düzenlenmiştir. Aynı zamandan idari yargının, idarenin yerine geçerek idari işlem maksadı taşıyan herhangi bir karar veremeyeceği de düzenlenmiştir. AYM' nin iptal kararı öncesinde hukuki el atma davaları 2. madde kapsamında tam yargı davası olarak açılmaktaydı. Gerekçesi ise hukuki el atmanın 3194 sayılı İmar Kanunu kapsamında yapılan imar uygulamalarına yani bir idari işleme dayanıyor olmasıdır. Ancak açılan davada idari işlemin bizatihi kendisiyle alakalı bir husus değil taşınmaz bedelinin tespiti ve tapunun idare lehine tescili kararı verilmektedir. Kaldı ki tam yargı davalarının konusu idarenin sorumluluğu sebebiyle açılan tazminat davalarıdır. Ancak kamulaştırmaz hukuki el atma

⁵⁵ Turan Yıldırım, İdari Yargı, Beta Yayınları, 2.basım, Ekim 2010, Sf.7.

davaların tespit edilen bedel bir tazminat değil, taşınmazın dava tarihindeki rayiç değeridir.

7.9.2016 tarihinde Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe giren 6745 sayılı kanununun 33. ve 34. maddeleri ile 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu Ek Madde 1 eklenmiştir. Bu hüküm, Kamulaştırma Kanunu’nun Geçici 6. maddesinin onuncu fıkrasının üçüncü cümlesi yürürlükten kaldırılarak, bu Kanunun Ek 1 inci maddesinin birinci fıkrası kapsamında kalan ve bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce tasarrufu hukuken kısıtlanan taşınmazlar hakkında aynı fıkroda belirtilen sürenin bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren başlayacağı, Ek 1 inci maddesinin üçüncü fıkrası hükmünün, bu madde kapsamında kalan taşınmazlara ilişkin dava ve takipler hakkında da uygulanacağı hükmü getirilmiştir.

6745 sayılı yasa ile eklenen hükümlere göre; uygulama imar planlarında umumi hizmetlere ve resmî kurumlara ayrılmak suretiyle mülkiyet hakkının özüne dokunacak şekilde tasarrufu hukuken kısıtlanan taşınmazlar hakkında, uygulama imar planlarının yürürlüğe girmesinden itibaren beş yıllık süre içerisinde imar programları veya imar uygulamaları yapılması ve bütçe imkânları dâhilinde bu taşınmazların ilgili idarelerce kamulaştırılması veya imar planı değişikliği yapılması/yaptırılması zorunluluğu getirilerek bu konuda vatandaşların karşılaştıkları mağduriyetlerin giderilmesi, bu kapsamda kalan taşınmazların bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren en geç beş yıllık süre içerisinde bütçe imkanları dahilinde ilgili idarelerce kamulaştırılması veya taşınmazların mevcut imar planı bulunup bulunmadığı veya imar planı yapılabilecek yerlerden olup olmadığı durumuna göre imar planı/imar uygulaması/toplulaşma yapılmak/yaptırılmak suretiyle başka yerden mümkün ise müstakil, değilse hisseli parsel verilmesi veyahut taşınmazların tahliye edilerek kullanıma imkan verecek biçimde malikine iade edilmesi amaçlanmıştır. Kanun’da düzenlenen 5 yıllık sürenin ek 1. madde kapsamında kalan ve bu Kanun’un yürürlüğe girdiği tarihten önce tasarruf hakkı kısıtlanan taşınmazlar hakkında da bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren başlayacağı, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce açılan ancak henüz karara

bağlanmayan veya kararı kesinleşmeyen davalara da bu madde hükümlerinin uygulanacağı sonucuna ulaşılmaktadır.

6745 sayılı Kanun'un ilgili maddeleriyle 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'na geçici 11. madde eklenmiştir. Bu hüküm ile, hükmün yürürlüğe girdiği tarihten önce açılan ancak karara bağlanmayan veya kesinleşmeyen davalara da bu kanun hükümlerinin uygulanacağı ve idari yargıda dava açılabileceği hususlarına ilişkindi. İmar uygulamasıyla kamu hizmetine tahsis edilen taşınmazın beş yıllık imar programı süresi sonunda kamulaştırılmasına ilişkin olan beş yıllık süreyi, hükmün yürürlüğe girdikten sonra yeniden başlatılmıştır. Ancak Anayasa Mahkemesi 28.3.2018 tarih, 2016/196 Esas ve 2018/34 Karar sayılı kararı ile bu düzenlemeyi Anayasa ve ilgili kanunlara aykırı bularak iptal etmiştir.⁵⁶ Sürenin, kanunun yürürlük tarihinden itibaren baştan başlatılmasıyla, malike aşırı ve orantısız külfet yüklediği gerekçesiyle iptal edilmiştir. Hüküm, mülkiyet hakkı ile kamu yararı arasındaki dengeyi bozarak, ölçülülük ilkesine aykırı olarak hakkı kısıtlanmaktadır. Kamulaştırmanın makul ve sınırlı bir süre içerisinde yapılmaması, kısıtlılık süresinin yürürlük tarihinden başlatılarak uzatılması ve buna bağlı olarak malikin zararının giderilmesine ilişkin herhangi bir imkan sunulmaması malike aşırı külfet yüklemekteydi. Beş yıllık süre içerisinde taşınmazı kullanamamaktan kaynaklanan maddi zararın tazminiyle ilgili ise hiçbir düzenleme yapılmamıştır. Bu gerekçelerle Anayasa Mahkemesi, yapılan yasa değişikliğinin mülkiyet hakkına orantısız müdahale olduğu sonucuna vararak hükmü iptal etmiştir.

Kamulaştırmaz hukuki el atma davalarında idare mahkemelerinin görevli olması ile birlikte tam yargı davası ile yalnızca tazminat bedeli olarak taşınmazın rayiç değerine hükmedilmekteydi. Ancak adli yargıda açılan davalarda bedel tespitinin ardından tapunun idare lehine tescili de gerçekleşmekteydi. Medeni Kanun'a göre idari bir işlem olan tapu sicillerinin tutulması, bu siciller üzerinde değişiklik yapılması mahkeme kararı ile mümkündür. Tapu kayıtları üzerinde tahsis, terkin ve tescil işlemlere ilişkin davalar adli yargının görev alanına girmektedir. Bu husus Türk Medeni Kanunu madde 1027'de tapudaki yanlışlığın ancak ilgililerin yazılı rızası ile

⁵⁶ <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>. Erişim tarihi: 23.10.2018.

mahkeme kararı alınarak düzeltilebileceği, basit yanlışlıkların ise tapu memurunun re'sen yapabileceği şeklinde düzenlenmiştir. Tapunun tesciline veya terkinine karar vermek idari yargının fonksiyonuna ters düştüğünden kamulaştırmaz hukuki el atmaya ilişkin davalar değer tespitiyle neticelendirilip, adli yargıda yeni bir dava açılarak tapunun idare lehine tescili talep edilmekteydi. 6745 sayılı Kanun ile 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun Ek 1. maddesinde hukuki el atmaya ilişkin davaların idari yargıda görüleceği ve dava sonunda İdare Mahkemesi'nin tapu terkinine veya tesciline hükmedebileceği düzenlenmiştir. Anayasa Mahkemesi 20.12.2018 tarihinde E.2016/181 K2018/111 numaralı 20.8.2016 tarihli dosyada 6745 sayılı Kanun'un 33.maddesiyle 2942 sayılı Kanun'a eklenen Ek 1.maddenin 1.fıkrasının ilk cümlesi dışındaki bölümün iptaline karar vermiştir.⁵⁷ İlk fıkranın son cümlesi olan; hukuki el atmadan kaynaklanan davaların idari yargıda görüleceğine ilişkin hüküm de iptal edilmiştir. Devam eden fıkrada ise idare mahkemelerinde görülen hukuki el atmadan kaynaklanan davaların neticesinde hakim tapu tesciline veya terkinine hükmedebileceğine ilişkin ifade de iptal edilmiştir. Anayasa Mahkemesi kamulaştırmanın önemli unsurlarından birinin taşınmazın gerçek karşılık olduğundan değere ilişkin yapılan düzenlemelerin buna uygun olması gerektiğini belirtmiştir. İptal edilen ilgili hükümde, taşınmaz değerinin dava tarihi itibarıyla esas alınması gerektiği düzenlenmekteydi. Anayasa Mahkemesi iptal kararında bu değerlendirmenin taşınmaza idare tarafından fiilen el atıldığı yahut tasarrufun

⁵⁷ 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu Ek madde 1: "Bu süre içerisinde belirtilen işlemlerin yapılmaması halinde taşınmazların malikleri tarafından bu Kanun'un geçici 6. maddesindeki uzlaşma sürecini ve 3194 sayılı İmar Kanunu'nda öngörülen işlemleri tamamladıktan sonra taşınmazın kamulaştırılmasından sorumlu idare aleyhine idari yargıda dava açılabilir.

Birinci fıkra uyarınca dava açılması hâlinde taşınmazın ya da üzerinde tesis edilen irtifak hakkının dava tarihindeki değeri, mahkemece; bu Kanunun 15 inci maddesine göre bilirkişi incelemesi yapılarak, taşınmazın hukuken tasarrufunun kısıtlandığı veya fiilen el konulduğu tarihteki nitelikleri esas alınmak suretiyle tespit edilir ve taşınmazın veya hakkın idare adına tesciline veya terkinine hükmedilir.

Bu madde kapsamında kalan taşınmazlar hakkında açılacak dava ve takiplerde, bu Kanunun geçici 6 ncı maddesinin üçüncü, yedinci, sekizinci ve on birinci fıkra hükümleri, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce açılan ancak henüz karara bağlanmayan veya kararı kesinleşmeyen davalara bu madde hükümleri, kesinleşen ancak henüz ödemesi yapılmayan kararlar hakkında ise geçici 6 ncı maddenin üçüncü, sekizinci ve on birinci fıkra hükümleri uygulanır.

Bu Kanunun geçici 6 ncı maddesinin sekizinci fıkrası uyarınca ayrılması gereken yüzde iki oranındaki ödenekler, yüzde dört olarak ayrılır. İlave olarak ayrılan yüzde iki oranındaki ödenekler, münhasıran bu ek madde ile geçici 11 inci ve geçici 12 nci maddeler kapsamında yapılacak ödemelerde kullanılır. Yapılacak ödemelerin toplam tutarının ilave olarak ayrılan ödeneğin toplamını aşması hâlinde, ödemeler, en fazla on yılda ve geçici 6 ncı maddenin sekizinci fıkrası hükmüne göre yapılır."

kısıtlandığı tarih dikkate alınarak yapılmasının gerçek karşılığın belirlenmesi için daha uygun olacağı ifade edilmiştir. Ayrıca ilgili düzenlemenin taşınmaz bedelinin ödenmesi için bütçeden belirli bir pay ayrılması zorunluluğuna, kanuni faiz uygulanmasına, kamulaştırmada nakden ve peşin ödeme şartına, geç ödeme hallerinde ise kamu alacakları için uygulanan en yüksek faizin uygulanmasına aykırılık teşkil ettiği belirtilmiştir. İdarenin, kamulaştırma kararı alınabilmesi yeterli ödeneğe sahip olması gerekmektedir.⁵⁸ Yeterli ödenek olmaksızın, bütçeden belirli bir pay ayrılmadan kamu hizmetine tahsisin gerçekleştirilmesi hukuka aykırılık içermektedir. Anayasa'nın 46. maddesinde kamulaştırma bedelinin istisnai hallerde taksitle ödenmesi hususu düzenlemiş olup ilgili hükümde belirtilen hususlar bu istisnai hallere girmemektedir. Üstelik kanuni faiz uygulaması düzenlemesi de kamu alacakları için öngörülen en yüksek faiz oranından daha düşük kalmaktadır. İdareler için kamulaştırmayı el atmayı kolaylaştırması, bireyin mağduriyetini arttırması sebebiyle ilgili düzenleme Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi aynı kararda ilgili hükme ilişkin şu ifadeleri kullanmıştır; idareler kural ile kamulaştırma yapmak yerine kamulaştırma için Anayasa'da belirtilen ilkelere aykırı olarak taşınmazları elde edebilme imkanına sahip olabilecektir. Böyle bir durumda devletin hukuka bağlılığı ilkesi zedelenebileceği gibi bireyler açısından hukuki güvenlik ve öngörülebilirlik de ortadan kalkacaktır. Bir hukuk devletinde kanunların hukuka aykırı uygulamaları teşvik etmesi kabul edilemez.

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından sonra kamulaştırmayı hukuki el atma davalarında idari yargının görevli olduğuna dair hüküm de ortadan kalkmıştır. Fakat adli yargı da açıkça görevlendirilmediğinden derdest olan davalar açısından uygulamada nasıl hüküm kurulacağı netleşmemiştir. Uyuşmazlık Mahkemesi ise hukuki el atma davalarında görevli yargı yolunun idari yargı olduğuna ilişkin kararında, iptal edilen kanun hükmüne dayanarak hüküm tesis etmediğinden bu konuda görüşünün değişmeyeceği kanaatindeyiz.

⁵⁸ Ramazan Çağlayan, Kamulaştırma İşleminin İptali ve Akıbeti, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt LXIX, Sayı 1-2, Yıl 2011, Sf.452.

1.4. KAMULAŞTIRMASIZ EL ATMA VE KAMU YARARI

Kamulaştırma işlemine Anayasal dayanak teşkil eden 46.maddede de kamulaştırmanın ancak kamu yararı amacı ile gerçekleştirilebileceği belirtilmiştir. Anayasa Mahkemesi de bir kararında bu hususa değinmiş, kamu yararının bulunmadığı hallerde kamulaştırmadan da söz edilemeyeceğini belirtmiştir.⁵⁹ Kamulaştırma işlemine başlanabilmesi için kamu yararı kararının çıkartılması gerekmektedir. Kamulaştırma işleminde bireyin yararı karşısında kamu yararı feda edilmekte ve mülkiyet hakkına, kanuna uygun şekilde müdahale edilmektedir. Kamulaştırma işlemini gerçekleştirebilmek için gerekli olan kamu yararı kararı alınmadan yapılan fiili el atma eylemi bireylerin mülkiyet hakkının ihlaline sebep olur, bununla birlikte kamu yararı dışında başka bir amaç güdülse bu durumda sosyal bir yönü de olan mülkiyet hakkına ciddi bir darbe inmiş olacaktır. Kamu yararı kararı kamulaştırma işlemine meşruiyet kazandırmaktadır.⁶⁰ Kamulaştırma usulünde de kamulaştırmaz fiili veya hukuki el atmada da idarelerin tek amacı kamu yararını gerçekleştirmektir. Dolayısıyla idarenin yaptığı bir kamulaştırma işleminde kamu yararı dışında başka bir yarar gütmesi halinde işlem kamulaştırmaz fiili veya hukuki el atmaya dönüşmeyecektir. Kamulaştırma işlemi için de kamulaştırmaz el atma için de kamu yararı amacı şarttır. Kamulaştırmaz el atma hukuka aykırı bir yol olduğundan kamulaştırmaz el atma ve kamu yararı kavramı doktrinde incelenmemiştir. Her ne kadar hukuka aykırı bir yol olsa da kamulaştırmaz el atmada da idareler yürütecekleri kamu hizmeti için ihtiyaç duydukları taşınmazı elde etme amacı ile bilerek yahut bilmeyerek fiili yola başvurmaktadır. Kamu hizmetlerinin de amacı kamu yararını gerçekleştirmek olduğundan kamulaştırmaz el atma da olsa kamu yararına olmalıdır.

Türk hukukunda kamu yararı kavramı tanımlanmış bir kavram değildir. Başpınar'a göre bunun sebebi "...kamu yararı, sürekli gelişen ve bir toplumda, değişen ihtiyaçlarla birlikte, kendisi de sürekli değişen bir kavramdır. Diğer taraftan, kamu yararının, hukuki yönü kadar siyasi yönü de bulunmaktadır."⁶¹ Kamu yararı tanımı

⁵⁹ Anayasa Mahkemesi, E.1976/38, K.1976/46, T.12.10.1976.

⁶⁰ Münci Çakmak, Kamu Yararı, Seçkin Yayınevi, 1.baskı, Ankara 2013, Sf.471.

⁶¹ Başpınar, sf.241.

çok geniş kapsamlı olarak yapılmaya çalışılsa dahi bazı kavramlar kapsam dışında kalmaktadır. Bu sebeple üzerinde mutabık kalınan bir kamu yararı tanımı yapılamamıştır. Öyle ki Başpınar'ın da belirttiği gibi 3082 sayılı "Kamu Yararının Zorunlu Kıldığı Hallerde, Kamu Hizmeti Niteliği Taşıyan Özel Teşebbüslerin Devletleştirilebilmesi Usul ve Esasları Hakkında Kanun" içerisinde de kamu yararının tanımı yer almamaktadır.

Doktrinde kamu yararı kavramı dar ve geniş anlamı olarak yorumlanmaktadır. Kamulaştırma usulü açısından bakacak olursak kamu yararı kararı olmadan mülkiyete müdahale söz konusu olamayacağı için mülkiyet hakkının korunabilmesi için dar olarak yorumlanması gerekir.⁶² Dar anlamda kamu yararı bir idare hukuku kavramıdır. İdarenin kamu hizmeti faaliyetini yürütmesinin yegane sebebi kamu yararı amacını gerçekleştirmektir. Bu açıdan bakıldığında toplumun genel yararı anlamına gelmektedir.⁶³ Geniş anlamda kamu yararı ise Kamulaştırma Kanunu'nda da olduğu gibi işlemi gerçekleştirebilmek için başka hiçbir şartın gerekli olmadığı daha soyut bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır.⁶⁴

1.5. KAMULAŞTIRMASIZ FİİLİ EL ATMANIN UNSURLARI

İdarelerin, kamulaştırma yapmaksızın fiilen el attığı her taşınmaz için fiili el atmanın meydana geldiği söylenemez. Kamulaştırmaz fiili el atma 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu geçici madde 6'da fiilen kamu hizmetine ayrılan veya kamu yararına ilişkin bir ihtiyaca tahsis edilerek üzerinde tesis yapılan taşınmazlara veya kaynaklara kısmen veya tamamen veyahut irtifak hakkı tesis etmek suretiyle malikin rızası olmaksızın el konulması şeklinde ifade edilmiştir. Bu tanımlamadan hareketle kamulaştırmaz fiili el atmanın unsurları incelenecektir.

⁶² Cemil Kaya, Kararlarından Hareketle Kavramına Danıştay'ın Bakışı, XII Levha Yayıncılık, Eylül 2011, Sf.58.

⁶³ Başpınar, sf.243.

⁶⁴ Başpınar, sf.244.

1.5.1. KAMULAŞTIRMA İŞLEMİNİN YAPILMAMIŞ OLMASI

Kamulaştırmaz el atma; kamulaştırma işleminin hiç yapılmaması veya işlem tamamlanmadan taşınmaza el atılması ile meydana gelir.⁶⁵

1.5.1.1. KAMULAŞTIRMA İŞLEMİNİN HİÇ YAPILMAMASI

Yukarıda incelenen içtihadı birleştirme kararları doğrultusunda kamulaştırmaz el atma işleminin ilk olarak yol yapım çalışmaları nedeniyle idare tarafından el atılan taşınmazlar ile ortaya çıktığını söyleyebilmekteyiz. Burada önemli olan husus kamulaştırma yapma yetkisine sahip olan idarenin, kamulaştırma işlemi yapmaksızın özel kişiye ait taşınmazı kamu hizmetine tahsis etmesidir.⁶⁶ Kamulaştırma işlemi hiç yapılmadan, idarenin sürekli ve kalıcı olarak taşınmazı kullanması halinde mülkiyet hakkı, fiili yol ile ihlal edilmiş olur. Gerçekleştirilen idari eylem herhangi bir idari işleme dayanmamaktadır. Mülkiyet hakkına yapılan fiili müdahalenin sürekli ve kalıcı olmaması halinde fiili el atmaya gerçekleşmez. Bu durumda ecrimisil talebinde bulunulabilir.

1.5.1.2. KAMULAŞTIRMA İŞLEMİNİN TAMAMLANMAMIŞ OLMASI

Kamulaştırma işleminin tamamlanmamış olması halinde fiili müdahale kamulaştırmaz fiili el atmaya dönüşür. Kamulaştırma işleminin ne zaman başladığı ve ne zaman tamamlandığı hususları kamulaştırma işleminin hangi aşamada kamulaştırmaz el atmaya dönüştüğünün tesbiti için önemlidir. Kamulaştırmanın ne zaman başlayıp ne zaman tamamlandığının tespit edilememesi halinde kamulaştırmaz el atmaya dönüşüp dönüşmediği de anlaşılamaz. Kamulaştırma Kanunu'nun 3. maddesinin 4. fıkrasında "İdarece yeterli ödenek temin edilmeden kamulaştırma işlemine başlanamaz." denilmektedir. Kamulaştırma Kanunu'nda kamulaştırma işleminin hangi aşamada başladığı açıkça belirtilmediğinden bu fıkranın mefhum-ı muhalifi kamulaştırma işleminin ödenek temin edilmesi halinde başladığı şeklinde yorumlanabilir. Her ne kadar kanuni düzenleme bu şekilde olsa da ödenek temini işlemin başlaması için tek başına yeterli değildir. Kamu yararı kararı

⁶⁵ Meltem Kutlu Gürsel, Kamulaştırma Hukuku, Seçkin Yayınevi, Mart 2012, Sf.383.

⁶⁶ Cemil Temel, Taner Özülkü, Uygulamada Kamulaştırmada Doğan Davalar Kamulaştırmaz El Atma ve Geçici İşgalden Doğan Tazminat Davaları, Bilge Yayınevi, Mart 2011, Sf.401.

olmadan yalnızca ödenek temini ile kamulaştırma işlemine başlanamaz. İdareler, beş yıllık periyotlar için oluşturdukları bütçede kamulaştırma için ödenek ayırmaktadır. Fakat bu ödenek ayrıldığında henüz; hangi kamu hizmetinin görüleceği, hangi plan veya projenin yapılacağı yahut hangi taşınmazın kamulaştırılacağı belirli değildir. Çoğu zaman idarelerin ayırdığı ödenek, taşınmaz bedelinin de çok altında kalmaktadır. Dolayısıyla idare aslında ödenek ayırdığında kamulaştırdığı taşınmazın bedelini karşılayabilecek miktarı ayırmamaktadır. Yıllık bütçede ayrılan kamulaştırma ödeneği ile kamulaştırma işleminin başlatılabileceği düşüncesinin doğru olmadığı kanaatindeyiz.

Örneğin İzmir İl Milli Eğitim Müdürlüğü 41580197-752.01.01-E.6708668 sayılı yazısında 5018 sayılı Kamu Yönetimi Kontrol Kanunu'nun 9. maddesi gereği Kurumlar tarafından 5 yıllık periyotlar halinde yapılan taşınmazların bulunduğu bölgedeki eğitim ihtiyacının önceliği veya aciliyeti göz önüne alınmak suretiyle 2014-2019 yılları stratejik planlar yapılmıştır. Stratejik planlar dahilinde bütçe oluşturulmakta ve yatırım için kaynak ayrılması bu yasa hükmüne göre sağlanmaktadır. Bu nedenle Kamulaştırma Stratejik planında yer almayan hiç bir iş için ödenek tahsis edilemeyeceğinden söz konusu arsanın kamulaştırılması talebiniz şimdilik yerine getirilememiş olup...

İl Milli Eğitim Müdürlüğü'ne yazılan dilekçeye verilen bu cevabi yazıdan da anlaşılacağı gibi 5 yıllık bütçeler oluşturulduğunda aslında taşınmazın gerçek değeri yahut hangi taşınmazın hangi kamu hizmetine tahsis edilmek üzere kamulaştırılacağı belirlenerek kamulaştırma ödeneği ayrılmamaktadır. Dolayısıyla ayrılan kamulaştırma ödeneğinin tek başına kamulaştırma işlemi başlatılacağını düşünmek doğru olmayacaktır. Bahse konu taşınmaz üzerine 1987 yılında kamulaştırma şerhi düşülmüştür. 2019 yılında yapılan başvuruda ise taşınmazın kamulaştırma strateji planında yer almaması sebebiyle kamulaştırılamayacağı ifadesi yer almaktadır. İl Milli Eğitim Müdürlüğü kamulaştırma işlemi yeterli ödeneği olmamasına rağmen başlatarak tapuda taşınmaz üzerine kamulaştırma şerhi konmuştur. 32 yıl sonrasında dahi yeterli ödeneğin temin edilmediği ve stratejik bütçe planında yer almadığı gerekçesiyle kamulaştırılamayacağı cevabı verilmiştir. Ödenek temin edilmeden kamulaştırma işlemine başlanamaz ifadesinin kamulaştırma işlemi hukuka uygun hale getirecek olan en önemli unsurlardan biri olduğu için açıkça belirtildiği kanaatindeyiz. Şayet yeterli ödenek bulunmuyorsa yahut kamu yararı

kararı alınmamışsa bu durumda kamulaştırma işlemi kamulaştırmaz el atmaya dönecek ve hukuka aykırı hale gelecektir. Hukuka aykırılığı önlemek ve bireylerin mağduriyetine sebebiyet vermemek amacıyla bu hükmün düzenlendiğini düşünmekteyiz. Dava yoluyla da olsa taşınmaz bedelinin ödenmesi ile tapunun idare lehine tescili mülkiyet hakkına müdahaleyi sonlandırarak eylemi hukuka uygun hale getirmektedir.

Kamulaştırma işleminde alınan bütün kararlar kamu yararı kararına dayanarak alınmaktadır. Kamu yararı kararı olmadan hazırlanan proje de ayrılan ödenek de kamulaştırma işlemini başlatmaz.

Anayasa Mahkemesi bir bireysel başvuruda şu değerlendirmeyi yapmıştır; Kamulaştırma işlemi, kamu yararı kararı alınmasından taşınmazın edinilmesi aşamasına kadar birden çok idari işlemi gerektirmektedir. İdarenin, kamu yararı kararı almasından kamulaştırmanın gerçekleştiği aşamaya kadar bazı idari işlemleri yapmakla birlikte, kamulaştırma süreci tamamlanmadan taşınmaza fiilen el atması halinde de kamulaştırmaz el atma durumu söz konusu olur.⁶⁷

Anayasa Mahkemesi kararında da belirtildiği gibi kamulaştırma işlemine başlanmadan önce pek çok idari işlem gerçekleştirilmektedir; plan ve proje hazırlanması, kamu yararı kararı çıkartılması, ödenek temini, kamulaştırılacak taşınmazın belirlenmesi ve son olarak da tapuda taşınmaz üzerinde kamulaştırma şerhi düşülmesidir. Kamu yararı kararı çıkartılması, plan ve projenin hazırlanması, ödenek temini, taşınmazın belirlenmesi gibi işlemler bütünü neticesinde kamulaştırma işlemi gerçekleşir. Bu işlemlerin tamamı hazırlık işlemidir. Dolayısıyla bu işlemler hukuk dünyasında değişiklik yaratan fakat hüküm ve sonuç doğurmayan bir dizi işlemdir. Bu işlemlere karşı dava açılmaz.

Kamulaştırma işleminin başlaması tebliğ ile olur. Malike yapılan ilk tebliğ; Kamulaştırma Kanunu madde 8 kapsamında pazarlık aşamasının tebliğidir. Kamulaştırma kararının tebliğ ile malike bildirilmesi işlemin icra edilmesidir. Böylece kamulaştırma kararı bireysel işleme dönüşür. Tebliğ ve şerh öncesindeki işlemler ise; hazırlık işlemidir. Hazırlık işlemleri; hukuk dünyasında değişiklik yaratan fakat hüküm

⁶⁷ www.kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr Emel Kaynar ve Diğerleri Başvurusu 2013/3667, Karar Tarihi 10/6/2015, Erişim 11.4.2019.

ve sonuç doğurmayan işlemlerdir. Örneğin belediye göreceği kamu hizmetine ilişkin plan ve projeyi hazırlar, taşınmazı belirler, ödeneği temin eder, kamu yararı kararı da çıkartır. Fakat tapuda taşınmaz üzerinde kamulaştırma şerhi düşülmedikçe bireysel işleme dönüşmeyeceğinden taşınmazın bedele çevrilmesine ilişkin herhangi bir talepte bulunulamaz. Çünkü tapuda kamulaştırma şerhi düşülünceye kadar yapılan işlemlerin hiçbirisi malik açısından bir hüküm doğurmamaktadır. Taşınmaz üzerinde tapuda şerh düşülmesiyle birlikte yasal zorunluluk olan pazarlık usulünün denenmesi için malik davet edilir. Ancak bu davetin tebliğinden sonra malikin bedele itiraz hakkı doğar. Yani malikin, bedeli kabul etmeyip uzlaşmama hakkı doğar. Pazarlık usulünün başarısız olması ile idare, bedel tespiti ve tapu tescili için dava açar. Mahkeme tarafından bedelin tespit edilmesi üzerine, idareye parayı bloke etmesi için süre verilir, idare tarafından taşınmaz bedelinin yatırılmasıyla mahkeme tapunun idare lehine tesciline karar verir. Tescil kararı ile kamulaştırma işlemi tamamlanır. Aynı maddenin 3. fıkrasının d bendi dava açma süresinin tebligat veya ilan tarihinden itibaren başlayacağını belirtmiştir. Dolayısıyla kamulaştırma işlemi usulüne uygun olarak yapılmış tebliğ ile bireysel işleme dönüşecek ve dava açılıp değer tespiti ile tapunun idare lehine tescili kararıyla birlikte kamulaştırma işlemi tamamlanmış olacaktır. Kamulaştırma işlemi tapunun idare lehine tescili ile tamamlandığından tapu idare lehine tescil edilmeden taşınmazın idare tarafından kullanılması kamulaştırmaz fiili el atma teşkil eder.

Kamu hizmetine tahsis edilen taşınmazın, kamulaştırma kararı alınmaksızın yahut kamulaştırma işlemine başlanmış olmasına rağmen işlem tamamlanıp idare lehine tescil gerçekleşmeden idare tarafından kullanılması mülkiyet hakkının özüne dokunan bir müdahaledir. Taşınmaza, kamulaştırma bedelinin tespiti ve tapunun idare lehine tescili davası devam ederken yahut dava açılmadan önce fiilen el atılması halinde malik, el atma tarihinden tapunun tescil tarihine kadar olan süre için ecrimisil talep edebilir ve bu bedel için yasal faize de hükmedilir.⁶⁸

⁶⁸ Naci Başsorgun, Gülsüm Kütahya, Kamulaştırma ve Kamulaştırmaz el Atma ve İmar Mevzuatından Doğan Bedel Tespit Davaları, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, Sf.729-730.

Kamulaştırma Kanunu madde 8'e göre pazarlık aşamasında uzlaşarak idare tarafından tutanakta belirlenen bedel ödenerek, taşınmaz tapuda idare lehine tescil edilerek kamulaştırma işlemi idari yönden ve bedel yönünden kesinleşir.⁶⁹ Uzlaşma gerçekleşmezse açılan dava neticesinde tespit edilen bedel ödenip tapuda idare lehine tescil gerçekleştiğinde kamulaştırma işlemi idari yönden ve bedel yönünden kesinleşmiş olur.⁷⁰

Kamulaştırma işlemi tamamlanmadan taşınmazına fiilen el atılan bir kişi Ombudsman'a başvurmuştur. Başvurucu, idarenin bölünmüş yol çalışması sırasında herhangi bir kamulaştırma işlemi olmaksızın maliki olduğu ayçiçeği tarlasına dolgu yaparak hasadı yapılmamış ürünlerine zarar verildiği ve sonraki yıl da aynı alanda ekim işlemi yapılamayacağı gerekçesiyle zarara uğradığını ileri sürerek kamulaştırmaz fiili el atma sebebiyle tazminat talep ederek idareye başvurmuştur.⁷¹ İlgili idare, kamulaştırma planının yapıldığını, kamu yararı kararı çıkartıldıktan sonra işlemlere başlanacağı yönünde savunma yapmıştır. Malikin, zararın tazmini için idareye yaptığı başvuruya, idarenin on gün gibi kısa bir süre içerisinde cevap vermiş olması Avrupa Doğru İdari Davranış Yasası'yla düzenlenen iyi yönetim ilkelerinden biri olan bilgi edinme hakkı çerçevesinde olumlu bir davranış olarak değerlendirilmiştir. Fakat idarenin gerçekleştireceği işlemler için makul süreyi belirtmesi aynı zamanda bunun gerekçeli olması ve ucu açık olmamasının da iyi yönetim ilkelerinden olduğu açıklanmıştır. Ombudsman, yaptığı değerlendirmede kamu yararı kararı alınmadan, kamulaştırma işleminin tamamlanmış kabul edilemeyeceğini, kamulaştırma yetkisine sahip idarenin Anayasa ve yasalara uygun işlem tesis etmeksizin hukuka aykırı bir şekilde taşınmaza fiilen el atarak malikin mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Ayrıca usulüne uygun bir kamulaştırma işlemi yapılmadan taşınmaza iki yıl boyunca fiilen el atılması ve malikin uğradığı zararın idare tarafından tazmin edilmemesi; idarenin, hukuka ve Kanuna saygılı, tedbirli olma ilkelerine aykırılık olarak değerlendirilmiştir. AİHM

⁶⁹ Başsorgun, Kütahya Sf.915.

⁷⁰ Başsorgun, Kütahya, Sf.916.

⁷¹ www.ombudsman.gov.tr Şikayet No : 01.2013/170 Karar No :2013/18 Şikayet Başvuru Tarihi : 03/04/2013 Karar Tarihi : 02/10/2013 Erişim Tarihi 15.4.2019.

içtihatları doğrultusunda mahkeme tarafından belirlenecek tazminatın yasal faizi ile birlikte ödenmesi gerektiğine karar verilmiştir. Uzlaşma yoluna giderek tazminat miktarının belirlenmesini uzlaşamaması halinde ise kamulaştırma işlemlerinin tamamlanması yönünde Karayolları Genel Müdürlüğü'ne tavsiye kararı verilmiştir.

Ombudsman tarafından yapılan değerlendirmede kamulaştırma işlemine başlanmış olmasının mülkiyete el atılabileceği anlamına gelmediğinin vurgulanması yerindedir. Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi kamulaştırma işlemi tamamlanmadan taşınmaza fiilen el atılması fiili yol oluşturmaktadır. Böylece idarenin bu eylemi kamulaştırmaz el atmaya dönüşmektedir. Dolayısıyla malikin dava yoluna giderek taşınmaz bedeli ile birlikte uğradığı zararın tazminini talep etmesi mümkündür.

1.5.2. İDARE TARAFINDAN SAHİPLENME KASTIYLA VE KALICI OLARAK EL ATILMIŞ OLMASI

Kamulaştırmaz fiili el atmanın gerçekleşebilmesi için önemli olan bir diğer unsur da idarenin taşınmaza sahiplenme kastıyla ve kalıcı olarak el atmış olmasıdır. Taşınmaza hukuka aykırı olarak fiilen müdahalede bulunan idarenin, malikin taşınmazı kullanımını tamamen ortadan kaldırması ve bu müdahalenin kalıcı olması gerekmektedir.⁷² Sahiplenme kastının varlığı beraberinde kalıcı el atmaya da getirir. El atmanın ne zaman kalıcı hale geldiğinin tespiti somut olayın verilerine göre değerlendirilmelidir. Yargıtay kararlarıyla oluşturulmuş bir kıstas olmamakla birlikte örneğin bayındırlık faaliyeti esnasında taş, kum, çakıl gibi bir takım malzemelerin taşınmaza koyulması yahut bayındırlık faaliyeti tamamlanıncaya kadar taşınmaza şantiye kurulması geçici nitelikte işlemler olduğundan kamulaştırmaz el atma olarak değerlendirilmemektedir. Bu işlemler için ecrimisil talep edilebilir. Geçici kullanımlarda sahiplenme kastı ve kalıcılık söz konusu olmadığından el atmadan da söz edilemez. Yargıtay 5. Hukuk Dairesi bir kararında "Bir taşınmaza kamulaştırmaz el atıldığından bahsedebilmek için kamulaştırma yetkisine sahip olan idarenin sahiplenme kastı ile kamulaştırma yapmadan taşınmaza fiilen el atması

⁷² www.kazanci.com.tr Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E.2010/5-62, K.2010/652, T.15.12.2010, Erişim Tarihi 14.6.2019.

gerekir.”⁷³ şeklinde değerlendirme yapılmıştır. Dolayısıyla fiili el atmaya dayanarak bedel tespiti talep edebilmek için sahiplenme kastı ve kalıcılık unsurlarının aynı anda bulunması gerekmektedir.

Bir başka kararda ise; çevre köylere elektrik götürülmek amacı ile 15 yıl öncesinde direklerin dikilip enerji nakil hattının geçirildiği savunulmuştur. Dosyada toplanan tüm delillerden enerji nakil hattı geçirilmek üzere dava konusu taşınmaza ağaç direk dikilip, elektrik tellerinin çekildiği el atmanın 15 yıldan bu yana devam ettiği, herhangi bir kamulaştırmanın yapılmadığı tespit edildiğinden davalı idarenin sahiplenme kastıyla hareket ettiği sonucuna varılmıştır⁷⁴ şeklinde değerlendirme yapılarak sahiplenme ve kalıcılık kastının varlığına ve kamulaştırmaz el atma sebebiyle bedel tespiti talep edilebileceğine karar verilmiştir.

Burada önemli olan husus görülecek kamu hizmetinin niteliğinin süreklilik arzeden bir işlem olmasıdır. Karayolu inşaatı esnasında taşınmazın şantiye olarak kullanılmasında kalıcılık ve sahiplenme kastının olmadığı tespit edilebilirken, çevre köylere elektrik hattı götürülmesi amacıyla yapılan kamu hizmetinin kalıcılık ve süreklilik arzettiğinden burada sahiplenme amacının olduğu tespit edilmiştir.

1.5.3. TAŞINMAZA KAMU YARARI AMACI İLE FİİLEN EL ATILMASI

15.12.2010 tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında Anayasa'nın 35. maddesi incelenmiş ve kamu yararı ölçütünün düzenlendiği 2. fıkrasına ilişkin şu açıklamalar yapılmıştır; İkinci fıkra uyarınca: “Bu haklar ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir”. Kamu yararının varlığı halinde veya bu amaçla kullanma gereksiniminde mülkiyet hakkı sınırlanabilmektedir. Ancak bu sınırlama da kanunla yapılabilir. Kanunsuz olarak burada kamu yararı vardır, denilerek herhangi bir kamu kurumu veya tüzel kişisi mülkiyet hakkına herhangi bir sınırlama koyamaz. Öyle ise bu fıkranın içeriğine göre ancak kamu yararı bulunduğu durumlarda ve kanuna tutunarak sınırlama yapılabilir, yasal bir dayanak olmadan kamu yararı olsa bile mülkiyet hakkına el uzatılamaz. Yasanın olanak tanıdığı yerde de kamu yararı bulunmalıdır.⁷⁵

Fakat burada mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin karşılığında taşınmazın bedeli ödenmektedir. Kamulaştırmaz el atmada ise kamu yararına kullanılan taşınmaz için malike herhangi ödeme yapılması söz konusu değildir. Yargıtay ve Anayasa

⁷³ www.kazanci.com.tr Yargıtay 5. HD E.2013/32, K.2013/4898, T.19.13.2013. Erişim Tarihi 14.6.2019.

⁷⁴ www.kazanci.com.tr Yargıtay 5.HD E.2013/10652, K.2013/13126, T.10.11.2003. Erişim Tarihi 14.6.2019.

⁷⁵ www.kazanci.com.tr YHGK 15.12.2010 tarih ve E. 2010/5–662, K. 2010/652. Erişim Tarihi 14.6.2019.

Mahkemesi kararlarında önemle belirtilen husus da kamulaştırmamız fiili el atma olsun yahut hukuki el atma olsun her ikisi de hukukadır. Mülkiyet hakkına yapılan bu müdahaleyi hukuka uygun hale getiren ise taşınmaz bedelinin malike ödenmesidir. İdarelerin amacı kamu yararı amacıyla kamu hizmeti görmek olduğundan bedelin ödenmesi halinde malik açısından da mağduriyetin ortadan kalkacağı ve işlemin hukuka uygun hale geleceği kabul edilmektedir.

1.6. KAMULAŞTIRMASIZ HUKUKİ EL ATMA

İmar Kanunu'nun 10. maddesinde belediyelerin, düzenleyip yürürlüğe soktuğu imar planları ile kamu hizmetine tahsis edilen özel kişilere ait taşınmazların 5 yıllık imar programı süresi içerisinde kamulaştırılması düzenlemiştir. Fakat idareler uygulamada bu süreye uymadığından; park, yeşil alan, okul yahut ibadethane olarak kamu hizmetine tahsis edilen taşınmazların malikleri; taşınmaz üzerinde tasarrufi işlemler yapamamakta veya taşınmaz üzerine inşaat yapmak için izin ve ruhsat alamamaktadır. Uzun yıllar kamulaştırması yapılmayan fakat imar planlarında kamu hizmetine ayrılan taşınmazların malikleri mülkiyet hakkını kullanamaz hale gelmektedir. İdarenin, kanuni süre içerisinde imar planına uygun olarak kamulaştırma işlemini yapmaması ve maliklerin taşınmaz üzerindeki haklarını kısıtlaması mülkiyet hakkının özüne dokunmaktadır. Bu sebeple hakkı muhtel olanlar, idari yargıda tam yargı davası açarak taşınmaz bedelini pasif ve suskun kalarak kanuni süre içerisinde kamulaştırma işlemini yapmayan idareden talep edebilirler.

Taşınmaz bedeline ilişkin maddi tazminat talebi dışında manevi tazminat talebiyle idarenin kusur sorumluluğuna gidilip gidilemeyeceği hususu gündeme gelmektedir. Bu konuda Danıştay 10. Dairesi'nin bir kararında idarenin hukuka aykırı eylemi ile hak ihlaline sebebiyet vermesi durumunda hizmet kusurunun varlığından söz edilebileceği ve bu zararlardan idarenin kusurlu sorumluluğu çerçevesinde sorumlu tutulabileceği belirtilmiştir.⁷⁶ Hukuk devleti ilkesi gereğince hukuka uygun işlem yapma mecburiyetinde olan idarenin salt olarak hukuka aykırı işlem ile bir hak

⁷⁶ www.kazanci.com.tr. (Erişim tarihi: 26.3.2019.) Danıştay 10D, E.1992/1449, K. 1993/3681, T. 6.10.1993.

ihlaline sebebiyet vermesinin dahi hizmet kusuru olarak değerlendirileceği ifade edilmiştir. İmar planı ile özel kişiye ait taşınmazı kamu hizmetine tahsis eden idarenin kanuni süreyi aşmasına rağmen pasif ve suskun kalması, hizmetin hiç işlememesi olarak nitelendirilebilir. Hukuki el atmada taşınmaz uzun süre imar planında kamu hizmetine özgülenmiş olarak görüldüğü için idare burada mülkiyet hakkının kullanılmasını hukuka aykırı olarak, süresiz kısıtlamaktadır.⁷⁷ Danıştay kararında hizmet kusurunun varlığı için sözü edilen iki şart ; hukuka aykırı işlem ve hak ihlali gerçekleşmiş olmaktadır. Kanunen belirlenen süreye uymayarak taşınmaz üzerinde imar planını uygulamaya yönelik herhangi bir işlem yapmaması hukuka aykırıdır. Bununla birlikte hakkı kısıtlayarak özüne dokunulduğundan hak ihlali de gerçekleşmektedir.

1.6.1. KAMULAŞTIRMASIZ HUKUKİ EL ATMANIN TARİHSEL GELİŞİMİ

Kamulaştırmasız hukuki el atmanın çerçevesi 15.12.2010 tarihli ve 2010/5-662 Esas sayılı, 2010/651 Karar sayılı Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararı ile çizilmiştir. Karara konu olan davada, yirmi yılı aşkın bir süredir ilkokul alanı olarak ayrılan taşınmazın maliki, taşınmazının kamulaştırılmasını yahut ilkokul alanı olarak yapılan tahsisin kaldırılmasını talep etmektedir. Malik, taleplerine yönelik herhangi bir işlem yapılmaması üzerine asliye hukuk mahkemesinde bedel tespiti davası açmıştır. Yerel mahkeme, taşınmaza kamulaştırmasız el atıldığı gerekçesiyle idarenin taşınmaz bedelini ödemesine karar vermiştir. Davalı idare, taşınmaz sahibinin elinden fiilen tasarrufun alınmadığı gerekçesi ile yerel mahkemenin kararını temyiz etmiştir. Temyiz üzerine yapılan incelemede Yargıtay 5. Hukuk Dairesi yerel mahkemenin kararını bozarak, fiili el atma söz konusu olmadığından tazminata hükmedilemeyeceğine karar vermiştir. Yerel mahkeme, yapılan kamu hizmetine tahsis işleminin mülkiyet hakkının özüne dokunduğu gerekçesiyle idare tarafından taşınmaz bedelinin ödenmesine ilişkin kararında direnmiştir. Hukuk Genel Kurulu'nda yapılan incelemede, tarafı olduğumuz Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Ek Protokolünün mülkiyetin korunması başlıklı 1. maddesine ve AİHM'nin Sporronth v. Lönroth kararına atıfta bulunulmuştur. Bahsi geçen AİHM kararında, başvurusunun taşınmazına kamulaştırma izni (kamulaştırma şerhi) ve

⁷⁷ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, Sf. 633.

taşınmaz üzerinde inşaat yasağı getirilmesi (inşaat ruhsatı verilmemesi) uzun süre devam etmiştir. AİHM, toplumsal yarar ile bireysel menfaat dengesinin orantısız bir biçimde bozulduğuna, mülkiyet hakkına fiilen el atılmamış olsa da kamulaştırma izni ve inşaat yasağı ile mülkiyet hakkının özüne dokunulduğuna hükmetmiştir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararının gerekçesinde ise İmar Kanunu madde 10'a dayanılarak çıkartılan imar planlarının onaylanması ile birlikte bağlayıcılık kazandığı ve bu sebeple hem idare hem de bireyler bakımından bazı yükümlülükler yahut mülkiyet hakkına kısıtlamalar getirme gibi hukuki sonuçlar doğurabildiği belirtilmiştir. İdare açısından getirilen yükümlülüğün kanunda düzenlenmiş olan sürelerle uyulmak biçiminde tezahür ettiği fakat bu sürelerle uyulmaması halinde herhangi bir müeyyidenin düzenlenmemiş olduğu tespit edilmiştir. İdareler açısından getirilen süre kısıtlamasına uyulmamasının bir müeyyideye bağlanmaması idarelerin keyfi davranmasına ve bireylerin haklarının kısıtlanmasına sebep olmuştur. Bireyler açısından ise; imar planına uygun davranmak ve herhangi bir yapı inşası için idareden izin almak ve alınan izne uygun inşaat yapma yükümlülüğü doğduğundan bahsedilmiştir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında somut olaya ilişkin değerlendirmede ise idarelerin "pasif ve suskun" kalarak kamulaştırma yoluna gitmemeleri ve mülkiyet hakkının süresiz biçimde sınırlandırılarak hakkın özüne dokunmaları, kamu yararına yapılmış bir işlemin uzun süre sürüncemede bırakılması sebebiyle ortada gerçek anlamıyla bir kamu yararının da olmadığı kabulüyle hukuk güvenliğinin zedelendiği belirtilmiştir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bu kararda, idarenin yaptığı imar planı ile taşınmazın hukuken kullanılmasına engel getirilmesi ile taşınmaza fiilen el atarak idareler tarafından kullanılması arasında hiçbir fark olmadığını belirtmiş ve fiili el atmanın da hukuki el atmanın da aynı sonucu doğurduğuna karar vermiştir. Yani hukuken el atılan taşınmazlar için de kamulaştırmaz el atma olgusunun var olduğu ve bu durumdaki taşınmazlar için de tazminat istenebileceği, taşınmazın bedele çevrilmesinin talep edilebileceğine hükmedilmiştir.

1.6.2. KAMULAŞTIRMASIZ HUKUKİ EL ATMAYA İLİŞKİN YASAL DÜZENLEMELER

Kamulaştırmaz fiili el atma nedeniyle bedel talebinin hak düşürücü süreye bağlayan Kamulaştırma Kanunu (AYM 10.4.2003 tarihli E.2002/112, K.2003/33 sayılı kararı ile iptali öncesi 38.maddesi) 38. maddesi ile getirilmiş olan yargı kısıtı “kamulaştırmaz fiili el atmaya ilişkin yasal düzenlemeler” başlığı altında 1982 Anayasası dönemi alt başlığı ile anlatılmıştır. 38. madde; bir taşınmaz mala, devlet idareleri tarafından fiilen el atılmasının 20 yılı aşması halinde malikin 1956 tarihli içtihadı birleştirme kararları kapsamında malın bedelini talep etme hakkını ortadan kaldırmaktaydı. Bu yasanın, Anayasa yargısındaki yargı kısıtı nedeniyle ancak 2003 yılında Anayasa Mahkemesi tarafından iptal talebiyle incelenmesi mümkün olmuştur. Anayasa Mahkemesi 10.04.2003 tarihinde hukuk devleti, insan hakları ve temel hukuk ilkeleri ile mülkiyet hakkının zaman ötesi niteliğine vurgu yaparak maddeyi iptal etmiştir. 38.Maddenin iptalinden sonra uygulamada Anayasa Mahkemesi kararlarının geçmişe yürüyüp yürümeyeceği konusu bağlamında duraksama yaşanmıştır.

İdareler lehine kazanılmış hak oluşup oluşmadığı hususunda Yargıtay Hukuk Daireleri arasında görüş ayrılığı içtihadı birleştirme ile giderilmesi gereken bir sorun olarak ortaya çıkmıştır. Hukuki sorunun hukuki çözüme kavuşturulması yerine konu ötelenmiş içtihadı birleştirme yerine geçici yasal düzenleme ile çözüm sağlama yoluna gidilmiştir. Normlar hiyerarşisi çerçevesinde yasanın içtihattan daha üstte olduğu ve konunun yasa ile düzenlenmesi olumlu görülecek ise de yasa olgusunun “soyut, süresiz, genel olması” gibi ana unsurlarını tam olarak taşımayan, özel ve süreli, geçici madde olarak yapılan düzenleme(ler) bu anlamda eleştiriye açık durmaktadır. 18.06.2010 tarihli 5999 sayılı Kamulaştırma Kanunu’nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile düzenleme yapılmıştır. Kanunun yürürlüğe girmesi üzerine Yargıtay, içtihadı birleştirmeye gerek olmadığı kararı vermiştir.

5999 sayılı Kanun ile başlayan süreçte yasal düzenlemeler eski 38. maddenin iptali sonrası yaşanan duraksamayı gidermek için yapılmış, hukuki el atma olarak tabir ettiğimiz; taşınmazına fiilen el atılmamış olmakla birlikte imar planları ve özel yasaları ile kamu kullanımına özgülenen taşınmazların bedelinin talep edildiği

davaların çözümüne ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Hukuki el atma olarak tabir edilen bu tip kamulaştırmatsız el atmaların tasfiye yasası olarak çıkarılan 38. madde sonrasını ele alan 5999, 6111, 6459, 6487 sayılı yasalarda yer aldırılmaya çalışılmasının kaynağına kısaca değinmek gerekirse; hukuk dünyamızda 1956 tarihli içtihadı birleştirme kararı ile doğan kamulaştırmatsız el atma karşısında malikin mülkiyet bedelinin kendisine, tapunun da idareye tesciline karar verilmesini istediği dava tipinde uzun yıllar fiilen el atılan kısımların idareye geçişi kabul edilmiş fiilen el atılmayan alanlar var ise bu alanlara ilişkin herhangi bir hak iddia edilememiştir. Bu bağlamda kısmi el atma olarak adlandıracağımız fiili el atmalardan arta kalan kısımların değerinin bilirkişi raporlarıyla bedelinin malike ödenip ödenmeyeceği konusu tartışılmıştır. Bu hususta kamulaştırmatsız el atmada parselin kadastral parsel mi yoksa imar uygulaması görmüş imar parseli mi olduğu uzun yıllar ayrıç olarak kabul edilmiştir. Kısmi kamulaştırmada kadastral parsel kamulaştırma yapılmaksızın fiilen el atıldığında arta kalan kısımların bedelinin maliklere ödenmeyeceği zira kalan parça veya parçaların (çoğu zaman bunlar kamulaştırmatsız el atma artığı olarak tabir edilmekte artık parsel olarak adlandırılmakta) ileride yapılacak imar uygulaması ile (hamurlama olarak adlandırılan) şuyulandırma işlemi ile işe yarar hale getirileceği malikin (davacının) bu işe yarar hale gelme zamanını beklemesi gerektiği kabul edilmişti. Bu kabul, 18.6.2010 yılı Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararlarına kadar sürmüştür. Kısmi kamulaştırma uygulanan parsel imar parseli ise davada arta kalan kısımlarda değer kaybı veya %100 değer kaybı ile tam mülkiyet bedeline hükmedilmesi kabul ediliyordu. Bu uygulama hukukta uyarlık göstermemekte malikin yapılmasını temin etmek yönünde hiçbir gücü ve etkisi bulunmayan imar uygulamasını beklemek zorunda bırakılması mağduriyete yol açmaktaydı. Zira imar uygulaması yapılması tamamen süresi belirsiz bir süreçtir. Bu hukuka aykırılık; Yargıtay 5. Hukuk Dairesi'nin 2006 yılındaki içtihatlarıyla çözülmeye başlanmıştır.

1.6.3. KAMULAŞTIRMASIZ HUKUKİ EL ATMAYA YARGITAY'IN BAKIŞI

İlk defa, kamulaştırılan kadastral parselde de arta kalan kısımlarda değer hesabı yapılmasının önü Yargıtay 5. Hukuk Dairesi'nin uygulamaya yön veren içtihatlarıyla açılmıştır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararıyla kamulaştırmazlık hukuki el atmanın kabulünden önce Yargıtay 5. Hukuk Dairesi'nin vermiş olduğu bazı kararlarda hukuki el atma halinde taşınmaz bedeline hükmettiği durumlar olmaktadır. 21.11.2006 gün, E.2007/7834, K.2007/10137 sayılı karar da bu kararlardan bir tanesidir. Karara konu olayda taşınmazın 390m²'lik kısmı kamulaştırılmış ve davacı belediye taşınmaz bedelinin tespiti ve taşınmazın idare lehine tescili için taşınmazın bulunduğu yer asliye hukuk mahkemesinde dava açmıştır. Mahkeme, acele kamulaştırılan kısmın bedelini tespit ederek, tespit edilen bedelin blokesi ile birlikte tapunun idare lehine tesciline karar vermiştir. Yargıtay ise temyiz incelemesinde revizyon imar planında taşınmazın tamamının yola dahil edildiğinin tespit edildiğini, taşınmazın bir kısmını kamulaştırarak idarenin bu imar planını uygulamaya soktuğunun anlaşıldığını bu sebeple arta kalan kısmın da bedelinin ödenmesi gerektiğine hükmederek ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu kararı bozmuştur. İlk derece mahkemesi ise bozma kararına uyarak taşınmazın tamamının bedelinin ödenmesi için bloke kararı vererek ve taşınmazın idare lehine tapuda tesciline hükmetmiştir.

Kamulaştırma ve kamulaştırmazlık el atma davaları aynı usulle görüldüğünden kamulaştırmazlık el atma davalarında da aynı gelişme vuku bulmuştur.

Yargıtay 5. Hukuk Dairesi'nin 28.5.2010 gün, E.2010/787, K.2010/8467 sayılı kararında ise ilk derece mahkemesi taşınmazın, uzun yıllardır imar planı uygulamasında okul alanı olarak ayrıldığını tespit etmiştir. Davacılar, taşınmazın kamulaştırmazlık el atma sebebiyle bedel tespitini ve tapunun idare lehine tescilini talep ederek taşınmazın bulunduğu yer asliye hukuk mahkemesinde dava açmıştır. İlk derece mahkemesi yaptığı incelemede davalı idarenin daha önce de söz konusu taşınmazla ilgili kamulaştırma kararı aldığını, mahkemeye başvurarak taşınmazın tescilini talep ettiğini fakat kamulaştırma bedelini bloke etmediği için mahkeme tarafından tescil talebinin reddedildiğini tespit etmiştir. Davalı idare yaptığı savunmada taşınmaza fiili el atmanın söz konusu olmadığını ve hukuki el atmaya dayanarak tazminat talep edilebileceğini belirtmiştir. İlk derece mahkemesi yaptığı keşif esnasında taşınmazın bir kısmının tel örgü ile çevirerek okula bahçe olarak katıldığını tespit etmiştir. Davalı idare, el atmaya son verdiğini savunmuş fakat

mahallinde yapılan yeni keşifte tel örgülerin imar planına uygun olarak geriye alınmasına rağmen tel örgülerin dik durmasını sağlayan desteklerin aynı yerde durmaya devam ettiğini, el atmanın sonlanmasına rağmen taşınmazın bir kısmının da yola katıldığını tespit etmiş, taşınmazın bedelinin ödenmesine hükmederek tapunun idare lehine tesciline karar vermiştir. Yargıtay 5. Hukuk Dairesi ilk derece mahkemesinin verdiği kararı yerinde bularak kararı onamıştır.

Yargıtay 5. Hukuk Dairesi'nin verdiği bu karar da henüz 2010/5-662 esas, 2010/651 karar sayılı Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararının çıkartılmasından önce verilmiş, kararının oluşumuna öncülük etmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararı ile AİHS ve AİHM kararları da dikkate alınarak fiili el atma olmasa da konuya özgülenen (hukuken el atılan) taşınmazların bedelinin dahi dava yoluyla talep edilebileceğinin önünü açmıştır.

Bazı durumlarda ise aynı taşınmaz üzerinde hem fiili hem de hukuki el atma mevcut olmaktadır. Bu taşınmazlar açısından bedel tespitini hangi yargı yerinin yapacağı tartışmalı idi. 17.6.2014 tarihli E.2014/7326, K.2014/17549 tarih ve 17.6.2014 tarihli Yargıtay 5. Hukuk Dairesi kararına konu olan taşınmazın bir kısmına fiilen el atılmış; yol olarak kullanılmaktadır, diğer kısmı ise imar uygulamasında spor tesisi alanı olarak ayrılmıştır. İlk derece mahkemesi, spor alanı olarak ayrılan kısmın uzun yıllardır kamulaştırılmaması, maliklerin de bu alanı kullanamaması gerekçeleriyle mülkiyet hakkının kısıtlanması sebebiyle bedele hükmetmiştir.

6487 sayılı Kanun ile getirilen yeni düzenleme ile imar planında kamu hizmetlerine ayrılan taşınmazlar hakkında mülkiyet hakkının kısıtlanması gerekçesiyle açılacak davalarda idari yargının görevli olduğu hükmü getirilmiştir. Davanın adli yargıda açılabilmesi için taşınmaz zilyetliğinin idareye geçmiş olması ve fiilen idarenin kullanıyor olması gerekmektedir. Yargıtay 5. Hukuk dairesi temyiz incelemesinde hukuki el atma olduğu gerekçesiyle idari yargının görevli olduğuna hükmederek ilk derece mahkemesinin kararını görevsizlik gerekçesiyle bozmuştur.

Yargıtay 5. Hukuk Dairesi'nin iki üyesi kararın bozulmasına muhalefet şerhi düşmüştür; "5999 ve 6487 sayılı Kanunlar ile geçici 6. madde olarak yapılan düzenleme Kamulaştırma Kanunu'na girdiğine göre 2942 sayılı Kanun'un yetkili ve görevli mahkeme ve yargılama usulü başlıklı 37. maddesi "Bu Kanundan doğan tüm anlaşmazlıkların adli yargıda çözümlenmesi gerekenleri, taşınmaz malın bulunduğu yer asliye hukuk mahkemelerinde basit yargılama usulü ile görülür." demektedir. O zaman bu yasada açıkça "idari yargıda görülür" şeklinde düzenlenmeyen uyuşmazlıklar, adli yargıda taşınmazın bulunduğu yer asliye hukuk mahkemesinde görülecektir." Ayrıca taşınmaz malikinin 3194 sayılı İmar Kanunu'na dayanan idarenin eylem ve işlemlerine karşı idari yargıda iptal davası açabileceklerini belirtmişlerdir.

Davacı karar düzeltme talebinde; taşınmazın bir kısmının fiilen el atılarak yol olarak kullanıldığını diğer kısmının ise imar planında spor tesisinin soyunma alanı ve idari binası olarak ayrıldığını yani hukuken el atıldığı belirtmiştir. Yargıtay 5. Hukuk Dairesi yaptığı incelemede taşınmazın aynına ilişkin davada adli yargı görevli olduğundan bozma kararının kaldırılmasına ve ilk derece mahkemesi kararının onanmasına karar vermiştir. Aynı taşınmaz üzerinde hem fiili hem de hukuki el atma mevcut ise dava konusu adli yargının görev alanındadır.

Aynı taşınmaz üzerinde hem fiili hem de hukuki el atmanın varlığı halinde yargı yolunun belirlenmesi için kullanılan bir diğer kriter ise idarenin proje bütünlüğü çerçevesinde hareket edip etmediğidir. 26.3.205 gün, E. 2014/23679, K. 2015/6183 sayılı Yargıtay 5. Hukuk Dairesi kararında, ilk derece mahkemesi yaptığı incelemede taşınmazın bir kısmının yol olarak kullanıldığını yani ilçe belediyesi tarafından fiilen el atıldığını tespit etmiştir. Geri kalan kısmın ise imar planında yol ve belediye hizmet alanı olarak ayrıldığını dolayısıyla taşınmazın bu kısmı için de hukuki el atmanın mevcut olduğunu tespit etmiştir. Davalı idare burada uzlaşma yoluna gidilmeden dava açılmış olmasının idari merci tecavüzü olduğunu iddia etse de ilk derece mahkemesi 5999 sayılı Kanun ile getirilen Geçici 6. maddenin 1. fıkrasındaki uzlaşma şartının dava yoluna gitmeyi ortadan kaldırmadığını, dava yoluna gitmenin hak arama hürriyeti çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğini dolayısıyla kişinin

idareye müracaat etmeden doğrudan dava açmasının uzlaşma istemediği yönündeki iradesini ortaya koymak olarak anlamak gerektiği ayrıca idareye başvurunun dava şartı da olmadığını belirterek bu iddiayı dikkate almamıştır.

Malik, hem fiilen el atılan kısımlar için hem de henüz fiilen el atılmasa da imar planında yol, belediye hizmet alanı olarak ayrılan kısımlar için hukuki el atmaya dayanarak tazminat talebinde bulunmuştur.

İlk derece mahkemesi 6487 sayılı kanunla getirilen geçici 6.maddedeki değişiklik ile hukuki el atmaya ilişkin tazminat taleplerinin 3194 sayılı İmar Kanunu'na dayanması gerekçesi ile idari yargıda dava açılması gerektiğine hükmederek hukuken el atılan kısma ilişkin tazminat taleplerini yargı yolu bakımından reddetmiştir. Sadece fiili el atmaya ilişkin kısımda tazminata hükmetmiştir.

Yargıtay 5. Hukuk Dairesi ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu hükmü şu gerekçelerle bozmuştur; kısmen yol olarak kullanılması sebebiyle fiili el atma, kısmen de imar planında yol ve belediye hizmet alanı olarak ayrılması sebebiyle hukuken el atmanın söz konusu olduğu taşınmaza ilişkin davada ilk derece mahkemesinin fiilen el atılan kısım için adli yargının görevli olduğu, hukuken el atılan kısım için ise idari yargının görevli olduğu gerekçesi ile davayı görev yönünden reddetmesi isabetsizdir. Mahkemenin taşınmazın fiilen el atılan ve hukuken el atılan kısımlarının tamamı için proje bütünlüğü sebebiyle tazminat ödenmesine hükmetmesi gerekmektedir. Somut olayda imar planı uygulamasında taşınmazın bir kısmı yol olarak ayrılmıştır. Bir kısmına ise yol olarak kullanmak suretiyle fiilen konulmuştur. Dolayısıyla idare planladığı yol inşaatını tamamlamaya yönelik eylemde bulunmuştur. İdarenin, kamulaştırma işlemi yapmadan, bedel ödemedi, planladığı yol inşaatını gerçekleştirmeye başladığını kabul ederek malikin mağduriyetinin önüne geçmek için taşınmazın tamamının bedeline hükmedilmesi gerektiğine karar verilmiştir.

6487 sayılı kanun ile 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'na getirilen değişiklik ile hukuki el atmanın varlığı halinde açılacak davalarda beş yıllık imar program süresi

Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten itibaren yeni baştan başlatılmaktaydı. 21.4.2015 gün, E.2014/26110, K.2015/8556 sayılı Yargıtay 5.Hukuk Dairesi kararında hukuki ve fiili el atmanın varlığı halinde açılacak davalarda beş yıllık sürenin dolması beklenmeden dava açılabileceği hususu belirtilmiştir. Davaya konu olayda malike ait taşınmazın kısmen yol, kısmen park, kısmen de okul alanı olarak ayrılması söz konusudur. İdare tarafından, yol olarak ayrılan kısma mucur dökülmek suretiyle el atıldığı tespit edilmiştir. Park ve okul alanı olan kısım ise imar planında ayrılarak hukuken el atılmıştır. Yargıtay 5. Hukuk Dairesi; "taşınmazın imar planında yol olarak ayrılan bölümüne davalı idare tarafından mucur dökülmek suretiyle el atıldığı anlaşıldığından, özgülemenin başlamış olması ve proje bütünlüğü gereğince taşınmazın imar planında yol ve park olarak ayrılan kısımlarının tamamının bedeline hükmedilmesi gerekirken" diyerek hukuki el atma bulunan bir taşınmaza fiilen de el atılması halinde artık idarenin kamu hizmetine özgülediği taşınmaz üzerinde görmeyi amaçladığı hizmeti faaliyete geçirmeye yönelik harekete geçmesi olarak kabul etmiştir.

Hukuki el atma kısmında da değindiğimiz gibi aslında imar planı uygulamasında park, yeşil alan, yol, okul alanı, ibadethane vs. olarak ayrılan ve taşınmazı kısıtlayan bu uygulamalara dayanarak tazminat talep edilebilmesi için özgülemenin yapılmasından itibaren beş yıl geçmesi ve buna rağmen idarenin pasif ve suskun kalarak kamulaştırma işlemine başlamaması, mülkiyet hakkını ihlal etmesi ve adil dengeyi bozması sebebiyle dava yoluna gidiliyordu. Fakat hukuken el atılan taşınmazda aynı zamanda fiili el atma da varsa proje bütünlüğüne dayanılarak artık beş yıllık süre beklenmeden hem fiili hem de hukuki el atma sebebiyle tazminat talep edilebiliyor. Burada Yargıtay, idarenin fiili el atmasını; projeyi tamamlayıp hayata geçireceğine yönelik irade olarak kabul ediyor. Yargıtay'ın bu kararı; idarenin projeyi hukuka aykırı bir şekilde hayata geçirmesine engel olurken aynı zamanda malikin de beş yıl bekleyerek vakit kaybetmesine ve mağdur olmasına engel olmaktadır.

Aynı taşınmaz üzerinde hem fiili hem de hukuki el atma olduğu bazı durumlarda yargı yolunun tespitinde uyuşmazlık yaşanmıştır. Uyuşmazlık Mahkemesi'nin

kararına konu olan davada malik, taşınmazın fiilen el atılan kısmı için adli yargıda hukuken el atılan kısmı için ise idari yargıda dava açmıştır.⁷⁸ İdare Mahkemesi, yaptığı incelemede taşınmazın bir bütün olarak değerlendirilerek el atmanın taşınmazın tamamı için gerçekleştiğinin kabul edilmesi gerektiğini belirterek davada adli yargının görevli olduğu gerekçesiyle davayı görev yönünden reddetmiştir. Adli yargıda açılan davada ise mahkeme imar planından kaynaklanan uygulamanın hukuki el atma teşkil ettiğini bu davaların idari işleme dayanması sebebiyle idari yargıda görülmesi gerektiğine karar vererek davayı görev yönünden reddetmiştir. Uyuşmazlık mahkemesi önüne gelen bu dosyada şu gerekçelendirmeyi yapmıştır; bir taşınmaza fiili el atma olduğu durumda taşınmazı bir bütün olarak düşünmek ve değerlendirmek gerekir. Fiilen ve hukuken el atılan kısımlar için adli ve idari yargı yerinde ayrı ayrı yargılama yapılmasının yargılamanın salahiyeti açısından uygun olmayacağı gerekçesiyle proje bütünlüğü esas alınarak fiili ve hukuki el atmanın aynı anda varolması halinde davanın adli yargıda görülmesi gerektiğine hükmetmiştir. Adli ve idari yargıda aynı taşınmaza ilişkin ayrı ayrı dava açılması taşınmazın bedel tespitinin farklı yapılabilecek olması yargı güvenliğini tehlikeye sokacaktır. Kaldı ki bu uygulama usul ekonomisine de ters düşecektir. Bu sebeple Uyuşmazlık Mahkemesi'nin kararının yerinde olduğu kanaatindeyiz.

Uyuşmazlık Mahkemesi yukarı vermiş olduğu karardan sonra görüşünü değiştirerek fiili ve hukuki el atmanın aynı taşınmaz üzerinde aynı anda mevcut olduğu bir başka davada ise farklı yönde bir karar vermiştir.⁷⁹ Uyuşmazlığa konu olan olayda davacılar ait taşınmazın bir kısmına fiili bir kısmına da hukuki el atma olduğu iddiası ile taşınmazın bulunduğu yer asliye hukuk mahkemesinde dava açılmıştır. Taşınmazın bir kısmına belediye tarafından asfalt yol yapılarak fiilen el atılmış, kalan kısmı da 3194 sayılı Kanun'a dayanarak imar planı uygulamasında park ve otopark alanı olarak ayrılarak hukuken el atılmıştır. Taşınmazın park ve otopark alanı olarak ayrılması ve 5 yıllık imar programına alınmaması malikin mülkiyet hakkını süresiz olarak kısıtlamıştır. Malik kamulaştırmaz el atmaya dayanarak dava açmış, asliye

⁷⁸ www.kararlar.uyusmazlik.gov.tr Erişim Tarihi 29.4.2019. UYM, E. 2015/708, K.2015/711, T. 26.10.2015.

⁷⁹ <http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr> Erişim Tarihi: 29.4.2019. UYM E. 2017/94, K. 2017/136, T. 20.02.2017.

hukuk mahkemesi verdiği kararda fiilen el atılan kısım için davanın görölmesine devam edileceğini ancak hukuken el atılan kısım için ise idari yargı yerinin görevli olması sebebiyle bu kısma ilişkin talepleri görev yönünden reddetmiştir. İdare mahkemesi ise taşınmaza fiilen el atılması durumunda taşınmazı bir bütün olarak değerlendirmek gerektiğini ve el atmanın fiili-hukuki ayrımı gözetilmeksizin el atmadan doğan zararın tazmini için açılan davaların özel hukuk hükümlerine göre görölmesi ve çözüme kavuşturulması gerektiği gerekçesi ile adli yargının görevli olduğuna karar vererek davayı görev yönünden reddetmiştir. Yani burada idare mahkemesinin bahsetmiş olduğu durum bizim yukarıda örneklerini vermiş olduğumuz proje bütünlüğü gerekçesi ile bir taşınmaza hem fiilen hem de hukuken el atılması durumunda adli yargının görevli olduğu hususudur. Uyuşmazlık mahkemesi ise bu olayda idari yargının görevli olduğuna karar vermiştir. Hukuki el atmanın idarenin 3194 sayılı kanuna dayanarak yapılan imar planı uygulaması olması yani bir idari işlem olması sebebiyle hukuken el atılan kısım için idari yargının görevli olduğuna karar vermiştir.

Fiilen el atılan kısım için adli yargının hukuken el atılan kısım için ise idari yargının görevli olduğuna karar vererek karmaşık bir durumun doğmasına sebebiyet verilmiştir. Taşınmazın bedel tespitinde farklılık çıkabileceği bu sebeple hukuk güvenliğinin zedelenebileceği ve usul ekonomisine ters düşeceği gerekçesi ile bu kararı eleştirmekteyiz.

1.7. KAMULAŞTIRMASIZ EL ATMADA BEDEL TESPİTİ

Doktrinde, kamulaştırma yoluyla da olsa taşınmaz bedelinin nakden ödenmesi gerektiği aksi halde yapılan işlemin fiili yol teşkil edeceği kabul edilmiştir. 1959 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu kararı ile idare tarafından taşınmaza usulsüz el atması halinde malikin mülkiyet hakkının ortadan kalkmayacağı bu sebeple herhangi bir hak düşürücü süreye tabi olmaksızın malikin, müdahalenin men'i talebi ile dava açabileceği veya mülkiyetin idareye devrine razı gelerek taşınmazın bedelini dava edebileceği belirtilmiştir. Bu dava neticesinde her ne kadar tespit edilen miktar taşınmazın gerçek değeri de olsa kamulaştırmaz el atma fiili yol teşkil ettiğinden mahkeme tarafından belirlenen miktar kamulaştırma bedeli

değil, el atma nedeniyle ödenen tazminat niteliğindedir.⁸⁰ Kamulaştırmaz el atmada değer biçmeye ilişkin hükümler Kamulaştırma Kanunu'ndan kıyasen uygulanmaktadır. Aynı kararda, Yüksek Mahkeme bu davaların adliye mahkemelerinin görev alanına girdiğini de tespit etmiştir. Ancak yukarıda da belirttiğimiz yasal düzenlemeler ile hukuki el atmanın imar planı uygulamalarından kaynaklanması sebebiyle idari yargının görevli olduğu ve taşınmazın bedel tespitini idari yargının yapması gerektiği düzenlenmişti. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin 30.5.2019 tarihli kararı ile hukuki el atmaya ilişkin davaların idari yargıda görüleceğine ilişkin hüküm iptal edilmiştir. İptal kararının ardından yeni bir yasal düzenleme yapılması beklenmektedir. Bedel tespiti hususu Yargıtay'ın görüşü doğrultusunda incelenecektir. İdare tarafından açılacak bedel tespiti ve tapu tescili davasında bedelin nasıl tespit edileceği hususunda Yargıtay tarafından farklı sistemler uygulanmış ve gelmiştir. Bu sistemler; objektif sistem, subjektif sistem ve karma sistem olmak üzere üç tanedir.⁸¹

1.7.1. KAMULAŞTIRMA BEDELİNİN TESPİTİNDE KULLANILAN SİSTEMLER

Kamulaştırma Kanunu madde 11 uyarınca taşınmazın değeri; yüzölçümü, türü, değerini etkileyebilecek her türlü özelliği ile varsa vergi beyanı, resmi makamlarca yapılan kıymet takdiri, kullanılması halinde sağlanan net gelir, emsal arsaların satış değerleri, yapı imal bedeli, yıpranma payı gibi taşınmazın bedelini etkileyebilecek her türlü nitelik ve unsur hesaba katılır ve neticede objektif bir değerlendirme yapılır. Malikin hakkının ihlal edilmemesi adına taşınmazın gerçek bedelinin tespiti önemlidir. Görülecek kamu hizmeti ile sağlanacak kamu yararı ile malikin mülkiyetinde herhangi bir değer kaybı yahut zarar oluşturmaksızın mülkiyet hakkı arasındaki mali dengenin sağlanması gerekmektedir.⁸²

⁸⁰ Temel, Özülkü, Sf. 406.

⁸¹ Mualla Dünder, Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Kamulaştırma ve Kamulaştırmada Değer Biçme, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Adalet Yönetimi Yüksek Lisans Projesi, Ankara 2010, Sf.44.

⁸² Sancakdar, Us, Kasapoğlu, Önüt, Seyhan, Sf.633.

1.7.1.1. OBJEKTİF SİSTEM

Bu sistemde, kamulaştırılacak taşınmazın vergi bedeli yoksa, vergi beyannamesinin verildiği yıldaki değeri veya bunların bir katı bedel olarak tespit edilen değer esas alınarak taşınmazın bedel tespiti mahkeme tarafından yapılır.⁸³ 1961 Anayasası ve 6830 sayılı İstimlak Kanunu döneminde objektif sistem getirilmiş, taşınmazın gerçek karşılığın belirlenmesi yerine vergi değeri esas alınarak bedel tespiti yapılmıştır. Fakat bu düzenlemeler Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. 1971 yılında Anayasa'nın Kamulaştırma başlıklı 38.maddesini değiştirilerek gerçek karşılık yerine vergi değerinin esas alınacağı ölçütü getirilmiştir. Bu düzenleme de Anayasa Mahkemesi'nin 12.10.1976 gün ve E. 1976/38, K. 1976/46 sayılı kararı ile iptal edilmiştir.

Maddenin iptal edilen kısmı şu şekilde düzenlenmişti;

Ödenecek karşılık, taşınmaz malın tamamının kamulaştırılması halinde o malın malikinin kanunda gösterilecek usul ve şekle uygun olarak bildireceği vergi değerini; kısmen kamulaştırmalarda da vergi değerinin kamulaştırılan kısma düşen miktarını geçemez.

Kamulaştırılan taşınmaz mal karşılığının vergi değerinden az takdir edilmesi halinde malikin itiraz ve dava hakkı saklıdır.

Anayasa Mahkemesi iptal kararında şu hususları değerlendirmiştir; öncelikle temelinde aynı kamu yararı kavramı olan devletleştirme ve kamulaştırma usulünde farklı sistemler esas alınarak bedel tespiti yapılacak olması eleştirilmiştir. Devletleştirme usulünde işletmelerin gerçek bedelinin tespit edilip ödeneceği belirtilmişken, kamulaştırma usulünde özel kişiye ödenecek taşınmaz bedelinin vergi değeri üzerinden tespit edilmesinin demokratik hukuk devletinin temel ilkelerinden hukukun üstünlüğü ile bağdaşmayacağı belirtilmiştir. Mahkeme tarafından yapılan bedel tespitinin vergi değerinin üzerinde çıkması halinde tavan olarak belirlenmiş olan vergi değeri esas alınacak, vergi değerinden düşük tespit edilmesi halinde ise tespit edilen bedelin ödeneceği belirtilmiştir. Dava tarihinde taşınmaz vergi değerinden düşük olabilir. Zamanla değer kaybetmiş olabilir ya da değerinden fazla bildirimde bulunulmuş olabilir. Bir diğer husus da zamanında bildirimde bulunmayan

⁸³ Dündar, Sf.46.

maliklerin taşınmaz bedeli dava tarihindeki değeri esas alınarak tespit edilirken, kanunlara saygılı davranan, vaktinde bildirimde bulunan vatandaşların ise vergi değerinin tavan kabul edilmesi hususudur. Bunun sonucunda kanunu hiçe sayan maliklerin daha yüksek bedele kavuşarak bir nevi ödüllendirileceği görüşü belirtilmiştir. Ayrıca taşınmazı kamulaştırılan maliklerin diğer vatandaşlar ile aynı oranda kamu hizmetlerinden yararlanmasına rağmen diğerlerinden daha fazla kamu hizmetlerine katılmaya zorlanmakta olduğu bir tarafa bırakılarak bu kişiler arasında eşitsizlik yaratıldığı belirtilerek vergi değerine ilişkin bölüm Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir.

1.7.1.2. SUBJEKTİF SİSTEM

Bu sistemde ise taşınmazın değeri bilirkişiler tarafından serbestçe tespit edilmektedir. Bu sistemde taşınmaz değerlemesi yapılırken birçok ölçüt esas alınmaktadır. Taşınmazın sınırı, yüzölçümü ve cinsi esas alınan ilk ölçütlerdir. Bu ölçütler 2942 sayılı kanunun kamulaştırma bedelinin mahkemece tespiti başlıklı 10. maddesinde, 7. maddeye atıf yapılarak sayılmıştır. Bu kanunundan daha önce yürürlükte olan 6830 sayılı İstimlak Kanununda kıymet takdir komisyonunun hangi sıra ile neleri inceleyeceği 11. maddede bentler halinde sayılmıştır.

6830 sayılı İstimlak Kanunu madde 11/2'de kıymet takdir komisyonunun belirlenen gün ve yerde bulunarak taşınmazın cinsi ve nevi, mesahası, değerine etki edecek bütün özelliklerini ve unsurlarını bunların her birinin değerini taşınmazın bu haliyle kullanılması durumunda elde edilen ekonomik getirisini, kamulaştırmanın yapıldığı yıldaki inşaat fiyatlarına göre maliyetini ve bu maliyetten düşülecek olan yıpranma payını, taşınmaza emsal teşkil eden taşınmazların aynı yıl alım satım rayicini dikkate alarak bir rapor düzenler ve kamulaştırma bedelini buna göre tespit edeceği düzenlenmiştir.

Taşınmazın cinsi ve nevi ile kastedilen arsa, tarım arazisi ve yapı niteliği ile ilgili değerlendirmedir. Bu değerlendirme yapılırken tapudaki kayıtlar esas alınsa da hızlı şehirleşmenin getirmiş olduğu kurumlar arası koordinesizlik nedeniyle tapu

kaydındaki nitelik her zaman güncel olmamaktadır.⁸⁴ Taşınmazın üzerinde yapı olması halinde ise arazi ve üzerindeki yapı için ayrı değerlendirme yapılmaktadır.⁸⁵

Taşınmazın yüzölçümü ise kadastro ve tapu kayıtları esas alınarak belirlenir.⁸⁶ Bu sistem sübjektif unsurlar esas alınarak oluşturulmuştur. Sadece sübjektif unsurların göz önüne alınarak bedel tespitinin yapılacağını öngören herhangi bir düzenlememiz yoktur. Yukarıdaki kanun metinleri ise sübjektif unsurlardan olan cins, nevi ve yüzölçümü esaslarını tespit etmek üzere incelenmiştir.

1.7.1.3. KARMA SİSTEM

Karma sistemde ise, emsal teşkil eden alım satım bedelleri, vergi değeri gibi bazı objektif esaslar dikkate alınarak bilirkişi heyeti tarafından serbestçe takdir edilir. Burada objektif esaslar dikkate alınmasına rağmen tamamen bu değerler doğrultusunda mutlak bir değer tespiti yapılmamakta, yapılan bu tespitler bilirkişi heyeti tarafından göz önüne alınarak bedel değer belirlenmektedir.

4650 sayılı kanunla değiştirilmiş olan 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 11. maddesi kamulaştırma bedelinin hangi esaslar dikkate alınarak tespit edileceğini düzenlemiştir. Buna göre; bilirkişi heyeti taşınmaz malın veya kaynağın; cins ve nevi, yüzölçümü, değerini etkileyebilecek tüm nitelik ve unsurları, varsa vergi beyanı, kamulaştırma tarihindeki resmi makamlarca yapılmış değer takdirleri, arazilerde taşınmaz malın kamulaştırma tarihindeki mevki ve şartlarına göre ve olduğu gibi kullanılması halinde getireceği net geliri, aralarda kamulaştırma gününden önceki özel amaçlı olmayan emsal satışlara göre satış maliyet hesapları ve yıpranma payı, bedelin tespitinde etkili olacak diğer objektif ölçüler ve ilgililerin beyanı da esas alınarak bu unsurların cevaplarının ayrı ayrı değerlendirildiği ve cevaplandığı bir rapor hazırlayarak mahkemeye sunar. Bilirkişi heyetinin yapmış olduğu bu değerlendirmede dikkate alınmayacak iki husus söz konusudur. Bunlar; kamulaştırmayı gerektiren imar ve teşebbüsün sebep olacağı değer artışı ile ilerisi

⁸⁴ Sadullah Özel, Mülkiyet Kamulaştırma ve Gerçek Karşılık Hakkı, Yetkin Kitabevi, Ankara 2013, Sf.225.

⁸⁵ Özel, Sf.227.

⁸⁶ Özel, Sf.227.

için düşünölen kullanma şekillerine göre beklenen kazançtır. Bu maddeden, kamulaştırma bedelinin tespitinde karma sistemin benimsenmiş olduğu anlaşılmaktadır. Çünkü sübjektif esasların yanında objektif esasların da dikkate alınacağı düzenlenmiştir. Burada ne objektif sistemdeki gibi salt vergi beyanı esas alınmıştır, ne de sübjektif sistemdeki gibi salt taşınmazın emsal teşkil eden alım satım bedeli dikkate alınmıştır. Maddede sayılan unsurlardan hem objektif hem de sübjektif esaslar göz önünde bulundurularak bilirkişi heyeti tarafından bedel tespitinin serbestçe takdir edileceği düzenlenmiştir. Bahsedilen kanuni düzenlemeler doğrultusunda yürürlükte bulunan Kamulaştırma Kanunu tarafından benimsenen sistemdir.

1.8. KAMULAŞTIRMASIZ EL ATMANIN BENZER KAVRAMLARDAN FARKI

1.8.1. 3194 SAYILI İMAR KANUNU'NUN 18. MADDESİNE İLİŞKİN KESİNTİLER

4.7.2019 tarihinde 7181 sayılı Tapu Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile 3194 sayılı İmar Kanun'un 18.maddesi yeniden düzenlenmiştir. Düzenleme ortaklık payı kesintisinin, imar uygulaması sonucunda arsa ve arazilerde meydana gelecek değer artışı karşılığında taşınmazın %45'inden fazla olmayacak şekilde ve bir defaya mahsus olarak bedelsiz terk yapılabileceği şeklinde düzenlenmiştir. Kamulaştırma işlemi yapılmaksızın taşınmaz üzerinden bir takım kesintiler yapılması taşınmaza kamulaştırmamasız el atıldığı sonucunu doğurmaz. İdarenin, özel kişiye ait taşınmaza kamulaştırmamasız el atmasından sonra kamulaştırma işlemi yapmış olması da kamulaştırmamasız el atma işlemi ortadan kaldırır.⁸⁷ Dolayısıyla hukuka aykırılık da ortadan kalkar. Ancak kamulaştırma işlemi öncesindeki müdahalesi sebebiyle ecrimisil talep edilebilir.

Düzenleme ortaklık payı kesintisi hem kamu hizmetinin görülmesi için hem de hizmetin görülmesinde kullanılacak tesisler için yapılabilir.⁸⁸ Düzenleme ortaklık payı kesintisi; yol, meydan, park, otopark, çocuk bahçesi, yeşil saha, ibadet yeri ve karakol, Milli Eğitim Bakanlığı'na bağlı öğretime yönelik eğitim tesis alanları, Sağlık

⁸⁷ Bekir Yıldırım, Naci Başsorgun, Kamulaştırma Kamulaştırmamasız El Atma ve İmar Mevzuatından Doğan Bedel Davaları, Yetkin Yayınları, Ankara 2007, Sf.1107.

⁸⁸ Sancakdar, Us, Turhan, Önüt, Seyhan, Sf.643.

Bakanlığı'na bağılı sağıık tesis alanları, pazar yeri, semt spor alanı, toplu taşıma istasyonları ve durakları, otoyol hariç erişme kontrolünün uygulandığı yol, su yolu, resmî kurum alanı, mezarlık alanı, belediye hizmet alanı, sosyal ve kültürel tesis alanı, özel tesis yapılmasına konu olmayan ağaçlandırılacak alan, rekreasyon alanı olarak ayrılan parseller ve mesire alanları gibi umumi hizmet alanları ve bu hizmetlerin görölmesi için inşa edilecek olan tesis alanları için yapılabileceğı kanunda düzenlenmiştir. Maliklerin ve hak sahiplerinin rızası aranmaksızın, özel mülkiyete tabi olan bu taşınmazlarda kesinti yapılan kısmın, re'sen idare adına tescil edileceğı de kanunla düzenlenmiştir. İlgili kamu hizmetinin görölmesi için yapılan kesinti sonrası elde edilen alan, hizmetin görölmesi için yeterli olmaz ise Hazine'ye ait taşınmazlar ile tamamlanmaya çalışılır. Bu şekilde de tamamlanamaz ise kamulaştırma usulü uygulanır.

Düzenleme ortaklık payı kesintisi, 7181 sayılı Kanun ile getirilen değışiklik öncesinde %40 idi. İmar Kanunu uyarınca bir defaya mahsus yapılan düzenleme ortaklık payı kesintisi hukuka uygundur. Dolayısıyla bu uygulamayı kamulaştırmamız el atma ile karıştırmamak gerekir. Hukuki el atma olarak nitelendirilen ve davaya konu edilen uygulamalar; düzenleme ortaklık payı kesintisinin bir defada %45'i aşacak şekilde yapılması yahut bir defadan fazla olmak kaydıyla toplamda %45'i geçmeyen kesintiler ile imar planında kamu hizmetine tahsis edilmesine rağmen beş yıllık imar programı süresince kamulaştırılmayan taşınmazlardır. 7181 sayılı Kanun ile yapılan yeni düzenlemeyle, düzenleme ortaklık payı kesintisinin bir defaya mahsus yapılabilmesine istisna getirilmiştir. 18.maddenin 7.fıkrasında bir defada %45'ten az kesinti yapılması halinde imar planı kararı ile yapılaşma koşulu ve nüfus artışı sebebiyle artış olan parsellerden önceki değıerinden az olmamak üzere düzenleme ortaklık payı kesintisi %45'e tamamlanacak şekilde ikinci kesinti yapılabilmektedir.

7181 sayılı Kanun ile 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 13.maddesi başlığıyla birlikte değıştirilerek "İmar planlarında umumi hizmetlere veya kamu hizmetlerine ayrılan yerler" şeklinde düzenlenmiştir. İlgili maddenin 4.fıkrasında hiçbir şekilde yapı yapılamayacak olan alanlarda geçici dahi olsa yapılaşmanın yasak olduğı düzenlenmiştir. Bu alanların, beş yıllık imar programı içerisinde kamulaştırılmasının

zorunlu olduğu, bu sürenin en fazla bir yıl uzatılabileceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla özel kişilere ait olan yapılaşmanın yasak olduğu alanların beş yıllık imar programı içerisinde kamulaştırılması, kamulaştırılmaması halinde bunun hukuki el atma teşkil etmemesi için bir yıllık süre uzatımının söz konusu olabileceği düzenlenmiştir. Bir yıllık süre uzatımına rağmen kamulaştırma işlemi gerçekleştirilmezse hukuki el atmaya dayanarak tam taşınmaz bedeli talep edilebilir.

3194 sayılı İmar Kanunu'nun 18. maddesinde düzenlenen düzenleme ortaklık payı kesintisinin kamulaştırmaz el atma ile karıştırılmasının sebebi ise her ikisinde de özel mülkiyete konu olan taşınmazın, bedelsiz bir şekilde idarenin mülkiyetine geçirilmesi ve karşılığında malike herhangi bir bedel ödenmemesidir. Ancak düzenleme ortaklık payı kesintisi mülkiyet hakkına getirilen kanuni bir sınırlama olduğundan hukuka aykırılık taşımamaktadır.

3194 sayılı İmar Kanunu madde 18/1 şu şekilde düzenlenmiştir;

İmar hududu içinde bulunan binalı veya binasız arsa ve arazileri malikleri veya diğer hak sahiplerinin muvafakati aranmaksızın, birbirleri ile, yol fazlaları ile, kamu kurumlarına veya belediyelere ait bulunan yerlerle birleştirmeye, bunları yeniden imar planına uygun ada veya parsellere ayırmaya, müstakil, hisseli veya kat mülkiyeti esaslarına göre hak sahiplerine dağıtmaya ve re'sen tescil işlemlerini yaptırmaya belediyeler yetkilidir. Sözü edilen yerler belediye ve mücavir alan dışında ise yukarıda belirtilen yetkiler valilikçe kullanılır.

Düzenleme ortaklık payı olarak taşınmazın bir kısmının idare adına tesciline rağmen idare ilgili maddede sayılan kamu hizmetlerini görmek için hala yeterli alana sahip değilse bu durumda ihtiyaç duyduğu kısım için kamulaştırma usulüne başvurmalıdır.

Burada dikkat edilmesi gereken husus ise düzenleme ortaklık payı kesintisinin yalnızca bir defaya mahsus yapılabilecek olmasıdır. Örneğin; idare, ilk kesintide taşınmazın %20'sini düzenleme ortaklık payı olarak kendi adına tescil ettirdikten sonra %45'e kadar kesinti yapma hakkı olduğunu ileri sürerek, %25'lik ikinci kesintiyi yapması halinde, %25 kesinti yapılan kısım hukuki el atma teşkil edecektir. İmar Kanun'un ilgili maddesinde de belirtildiği gibi bu kesinti bir defaya mahsus olarak

yapılabilmektedir. İdarenin yapmış olduğu ikinci kesinti için kamulaştırmamız el atma hükümleri uygulanmalı ve tespit edilen bedel malike ödenmelidir.

1.8.2. ASKERİ YASAK BÖLGELER VE GÜVENLİK BÖLGELERİ KANUNU KAPSAMINDA KALAN TAŞINMAZLARIN KULLANIMININ YASAKLANMASI

Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanunu uyarınca askeri güvenlik bölgeleri içerisinde kalan özel kişilere ait taşınmazların malik konumundaki özel kişiler tarafından kullanımı idare tarafından sınırlandırılmaktadır.⁸⁹ Bu taşınmazların kamulaştırılabileceği belirtilmiş ancak kamulaştırma zorunlu kılınmamıştır.

Aynı kanun uyarınca birinci derece kara askeri yasak bölgesi olarak ayrılan bölgeler içinde kalan ve özel kişilere ait olan taşınmazların kamulaştırılması zorunlu kılınmışken kamulaştırma yapılmaksızın bu taşınmazların kullanımına izin verilmezse bu taşınmazlara kamulaştırmamız el atılmış olur.

Burada dikkat edilmesi gereken husus yasak bölge ve güvenlik bölgesi ayrımına gidilmiş olmasıdır. Bir yerin yasak bölge olması için; yurt savunması için hayati önem taşıması gerekir. Bir yerin güvenlik bölgesi olması için; yurt savunması veya yurt ekonomisi için önemli ölçüde katkı sağlaması gerekir.⁹⁰

⁸⁹ Yıldırım, Başsorgun, s.1113.

⁹⁰ 2565 sayılı kanunun Birinci Dereceden Askeri Güvenlik Bölgesi başlıklı 5. maddesine “güvenlik bölgesinin yurt savunması bakımından hayati önem taşıyan askeri tesis ve bölgeler çevre duvarı, tel örgü veya benzeri engel veya işaretlerle belirlenen dış sınırlarının en az yüz, en fazla dört yüz metre uzağından alınan noktaların birleştirilmesi suretiyle meydana gelen alanlar” olarak belirtilmiştir.

Aynı kanunun 20. maddesinde özel ve askeri güvenlik bölgesine ilişkin şu açıklama yer almaktadır: “a) Kamu veya özel kuruluşlara ait stratejik değeri haiz her türlü yer ve tesislerin çevresinde bu Kanun hükümlerine göre özel güvenlik bölgeleri kurulabilir.

b) Birinci derece kara ve deniz askeri yasak bölgesi olarak ilan edilmeyen Silahlı Kuvvetlere ait kışla, kıta, karargah, kurum, ordugah ve tesisler ile sualtı ve su üstü tesislerinin, her türlü patlayıcı, yanıcı, akaryakıt ve gizlilik dereceli maddelerin konmasına tahsis edilmiş sabit ve seyyar depo ve cephaneliklerle, bu gibi maddeleri dolduran, boşaltan tesisler ve atış poligonlarının çevresinde; bu yerlerin dış sınırlarından itibaren en fazla dört yüz metreye kadar geçen noktaların birleştirilmesi ile tespit edilecek askeri güvenlik bölgeleri Genelkurmay Başkanlığınca tesis edilebilir. Bu bölgelerin çevresinin işaretlenmesine ilişkin esaslar yönetmelikte gösterilir.”

2565 sayılı Kanunun 32. maddesi ise “Genelkurmay Başkanlığı mal ve can güvenliği bakımından girilmesinde sakınca görülen atış alanları ile tatbikat bölgelerine, atış ve tatbikatın devam ettiği belirli süreler için kara, deniz ve hava askeri güvenlik bölgesi olarak ilan etmeye yetkilidir.” Denilerek belirtilen bu alanların da askeri güvenlik bölgesi olarak ilan edilebileceğini düzenlemiştir.

Ombudsmanın bu konuya ilişkin olarak vermiş olduğu bir tavsiye kararı bulunmaktadır. Taşınmazı üzerinde “Askeri Güvenlik Bölgesi” şerhi bulunan bir kişi mülkiyet hakkının ihlal edildiğini sürerek Ombudsmana başvurmuştur.⁹¹ Başvurucunun, belediyeye yaptığı başvuruya cevaben yazılan yazıda taşınmazı üzerindeki şerh sebebiyle imar çalışması yapılamadığı belirtilmiştir. Milli Savunma Bakanlığı tarafından koyulan bu şerhin kaldırılarak taşınmazı üzerindeki kısıtlılığın giderilmesi için malik, ilgili Bakanlığa başvurmuştur. Genelkurmay Başkanlığı cevabi yazısında taşınmazın cephaneliklere yakın mesafede bulunması sebebiyle tapu şerhinin Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Yönetmeliği'nin 23. maddesi uyarınca yapıldığını, şerhin kaldırılmasının birliğin gizliliğini ve güvenliği ile vatandaşların can ve mal güvenliğini tehlikeye atacağı gerekçesi ile malikin talebini reddetmiştir. İlgili yönetmelikte, askeri güvenlik bölgeleri içerisinde kalan taşınmazların kamulaştırılması zorunluluğunun düzenlenmediği ve Türk vatandaşlarının bölgede oturmalarının, zirai faaliyette bulunmalarının, meslek ve sanatlarını icra etmelerinin serbest olduğu düzenlenmiştir. Talebinin reddi üzerine malik, dava açarak taşınmazının kamulaştırılmasını mahkemeden talep etmiştir. İlk derece mahkemesi, taşınmazların kamulaştırılmasının idarelerin takdirinde olduğunu belirterek dava yoluyla idarelerin kamulaştırmaya zorlanamayacağına hükmederek talebi reddetmiştir. Kararın temyizi üzerine yüksek mahkeme, taşınmazın zirai faaliyet, meslek ve sanat icrası için kullanılabileceğini taşınmazın da halihazırda zirai faaliyet amacıyla kullanıldığının tespit edildiğini dolayısıyla mülkünden faydalanabildiğini ve mülkiyet hakkının engellenmediğine hükmederek ilk derece mahkemesinin kararını onamıştır. Ombudsman ise kanunilik, kamu yararı ve ölçülülük ilkeleri açısından değerlendirme yapmıştır. Kanunilik yönünden yaptığı incelemede, ilgili yönetmeliğe dayanılarak şerh düşüldüğünü, askeriyenin gizliliğinin sağlanması kamusal can ve mal güvenliğine yönelik bir faaliyet olduğundan kamu yararına ilişkin olduğunun şüphesiz olduğuna, ölçülülük yönünden yaptığı incelemede ise bahsedilen taşınmazın askeri güvenlik bölgesi içerisinde olmasına rağmen tadilat, hafriyat ve inşaatın izne tabi olarak yapılabileceğini zirai faaliyet, meslek ve sanat icrasının ise izne tabi olmaksızın yapılabilmemesinin ölçülülük ilkesine

⁹¹ www.ombudsman.gov.tr Şikayet No: 2017/365, Başvuru Tarihi: 22.1.2016, Karar Tarihi: 20.7.2016. Erişim Tarihi 15.4.2019.

aykırılık teşkil etmediğine, taşınmaza yapılan müdahalenin orantılı olduğu sonucuna varmıştır. Mülkiyete erişime yahut mülkten faydalanmaya engel teşkil eden bir husus olmadığı kamulaştırılmaması sebebiyle mağduriyet doğsa da koşulları oluştuğunda belediye tarafında park, yeşil alan yahut yol olarak kamulaştırılabileceği, şikayet edilen idarenin “askeri güvenlik bölgesi” şerhi düşmesinin kanuna uygun olduğu ve taşınmazın kamulaştırılmamasında hukuka aykırılık tespit edilmediği belirtilmiştir.

Ombudsmanın vermiş olduğu bu kararın isabetsiz olduğu kanısındayız. Uyuşmazlığa konu olayda davacı, belediyeye taşınmazının imar çalışmasının yapılması talebiyle yaptığı başvuruda taşınmazın imar planında askeri güvenlik bölgesi olarak ayrılması sebebiyle imar uygulamasına alınmadığı cevabını almıştır. Netice itibarıyla burada malikin hem tasarrufu hem de taşınmazı kullanımı kısıtlanmıştır. Taşınmazın halihazırda tarım arazisi olarak kullanılması yahut sanat veya meslek icrası için kullanılmasına engel olmaması gerekçesiyle mülkiyet hakkının ihlaline karar verilmemesi hakkaniyete uygun değildir. Bitişindeki parsele 300 konutluk inşaat izni verilirken askeri güvenlik bölgesinde kalması sebebiyle taşınmazı yalnızca tarım arazisi olarak kullanabilecek olmak malik için ciddi bir maddi kayba sebebiyet vermektedir. Kaldı ki Yargıtay 5. Hukuk Dairesi büyükşehir belediyeleri içerisindeki taşınmazları arazi vasfında kabul etmemekte, değer tespitinin arsa olarak yapılması gerektiğini kararlarında belirtmektedir. Somut olayda yapılan değerlendirmenin yerinde olmadığı kanaatindeyiz. Taşınmazın üzerinde hukuki el atmanın şartları gerçekleştiğinden hakkaniyete uygun olarak taşınmaz bedelinin kamulaştırmasız el atma kapsamında ödenmesi ve tapunun ilgili idare lehine tescil edilmesi gerekmektedir.

3194 sayılı Kanun'da 4.7.2019 tarihinde yapılan değişiklik ile 13.madde yeniden düzenlenmiştir. İlgili maddede, yapılaşmanın yasak olduğu alanlarda idarenin beş yıl içinde kamulaştırma yapmasının zorunlu olduğu, bu sürenin en fazla bir yıl uzatılabileceği belirtilmiştir. Olaya konu taşınmazda, Askeri Güvenlik Bölgesi içerisinde bulunması sebebiyle yapılaşmanın yasak olduğu alan olarak ifade edilen bir bölgede bulunmaktadır. Dolayısıyla, yeni düzenleme uyarınca yapılaşmanın

yasak olduğu askeri güvenlik bölgesi içerisinde bulunan bu taşınmazın da beş yıllık imar programı içerisinde kamulaştırılması zorunludur, kamulaştırılmaması halinde ise bu süre bir yıl uzatılabilmektedir.

1.8.3. 2942 SAYILI KAMULAŞTIRMA KANUNU MADDE 4 KAPSAMINDA KALAN TAŞINMAZLAR

6552 sayılı kanunun 99. maddesi ile 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 4. maddesine hüküm eklenerek kamu yararının gerektirmesi halinde can ve mal güvenliği sağlandıktan sonra taşınmazların üstünden ve altından metro, teleferik gibi raylı ve köprü gibi ulaşım hizmetlerinin sağlanmasına yönelik sistemlerin yapılabileceği, fakat bu kullanıma karşılık olarak herhangi bir bedel ödenmeyeceği düzenlenmiştir. Ayrıca taşınmaz maliklerinden de değer artış bedeli istenmeyeceği hükmü yer almaktadır. Anayasa Mahkemesi, "taşınmaz malikine tazminat ve benzeri nam altında herhangi bir ücret ödenmez" ibaresini iptal etmiştir.⁹² Kanuni düzenleme olduğundan dolayı mülkiyetin kullanılmasına da herhangi bir engel teşkil etmiyorsa kamulaştırma yapılmadan taşınmaza el atıldığı yani kamulaştırmaz fiili el atma söz konusu olduğu ileri sürülemez. Fakat yapılan ulaşım hizmeti mülkiyetin kullanımına engel olacak nitelikteyse yahut can ve mal güvenliği sağlanmadıysa bu durumda mülkiyet hakkı kullanılamaz hale gelir, yapılan müdahale kanuni düzenlemeye uygun olmaz ve fiili el atma sebebiyle idarenin kusursuz sorumluluğuna gidilerek manevi tazminat talebinde bulunabilir bununla birlikte taşınmazın kullanılamaz hale gelmesi söz konusu ise bu durumda da idareye başvurarak taşınmazın kamulaştırılması talep edilebilmektedir Talebe idarenin sessiz kalması yahut ret cevabı vermesi halinde ise talep reddedilmiş kabul edileceğinden kamulaştırmaz fiili el atmaya dayanılarak dava açılabilir.

⁹² Anayasa Mahkemesi 14.05.2015, E.2014/177, K2015/49.

İKİNCİ BÖLÜM

KAMULAŞTIRMASIZ EL ATMADA ULUSLARARASI DENETİM MEKANİZMALARININ İŞLEYİŞİ VE ULUSAL DÜZEYDE ETKİLERİ

2.1. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ KAPSAMINDA MÜLKİYET HAKKININ İNCELENMESİ

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) Avrupa Konseyi tarafından 4 Kasım 1950 tarihinde Roma’da imzalanmıştır. 3 Eylül 1952 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye 18 Mayıs 1954’te sözleşmeyi onaylamıştır. Taraf ülkelerin sözleşmeye uyup uymadığının denetlenmesi için Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kurulmuştur. Türkiye, 1987 yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne bireysel başvuruyu kabul etmiş, 1990 yılında ise mahkemenin yetkisini tanımıştır.

Sözleşme 1950 yılında ilk imzalandığında mülkiyet hakkı sözleşme kapsamına alınmamıştır. Bunun sebebi ise mülkiyet hakkının temel hak ve özgürlükler içerisinde görülmemesi değil, devletlerin savaş sonrası şehirleri onarımı, devletlerin sınırlarının değişmesi sebebiyle bazı şehirlerin farklı devletlerin himayesine girmesi gibi bazı sosyal ve ekonomik nedenlerdir. Bu sebeple devletler belirtilen sosyal ve ekonomik olumsuzlukları gidermeden kendilerine yeni ekonomik yükler yüklemek istememiştir. İngiltere ve İsveç hükümetleri ekonomik ve sosyal politikalarını etkileyebileceği gerekçesi ile mülkiyet hakkının sözleşme kapsamına alınmasına sıcak bakmamış, bu konudaki çekincelerini de dile getirmişlerdir.⁹³ Sözleşmenin yürürlüğe girmesinden hemen önce bir protokol imzalanarak 20 Mart 1952’de yürürlüğe konulmuştur. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Ek Protokol No 1’in ilk maddesi mülkiyet hakkına ilişkindir.

AİHS Ek Protokol No 1 Madde1’de Mülkiyetin korunması başlığı altında şu şekilde düzenlenmiştir:

⁹³ Özge Yücel, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Göre Kamulaştırmaz El Atma, Prof.Dr. Tunçer Karamustafaoğlu’na Armağan, Adalet Yayınevi, 2010, Ankara, Sf. 952.

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

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

Bu madde ile devletin keyfi müdahalelerine karşı bireylerin mal ve mülk dokunulmazlığı korunmaktadır. Ancak maddede belirtilen hususların varlığı halinde sınırlandırılabilen de düzenlenerek hakkın mutlak bir hak olmadığı belirtilmesi amaçlanmıştır.⁹⁴ AİHS Ek Protokol madde 1'e göre mülkiyet hakkının ihlalini oluşturmayacak sınırlamalar için bazı kriterler benimsenmiştir. Bu kriterler şu şekildedir; sınırlamanın kanuni bir dayanağının bulunması, milletlerarası hukukun genel ilkelerine uygun olması, ölçülülük ilkesine uygun olması ve son olarak da yapılan sınırlamanın karşılığı olarak kişiye makul bir tazminat ödenmesidir.⁹⁵ Bu kriterlerin sağlanması halinde müdahale meşrudur ve ihlal gerçekleşmez.

2.2. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN MÜLKİYET HAKKINA İLİŞKİN DENETİMİ

2.2.1. USULE İLİŞKİN DENETİM

AİHS Ek Protokol madde 1'in birinci fıkrası mülkiyet hakkını güvence altına almaktadır. Dolayısıyla bu maddeye dayanarak ihlal ileri sürebilmek için malik olma şartı aranmaktadır.⁹⁶ Kamu kurumları tarafından bireyin mülkiyet hakkına ilişkin bir müdahaleden söz edilebilmesi için öncelikle ihlali ileri süren bireyin mülke sahip olması gerekir.⁹⁷ Başvurucu sadece sahibi olduğu mülk hakkında ihlali iddiasında bulunabilir. Dolayısıyla mahkeme öncelikle kişinin o şeye sahip olup olmadığını inceleyecektir. Ancak bundan sonra itiraza konu olan olaya ilişkin sözleşme hükmü incelenebilir.

⁹⁴ Prof. Dr. Osman Doğru, Dr. Atilla Nalbant, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, 2. Cilt, Legal Yayınevi, 2. Baskı, Ekim 2013, İstanbul, Sf. 651.

⁹⁵ Başpınar Sf.237.

⁹⁶ Ergin Ergül, Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Bireysel Başvuru ve Uygulaması, Yargı Yayınevi, Ankara 2012, Sf.363.

⁹⁷ Doğru, Nalbant, Sf.651.

Mahkeme, mevcut mülkiyet hakkı dışında meşru beklentisi bulunan kişiyi de bu madde kapsamında ihlal başvurusu yapabilecek kişiler arasında kabul ediyor. Meşru beklenti kavramı ulusal hukuktaki bir hükme yahut bir içtihadı dayanıyor olmalıdır. Bu özellikleri taşıyor ise mülkiyet hakkı kapsamında meşru beklenti olarak kabul edilir.⁹⁸

AİHM bir kararında kaçak yapılaşma ile inşa edilmiş olan bir gecekonduyu “mülkiyet hakkı” kapsamında olup olmadığını şu gerekçelerle değerlendirmiştir;

Daire, başvuranın Hazine'ye ait bir araziye yaklaşık beş yıl boyunca işgal etmesinin kendisine “mülkiyet” olarak yorumlanabilecek bir hak vermeyeceğine karar vermiştir. Ancak, bina kaçak olarak inşa edilmiş olmasına rağmen, başvuranın inşa ettiği binanın yapısının, su ve elektrik tesisatının ve içinde bulunan ev eşyaları ile kişisel eşyaların sahibi olduğu görüşündedir. Dolayısıyla Daire başvuran tarafından inşa edilen meskenin ve yakın akrabalarıyla birlikte orada ikamet etmesinin önemli bir ekonomik çıkar teşkil ettiğini ve yetkili makamların uzun bir süre boyunca göz yumduğu bu çıkarın 1 No.'lu Protokolün 1 § 1 maddesinin ilk cümlesindeki hüküm uyarınca “mülkiyet” anlamına geldiğine karar vermiştir.”⁹⁹

Bu kararda sözleşme kapsamındaki mülkiyet hakkı kapsamının genişletilmiş olduğunu görüyoruz. Başvurucu, beş yıl boyunca malik sıfatıyla gecekonduda oturmuş olmasının taşınmazı iktisap ettiği şeklinde yorumlanması gerektiği yönünde savunma yapmıştır. AİHM, başvuru, konutta oturduğu süre boyunca belediyeye emlak vergisi ödemiş, belediye ise doğalgaz, su, elektrik hizmetlerini sağlamış, bu aykırı yapılaşma belediye tarafından yıkılabilecek iken uzun yıllar yıkılmamıştır. AİHM mülkiyet hakkının varlığının tespitinde bu hususlara önem vermiştir. Gerçekleşen bu hadiselerin, mülkiyetin başvurucuda kaldığı şeklinde yorumlanması gerektiğine karar vermiştir.

AİHM 1 No.'lu Protokol'ün 1. maddesinin ilk kısmındaki “mülkiyet” kavramının, **maddi mülkiyet ile sınırlı olmayan ve iç hukuktaki resmi sınıflandırmadan bağımsız, kendine has** bir anlamı olduğunu yineler... Buna göre, maddi mülkiyetin yanı sıra, kıymet teşkil eden bazı hak ve çıkarlar da bu hüküm uyarınca “mülkiyet hakkına” girebilir ve dolayısıyla “mülk” olarak görülebilir

⁹⁸ Doğru, Nalbanti Sf. 654.

⁹⁹ www.hudoc.coe.int Öneriyıldız vs. Türkiye davası, Başvuru no: 48939/99, 30.11.2004.

(bkz. Iatridis/Yunanistan [BD], sayı 31107/96, § 54, AİHM 1999-II ve Beyeler/İtalya [BD], sayı 33202/96, § 100, İHAM 2000-I). “Mülk” kavramı “mevcut mülkler” ile sınırlı değildir; kıymetleri, başvuranın üzerinde mülkiyet hakkını fiilen kullanabilmeye yönelik makul ve “yasal bir beklentiye” sahip olduğunu iddia edebileceği arazileri de kapsar.¹⁰⁰

AİHM'nin bu değerlendirmesi mülkiyet hakkının fiilen mevcut olan mülk ile sınırlanmış haklı ve kanuni bir beklentinin de kişiye mülkiyet hakkını sağlayacağı değerlendirmesini yapmıştır. Mülkiyet hakkının konusu taşınır ve taşınmaz mallarla sınırlı değildir. Somut ve soyut varlıklar, hisse senetleri, patent, telif hakları, emeklilikte gelir elde etme hakkı, kiralanan bir mülkten gelir elde etme hakkı, belirli bir mesleği icra etme hakkı, müşteri çevresine sahip olma gibi varlık veya değerler de mülkiyet hakkı kapsamında yer alır.¹⁰¹ Mülkiyet hakkı ile ilgili olarak mahkemenin yapmış olduğu tanımı inceleyecek olursak; maddi mülkiyet ile sınırlı olmayan, iç hukuktaki tanımdan bağımsız, kendine has bir anlamının olduğu belirtilmiştir. Otonom/özerk kavramlar doktrini denilen bu yorum biçiminin amacı mahkemenin somut olayın verilerini değerlendirerek her kavramı her davada ayrı ele almasına imkan sağlamasıdır. Mahkeme genel bir kavram tanımı yapmaz. Somut olaydaki veriler incelendiğinde Sözleşme ışığında bir sonuca varılır; bu sonuçta, iç hukuktaki kavram tanımının benimsenebileceği gibi AİHM kendi tanımı da yapabilir.¹⁰² Mahkeme ulusal düzeydeki kavram tanımlarıyla bağlı değildir.

Taşınır veya taşınmaz bir çok ekonomik varlık mülkiyet hakkı kapsamına girmektedir.¹⁰³ Mahkeme burada daha geniş anlamda bir mülk kavramını kabul etmektedir. Öyle ki ortaklık payları, fikri ve sınai mülkiyet hakları ve patent, marka, tahkim kararları, ticari işletmenin ekonomik değeri, müşteri çevresi, alacak hakkı, bu madde kapsamında koruma altına alınmıştır.¹⁰⁴

¹⁰⁰ www.hudoc.coe.int Öneriyıldız vs. Türkiye davası, Başvuru no: 48939/99, 30.11.2004.

¹⁰¹ Doğru, Nalbant, Sf.651.

¹⁰² H. Burak Gemalmaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Mülkiyet Hakkı, Beta Yayınları, İstanbul 2009, sf. 127.

¹⁰³ Monica Carss-Frisk Mülkiyet Hakkı, İnsan Hakları El Kitapları, No.4, Sf. 13. Erişim tarihi 14.2.2017. <http://www.inhak.adalet.gov.tr>

¹⁰⁴ Yücel, Sf.4.

2.2.2. ESASA İLİŞKİN DENETİM

AİHM, kişiye ilişkin incelemelerden sonra olaya ilişkin incelemeye geçmektedir. Esasa ilişkin denetimde ilk olarak mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin şartlarına bakılmaktadır. Yukarıda da belirttiğimiz gibi maddedeki kriterlerin sağlanması halinde müdahale meşrudur ve ihlal gerçekleşmez. İhlalin gerçekleşip gerçekleşmediğini tespit etmek için ise hukukilik, meşru amaç ve orantılılık kriterleri açısından inceleme yapılmaktadır.

2.2.2.1 HUKUKİLİK, MEŞRU AMAÇ VE ORANTILILIK İLKELERİ BAKIMINDAN DENETİM

Hukukilik ilkesi kriteri; gerçekleşen müdahalenin bir kanuna dayanarak yapıp yapılmadığıdır. Şayet ulusal bir düzenlemeye dayanılarak usulüne uygun şekilde yapılmış ise müdahale söz konusu değildir.

Meşru amaç ilkesi kriteri ise müdahalenin kamu yararı için gerçekleştirilmiş olmasıdır. Madde metninde de belirtildiği üzere kamu yararı amacıyla müdahale ihlal kabul edilmez. Kamu yararı kavramı Mahkeme tarafından incelenmemektedir. Mahkeme, bu konuda devletlere takdir yetkisi vermiştir. Kamu makamlarının sosyal ve ekonomik çıkarlara uygun olarak kamu yararına, mülkiyet hakkına müdahalede bulunabileceğini kabul etmektedir. Kamu yararı konusunda devletlerin aldığı kararlara saygı göstermektedir. Bu durumda da ihlal gerçekleşmemektedir.

Son olarak orantılılık ilkesi kriteri ise gerçekleştirilmek istenen amaca uygun şekilde bir müdahale yapılmış olmalıdır.¹⁰⁵ Orantılılık ilkesi sözleşme metninde açıkça düzenlenmektedir. Bu kriter mahkeme içtihatlarıyla kabul edilmiştir. Orantılılık ilkesi; hakka yapılacak müdahale ile sağlanacak olan toplumsal yarar ile bireysel yarar arasında bir denge olması anlamına gelmektedir.¹⁰⁶

Mülkiyet hakkına müdahale; ancak kamu yararı amacıyla ve önceden kanunla düzenlenmiş olan usullere uygun şekilde yapıldığında ihlal niteliğinde olmaz.

¹⁰⁵ Doğru, Nalbant, Sf.657.

¹⁰⁶ Yücel, Sf. 1.

Usulüne uygun şekilde yapılan bir müdahale idari bir işlem olan kamulaştırma işlemi olurken, usule uyulmadan mülkiyet hakkına müdahalede bulunulması kamulaştırmamız el atma olarak kabul edilmektedir.¹⁰⁷

İlk kriter olan hukukilik açısından yaptığı incelemede AİHM Brumarescu vs. Romanya kararında devletin yaptığı müdahalenin “de facto kamulaştırma” olduğu gerekçesiyle AİHS 1’Nolu Ek Protokol Madde 1 kapsamında ihlal kararı vermiştir.¹⁰⁸ Bu davaya konu olayda başvuru, ailesi tarafından inşa edilen evleri daha sonra çıkartılan bir kanun hükmünde kararname ile maliklere herhangi bir tazminat ödenmeksizin taşınmaz devlet tasarrufuna geçirilmiştir. Devlet, maliklere kiracı olarak binada bulunan dairelerden birinde oturma izni vermiştir. Daha sonra Devlet, tasarrufundaki bu taşınmazı zemin kattaki dairede kiracı olarak oturanlara satmıştır. İlk maliklerin mirasçısı olan başvuru, kamulaştırmanın geçersiz olduğunu ileri sürerek milli mahkemede dava açmıştır. Fakat başvuru, buradaki iddiası ebeveynlerinin işçi olması sebebiyle kanun hükmünde kararname kapsamında evlerinin kamulaştırmaya tabi olmaması gerektiği yönündedir. Dava neticesinde iddiaları haklı bulunarak kamulaştırma işleminin geçersiz ve hükümsüz olduğu yönünde karar verilerek, idari makamlara evin tapusunun başvurucuya devredilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Romanya Başsavcısı, milli mahkemenin vermiş olduğu kararın bozulması talebiyle yüksek mahkemeye başvurmuştur. Yüksek mahkeme ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu kararı bozarken gerekçe olarak devletin yasaya uygun olarak taşınmaza el konulduğunu ve yine bu yasaya dayanarak mülkiyetin kazanıldığını, başvuru, evin tapusuna sahip olmadığını belirterek evin yeniden davalı tarafa verilmesine karar vermiştir. Başvuru İl İdare Meclisi’ne başvurarak eski hale iade talebinde bulunmuş, İl İdare Meclisi evin eski malikinin oturduğu dairenin kendisine geri verilmesini evin kalan kısmı içinse cüzi bir miktar tazminat ödenmesine karar vermiştir. Başvuru aynı gerekçelerle bu karara da itiraz etmiştir. Fakat itirazı reddedilmiştir.¹⁰⁹

¹⁰⁷ Yücel, Sf.2.

¹⁰⁸ www.hudoc.coe.int Başvuru no; 28345/95, Karar Tarihi 28.10.1999. Erişim Tarihi: 5.7.2019.

¹⁰⁹ Yücel, Sf.20.

Olaya konu olan kamulaştırmaya ilişkin kararname şu şekildedir;

Madde 1: Çok sayıda mülke sahip zengin sermayeci ve sömürücüleri bir baltalama yolu olarak harabeye dönüşmesine izin verilen konutlarının düzgün yönetimini sağlamak için ve sömürünün önemli araçlarından sömürücüleri yoksun kılmak için bu kararnameye eklenen ve bunun bir parçası olan taşınmazlar kamulaştırılacaktır. Sıralanan taşınmazlar şunlardan oluşur:

1. Eski sanayicilere, büyük arazi sahiplerine, banka sahiplerine, büyük ticari şirketlere ve zengin sermayeci sınıfın diğer temsilcilerine ait taşınmaz mallar,...
2. İşçilerin, memurların, küçük esnafın, düşünsel işlerde çalışan kişilerin ve emeklilerin taşınmazları bu kararname kapsamı dışındadır ve kamulaştırılmaz.

AİHM, bu davada ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu karara vurgu yaparak kamulaştırma işleminin gerçekleşmemiş olması sebebiyle tapunun zaten hiç kaybedilmediğini belirterek, milli yüksek mahkeme kararının da mülkiyet hakkına müdahale teşkil ettiğine karar vermiştir. AİHM'nin altını çizdiği önemli husus ise başvurucunun evi hiç kullanamıyor olması yani "mülkten mahrum kalması"dır. Mülkten mahrum kalma üç kural ilkesi başlığı altında detaylı olarak incelenecektir. **De facto kamulaştırma** yani fiili el atma olduğuna karar vermiştir.

AİHM ikinci kriter olan meşru amaç ilkesine ilişkin, Papamichalopoulos vs. Yunanistan kararında devletin, mülkiyet hakkına yaptığı müdahalenin kamu yararına olmadığı gerekçesiyle ihlal kararı vermiştir.¹¹⁰ Bu kararda aynı zamanda üçüncü kriter olan orantılılık ilkesi açısından da aykırılık tespit edilmiştir. Başvurucu, Yunanistan hükümetinden maliki olduğu taşınmazı için inşaat ruhsatı almıştır. Ülkede gerçekleştirilen darbe neticesinde başvurucunun taşınmazının bir kısmı deniz üssü olarak kullanılmakta iken bir kısmına ise subaylar için bir tatil köyü inşa edilmeye başlanmıştır. Başvurucu, milli mahkemelere başvurmasına rağmen zararını giderememesi üzerine AİHM'ne başvurmuştur. AİHM, arazinin kamulaştırılmamış ve tapunun devredilmemiş olmasının hakkın pratik ve etkin kullanımını zedeleyip zedelediğine ve buna bağlı olarak bir **de facto kamulaştırma (fiili el atma)** olup olmadığını incelemiştir. Askeri donanmanın taşınmaza fiilen el attığı tarihten sonra malikin arazi üzerindeki tasarruf yetkisinin de ortadan kalktığı tespit edilmiştir. AİHM, malikin taşınmaz üzerindeki tasarruf yetkisini tamamen kaybetmiş olmasını

¹¹⁰ www.hudoc.coe.int Başvuru No; 14556/89, Karar Tarihi 14.5.1993. Erişim Tarihi: 7.5.2019.

ve zararının da herhangi bir şekilde telafi edilmemiş olmasını **de facto kamulaştırma** (fiili el atma) olarak kabul ederek bunun da mülkiyet hakkını ve dolayısıyla 1No'lu Protokolün 1. maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir.

James ve diğerleri - İngiltere kararında Mahkeme, birey yararına kamulaştırma kavramını kabul ederek orantılılık ilkesi kriteri açısından mülkiyet hakkı ihlali olmadığına karar vermiştir.¹¹¹ Mahkeme bu kararda kamulaştırma amacının toplumsal adaleti sağlamak olduğunu savunmuştur. Birleşik Krallık'ta çıkartılan Kira Reform Yasası ile 21 yıllık yahut daha eski tarihli kira sözleşmesi bulunan kiracılara, kiracı bulunduğu evi, değerinin çok altında bir bedelle satın alma hakkı tanınmaktadır. Sahip olduğu evleri, yasal düzenleme gereğince satmak zorunda kalan Dük, maddi zarara uğramaktadır. Dük, çıkartılan bu yasanın kamu yararı amacı taşımadığını bu sebeple mülkiyet hakkını ihlal ettiği gerekçesi ile AİHM'ne başvurmuştur. AİHM, taşınmazın, kanuni düzenleme ile bir bireyden diğerine devrinin de meşru bir kamu yararı amacına hizmet edebileceği kabul etmektedir. Devletin, uyguladığı ekonomik politikanın sonucu olarak çıkarılan bu kanunun amacı sosyal adaleti sağlamaktır. Sosyal adaleti sağlamak için geliştirilen kanunlar da meşru bir kamu yararına hizmet etmektedir. AİHM bu kararıyla, kamulaştırmaya ilişkin ulusal kanunlardaki yaklaşımla bağlı kalmadığını ortaya koymaktadır.

Birleşik Krallık ve İsveç mülkiyet hakkının, devletlerin; ulusal, siyasi ve ekonomik uygulamaları bakımından engel oluşturabileceğini öne sürerek, hakkın AİHS kapsamına alınmamasını talep etmişlerdir. Buna istinaden AİHM, devletlerin ulusal siyasi ve ekonomik politikaları için geniş bir takdir hakkı tanımaktadır.¹¹² Devletlere verilen bu takdir hakkı AİHM'nin meşruiyet denetimi yapmasına engel olmamaktadır.¹¹³ Bu hususu AİHM, bahsi geçen kararda şu şekilde ifade etmektedir; "... AİHM kendi değerlendirmesini ulusal mercilerinkinin yerine koyamaz, ancak 1 No'lu Protokolün 1. maddesi uyarınca, itiraz edilen önlemi incelemek ve bunu yaparken de ulusal yetkililerin yaklaşımını belirleyen unsurlarını sorgulamak

¹¹¹ www.hudoc.coe.int Başvuru no; 8793/79, Karar Tarihi 21.2.1986, Erişim Tarihi: 5.7.2019.

¹¹² Carss-Frisk, Sf.4.

¹¹³ Carss-Frisk, Sf.5.

durumundadır.” AİHM, ekonomik ve siyasal politikalara ilişkin olarak yapılan ulusal düzenlemelerle devletlerin takdir yetkisini aşır aşmadıklarını denetlemektedir. Devletlere geniş bir takdir yetkisini tanımakla birlikte açık bir şekilde makul temele dayanmadığını tespit etmesi halinde ise ihlal kararı vermektedir. Başvurucu, başka devletlerin de sosyal adaleti sağlamak için kira reform kanunları çıkarttıklarını fakat çıkartılan yasaların bu kadar katı olmadığını ileri sürerek sağlanmak istenen sosyal adalet ile kamu yararı arasında orantılılık olmadığını savunmaktadır. AİHM ise çıkartılan söz konusu kira reform yasasının sorunun çözümü için en makul yol olup olmadığının tespitine yetkisi olmadığını belirterek bu savunmayı reddetmiştir.

Başvurucunun bir diğer savunması ise çıkartılan bu yasa ile evlerin kiracılara, rayiç değerinin çok altında satılmış olmasının adil dengeyi bozduğudur. AİHM, kamu yararını üstün tutarak rayiç değerinin altında ödenmiş bulunan tazminatın da amaca uygun olduğuna ve adil dengenin bozulmadığına karar vermektedir. Kiracılar, reform kanunu ile sadece evin bulunduğu arsa bedelini ödemektedir. AİHM, kiracıların, uzun süredir kiracı olarak buldukları evlerde bakım, onarım, iyileştirme gibi bir takım masraflar yapmış olmasını mülkün bedelini ödemiş olarak kabul etmektedir.¹¹⁴

2.2.2.2. ÜÇ KURAL İLKESİ BAKIMINDAN DENETİM

AİHM tarafından madde metninden yorumlanarak oluşturulan bu kurallara, ilk kez Sporrong-Lönnorth vs. İsveç kararında değinilmektedir.¹¹⁵

Kurallardan ilki; mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesidir. Bu kural birinci maddenin birinci cümlesi olan; “Her gerçek ve tüzel kişinin sahibi olduğu şeylerden barışçıl bir biçimde yararlanma hakkına sahiptir.” ifadesinden çıkartılmaktadır. Buna göre bireyin sahip olduğu şeyden yararlanmasının engellenmesi maddenin ihlalini oluşturmaktadır. İkinci ve üçüncü kuralın uygulanmadığı her durumda ilk kural uygulanmaktadır.¹¹⁶ İlk kural genel kural olarak kabul edilmektedir. Devlet

¹¹⁴ Carss-Frisk, Sf.47.

¹¹⁵ www.hudoc.coe.int Başvuru no; 7151/72, Tarih 23 Eylül 1982. Erişim Tarihi 5.7.2019.

¹¹⁶ Başpınar, Sf.192.

tarafından alınan önlem sebebiyle taşınmazın kullanımına yahut dokunulmazlığına müdahale söz konusu ise fakat tam olarak bir el atma yahut taşınmazın kullanımını kontrol niteliğinde değilse bu durumda birinci kural uygulanabilecektir.

İkinci kural ise; mal ve mülkten yoksun bırakılmanın şartlarını içerir. Bu da birinci fıkranın ikinci cümlesinden; “Kamu yararı gerektirmedikçe ve hukukun öngördüğü koşullar ile uluslararası hukukun genel ilkelerine uyulmadıkça, hiç kimse sahibi olduğu şeylerden yoksun bırakılamaz.” ifadesinden çıkarılmaktadır. Kamu yararına olması halinde bireyler mülkiyet hakkından yoksun bırakılabilmektedir. Bu kuralın en temel uygulaması ise kamulaştırma ve imar planı uygulamalarıdır. AİHM’ne göre devletler, kendi toplumlarının kamu yararı varlığını AİHM hakimlerinden daha iyi bilmektedir. Bunun sebebi ise sosyal ihtiyaçların varlığını daha kolay tespit edebilecek olmalarıdır. AİHM, sosyal ihtiyacın varlığı halinde mülkiyete getirilecek müdahaleyi kamu yararına uygun kabul etmektedir.¹¹⁷ Ancak, toplum yararı ile şahsi yarar arasında bir dengenin kurulması gerektiği, bireyin mülkiyet hakkından yoksun bırakılması neticesinin sadece toplum yararının bulunması sebebiyle yapılmasının yeterli olmayacağı ve toplum yararına yapılan bu işlemin bütün külfetinin belli bir kişi yahut bir grup kişiler üzerine bırakılmasının adil bir denge oluşturmayacağı, AİHS Ek Protokol madde 1 kapsamında ihlal anlamına geleceğini pek çok kararda belirtilmektedir. Adil dengenin kurulup kurulmadığı her somut olay açısından özel olarak incelenmelidir. Maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde belirtildiği üzere şayet kamu yararını sağlamak amacıyla kanunen öngörülen usullere ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkten yoksun bırakma söz konusu ise burada hak ihlalinden söz edilememektedir. Devlet tarafından mülkiyet hakkına getirilen kısıtlamanın kamu yararı amacıyla yapıldığının ispatı devlete aittir. Ancak kısıtlamanın, sadece kamu yararı amacıyla yapılması da yeterli değildir. Aynı zamanda orantılı olması da önemlidir. Yani; sağlanmak istenen kamu yararı ile bireyin mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin kamu yararını sağlama amacına elverişli olması ve bu ikisi arasındaki dengenin adil bir şekilde kurulması gerekir.

¹¹⁷ Başpınar, Sf.255.

Son kural ise; “Yukarıdaki hükümler, Devletler ‘in, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka hâlel getirmez.” Birinci maddenin ikinci fıkrasından çıkarılan kural mülkiyet hakkının kullanımının kontrol edilmesi olarak ifade edilir.¹¹⁸ Devlete, bireylerin mülkiyet hakkını, kanunlara ve amacına uygun kullanıp kullanmadığını denetleme yetkisi vermektedir.¹¹⁹

AİHM, 1 No’lu Protokol’ün 1. maddesinin ihlal edilip edilmediğini; madde kapsamına giren bir mülk olup olmadığı, mülke yönelik bir müdahalenin olup olmadığı, müdahale mevcut ise türünün ne olduğu kıstaslarıyla tespit eder. Müdahalenin türü bakımında da üç kuralı inceler ve üç kuraldan hangisinin ihlal edildiğine bakar. AİHM kararlarına bakıldığında her üç kuralın da birbiriyle ilişkili olduğunun vurgulandığı dikkat çekmektedir. İkinci ve üçüncü kuralın taşınmaza müdahale niteliğindeki ihlallerle ilgili olduğu anlaşılmaktadır.¹²⁰

Üç kuraldan hangisi uygulanırsa uygulansın hukuki kesinlik kuralı mutlaka sağlanmalıdır. Madde metninde “kanunun belirlediği şartlara uygun” olma şeklinde düzenlenen hukuki kesinlik kavramı; mülkiyet hakkından yoksun bırakılmanın kanunen önceden belirlenmiş olan kurallara uygun şekilde gerçekleştirilmesidir. Aksi halde hakkın ihlali söz konusu olacaktır. Hukuki kesinlik ilkesi üç kuralın her birinde uygulanmak zorundadır.

Sözü edilen Sporong – Lönnroth vs. İsveç kararı, İsveç hükümetinin şehir planlama politikası kapsamında 1956 yılında 1947 sayılı Yapı Kanunu’nu çıkartılarak belediyelere kamulaştırma izni vermesine ilişkindir.¹²¹ Kamulaştırma izni; 1947 sayılı Yapı Kanunu’yla, 1972 sayılı Kamulaştırma Kanunu’na, eklenen düzenlemelerle getirilmiştir. İlgili yasa uyarınca kamulaştırma için yetki hükümet tarafından verilmektedir. Hükümet tarafından verilen bu yetki kamulaştırma iznidir.

¹¹⁸ Başpınar, Sf.192-193.

¹¹⁹ Başpınar, Sf.195.

¹²⁰ Carss-Frisk, Sf.41.

¹²¹ Yücel, Sf.10.

Kamulaştırma yetkisi verilen idarenin, yasada belirlenen usullere uygun şekilde özel kişiye ait taşınmaz üzerinde kamulaştırma yapması gerekmektedir.¹²² Kamulaştırma kararı bulunmamasına rağmen mülkün gelecekte bir gün kamulaştırılacağı gerekçesiyle kamulaştırma izni verilerek mülkiyet üzerindeki tasarrufun kısıtlanmasıdır.¹²³ Kanun, kamulaştırma yetkisine haiz kamu kurumunun mahkemeye başvurarak bedel tespitini istemesi için belirli bir süre öngörür. Bu süre içerisinde başvuru yapılmazsa kamulaştırma yetkisi ortadan kalkar. Kamulaştırma izni, malikin tasarrufi işlem ehliyetine engel teşkil etmemektedir.¹²⁴ Kanun ilk çıkartıldığında kamulaştırma süresi olan 5 yıl içinde belediyenin, mahkemeye başvurarak bedel tespitini talep etmesi gerekmektedir. Mahkemeye başvurarak bedel tespiti yaptırılmaması halinde kamulaştırma izni kalkmaktaydı. Belediyenin talebi ile süre iki kez uzatılmıştır. Belediye üçüncü kez süre uzatımı talep ettiğinde belirlenen yeni süre ise 10 yıl olmuştur. Karara konu olayda, Belediye kamulaştırma usulüne uymaksızın, Stockholm kent merkezinde bulunan iki taşınmazdan birinin üzerine 23 yıllık kamulaştırma izni ve 25 yıllık inşaat yasağı konulmuş, diğerinin üzerine ise 8 yıllık kamulaştırma izni ve 12 yıllık inşaat yasağı konulmuştur. İnşaat yasağı, kamulaştırma izni sebebiyle taşınmaz üzerinde yapılacak olan her türlü inşaatı yasaklayan karardır.¹²⁵ İl İdare Kurulu, şehir planlama politikasında değişiklik yaparak, belediyenin talebi ile kamulaştırma iznini ve inşaat yasağını iptal etmiştir.¹²⁶ Fakat kamulaştırma izni ve inşaat yasağının taşınmaz üzerinde bulunduğu süre boyunca maliklere herhangi bir tazminat ödenmemiştir. Maliklerin başvurusu üzerine milli mahkeme, usulüne uygun kamulaştırma yapıldığına ve herhangi bir ihlalin bulunmadığına karar vermiştir.¹²⁷

İlk kural mal ve mülk dokunulmazlığıdır. AİHM, İsveç hükümetinin yapmış olduğu “şehir planlamasının ayrılmaz bir parçası olması sebebiyle kamulaştırma izni ve inşaat yasağı koyulduğu” gerekçesini haklı görmemiştir. Kamulaştırma izni ve inşaat yasağının mülkiyet hakkı üzerindeki tasarrufi işlem ehliyetine teorik olarak engel

¹²² Yücel, Sf.11.

¹²³ Carss-Frisk Sf.7.

¹²⁴ Yücel, Sf.11.

¹²⁵ Yücel, Sf.11.

¹²⁶ Yücel, Sf.9.

¹²⁷ Carss-Frisk, Sf.8.

olmasa da uygulamada maliklerin taşınmaz üzerindeki yetkilerinin oldukça kısıtlandığı belirtilmektedir. AİHM, fiili olarak devletin, taşınmaza müdahale etmemesine rağmen maliklerin elinde adeta içi boşaltılmış bir mülkiyet hakkı bırakılmasını hakkın kullanımının ciddi biçimde azalması anlamına geldiğini belirterek alınan bu önlemlerin birinci kural bakımından ihlal olduğuna karar vermiştir.

İkinci kural ise mal ve mülkten yoksun bırakılmadır. AİHM, usulüne uygun yapılmış görünen bir kamulaştırma işleminin varlığına değil, arkasındaki gerçekliğe bakmaktadır. Yani hakkın özüne dokunan, onu kullanılamaz hale getiren bir uygulama ile taşınmazın fiilen idare tarafından kullanılıp kullanılmadığına bakmaktadır. Devletin müdahalesini haklı sebebe dayandırması halinde hakkın ihlali söz konusu olmayacaktır.¹²⁸ Devletin müdahalesini dayandırabileceği haklı sebep ise kamu yararadır. AİHM, yalnızca kamu yararının bulunmasını da devletin müdahalesini haklı kılmaya yetmeyeceğine kanaat getirerek bununla birlikte yapılan müdahalenin orantılı olmasını da aramaktadır. Karara konu olayda devletin fiili bir müdahalesi olmadığı için “mülkten yoksun kalma” söz konusu değildir. Maliklerin tasarruf yetkisi bakidir. Mülkü, miras bırakmaya, rehin vermeye yahut bağışlamaya yetkililerdir.¹²⁹ Kamulaştırma izni veya inşaat yasağı tasarrufi işlemlerin yapılmasını malik açısından zorlaştırmaktadır. AİHM, hakkın özünü biraz yitirse de tamamını kaybetmediği görüşünde olmuştur. Bu sebeple mülkten yoksun kalma olmadığına karar vermiştir.

Üçüncü kural; devletlerin, toplumun genel çıkarını sağlamak amacıyla kanuni yollarla taşınmazın kullanımını kontrol etmesidir. Kamulaştırma izni taşınmazın doğrudan kullanımını kontrol etme anlamına gelmediğinden üçüncü kural kapsamında ihlal teşkil etmemektedir. İnşaat yasağı ise mülkiyetin kullanımına getirilen bir denetim olduğundan üçüncü kuralın ihlalinin söz konusu olabileceğinden bahsedilebilir.¹³⁰

¹²⁸ Yücel, Sf.5.

¹²⁹ Yücel, Sf.16.

¹³⁰ Yücel, Sf.17.

AİHM, fiilen mülke müdahale olmamasına rağmen devlet tarafından getirilen kamulaştırma izni ve inşaat yasağının hakkın özüne dokunan, süresiz olarak hakkı kısıtlayan ve mülkiyet hakkı ile kamu yararı arasındaki adil dengeyi bozan bu sebeple orantılı olmayan bu müdahale için ihlal kararı vermiştir. AİHM bu kararda kamulaştırmaz hukuki el atmanın varlığı halinde de mülkiyet hakkına müdahalenin gerçekleşmiş olduğuna karar vermiştir.

2.3. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ İLE DEVLETLERE GETİRİLEN YÜKÜMLÜLÜKLER

AİHM, sözleşmeyle korunan hakları; devlete pozitif ve negatif yükümlülükler getiren haklar olmak üzere ikiye ayırmıştır.

2.3.1 POZİTİF YÜKÜMLÜLÜK

Devlete yüklenen pozitif yükümlülük, iç hukukta mülkiyet hakkının korunması için gerekli önlemleri alma ve uygulama şeklinde devletin bazı teminatlar sağlamasıdır. Yani; devletin makul ve uygun önlemler alarak bireylerin haklarını korumasıdır. Bunu sağlamak üzere devletin, bir eylem türü yahut birey topluluğunun ihlallerini önlemek amacıyla tedbirler almasıdır.¹³¹ Sözleşmeye taraf olmasına rağmen mülkiyet hakkının ihlali devletin de sorumluluğuna yol açar. Çünkü bu yükümlülüklerin sebebi devletin koruma kararının neticesidir.¹³² Üçüncü kişilerin hakkın ihlaline sebebiyet verecek davranışlarını önleme, bu konuya ilişkin gerekli tedbirleri alma da devletin yükümlülüğüdür. Mülkiyet hakkının ihlali halinde devletin sadece koruma kararını yerini getirmiş olması yeterli değildir. Burada devletin görevi hakkın ihlalini gözlemlemesi değil, ihlalden sonra mağdura etkili iç hukuk yolları sunarak hukuki güvensizliği ve belirsizliği bertaraf ederek; etkili, acil ve detaylı bir soruşturma başlatmasıdır. Eğer devlet gerekli tedbirleri almayarak mülkiyet hakkının ihlaline sebebiyet veriyse bu durumda zararı tazmin etmesi gerekmektedir.¹³³ Yukarıda mülkiyet hakkı konusunda örnek olarak verdiğimiz Öneriyıldız – Türkiye kararında başvuru çöplüğün patlaması sonucunda

¹³¹ Jean - François Akandji-Kombe, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler, İnsan Hakları El Kitapları, No.7,Belçika 2007, sf. 7.

¹³² Başpınar, sf.197.

¹³³ Başpınar, Sf.198.

mülkiyetinden yoksun kalmıştır. Burada kamu makamlarının ihmali sebebiyle çöplüğün patladığı tespit edilmiştir. Çevresel etkisi ciddi olan bir kamusal faaliyet olduğu için devletin alması gereken önlemler de çok fazladır. Bu kararda devletin alması gereken pozitif önlemleri almaması sebebiyle zararın doğduğu ve bireyin zararının tazmin edilmesi gerektiği belirtilmiştir.¹³⁴ İç savaş halinde dahi devlet mülkiyet hakkını korumakla mükelleftir.¹³⁵ Devletin kendi iç hukukunda hem özel kişilerin hem kamu makamlarının bireylerin sahip olduğu şey üzerindeki yararlanma hakkına müdahalede bulunulması önlemek için öncelikle hakkı koruyan düzenlemeler yapmalıdır. Buna ek olarak ise mağdur olan bireyin zararının tazmini için başvurabileceği etkili bir başvuru yolunun da bulunması gerekir. Mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin suç unsuru taşıması halinde ise gerekli soruşturma ve kovuşturmanın da devlet tarafından yapılıyor olması gerekir.¹³⁶

2.3.2. NEGATİF YÜKÜMLÜLÜK

Sözleşmeye taraf olan devlete yüklenen negatif yükümlülük ise mülkiyet hakkının malike verdiği dışlama yetkisidir.¹³⁷ Yani devletin mülkiyet hakkına müdahale etmemesi yahut malikin mülkiyet hakkına yapılacak olan saldırıları bertaraf etme yükümlülüğüdür. AİHS Ek Protokol 1 uyarınca malikin mülkiyeti üzerindeki kullanma, yararlanma ve tasarruf etme haklarının devlet tarafından kısıtlanmaması gerekir. Mülke ulaşma ve mülkten faydalanmanın zorlaşması yahut engellenmesi de bu madde kapsamında ihlal kabul edilmiştir.¹³⁸ AİHM yaptığı incelemelerde mülkiyet hakkının kapsamını oldukça genişletmiştir. Örneğin mülkiyetten elde edilmesi beklenen gelirin devletin müdahalesi ile rayiç değer altına düşmesinin yahut kamu makamlarının, çocukları üzerine tescil edilmiş olan taşınmazı satmasına izin verilmeyen babanın yaptığı başvurularda da mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir.

¹³⁴ Doğru, Nalbant, Sf. 654.

¹³⁵ Başpınar Sf.199.

¹³⁶ Doğru, Nalbant, Sf.654.

¹³⁷ Gemalmaz, Sf.410.

¹³⁸ Gemalmaz, Sf.414.

2.4. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NE BAŞVURU USULÜ

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile getirilmiş olan güvenceler Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından korunur. Bu koruma güvencesi ise Mahkeme'ye başvuru ile başlar. Mahkeme'ye başvuru iki şekilde olabilir; biri devlet başvuruları diğeri ise bireysel başvurulardır. Devlet başvurusu; sözleşmeye taraf olan bir devletin, yine sözleşmeye taraf olan bir diğerk devleti sözleşmeyi ihlal ettiği gerekçesi ile şikayet için Mahkeme'ye yaptığı başvurusudur. Bireysel başvuru ise; sözleşme ile korunan hakkı, sözleşmeye taraf olan Devlet tarafından ihlal edildiği gerekçesi ile yapılan şikayet başvurusudur.¹³⁹ Başvurular; devlet başvurusu da olsa bireysel başvuru da olsa ihlal yaptığı düşünölen devlete yapılır. Burada önemli olan bir diğerk husus ise sözleşme kapsamındaki hakkı ihlal edildiğini ileri süren bireyin, ihlal yaptığını ileri sürdüğü devletin sözleşmeye taraf olmasıdır. Bireyin vatandaşı olduğu devlet sözleşmeye taraf olsa dahi ihlali yapan devlet taraf değilse bu başvurunun reddi gerekir.¹⁴⁰

2.4.1. DEVLET BAŞVURUSU

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne devletlerin başvurusuna ilişkin düzenleme 33.maddede yer almaktadır; "Her Yüksek Sözleşmeci Taraf işbu Sözleşme ve protokolleri hükümlerine vaki ve kendisinin diğerk Yüksek Sözleşmeci Tarafa isnat edilebileceğine kanaat getirdiği herhangi bir ihlalden dolayı Mahkeme'ye başvurabilir." Bu maddeye göre sözleşen devletlerden her biri sözleşmeye taraf olan ve sözleşmeyi ihlal ettiğini düşündüğu devlet lehine Mahkeme'ye başvurabilir.¹⁴¹ "Ortaklaşa güvence" de denilen bir mekanizma ile Sözleşmeye taraf devletlerin Avrupa Konseyi'nin kamu düzeni korumak ve bozulduğunda yeniden tesis edilmesini sağlamak adına devletlere birbirlerinin ihlallerini mahkeme önüne taşıyabilme imkanı sağlamasıdır.¹⁴² Amaç, Avrupa Konseyi'nin kamu düzenini korumak olduğundan bireysel başvuruda olduğu gibi kendisine zarar verildiğini ileri sürme yahut kanıtlama zarureti de yoktur. Bizatihi Sözleşme'nin ihlal edilmiş olması devlet

¹³⁹ Prof.Dr. Şeref Gözübüyük, Prof.Dr. Feyyaz Gölcüklü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan Kitabevi,8.Bası, Ankara 2009, sf.31.

¹⁴⁰ Gözübüyük, Gölcüklü, c.2, Sf.44.

¹⁴¹ Gözübüyük, Gölcüklü, c.2, Sf. 37.

¹⁴² Gözübüyük, Gölcüklü, c.2, Sf.31.

başvurusu için yeterlidir.¹⁴³ Devlet başvurusu bir zorunlu yetkidir. Fakat her ne kadar devlet başvurusu zorunlu yetki de olsa istatistiki olarak AİHM kararlarına bakıldığında devlet başvurularının az olduğu görülmektedir. Bunun sebebi ise başvurunun siyasal bir nitelik de taşıyor olmasıdır. Bazı durumlarda aynı konu ile ilgili farklı devletler ayrı ayrı başvuruda bulunmuştur. Komisyon bu dosyaları birleştirerek tek bir karar vermiştir. Bunun amacı ise ayrı ayrı başvurular yapılarak başvuru sayısının fazla olmasını sağlamaktır. Böylece bu başvurular siyasal bir baskı aracı olarak kullanılmış olmaktadır.¹⁴⁴ Örneğin Türkiye’de 12 Eylül 1980’de yaşananlara karşı, taraf olan beş devlet farklı farklı başvurular yapmış, komisyon bu başvuruları birleştirmiş ve her biri için tek bir karar vermiştir.¹⁴⁵ Bu başvuru dostane çözüm yolu ile sonuçlanmış, böylece kayıttan düşürülerek dava hiç açılmamış kabul edilmiş ve böylece AİHM nezdindeki insan hakları sicili bozulmamış olmuştur.¹⁴⁶ Bunlara ek olarak “Üçüncü tarafın müdahalesi” başlığı altında İHAS madde 36/2’de: “Mahkeme Başkanı, adaletin doğru sağlanabilmesi amacıyla, yargılamada taraf olmayan herhangi bir Yüksek Sözleşmecî Tarafı yazılı görüş sunma veya duruşmalarda taraf olmaya davet edebilir.” şeklinde düzenleyerek devletlerin adaletin tecellisi için de aslında taraf olmadığı bir davaya taraf olmaya yahut görüş beyanında bulunmaya davet edebileceği belirtilmiştir.

2.4.2. BİREYSEL BAŞVURU

AİHS madde 34’te bireysel başvuru düzenlenmektedir. Bu madde şu şekildedir;

Bu Sözleşme veya protokollerinde tanınan haklarının Yüksek Sözleşmecî Taraflar’dan biri tarafından ihlal edilmesinden dolayı mağdur olduğunu öne süren her gerçek kişi, hükümet dışı kuruluş veya kişi grupları Mahkeme’ye başvurabilir.

Yüksek Sözleşmecî Taraflar bu hakkın etkin bir şekilde kullanılmasını hiçbir surette engel olmamayı taahhüt ederler.

Bu maddeden de anlaşıldığı üzere sözleşme bireye, devleti şikayet yetkisi tanımıştır. Son fıkrada ise devletlerin bu hakkın kullanımına engel olamayacağı açık şekilde

¹⁴³ Gözübüyük, Gölcüklü, c.2, Sf. 37.

¹⁴⁴ Gözübüyük, Gölcüklü, c.2, sf.33.

¹⁴⁵ France, Norway, Denmark, Sweden and Netherlands v. Turkey, No. 9940-9944/82, 35 DR s.143 ve 44 DR s.31.

¹⁴⁶ *Dostane çözüm yoluna genellikle devletlerin açıkça ihlal yaptığı durumlarda başvurulur.

belirtmiştir. Bu madde ile bireylere uluslararası hukukun bir süjesi olma imkanı tanınarak sözleşmeyi ihlal eden devleti davalı uluslararası yargı organı önünde davalı konuma getirme imkanı sağlanmıştır.¹⁴⁷

Bireysel başvuru imkânını veren sözleşme maddesinin hazırlanması sırasında Yunanistan, Hollanda ve İngiltere delegeleri bu yetkinin kötüye kullanılabileceğini öne sürerek bazı önlemlerin alınmasını sağlamışlardır. Alınan ilk önlem hakkın kötüye kullanılması başlığı ile düzenlenen 17.maddedir.

Bu madde şu şekilde düzenlenmiştir; Bu Sözleşme hükümlerinden hiçbiri, bir devlete, topluluğa veya kişiye, Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesine veya burada öngörüldüğünden daha geniş ölçüde sınırlamalara uğratılmasına yönelik bir etkinliğe girişme ya da eylemde bulunma hakkını sağlar biçimde yorumlanamaz.

İkinci önlem ise bireysel başvurunun incelenebilmesi için öncelikle hakkın kötüye kullanımı amacını taşıyor olması ve talebin bir esasa dayanıyor olması gerekir.

Bir diğer önlem ise 15.madde olağanüstü hallerde askıya alma başlığı altında düzenlenen şu maddedir;

1. Savaş veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike halinde her Yüksek Sözleşmeci Taraf, ancak durumun gerektirdiği ölçüde ve uluslararası hukuktan doğan başka yükümlülüklerle ters düşmemek koşuluyla bu Sözleşmede öngörülen yükümlülüklerle aykırı tedbirler alabilir.

2.Yukarıdaki hüküm, meşru savaş fiilleri sonucunda meydana gelen ölüm hali dışında, 2. madde ile 3. ve 4. maddeler (fıkra 1) ve 7. maddeyi hiçbir suretle ihlale mezun kılmaz.

3. Bu maddeye göre aykırı tedbirler alma hakkını kullanan her Yüksek Sözleşmeci Taraf, alınan tedbirler ve bunları gerektiren nedenler hakkında Avrupa Konseyi Genel Sekreteri’ne tam bilgi verir. Bu Yüksek Sözleşmeci Taraf, sözü geçen tedbirlerin yürürlükten kalktığı tarihi de Avrupa Konseyi Genel Sekreteri’ne bildirir.

Madde metninden de anlaşıldığı üzere bazı hallerde taraf devletlerin Sözleşme ile güvence altında aldıkları haklara aykırı önlemler almasının ihlal yaratmayacağını ifade ederek bu gibi hak ihlallerinde yapılabilecek olan bireysel başvuru yolu kapatılmıştır. Alınan son tedbir ise; bireysel başvurunun seçimlik olarak tanınmış

¹⁴⁷ Gözübüyük, Gölcüklü, c.2, sf.31.

olması idi.¹⁴⁸ Devlet başvurusu zorunlu yetki iken bireysel başvuru seçimlik yetki olarak düzenlenmişti. Fakat bu durum sonradan kaldırılmış ve bireysel başvuru ayrı bir yol olarak düzenlenmiştir. ¹⁴⁹

2.5. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NİN İÇ HUKUKA ETKİSİ

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kutsal saydığı hak ve özgürlükleri korunmasına yönelik ilk denetimi sözleşmeye taraf devlete bırakmaktadır.¹⁵⁰ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvuru için öncelikle iç hukuk yollarının tüketilmesi gerektiği koşulunun aranması, ilk denetimin devlet tarafından yapılması amacıyla getirildiği anlaşılmaktadır. Böylelikle AİHS kapsamında Anayasal güvence sağlanmış olan hak ve özgürlüklere ilişkin ihlal iddiası öncelikle milli mahkemelerde ileri sürülecek. Ancak iç hukuk yollarının tüketilmesinin ardından ikincil nitelikte AİHM denetimi mümkün olacaktır.¹⁵¹ Mülkiyet hakkı konusunda devletlere pozitif yükümlülük getirilmiş olmasının ihlali önleyeceği fikrini güçlendirse de kararlar incelendiğinde pek çok kez hak ihlali yapıldığı anlaşılmaktadır.¹⁵² Bu yüzden iç hukuk mevzuatında mülkiyet hakkının ihlalinin ve ihlal halinde uygulanacak olan yaptırımın düzenlenmesi çok önemlidir.

2004 yılında 1982 Anayasası'nda yapılan değişiklik ile uluslararası sözleşmelerin yasa hükmünde olduğu düzenlenmiştir. Bu düzenleme öncesinde ise uluslararası sözleşmelerin hiyerarşik değeri doktrinde tartışmalıydı. Uluslararası andlaşmalar ile kanunların çatışması halinde uluslararası andlaşmalara öncelik verileceği de hükme bağlanarak değişiklik öncesinde var olan doktrinsel tartışmalar da bertaraf edilmiştir.¹⁵³

Yapılan değişiklik sonrasında milletlerarası hukuk kurallarının üstünlüğü şu ifadeler ile kabul edilmiştir. Milletlerarası andlaşmaları uygun bulma başlıklı Anayasa madde 90;

¹⁴⁸ Gözübüyük, Gölcüklü, c.2, Sf.34-35.

¹⁴⁹ Gözübüyük, Gölcüklü, c.2, Sf.31.

¹⁵⁰ Ergül, Sf.47.

¹⁵¹ Ergül, Sf.48.

¹⁵² Başpınar, sf.149.

¹⁵³ Sibel İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, Beta Yayınları, İstanbul 2013, Sf.8.

Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (Ek cümle: 7/5/2004-5170/7 md.) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.

Uluslararası andlaşma ile kanunların çatışması halinde hakimin önüne gelen uyuşmazlıkta uluslararası andlaşma hükmünü uygulaması gerektiği düzenlenmiştir. Fakat bu uygulama madde metninin yorumlanması şeklinde yapılmayacaktır. AİHS uyarınca sözleşmenin ihlal edilip edilmediğine karar verecek olan AİHM'nin daha önce vermiş olduğu kararları doğrultusunda uygulaması gerekmektedir.¹⁵⁴

2.6. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARININ TÜRK HUKUKU'NA ETKİSİ

Kamulaştırmazsız fiili el atma 16.5.1956 gün, E.1956/1, K. 1956/6 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı ile gayrimenkulün fiilen kamu hizmetine evrilmiş olması sebebiyle malikin taşınmazdan yararlanmasının mümkün olmayacağı, müdahalenin men-i talebi de anlam taşımayacağından bahisle malike mülkiyetin idareye devri ve taşınmaz bedelinin tespiti için dava açma hakkı vermiştir.¹⁵⁵ Fakat bu dava açma hakkı taşınmaza yalnızca fiili müdahalenin olduğu durumlarda söz konusu olmaktadır. Yukarıda da belirttiğimiz 2010 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu kararına kadar idareler tarafından taşınmaza fiili bir müdahale olmadığı durumlarda yasalara dayanarak mülkiyet hakkının kısıtlanması halinde maliklerin başvurabileceği herhangi bir yol bulunmamaktaydı. İç hukuk yollarını tüketmesine rağmen zararlarını gideremeyen bireyler AİHM'ne başvurmaktaydı.

Bu kararlardan bir tanesi de Hakan Arı vs. Türkiye davasına ilişkindir. Başvurucu malik, taşınmazının imar uygulama alanına girdiği gerekçesiyle imar çalışması yapılması talebiyle belediyeye başvurmuş fakat belediye taşınmazın okul alanı

¹⁵⁴ İnceoğlu, Sf.9.

¹⁵⁵ E.1956/6 İBK; "...istimlak edilmeden yola kalbedilen gayrimenkul malikinin mülkiyet hakkı zeval bulmayıp devam ettiğine ve malik de üzerindeki mülkiyet hakkının amme hükmi şahsiyetine devrine muvafakat ettiği gayrimenkulünün bedelini istediğine göre bu bedelin gayrimenkulünün mülkiyetinin amme hükmi şahsiyetine devrine muvafakat ettiği tarih olan dava tarihindeki bedel olması lazım geldiğinde de reylerin birleştiği görülmüştür."

olarak ayrıldığını ve ileride kamulaştırılacağını belirterek imar çalışması yapılamayacağı cevabını vermiştir.¹⁵⁶ Malik, idareye başvurarak idarenin tapuyu devralmasını yahut kamu hizmetine tahsisi kaldırmasını talep etmiştir. İdare cevaben gönderdiği yazıda yeterli ödeneğin olmadığını ileride yeterli ödenek sağlandığında kamulaştırma işlemine başlanacağını belirtmiştir. Bunun üzerine malik adli yargıda belediye aleyhine maddi ve manevi tazminat davası açmıştır. Yerel mahkeme malikin talebini haklı bularak değer tespiti yapmış ve tapunun idare lehine tesciline karar vermiş ayrıca manevi tazminata da hükmetmiştir. İdarenin temyiz talebi üzerine Yargıtay, yerel mahkemenin kararını bozmuştur. İç hukuk yollarını tüketmesine rağmen mağduriyetini gideremeyen malik, AİHM'ne başvurmuştur.

AİHM, gelecekte okul yapılacağı gerekçesi ile kamulaştırma şerhinin düşülmüş olmasının yalnızca imar yasağı getirmekle kalmadığı aynı zamanda taşınmazdan istifade edilmesini de olanaksızlaştırdığı gerekçesiyle mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. İdarenin bu müdahaleyi yaparken kamu yararını gözetmediğini ve şerh düşülmesinin yerel kanunlara uygun olarak yapılmasına rağmen taşınmazın satılamaması sebebiyle kamulaştırma işleminin yapılacağı zamana kadar malikin bir belirsizliğe itildiğini kabul edilmiştir. AİHM, kamu yararı ile mülkiyet hakkı arasındaki adil dengenin bozulduğu gerekçesiyle maddi ve manevi tazminata hükmederek Türkiye aleyhine ihlal kararı vermiştir.

Başvurunun yapıldığı tarihte iç hukukta da hukuki el atma Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararıyla kabul edilmişti fakat iç hukuk yolları 2007 yılında tüketilmiş olduğundan malikin mülkiyet hakkının ihlali tazmin edilmemiş olduğundan AİHM'ne başvurarak zarar tazmin edilmiştir.

Bir diğer karar ise 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 38. Madde uygulaması sebebiyle uğranılan zarara ilişkindir. Sarıca ve Dilaver vs. Türkiye kararında AİHM mülkiyet hakkının ihlaline karar vermiştir. Başvurucu malikin taşınmazı, Milli Savunma Bakanlığı tarafından askeri bölge içerisine katılarak fiili olarak kullanılmaya

¹⁵⁶ www.hudoc.echr.coe.int Başvuru no: 13331/07, Karar Tarihi 11.1.2011 Erişim Tarihi:18.4.2019.

başlanmıştır. ¹⁵⁷ Malik, ilgili idareye başvurarak taşınmazın kamulaştırılmasını isterken metrekaşe başına ödenmesini istediği bedeli de belirtmiştir. İdare, malikin bu talebine olumlu karşılık vermesine rağmen talep edilen kamulaştırma bedeline ilişkin herhangi bir cevap vermemiştir. Taşınmaza kamulaştırmaz fiilen el atılmasından yirmi yıl sonra idare, mahkemeye başvurarak 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 38. maddesine dayanarak yirmi yıldır taşınmazı nizasız fasılasız zilyetliğinde bulundurduğu gerekçesiyle zamanaşımıyla iktisabın gerçekleştiğini ve taşınmazın idare lehine tapu sicilinde tescilinin gerçekleştirilmesini talep etmiştir.¹⁵⁸ Olay 2001 yılında gerçekleştiğinde Kamulaştırma Kanunu'nun 38. maddesi henüz Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmemiştir. 38. madde yürürlükte olsa da malik kamulaştırma talebinde bulunduğu ve idare bu talebi kabul ettiğinde nizasız fasılasız zilyetliğinde bulundurma hali kesintiye uğradığından bu madde uygulama alanı bulmaz. İdare tarafından kamulaştırmanın kabul edilmiş olması sebebiyle süre kesilmiştir. Adli yargıda idarenin açtığı tapu tescil davası üzerine başvuru malik de kamulaştırmaz fiili el atmaya dayanan bedel tespit davası açmıştır. Yerel mahkeme, idarenin zamanaşımı sebebiyle iktisap talebini şartların gerçekleşmemesi sebebiyle reddetmiş, tapu tescili için idarenin taşınmaz bedelini ödemesi gerektiğini belirterek bedele hükmetmiştir. Temyiz başvurusu üzerine Yargıtay, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 38. maddesindeki şartların gerçekleştiği gerekçesiyle idarenin ihtilafli taşınmazı zamanaşımı ile iktisap ettiği gerekçesiyle bedele hükmedilmesinin hatalı olduğunu ileri sürerek yerel mahkemenin kararını bozmuştur. Karar düzeltme talebi de aynı gerekçe ile reddedilmiştir. 2003 yılında 38. maddenin iptali üzerine malik, tekrar ilk derece mahkemesine başvurmuştur. İlk derece mahkemesi, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararına dayanarak maliklerin başvurusunu kabul etmiştir. Yargıtay, bu kez ilk derece mahkemesinin kararını onamıştır. Mahkeme, yasal faizi ile bedelin ödenmesine hükmetmiş fakat malik amme alacaklarına uygulanan en yüksek faiz oranının ödenmesi talebiyle İcra Müdürlüğü'ne başvurmuştur. İcra Müdürlüğü idareye ödeme emri göndermesine karşın idare bu kez de faiz oranına itiraz etmiştir.

¹⁵⁷ www.hudoc.echr.coe.int Başvuru No: 11765/05, 27.10.2010, Karar Tarihi: Erişim Tarihi: 18.4.2019.

¹⁵⁸ Anayasa Mahkemesi 2003 yılında AİHM'nde açılan ve Türkiye aleyhine tazminat kararı verilen pek çok karardan sonra bu maddeyi (38.madde) mülkiyet hakkının ihlali kabul ederek iptal etmiştir. Bu konuya bir sonraki başlıkta detaylı olarak değinilecektir.

Asliye Hukuk Mahkemesi bunun bir kamulaştırma olmadığını kamulaştırmaya ilişkin bedellerde en yüksek faiz oranının uygulandığını bu sebeple de burada yasal faiz oranına göre hesap yapılarak ödeme yapılmasına hükmetmiştir. Yargıtay, ilk derece mahkemesinin kararını onamıştır. AİHM en yüksek yasal faiz oranın yalnızca kamulaştırma işlemlerini kapsamamasını, kamulaştırmaz el atmaya ilişkin davalarda belirlenen bedellere uygulanmamasını hukuka aykırı bulmaktadır. Gerekçesini ise; idarenin usule ve yasalara aykırı olarak yaptığı kamulaştırmaz el atma ile malikleri mağdur ederek bir de daha düşük oranda faiz uygulanması ile hukuka aykırı olan bu yolun idareler için bir avantaj haline gelmesidir. AİHM, uygulanacak faizin yerel mahkemeye başvurulduğu tarih ile kararın verildiği tarih arasında paranın uğradığı değer kaybının ortadan kaldıracabilecek nitelikte olması gerektiğini belirtmiştir. AİHM, Türkiye aleyhine ihlal kararı vermiştir.

Anayasa Mahkemesi'ni 38.maddenin iptaline götüren süreçte AİHM kararları önemli rol oynamıştır. 1982 Anayasası'nın geçici 15. maddesinin son fıkrasından kaynaklanan yargı kısıtının kalkmasıyla ve AİHM'ne yapılan başvuruların tamamının ihlal kararı ile sonuçlanmasının ardından Anayasa Mahkemesi bu hükmü 2003 yılında iptal etmiştir.

2.7. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN KAMULAŞTIRMASIZ EL ATMAYA BAKIŞI

1982 Anayasası'nın 148.maddesi ile Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru düzenlenmiştir. Güncel ve kişisel hakları doğrudan ihlal edilen herkese, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru imkanı tanınmıştır. 6216 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 45.maddesinde, Anayasa'yla, Türkiye'nin taraf olduğu AİHS ve buna bağlı ek protokollerle güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerin kamu gücü kullanılarak ihlal edildiği iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulabileceği düzenlenmiştir.

İdareler kural olarak, hukuka uygun davranmak zorunda olmakla birlikte yargı kararlarına da uymak zorundadır. Anayasa Mahkemesi'nin kamulaştırmaz fiili el atmaya ilişkin bir kararında mahkeme tarafından belirlenen taşınmaz bedeli

mahkeme tarafından verilen süre içerisinde ödenmemiştir.¹⁵⁹ Kamulaştırmaz fiili el atma sebebiyle açılan dava neticesinde mahkeme tarafından belirlenen bedelin ödenmemesi ve bahsi geçen idareye yapılan icra takiplerinin sonuçsuz kalması neticesinde mülkiyet haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunmuşlardır. Bu kararda kamulaştırmaz fiili el atmaya ilişkin çok önemli tespitler ve açıklamalar yer almaktadır. Anayasa Mahkemesi AİHS Ek 1 No.lu Protokol madde 1'de düzenlenen mülkiyet hakkına atıf yaptıktan sonra kamulaştırmaz hukuki el atma konusunda emsal karar olan Sporong ve Lönnroth kararına atıfta bulunmuştur. Somut olayda bireylere ait taşınmaza idare tarafından kamulaştırma yapılmaksızın fiilen el atılmıştır. Dava sonucunda hükmedilen bedel idare tarafından ödenmemiştir. Anayasa Mahkemesi, mülkiyetten barışçıl yararlanma ve mülkiyete saygı ilkesi çerçevesinde ihlal olduğunu tespit etmiştir. Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 35. maddesi uyarınca mülkiyet hakkına devlet tarafından müdahale edildiğini ve hakkın kullanılamaz hale getirildiğini tespit etmiştir. Ancak belirtmek gerekir ki Anayasa'nın 35. maddesi mülkiyet hakkının kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabileceğini düzenlemektedir. Aslında bu atıf kamulaştırmaya ilişkindir. Madde açık bir şekilde "kamu yararı amacıyla, kanunla" şeklinde düzenlenmiştir. Fakat ilgili belediyenin yaptığı eylem yani kamulaştırmaz fiili el atma idare hukuku bakımından fiili yol teşkil etmektedir. Dolayısıyla idarenin yaptığı bu eylemin Anayasa madde 35'e dayandırılmasının yanlış olduğu kanaatindeyiz. Anayasa Mahkemesi, idarenin fiili yol teşkil eden bu müdahalesinin ancak taşınmaz bedelinin malike ödenmesi ile hukuka uygun hale geleceğini ifade etmiştir. Anayasa Mahkemesi E.1976/38, K. 1976/46 sayılı, 12.10.1976 tarihli emsal teşkil eden kararında taşınmaza yahut malvarlığına yapılan müdahalenin karşılığında taşınmazın rayiç değerinin ödenmesi ile mülkiyet hakkının ihlalinin ortadan kalktığına karar vermiştir.¹⁶⁰ Kural olarak mahkemenin hükmettiği bedelin idare tarafından kendiliğinden ödenmesi gerekirken başvuruya konu somut olayda idare ödemeyi gerçekleştirilmemiştir. Anayasa Mahkemesi, idarelerin mallarının haczedilemeyeceği kuralının arkasına saklanarak mahkeme tarafından hükmedilen

¹⁵⁹ www.kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr Başvuru Numarası: 2013/711 Karar Tarihi: 3/4/2014 Erişim Tarihi 11.4.2019.

¹⁶⁰ www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr Erişim Tarih: 5.7.2019.

ve kesinleşen bedeli ödemekten kaçınmanın mülkiyet hakkı ile kamu yararı arasındaki dengeyi bozduğu gerekçesi ile başvurucuların mülkiyet hakkının ihlal edildiğine idare tarafından kanuni faiziyle birlikte belirlenen bedelin ödenmesine ve başvuruculara manevi tazminat ödenmesine karar verilmiştir.

Bir diğer bireysel başvuruda ise İzsu tarafından dere mutlağında kalması sebebiyle oyularak kanala dönüştürülmek suretiyle el atılan tarla vasfındaki taşınmaz hakkında men'î müdahale ve manevi tazminat talebinde bulunarak açtığı davada talep etmediği halde davada bedel tespiti yapılarak tapunun idare lehine tesciline karar verilmiştir.¹⁶¹ Başvurucu, davanın değer tespit davasına dönüşerek tapunun idare lehine tescilinin gerçekleştiği gerekçesiyle taşınmazındaki müdahalenin kaldırılması amacıyla başvuruda bulunmuştur. İdare yaptığı ıslah çalışmaları sebebiyle oluşan zararı aşırı yağışlar yüzünden gideremediğini bunun bir doğal afet olduğunu ve bu sebeple zarardan mesul tutulamayacağını iddia etmiştir. Adalet Bakanlığı konuya ilişkin görüş yazısında; idarelerin, kamulaştırma ile mal edinmek yerine mülkiyet hakkına müdahale ederek özel kişilerin taşınmazlarına fiilen el atarak mülkiyet hakkını ihlal ettiğini, bu hususun AİHM kararları ile de eleştirildiği, idarelerin kamulaştırmaz el atma eylemini, açılan kamulaştırmaz el atma davasıyla bedelin malike ödenmesi ve tapunun idare lehine tesciliyle kamu yararı ile birey hakkı arasındaki makul dengenin kurulması sağlanarak meşrulaştırdığı belirtilmiştir. Bakanlık, bu şekilde hukuki güvenliğin sağlandığını belirterek mahkemenin yapacağı inceleme sırasında bu hususları göz önünde bulundurması yönünde beyanda bulunmuştur. AYM, esas yönünden yaptığı incelemede kamulaştırmaz el atmanın hukuki güvenliği az olan ve hukuka aykırı bir yol olduğunun tartışmasız olduğunu belirtmiştir. Kamulaştırma işleminde kamulaştırılacak taşınmazın bedelinin ödenmesiyle kamulaştırma kararının kesinleştiği kamulaştırmaz el atmada ise uzlaşma ve dava yoluna başvurma masraflarının malikte olduğu belirtilmiştir.

Anayasa Mahkemesi de Adalet Bakanlığı ile aynı beyanda bulunarak kamulaştırmaz el atma işleminin idare tarafından ödenen taşınmaz bedeli ve

¹⁶¹ www.kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr Başvuru Numarası: 2013/1436, Karar Tarihi: 6/3/2014, Erişim tarihi: 11.4.2019.

tapu tesciliyle meşruiyet kazandığını ifade etmiş; kamulaştırmaz el atma, her ne olursa olsun, idare tarafından isteyerek oluşturulmuş kanuna aykırı bir durumu hukuki olarak kabul etmeye ve idareye, kanuna aykırı davranışından fayda sağlama imkânı sunmaya yol açmaktadır. İdareye resmi kamulaştırma kurallarının ötesine geçme imkânı sağlayan böyle bir uygulama, kişilere öngörülemez ve keyfi durumlarla karşılaşma tehlikesi taşımaktadır. Söz konusu uygulama, yeterli derecede hukuki güvence temin edecek ve gerektiği şekilde gerçekleştirilen bir kamulaştırmanın alternatifini oluşturacak nitelikte değildir. Yöntem olarak Anayasa ve yasalara uygun bir kamulaştırma işlemi yapılması söz konusu iken, dayanağını Anayasa ve yasalardan almayan, bireylerin mülkiyet hakkına son veren bir uygulama olan kamulaştırmaz el atma, yasalara uygun bir kamulaştırma ile aynı hukuki çerçevede değerlendirilemez denilmiştir.

Mülkiyet hakkının ihlaline karar verirken ilk derece mahkemesi tarafından men'î müdahale yerine taşınmaz bedelinin ödenmesi ile tapunun idare lehine tesciline karar verilmesinin hukuka uygun olduğuna, bu karar ile hukuki güvenliğin sağladığı ve eylemin meşrulaştığı ifade edilmiştir.

Başka bir bireysel başvuru kararında ise tapuda taşınmazın üzerine kamulaştırma şerhi düşülmüş ve idare tarafından taşınmaza kamulaştırma işlemi tamamlanmadan ve bedeli ödenmeden fiilen el atılmıştır.¹⁶² Bu süre zarfında taşınmazın malikler tarafından kullanımı da engellenmiştir. İdare tarafından kamulaştırma kararı alınan taşınmaza yapılan müdahale ile maliklerin mülkiyet hakkı arasındaki adil dengenin kurulması meşru bir amaca yönelik yapılan kamulaştırmaya konu taşınmaz bedelinin maliklere ödenmesi ile telafi edilmelidir. Çünkü kamulaştırma işlemi Anayasa ile güvence altına alınan mülkiyet hakkına getirilmiş olan anayasal bir sınırlandırmadır. İdare kamulaştırma ilkelerini ihlal ederek kanuni düzenlemelere uymadan herhangi bir eylemde bulunamaz. Kamulaştırmaz el atma idarenin haksız fiilidir ve bu eyleme rağmen malik aslında mülkiyet hakkına sahip olmaya devam etmektedir. İdarenin sebepsiz zenginleşmesi de söz konusu olmadığından fiili el atma devam ettiği sürece malik buna dayanarak İBK ile getirilen yasal haklarını; men'î müdahale talebi yahut bedel tespiti ve tapu tescili davasını açabilir.

¹⁶² www.kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr Başvuru Numarası: 2013/3667, Karar Tarihi 10/6/2015, Erişim Tarihi 11.4.2019.

Başvuruya konu olayda ilk derece mahkemesi, idare tarafından taşınmaza fiilen el atıldığına ve taşınmaz bedelinin maliklere ödenerek tapunun idare lehine tesciline karar vermiştir. Bunun üzerine temyiz yoluna başvurulmuş ve Yargıtay 5. Hukuk Dairesi, bu kararı bozmuştur. Yargıtay'ın bozma sebebi ise; kamulaştırma bedelinin bankaya bloke edildiği ve kamulaştırmaya ilişkin işlemlerle ilgili usulüne uygun tebligat yapıldığı bu durumda kamulaştırmaz el atmadan söz edilemeyeceğidir. İlk derece mahkemesi kararında direnmiş ve Yargıtay'ın verdiği bozma kararına uymamıştır.

Mahkeme direnme kararında, davalı idare tarafından noter tebliğ evrakının dosyaya sunulmadığını ve tebliğ evrakı yerine geçmek üzere kamulaştırmaya ilişkin plan yazısının arkasına elle yazılmış ve kim tarafından imza edildiği belirlenemeyen boş bir sayfaya yazılmış "tebliğ edilmiştir" beyanı ile hak düşürücü sürenin başlatılmasının hukuka aykırı olduğunu ifade ederek kamulaştırmaz fiili el atmaya dayanarak bedele hükmedilmesine karar vermiştir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, ilgililere tebligat yapıldığının kabul edilmesi gerektiği gerekçesiyle mahkemenin direnme kararını bozmuştur. Malikler, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi yaptığı incelemede tebligat yapıldığının kabul edileceği varsayılrsa da bunun bankaya bloke edilen paranın maliklere ödendiğini göstermeyeceği, kamulaştırmaz el atma gibi hukuka aykırı bir işlemi meşrulaştıracak olan unsurun taşınmaz bedelinin maliklere ödenmesi ve tapunun idare lehine tescili olduğunun kabulü gerektiği bu sebeple tapunun hala başvuru adına olması ve idarenin halihazırda fiilen taşınmaza el atmasının açık olması sebebiyle ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu kararın yerinde olduğuna ve yargılamanın yeniden yapılması amacıyla dosyanın ilgili mahkemeye gönderilmesine karar vermiştir.

Ahu Yürüyen ve diğerleri başvurusunda önceki başvuruların konularından farklı olarak fiili ve hukuki el atma aynı anda mevcuttur.¹⁶³ Başvuruculara ait taşınmazın

¹⁶³ www.kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr Başvuru no 2015/9698 Karar Tarihi 28.11.2018, Erişim Tarihi 11.4.2019.

bir kısmından yol geçirilmiş kalan kısmı da kamu hizmetine tahsis edilmiştir. İlk derece mahkemesi, kamu hizmetine ayrılan kısım için fiili el atma olmaması sebebiyle bu kısım için tazminata hükmetmezken, yol olarak kullanılan dolayısıyla fiilen el atılan kısım için tazminata hükmetmiştir. İlk derece mahkemesinin kararı üzerine malikler bireysel başvuruda bulunmuştur. AYM, idare tarafından yapılan müdahalenin mülkiyet hakkına ihlal teşkil edip etmediğinin tespiti için Anayasa madde 35'e atıf yapılarak yapılan müdahale kanunilik, ölçülülük ve meşru bir amaca hizmet etme bakımlarından incelemiştir. Hukuki el atmanın 3194 sayılı İmar Kanunu'na dayanmasıyla kanunilik ilkesinin sağlandığı, somut olaydaki taşınmazın ilkokul alanı ve oyun parkı olarak ayrılmasının kamusal bir hizmet için kullanılacağına tespit edilmesiyle de meşru amaç şartlarını sağladığı kabul edildikten sonra esasa etki eden diğer şart olan ölçülülük bakımından değerlendirme yapılmıştır. Ölçülülük ilkesinin tespiti ise yapılan müdahalenin malike ağır ve aşırı bir yük yükleyip yüklenmediğinin değerlendirilmesi ile yapılır. İmar Kanunu'na dayanarak taşınmaz üzerinde oluşturulan bu kısıtlılığın yeterli ödeneğin sağlanabilmesi amacıyla düzenlendiğini ve en fazla beş yıl sürebileceğini belirtilmiştir. Kısıtlılık süresinin beş yıldan uzun sürmesinin malike aşırı külfet yüklediği somut olayda da bu kısıtlılığının on bir yıl sürdüğü, kamulaştırma işleminin yapılmadığı ve maliklere tazminat ödenmediği maliklerin de taşınmazı kullanmadığı, mülkiyet hakkından dilediği gibi yararlanmadığı ve taşınmaz üzerinde tasarruf edemediği tespit edilmiştir. Taşınmazın ne zaman kamulaştırılacağı belirsizdir. Bu gerekçelerle Anayasa Mahkemesi, somut olayda hukuki olarak el atılan taşınmazın kısıtlılığının maliklere olağandışı ve aşırı külfet yüklediği gerekçesiyle ölçülülük ilkesinin aşıldığını ve mülkiyet hakkı ile kamu yararı arasındaki dengenin bozulduğunu imar planı ile yapılan bu müdahalenin idari işlem niteliğinde olmasına rağmen ihlalin sabit olması sebebiyle ilk derece mahkemesinin ihlal sonucuna uygun olarak taşınmaz bedelinin tamamına hükmetmesi gerektiğine karar vererek yeniden yargılama yapılmak üzere dosyanın ilgili yargı yerine gönderilmesine karar vermiştir. Fiili el atma ile hukuki el atmanın aynı anda varolması halinde proje bütünlüğü esas alınarak yargılamanın adli yargı yerinde taşınmazın tamamı için yapılmasına yönünde uygulamada birlik oluşmuştur. Yargıtay da bu yönde hüküm kurmaktadır.

2.8. SONUÇ

Kamulaştırmamız el atma, uzun yıllardır idareler tarafından gerçekleştirilen ve bireyleri mağdur eden bir uygulamadır. Özel kişilerin mülkiyet hakkı, tarafı olduğumuz Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde düzenlenmesine, Anayasa ile güvence altına alınmasına, kişisel haklar başlığı altında düzenlenmesine rağmen idarelerin, hukukun evrensel ilkelerine saygı duyma ödevine de ters düşen eylem ve işlemleri ile ihlal edilmektedir. Anayasa ile güvence altına alınan bu hakkın korunması, Anayasa'nın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesi açısından bir hukuk devleti için oldukça önemlidir. Kanunların uygulayıcısı olan idarelerin, hukuk güvenliğini sağlamak adına hukuka uygun davranmaları beklenmektedir. Ancak idareler, usulüne uygun olarak bir kamulaştırma yapmak yerine bazen farkında olmadan bazen de hukuken tanınan sınırları aşmak suretiyle özel kişilerin mülkiyet hakkına müdahale ederek kamulaştırmamız el atmayı gerçekleştirmektedir.

İdare, kamulaştırmamız el atma ile maliklerin mağduriyetine sebep olurken, kanuni düzenlemelerle de bu mağduriyet arttırılmaktadır. Kamulaştırmamız el atma gerçekleştiğinde, maddi olarak külfete katlanmak zorunda kalan özel hukuk kişisi, bir de men-i müdahale yahut taşınmaz bedelinin tahsiline ilişkin dava açmak zorunda bırakılışıyla da manevi külfete katlanmak zorunda kalmaktadır. Anayasa Mahkemesi tarafından iptali öncesinde 38. madde uygulaması da süre sınırına tabi olmayan bir hak olan mülkiyet hakkına yapılan en önemli müdahalelerdendi.

2010 tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararına kadar Türk Hukuku'nda hukuki el atma konusunda kanuni düzenleme olmamakla birlikte, içtihat birliği de yoktu. Fakat yukarıda örneğini verdiğimiz gibi 2010 tarihli YHGK kararından önce Yargıtay 5. Hukuk Dairesi'nin hukuki el atmanın varlığını kabul ederek taşınmaz bedeline hükmettiği durumlar olduğu da bilinmekteydi. Ancak bir uygulama birliğinin olmayışı, idarelerin, keyfi davranarak özel hukuk kişilerinin mülkiyet hakkını süresiz olarak kısıtlamasına ve kişilerin de hukuka olan güvenlerinin zedelenmesine sebep olmaktadır.

YHGK kararı öncesinde özel kişilerin hukuki el atma karşısında gidebilecekleri herhangi bir yol bulunmamaktaydı. İç hukuk yollarının tüketilmesine rağmen, mağduriyetini gideremeyen kişiler, AİHM'ne başvurarak zararlarını tazmin etmeye çalışmışlardır. AİHM'nin hukuki el atma hususunda Türkiye aleyhine verdiği ihlal kararları neticesinde, sözü edilen YHGK kararı ile Türk Hukuku'nda içtihat birliği oluşturularak, AİHM nezdinde zedelene hukuk devleti imajının onarılması ve ihlal kararlarının önüne geçilmesi amaçlanmıştır. İdarelerin hukuki el atma konusundaki keyfiyetlerinin bozulmasıyla idareler artık imar planında kamu hizmeti alanı olarak tahsis ettikleri alanları beş yıllık imar programı içerisinde kamulaştırmak zorunda bırakılmışlardır. Maliklerin taşınmaz bedelini talep edebilmeleri için beş yıl boyunca beklemek zorunda bırakılmaları oldukça uzun bir süre iken bir de 6745 sayılı Kanun ile Kamulaştırma Kanunu'na ek 1. madde eklenerek; beş yıllık sürenin, kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren yeni baştan işletilmeye başlanacağına hüküm altına alınması malikleri daha da mağdur etmiştir. 28.3.2018 tarihli kararıyla Anayasa Mahkemesi bu hükmü iptal ederek adaletsizliğe sebep olan bu uygulamanın kalkmasını sağlamıştır. Yine ek 1. madde ile malike getirilen bir diğer külfet de malikin, idari başvuru yolunu denemesinin ardından idari yargıda dava açması ve kazanması halinde ise hak ettiği bedelin kendisine taksitle ödenmesi olgusu idi. Anayasa Mahkemesi bu cümleyi de 20.12.2018 tarihli kararı ile iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı da hukuka uygun olup çok yerindedir. Fakat Anayasa Mahkemesi'nin ek 1. maddenin ilk cümlesi hariç geri kalanının tamamını iptal etmesi, hukuki el atma davalarında idari yargı yerinin görevli olduğuna ilişkin hükmünü de iptal etmesi sonucunu doğurmuştur. Bu hükmün iptaline ilişkin herhangi bir açıklamaya iptal kararında yer verilmemesi kafa karışıklığına sebep olmuştur. Bu konuda yeni bir kanuni düzenlemeye ihtiyaç duyulduğu çok açıktır. İptal öncesinde ise hukuki el atmaya ilişkin davalar idari yargıda görülmekteydi. Dava sonucunda idari yargı hakimi, taşınmazın aynına ilişkin olan ve özel hukuka tabi olması gereken dolayısıyla adli yargı hakiminin verebileceği bir karar olan tapunun idare lehine tesciline hükmetmekteydi. Dolayısıyla idari yargı hakiminin tapu tesciline ilişkin karar vermesi, idari yargının görev alanına uygun da değildir.

İdare mahkemelerinde el atma sebebiyle kısmi olarak açılan tam yargı davalarında, faizin büyük bölümünün, ıslah sonrasında işletilmeye başlanması da ayrıca mağduriyete sebebiyet vermektedir. Yukarıda incelediğimiz kararlarda da olduğu gibi; taşınmaza kısmen fiili el atılması nedeniyle adli yargıda açılan davalarda, fiilen el atılan kısım dışında hukuki el atmanın da var olması halinde, idarenin amaçladığı kamu hizmetini görmeye yönelik harekete geçtiği kabul edilerek, proje bütünlüğü esas alınarak ve hukuki el atma için aranan beş yıllık imar programı süresinin dolması da beklenmeden, dava açılacağı ve bu davaların adli yargıda çözümleneceği kabul edilmiştir. Aynı anda hem fiili hem hukuki el atmanın var olması halinde davaların adli yargıda çözümlenebileceği kabul edilebiliyorsa, taşınmazın aynına ilişkin olan, dayandığı idari işlemin sorgulanmadığı yalnızca taşınmaz bedelinin tahsiline ilişkin olan hukuki el atma davalarının da adli yargıda görülebileceği hususu tartışılabilir niteliktedir.

Anayasa ile güvence altına alınmış olan kamulaştırma bedelinin peşin ödenmesi hususu kıyas yoluyla kamulaştırmaz el atma davalarına da uygulanmaktaydı. Ancak yapılan kanuni düzenlemelerle kamulaştırmaz el atmaya ilişkin bedellerin taksitle ödenebileceği kabul edilmiştir. İdarenin, hukuka uygun davranarak belirlenen usullere uygun kamulaştırma yapması gerekirken, taşınmaz bedelini ödemedi, malikin rızasını almadan yahut hukuka uygun olan imar planı yaparak kanuni sürenin aşılması suretiyle mülkiyet hakkının özüne dokunmasına rağmen idareye, bir de taşınmaz bedelini taksitle ödenme imkanı getirilmektedir. İdare, kanun koyucu tarafından adeta kanuna uymamaya teşvik edilmektedir. Maliklerin mağduriyetlerini arttıran ve idareleri keyfi davranmaya sevk eden kanuni düzenlemelerin hukuk devletinde yeri olamaz. Anayasaya açıkça aykırı olan bu düzenlemenin iptal edilmesi gerektiği görüşündeyiz.

Hukuki el atma davalarının da adli yargıda görülmesi ve yine yukarıda izah etmeye çalıştığımız gibi mağduriyetlere sebep olan hususları ortadan kaldıracak yeni ve sağlıklı bir kanuni düzenlemenin acilen yapılması gerektiği kanaatindeyiz. Kamulaştırmaz el atma, bünyesinde açıkça Anayasaya ve kanunlara aykırılık barındıran, idare hukuku bakımından fiili yol teşkil eden, hukuka aykırı bir konu iken,

bu konuda kanuni düzenleme yapılması, üstelik bu düzenlemelerin, idareyi bu yola başvurmadan vazgeçirecek nitelikte değil de teşvik edecek nitelikte olması hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmamaktadır. Kamulaştırmamız el atmanın, kanunla düzenlemesi ile de meşruiyet kazandırıldığı kanısındayız. Mülkiyet hakkının özüne dokunulmasıyla zaten mağdur olan malikleri daha da mağdur etmeye yönelik yasal düzenlemeler yapılmasının yanlış olduğunu düşünmekteyiz.



KAYNAKÇA

- AKYILMAZ, Bahtiyar vd. (2019), Türk İdare Hukuku, Ankara: Savaş Yayınevi.
- BAŞPINAR, Veysel (2009), Mülkiyet Hakkını İhlal Eden Müdahaleler, Ankara: Yetkin Kitabevi.
- BAŞSORGUN, Naci vd. (2019), Kamulaştırma ve Kamulaştırmaz el Atma ve İmar Mevzuatından Doğan Bedel Tespit Davaları, Ankara: Adalet Yayınevi.
- BAYRAKTAR, Mehmet (2012), Kamulaştırmaz El Atma Davaları İlgili Düzenlemeler Ve Uygulaması, İstanbul: İstanbul Barosu Dergisi C.86, Sayı 1.
- BİLGİN, Pertev (1999), Kamulaştırma Hukuku, İstanbul: Filiz Kitabevi.
- BULUT, Nihat (2006), Mülkiyet Konusundaki Temel Yaklaşımlar ve Türk Anayasasında Mülkiyet Hakkı, Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Erzincan.
- CARSS-FRISK, Monica (2005), Mülkiyet Hakkı, İnsan Hakları El Kitapları No.4, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları.
- ÇABUK, Mehmet vd. (2018), Danıştay Kararları Işığında Kamulaştırmaz El Atma, Ankara: Seçkin Yayınevi.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan (2011), Kamulaştırma İşleminin İptali ve Mülkiyetin Akıbeti, İstanbul: İUHF Mecmuası Cilt LXIX, Sayı 1-2.
- ÇAKMAK, Münci (2013), Kamu Yararı, Ankara: Seçkin Yayınevi.
- DOĞRU, Osman vd. (2013), İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, 2. Cilt, İstanbul: Legal Yayınevi.
- DURAN, Lütfi (1982), İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul: Fakülteler Matbaası.
- DÜNDAR, Mualla (2010), Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Kamulaştırma ve Kamulaştırmada Değer Bıçme, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Adalet Yönetimi Yüksek Lisans Projesi, Ankara.
- ERGÜL, Ergin (2012), Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Bireysel Başvuru ve Uygulaması, Ankara: Yargı Yayınevi.
- ERKUT, Celal (1989), İdare Hukukunda Yokluk Teorisi, İstanbul: İdare Hukuku İlimleri Dergisi (Prof. Dr. Lütfi Duran'a Armağan Özel Sayı), Yıl:9, Sayı 1-3.

FRANÇOİS Jean vd. (2008), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler, İnsan Hakları El Kitapları No.7, Belçika: Avrupa Konseyi.

GEMALMAZ, H. Burak (2009), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Mülkiyet Hakkı, İstanbul: Beta Yayınları.

GİRİTLİ, İsmet vd. (2015), İdare Hukuku, İstanbul: Der Yayınları.

GÖZLER, Kemal (2009), İdare Hukuku Cilt II, Bursa: Ekin Yayınevi.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref vd. (2014), İdare Hukuku Cilt II İdari Yargılama Hukuku, Ankara: Turhan Kitabevi.

GÜNDAY, Metin (2013), İdare Hukuku, Ankara: İmaj Yayınevi.

GÜRSEL, Meltem Kutlu (2012), Kamulaştırma Hukuku, Ankara: Seçkin Yayınevi.

HATEMİ, Hüseyin (1989), Hukuk Devleti Öğretisi, Ankara: İşaret Yayınları.

İNCEOĞLU, Sibel (2013), İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, İstanbul: Beta Yayınevi.

KAPLAN, Gürsel (2007), İdare Hukukunun Arkaik ve Anakronik Bir Kurumu: Fiili Yol, Ankara: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XI, Sayı:1-2.

KAPLAN, Gürsel vd. (2018), İdare Hukuku Dersleri, Bursa: Ekin Yayınları.

OĞURLU, Yücel (2003) İdare Hukukunda Fiili Yol ve Yargısal Denetimi, İstanbul: Kamu Hukuku Arşivi.

ONAR, Sıddık Sami (1966), İdare Hukukunun Umumi Esasları Cilt III, İstanbul: İsmail Akgün Matbaası.

ÖRÜCÜ, Esin (1975), 1961 Anayasası ve Anayasa Mahkemesine Göre Hakkın Özü Kavramı ve Mülkiyet Hakkının Özü, İstanbul: İUHF Mecmuası, Cilt 41, Sayı 3-4.

ÖZEL, Sadullah (2013), Mülkiyet Kamulaştırma ve Gerçek Karşılık Hakkı, Yetkin Kitabevi, Ankara: Yetkin Kitabevi.

SANCAKDAR, Oğuz vd. (2018), İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, İstanbul: Seçkin Yayınevi.

SEZER, Yasin vd. (2018), İmar Hukuku Dersleri, Ankara: Seçkin Yayınevi.

ŞAHİNİZ, Salih (2006), Kamulaştırmaz El Koyma, Ankara: Seçkin Yayınevi.

TAN, Turgut (2018), İdare Hukuku, Ankara: Yetkin Kitabevi.

TEMEL, Cemil (2011), Uygulamada Kamulaştırmada Doğan Davalar Kamulaştırmamız El Atma ve Geçici İşgalden Doğan Tazminat Davaları, Ankara: Bilge Yayınevi.

ÜSTÜN, Gül (2007) İdarenin Usul Dışı Fiillerinden: Fiili Yol, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 13, Sayı 1-2.YAYLA, Yıldızhan (2010), İdare Hukuku, İstanbul: Beta Yayınları.

YILDIRIM, Bekir vd. (2007), Kamulaştırma Kamulaştırmamız El Atma ve İmar Mevzuatından Doğan Bedel Davaları, Ankara: Yetkin Yayınları.

YILDIRIM, Ramazan, (2013),İdare Hukuku Dersleri 1, Konya: Mimoza Yayınları.

YILDIRIM, Turan, (2010), İdari Yargı, İstanbul: Beta Yayınları.

YILDIZ, Hayrettin (2019) Fransız Hukuku'nda Fiili Yolun Yeni Hukuki Rejimi ve Fiili Yolun Türkiye Uygulaması, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 8-2.

YÜCEL, Özge, (2010), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Göre Kamulaştırmamız El Atma, Prof. Dr. Tunçer Karamustafaoğlu'na Armağan Sf. 952, Ankara: Adalet Yayınevi.

ZABUNOĞLU, Yahya Kazım, (2012), İdare Hukuku Cilt 1, Ankara: Yetkin Kitabevi.

İNTERNET KAYNAKLARI

www.hudoc.echr.coe.int

www.hukuki.net

www.inhak.adalet.gov.tr

www.kararlar.uyusmazlik.gov.tr

www.kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr

www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr

www.kazanci.com.tr

www.ombudsman.gov.tr