

T.C.
İNÖNÜ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLERİ ENSTİTÜSÜ



KAMUSALAŞTIRMANIN MÜLKİYET
HAKKINA ETKİSİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

DANIŞMAN
Dr. Öğr. Üyesi M. Buğra TAHTALI

HAZIRLAYAN
Seher TUNCEL

MALATYA-2020

T.C
İNÖNÜ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

KAMULAŞTIRMANIN MÜLKİYET HAKKINA ETKİSİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

SEHER TUNCEL

DANIŞMAN

DR. ÖĞR. ÜYESİ MURAT BUĞRA TAHTALI

Malatya, 2019

T.C.
İNÖNÜ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

**KAMULAŞTIRMANIN MÜLKİYET HAKKINA
ETKİSİ**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

DANIŞMAN
Dr. Öğr. Üyesi M. Buğra
TAHTALI

HAZIRLAYAN
Seher TUNCEL

İtiraf 26.07.2019 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda bu yüksek lisans tezini
(oy birliği) ile başarılı bulunarak Kamu Hukuku Anabilim dalında yüksek lisans tezi
olarak kabul edilmiştir.

Jüri Üyelerinin Unvan Ad Soyadı

İmzası

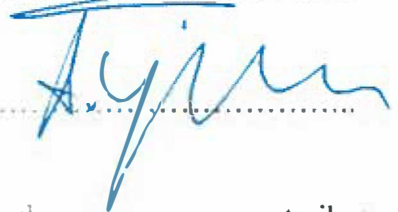
1. Dr. Öğr. Üyesi M. Buğra TAHTALI



2. Dr. Öğr. Üyesi Ayşe Almila PAZARCI TANRIVERDİ



3. Dr. Öğr. Üyesi Adem YELMEN



İnönü Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yönetim Kurulunun tarih ve
.....sayılı kararıyla bu tezin kabulü onaylanmıştır.

Unvan Ad Soyad

Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü

ONUR SÖZÜ

İnönü Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Yazım Usul ve Esaslarına uygun olarak yaptığım bu tez çalışmasının bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yardıma başvurmaksızın tarafımdan yazıldığını ve yararlandığım bütün kaynakları kaynakçada uygun biçimde gösterdiğimi beyan ve taahhüt ederim.

Seher TUNCEL



ÖNSÖZ

“Kamulaştırmanın Mülkiyet Hakkına Etkisi” başlıklı bu çalışma yüksek lisans tezi olarak hazırlanmış ve değerli jüri üyeleri tarafından oybirliği ile başarılı bulunmuştur. Değerli jüri üyelerinin çeşitli düzeltmeler ve eklemeler yapılmasına ilişkin olarak yardımları sayesinde de tez son şeklini almıştır. Özellikle bu çalışmada ayrıca tez danışmanım olan Dr. Öğr. Üyesi Murat Buğra Tahtalı hocamın da yönlendirmeleri ile teze yeni bazı başlıklar eklenmiştir.

Bu çalışmada yakın geçmiş zamanda kendi hayatıma da sirayet eden kamulaştırma işleminin mülkiyet hakkına etkisi üzerinde durulmuştur. Konuyu özellikle bir temel hakkın kısıtlanması karşılığında ödenmesi gereken bedelin ne şekilde tespit edilmesi gerektiği şeklinde ele alma sebebim bir hazine avukatı olarak aynı zamanda kendi murisimden intikal eden taşınmazların da yer aldığı bir bölgede kamulaştırma davalarını takip etmemden ileri gelmektedir. Zira kamulaştırma neticesinde ortadan kalkan sadece bireyin taşınmazı değil aynı zamanda bir temel hak ve özgürlüktür. Bu temel hak ve özgürlüğün ortadan kalkması bireyin sadece maddi olarak değil aynı zamanda manevi olarak da zararına sebebiyet vermekte ve bu zarar neticesinde bireyin tatmin edilmesi konusunda çalışılmıştır.

Bu çalışmanın bu aşamaya gelmesinde ve çalışmaya çeşitli bölümlerin eklenmesinde emeklerini her daim yanımda hissettiğim değerli hocam Dr. Öğr. Üyesi Murat Buğra Tahtalı’ ya, tez konusunun belirlenmesinde sırasında ve sonrasında yaptığı katkılardan dolayı Dr. Öğr. Üyesi İbrahim Durhan’a, bu süreçte eksikliklerimi düzelter ve yoluma ışık tutan Dr. Öğr. Üyesi Adem Yelmen’ e, tezin şekli düzenlenmesinde ve tez yazım sürecinde manevi desteklerini hiç esirgemeyen değerli arkadaşım Arş. Gör. Ali Fuat Geyik’ e, manevi olarak hep yanımda olan tezdaşlarım Av. Neslihan Karadağ ve Av. Günel Farzaliyeva’ ya teşekkür ediyorum.

Tez sürecinde iş yoğunluğunun varlığına rağmen tezi bitirmem için sürekli beni destekleyen ve işlerimi kolaylaştıran Malatya Muhakemat Müdürlüğü’ndeki mesai arkadaşlarıma, hayatımı kolaylaştırmaya çalışan ve dualarını hep yanımda hissettiğim anneme ve ablama, tez sürecinde dertlerimi dinleyen arkadaşlarıma; ancak her şeyden daha önemlisi kendi sabrına teşekkür ediyorum.

ÖZET

Mülkiyet hakkı, ortaya çıktığı ilk zamanlardan itibaren toplumlarda hayat hakkı kadar önem arz etmiş olup; söz konusu hakkın korunması amacıyla da ilgili toplumlarca çeşitli kurallar oluşturulmuştur. Bu kurallar, çağın koşullarına ve çıktıkları toplumlara göre şekillenmeye devam etmiştir. Ancak toplumdaki ihtiyaçların devlet ya da gücü elinde bulunduran erk tarafından karşılanamaması özel mülkiyette bulunan taşınmaz mallara el konulması ya da bu malların sınırlandırılmasına yol açmıştır. İşte kamulaştırmanın devletlerde ortaya çıkma süreci aslında toplumsal ihtiyaçlara devletin cevap verememesinin bir sonucudur. Devletleşme sürecinde yasalar ile bireye tanınan haklar, yine başka yasalar ile sınırlandırılarak toplumsallığa giden süreç oluşturulmuştur. Devlet, kendi yasaları ile bireye tanıdığı mülkiyet hakkını yine toplumun faydasına yönelik olarak ortadan kaldırmış, bireyin faydası ile toplumun faydası arasında bir menfaat dengesi kurmaya çalışmıştır.

Kamulaştırma ise, devletlerde sosyal devlet anlayışının ortaya çıkması ile ivme kazanmıştır. Devletler gelişen toplumların ihtiyaçlarına yetersiz kaynaklar ile cevap veremediğinden, kaynaklarına ilişkin yeni yorumlamalar yapmaya başlamış ve bu süreçte bireyin özel mülkiyet hakkının kısıtlanması ile kamulaştırma işlemlerine başlanmıştır.

Ulusal ve evrensel metinlerde mülkiyet hakkı kavramına özellikle yer verilmiş bu kavram İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Ek 1. Protokol ile de düzenlenmiştir. Yine Sözleşmeyi uygulayan devletlerin yüksek mahkeme olarak benimsediği İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi tarafından ise konuya ilişkin çeşitli kararlar verilmiştir. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin mülkiyet hakkının kısıtlanmasına ilişkin benimsediği yöntem öncelikle sözleşmeyi uygulayan devletlerinin iç hukuk kurallarının uygulanması akabinde ise iç hukukta düzenlenmeyen durumlara ilişkin olarak evrensel kuralların benimsenmesi olmuştur.

Bu çalışmada, ulusal ve evrensel olarak mülkiyet hakkına ilişkin en temel kısıtlama sebebi olarak görülen kamulaştırmanın yine mülkiyet hakkının özünü ortadan kaldırıp kaldırmadığı, devletlerin kamulaştırma yaparken mülkiyet hakkına ilişkin değerlendirmeyi nasıl yaptıkları incelenmiş aynı zamanda mülkiyet hakkına ilişkin olarak ulusal ve uluslararası olarak yapılan bedel belirlemede hangi kriterlere dikkat edildiği açıklanmıştır. Kamulaştırma bedelinin belirlenmesi sırasında bilirkişiler tarafından bedel belirlemede objektif kriterlerden yararlanılmadığı üzerinde durularak neredeyse aynı özelliklerdeki iki taşınmaz arasındaki kamulaştırma bedellerinin bu sebeple farklı olduğundan bahsedilmiştir.

Bedel belirlemesi yapılırken öngörülen kriterlerin nasıl ortaya konulduğu ifade edilerek, söz konusu kriterlerin mülkiyet hakkına ilişkin manevi olarak hissettiği kaybı karşılayıp karşılamadığı meselesi üzerinde durulmuştur.

Anahtar Kelimeler: *Mülkiyet, Kamulaştırma, Kamulaştırmaz El Atma, Temel Hak ve Özgürlükler, Kamu Yararı, Bedel Tespiti.*



ABSTRACT

Property rights have ever since their inception assumed a great importance comparable to the right to life in all societies. Every society has thus developed its own norms to protect the individual right to property. These legal norms have taken forms depending on the circumstances of the day in each given society. However, the individual right to property has come under attack as the State or those who act on its behalf fails to meet societal demands and is restricted or subject to forceable dispossession. Confiscation of property is essentially the result of the State's failure to meet the society's demands. In the formation of the statehood, the restriction of individual rights in law by other legal means has formed the social order. The State that conferred property rights to natural persons by law revokes them for the benefit of the society at large and thus aims to strike a balance between individual interests and those of the society.

Confiscation on the other hand has gained momentum with the rise of welfare state. States struggling to meet the social needs due to limited resources have turned to private property as an alternative resource and begun to expropriate them for public use.

The right to property finds its expression in numerous domestic legislation and international documents. Notably, Additional Protocol I of the European Convention of Human Rights provides for it as various aspects to it are reviewed and interpreted in many decisions by the European Court of Human Rights in such a way as to influence and change domestic rules on confiscation of private property, and where no such direct impact on domestic laws exists, to contribute to the formation of universal norms.

In this work, the question as to whether or not confiscation amounts to a major encroachment on the substance of private property rights is dealt with in the first part. Then there will be an attempt to evaluate how States perceive the right to property in the process of confiscation. Criteria for the determination of compensation for confiscation in national and international laws are studied. Finally the thesis aims to look into how such criteria are determined in the process of setting compensation and whether such criteria do really compensate the feeling of loss caused by the owners' forced dispossession of their assets.

Keywords: *Ownership, Expropriation, Expropriation Clawing, Fundamental Rights and Freedoms, Public Interest, Cost Determination.*

İÇİNDEKİLER

KABUL ONAY	iii
ONUR SÖZÜ	iv
ÖNSÖZ.....	v
ÖZET.....	vi
ABSTRACT	viii
İÇİNDEKİLER	ix
KISALTMALAR.....	xiii
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

MÜLKİYET HAKKI

1.1. Mülkiyet Hakkı Terminolojisi	4
1.2. Mülkiyet Hakkı Kavramı ve Tanımı	4
1.3. Mülkiyet Hakkının Tarihçesi	6
1.3.1. Roma’da Mülkiyet Hakkı	7
1.3.2. Orta Çağ’da Mülkiyet Hakkı	7
1.3.3. Yeni ve Yakın Çağda Mülkiyet Hakkı	8
1.4. Türk Hukukunda Mülkiyet Hakkının Tarihçesi	10
1.4.1. Cumhuriyet Öncesi Dönemde Türk Hukukunda Mülkiyet Hakkı	10
1.4.1.1. İlkçağda Türk Hukukunda Mülkiyet Anlayışı.....	10
1.4.1.2. İslamiyet Döneminde Türk Hukukunda Mülkiyet Anlayışı	10
1.4.1.3. Selçuklu Devleti Döneminde Mülkiyet Anlayışı	11
1.4.1.4. Osmanlı Devleti Döneminde Mülkiyet Anlayışı	12
1.4.2. Cumhuriyet Dönemi Türk Hukuku Anayasalarında Mülkiyet Hakkı	13
1.5. Mülkiyetin Sınırlama Sebepleri	21
1.5.1. Kamu Yararı.....	21
1.5.1.1. Kamu Yararı Kavramının Tarihçesi	21
1.5.1.2. İHAM Kararlarında Kamu Yararı Kavramı.....	21
1.5.1.3. Türk Hukukunda Mülkiyetin Yasal Kısıtlama Sebebi Olarak Kamu Yararı	25
1.5.1.3.1. Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Yararı Kavramı.....	27
1.5.1.3.2. Danıştay Kararlarında Kamu Yararı Kavramı	28
1.5.1.3.3. Yargıtay Kararlarında Kamu Yararı Kavramı	30

1.5.2. Mülkiyet Hakkına İlişkin Diğer Müdahale Türleri	32
--	----

İKİNCİ BÖLÜM

KAMULAŞTIRMA

2.1. Kamulaştırma Terminolojisi	34
2.2. Kamulaştırmanın Tanımı	34
2.2.1. Kamulaştırmanın Tanımsızlığı Sorunu.....	35
2.2.2. Kamulaştırmanın Doktrindeki Çeşitli Tanımları	35
2.2.3. Kamulaştırmanın Düzenleme Ortaklık Payı Kavramından Farkı.....	37
2.3. Kamulaştırma Kavramının Tarihçesi	41
2.3.1. 1876 Kanuni Esasisinde Kamulaştırma Kavramı	44
2.3.2. 1921 ve 1924 Anayasası Döneminde Kamulaştırma Kavramı	45
2.3.3. 1961 Anayasası Döneminde Kamulaştırma Kavramı.....	46
2.3.4. 1982 Anayasası Döneminde Kamulaştırma Kavramı.....	51
2.4. Kamulaştırmanın Bir Temel Hak Ve Özgürlük Olan Mülkiyet Hakkına Uygunluğunu Sağlayan Koşullar	54
2.4.1. 1982 Anayasasında Kamulaştırmanın İlk Koşulu: Kamu Yararı	54
2.4.2. Yüksek Mahkemelerin Kamulaştırmada Kamu Yararı Kavramına Bakış Açıları	58
2.4.2.1. Yargıtay Kararlarında Kamulaştırmaya İlişkin Kamu Yararı Kavramı	58
2.4.2.2. Danıştay Kararlarında Kamulaştırmaya İlişkin Kamu Yararı Kavramı	63
2.4.2.3. Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Yararı Kavramı.....	65
2.5. Kamulaştırmaya İlişkin 1982 Anayasası Tarafından Belirlenen Diğer Ölçütler	67
2.5.1. Kamulaştırmada Ölçülülük İlkesi	67
2.5.1.1. Ölçülülük Kavramının Alt Unsurları.....	69
2.5.1.1.1. Elverişlilik Unsuru	69
2.5.1.1.2. Gereklilik Unsuru	69
2.5.1.1.3. Orantılılık Unsuru.....	69
2.5.2. Kamulaştırmada Demokratik Toplum Düzeni Gereklerine Uygunluk İlkesi	71
2.5.3. Kamulaştırmanın Anayasal Koşulu Olarak Yasallık İlkesi.....	74

2.5.3.1. Kamulaştırmanın Yasallık İlkesi Karşısında, İdarece Takdir Yetkisi İle Ortaya Çıkan Kamulaştırmasız El Atma.....	75
2.5.3.2. Kamulaştırmanın Yasal Unsuru Olarak Gerçek Karşılık Hakkı İlkesi	78
2.5.3.2.1. Gerçek Karşılık Hakkı Kavramı ve Hakkın Doğuşu ve Gelişimi.....	79
2.5.3.2.1.1. Türk Hukukunda Gerçek Karşılık Hakkı ve Kamulaştırma Bedelinin Tespiti.....	79
2.5.3.2.1.1.1. Kamulaştırmanın Tespitinde Arsa, Arazi ve Bina Ayrımı....	87
2.5.3.2.1.1.1.1. Arazilerde Kamulaştırma Bedelinin Tespiti Halinde Esas Alınacak Kriterler	88
2.5.3.2.1.1.1.2. Arsalara İlişkin Olarak Kamulaştırma Bedelinin Tespiti Halinde Esas Alınacak Kriterler	93
2.5.3.2.1.1.1.3. Binalara (Yapılara) İlişkin Olarak Kamulaştırma Bedelinin Tespiti Halinde Esas Alınacak Kriterler:.....	96
2.5.3.2.1.2. Karşılaştırmalı Hukukta Kamulaştırma Bedelinin Tespiti	98
2.5.3.2.1.2.1. Alman Hukukunda Kamulaştırma Bedelinin Tespiti.....	98
2.5.3.2.1.2.2. ABD Hukukunda Kamulaştırma Bedelinin Tespiti.....	100
2.5.3.2.1.3. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Kamulaştırmada Bedel Tespiti	101

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

BİR İDARİ İŞLEM OLARAK KAMULAŞTIRMANIN ANALİZİ VE MÜLKİYET HAKKI AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

3.1. Kamulaştırma İşleminin Unsurları.....	107
3.1.1. Kamulaştırma İşleminde Yetki Unsuru	108
3.1.2. Kamulaştırma İşleminde Şekil Unsuru	109
3.1.3. Kamulaştırma İşleminde Sebep Unsuru	109
3.1.4. Kamulaştırma İşleminde Konu Unsuru	111
3.1.5. Kamulaştırma İşleminde Amaç Unsuru	112
3.2. Kamulaştırmanın İdari Aşaması.....	113
3.2.1. Kamulaştırma İşleminin İlk Aşaması: Kamulaştırma İçin Yeterli Ödeneğin Hazırlanması	114
3.2.2. Kamulaştırma İçin Kamu Yararı Kararının Alınması ve Onaylanması..	114
3.2.3. Kamulaştırılacak Taşınmazın Belirlenmesi.....	118

3.2.4.	Kamulaştırma Kararının Alınması	119
3.2.5.	Kamulaştırmaya İlişkin Satın Alma Usulü	119
3.2.6.	Asliye Hukuk Mahkemesinde Bedel Tespiti ve Tescil Davası Açılması	122
3.3.	Kamulaştırmadan Vazgeçme.....	128
3.4.	Malikin Kamulaştırılan Taşınmazı Geri Alma Hakkı	131
3.5.	İdarenin Kamulaştırmadan Doğan Sorumluluğu	133
3.5.1.	İdarenin Sorumluluğu Türleri	133
3.5.1.1.	İdarenin Kusur Sorumluluğu	134
3.5.1.1.1.	Hizmetin Kötü İşlemesi	136
3.5.1.1.2.	Hizmetin Geç İşlemesi	137
3.5.1.1.3.	Hizmetin Hiç İşlememesi	138
3.5.1.2.	İdarenin Kusursuz Sorumluluğu	138
3.5.1.2.1.	İdarenin Risk Sorumluluğu.....	139
3.5.1.2.2.	Kamu Menfaatleri Karşısında Eşitlik (Menfaatlerin Denkleştirilmesi)	140
3.5.2.	Kamulaştırma İşleminin İdarenin Sorumluluğu Açısından Değerlendirilmesi	141
SONUÇ		143
KAYNAKÇA		146
ÖZGEÇMİŞ		156

KISALTMALAR

ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
A.Y.	: Anayasa
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AÜHF.	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AÜHFD.	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
DOP	: Düzenleme Ortaklık Payı
E.	: Esas
Fak.	: Fakülte
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
İBK	: İçtihadı Birleştirme Kararı
İK	: İmar Kanunu
İHAM	: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi
İHASEP	: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Ek 1. Protokol
İnÜHFD	: İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
K.	: Karar
M.Ö.	: Milattan Önce
s.	: sayfa
ss.	: sayfa aralığı
S	: Sayı
SBE	: Sosyal Bilimler Enstitüsü
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
yy	: yüzyıl

GİRİŞ

Mülkiyet hakkı, diğer bütün temel hak ve özgürlükler gibi korunması gereken haklardandır. Bu nedenle ortaya çıktığı ilk günden beri toplumlar tarafından mülkiyet hakkının korunmasına yönelik olarak çeşitli önlemler alınmıştır. İnsanlık tarihinin başlangıcından beri neredeyse hayat hakkı kadar korunan mülkiyet hakkı, yazının bulunması ile toplumlar tarafından düzenlenen yazılı belgelere de konu edilmiş, özellikle toplumlarda yaşanan teknolojik gelişmelerle ivme kazanarak söz konusu belgelerin en temel düzenlemeleri arasında yer almaya başlamıştır. Toplumlar tarafından korunmaya değer görülen en temel hakkın hayat hakkı olmasının karşısında “*Mal canın yongasıdır.*” atasözünde de ifade edildiği gibi mülkiyet hakkının hayat hakkının tamamlayıcısı konumunda olduğunun belirtilmesinin eski dönemlere rastladığı görülmektedir. Toplumların kuralları ve bu kurallara dayalı olarak zamanla meydana getirdiği belgelere bakıldığında bütün toplumların mülkiyet hakkı ile ilgili bir geçmişi olduğu görülecektir. Zamanla mülkiyet hakkı ortaya çıktığı toplumlardan etkilenmekle kalmamış hem ortaya çıktığı toplumu hem de ortaya çıktığı toplumla etkileşim içerisinde bulunan diğer toplumları da etkilemeye devam etmiştir. Hatta insanlık tarihine bakılacak olursa toplumların özellikle farklı topraklara sahip olma düşüncesi ile savaştıkları ve savaşların en büyük sebebinin yeni topraklara sahip olma düşüncesi olduğu söylenebilir. İşte bu noktada korunması gereken sadece devletin toprağı ile sınırlı kalmamakta bireye de o devletin vatandaşı olmakla tanınan hakların da korunması düşüncesi ortaya çıkmaktaydı. Yani birey aslında hem kendi yaşadığı devletin topraklarını korumakta hem de bu vasıta ile kendi özel mülkiyetindeki toprağın elinden alınmasını önlemekteydi. Bunun en güzel uygulamasını Osmanlı Devleti, belli dönemlerde topraklarını tımar olarak askerlerine dağıtmakla sağlamıştır. Özel mülkiyet anlayışının gün geçtikçe önem kazanması kimi zaman imparatorlukların dahi yok olmasına sebebiyet vermişse de bugün en temel insan hakkı olan hayat hakkı kadar mülkiyet hakkının yasalar ve evrensel belgelerle korunması durumu dahi göstermektedir ki, mülkiyet hakkından ayrı bir hayat hakkı düşünülemez.

Özel mülkiyetin zamanla sanayileşme ve özellikle teknolojik yeniliklerle ivme kazanması, devletleri yeni arayışlara itmiş ve devletler ya da gücü elinde bulunduran erk sahipleri vatandaşın özel mülkiyetinde bulunan mallara nasıl el konulabileceğine ilişkin olarak yeni kararlar almak zorunda kalmışlardır. Tarihsel olarak düşünüldüğünde insanlık tarihinin ilk zamanlarında kamulaştırma kavramına çok fazla rastlanmaması şaşılabilecek bir durum değildir. Zira toplumların ilk ortaya çıktığı zamanlarda sınırlı kaynakların sınırsız ihtiyaçlara cevap vermesi gibi bir sorun bulunmamakta, zaten doğada var olan bütün

kaynaklar toplumlar tarafından ihtiyaçlara göre kullanılmaktaydı. Ancak bir müddet sonra toplumlar kendilerini de sınırlayabilecek ve koruyabilecek bir sistem arayışı içerisine girmiş ve böylece devleti elinde bulunduracak bir erkin varlığı anlayışı yerleşmeye başlamıştır. Devletlerin ortaya çıkması yerleşik düzeni ve yerleşik düzen içerinde bulunan kaynakları etkili bir biçimde kullanmayı zorunlu kılmış ve zamanla devletin ya da gücü elinde bulunduran erkin vatandaşın malına da el atması sonucunu doğurmuştur. Zira gücü elinde bulunduran erk ilk zamanlarda, vatandaşın malına istediğı gibi el atabilmekteyken, bu durumun vatandaşın devlete olan bağılılığını azaltmasına sebebiyet verdiği söylenilebilmektedir. İşte bu ortamda gücü elinde bulunduran erk sahibi vatandaşın malına el koyarken çeşitli kurallara bağılı kalınması gibi şartlar öngörerek vatandaşın devlete olan inancını güçlendirmeye çalışmıştır. Bu noktada ortaya çıkan kamulaştırma işlemi, aslında teknoloji ve sanayileşmenin en büyük getirisi olarak hukuk sistemlerinde de yer almaya başlamıştır. Devlet elindeki sınırlı kaynaklar ile bireye yeni hizmetler sunamamakta, bu hizmetleri sunabilmek için bireyin elinde bulunan mala el koymak zorunda kalmaktaydı. Bu sebeple bireyin elindeki malın karşılığında bireyin tatmin edilmesi gerektiğı anlayışı ortaya çıkmıştır. Bireyin bir temel hak ve özgürlüğünün ihlal edilmesi, bireyin sadece maddi ya da manevi kaybına sebebiyet vermemekte aynı zamanda devlete olan güveninin de zamanla kaybolmasına sebebiyet vererek, bireyin zamanı geldiğinde hayat hakkının da elinden alınabileceğı korkusu ile yaşamasına yol açabilecektir. İşte bu ortamda devletlerin, bireylerinin kendilerine olan bağılılıklarını da devam ettirebilmeleri açısından kamulaştırma kavramını hukuklarına soktukları düşünülebilir. Bu boyutuyla mülkiyet hakkına kamulaştırma suretiyle el atılması, idare hukukunun alanı olmakla birlikte, bireyin bir temel hak ve özgürlüğünün ortadan kaldırılması boyutuyla da kamulaştırmanın özel hukuk boyutunun olduğı ortadadır.

Bu çalışmada bireyin en temel hak ve özgürlüklerinden olan mülkiyet hakkının kamulaştırma suretiyle nasıl ortadan kaldırıldığı anlatılmış olup; ilk bölümde mülkiyet hakkı, mülkiyet hakkının tarihi gelişimi ve bu hakkın hangi ilke ya da ilkeler ile sınırlanabileceğı iç hukuk ve yabancı hukuklarda mülkiyet hakkına nasıl bakıldığı yargı kararları ile ortaya konulmuştur. Yine çalışmamızın ikinci bölümünde kamulaştırma kavramı tarihsel gelişimi içerisinde incelenmiş ve aynı zamanda yargı kararları ile bu kavramın nasıl genişletildiğı örnekleri ile anlatılmaya çalışılmıştır. Çalışmamızın üçüncü ve son bölümünde aslında kamulaştırma kavramının tamamen bir idari işlem olduğı ve iç hukukta bir kanunla düzenlendiğı ortaya konularak bu kavramın iinin yargı kararları ve idarenin takdir yetkisi ile

genişletilmemesi gerektiğinden bahsedilmiştir. Konunun sonuç bölümünde ise, bir temel hak ve özgürlüğün ortadan kaldırılması anlamına gelen kamulaştırma kavramının vatandaşa yeterli düzeyde tatmin sağlanması sadece gerçek karşılık bedeli anlamına gelmediği aynı zamanda vatandaşın temel hak ve özgürlüğünün ihlaline de bir tatmin usulünün öngörülmesinin gerektiği belirtilmiştir.



BİRİNCİ BÖLÜM

MÜLKİYET HAKKI

1.1. Mülkiyet Hakkı Terminolojisi

Mülkiyet, hukuk terminolojisinde önemli yer tutan ve sosyal bilimlerin tamamının incelediği bir terimdir. Mülkiyet terminolojisi incelenirken, kavramsal çerçevesinin aktarılması dışında pozitif hukuktaki kapsamının dışında tespit edilmesi gerekmektedir¹.

Bugün dilimizde kullanılan mülkiyet, Arapça kökenlidir. Kavram olarak mülkiyet “*hüküm ile bir şeyin zapt ve tasarrufu, onun üzerinde tek başına tasarruf yetkisi ve iktidarı*” anlamına gelir². Mülkiyet kavramı bu anlamları ile birlikte “*azim*” “*azamet*” ve “*saltanat*” gibi manaları da içermektedir. Arapça “*m, l, k*” harflerinden türeyen –melik, malik ve meleke- gibi kelimelerin tamamında güç ve iktidar anlamı bulunduğundan “*mülkiyet ile egemenlik*” kavramları arasında oldukça yakın bir ilişki ve benzerlik bulunmaktadır³.

Roma, “*Ius Civile*”⁴ sinde mülkiyet kavramının karşılığı olarak kullanılan pek çok kavram vardır. Gerçekten bir taraftan Egemenlik Hakkının (Potestas) konusuna göre yapılan ayırmada, Aile Evlatları üzerindeki egemenlikten (Patria Potestas), Evli Kadın üzerinde kurulan egemenlikten (Manus) ve belli mallar üzerinde kurulan egemenlikten ise (Mancipium) olarak söz edildiği kaynaklardan görülmektedir. Diğer taraftan kaynaklarda genellikle mülkiyet kavramının karşılığı olarak, en çok Dominium ve Proprietas kavramlarının kullanıldığına rastlanmaktadır. Bununla birlikte Klasik Hukuk Dönemi’nde, mülkiyetin hukukçular tarafından yapılmış tanımları bulunmamaktadır⁵.

1.2. Mülkiyet Hakkı Kavramı ve Tanımı

Doktrin tarafından henüz üzerinde tam ve net olarak anlaşılabilmiş bir mülkiyet tanımı ve sınırlaması bulunmamaktadır. Mülkiyet konusu günümüzde sadece maddi mallar⁶ ile sınırlı tutulmamakta söz konusu kavram maddi olmayan malları da karşılamak için kullanılabilmektedir.

¹ Özel, Sadullah, Mülkiyet Kamulaştırma ve Gerçek Karşılık Hakkı, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, s. 21.

² Başpınar, Veysel, Mülkiyet Hakkını İhlal Eden Müdahaleler, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s. 85.

³ Özel, 2013, s. 21.

⁴ Ius Civile : Roma hukuk düzeninin geleneksel çekirdeğini teşkil eder Bu öz, örf ve adetlerden , 12 Levha’ da yer alan hukuk kurallarından ve bu kuralların yorumları ile elde edilen hükümlerden meydana gelmekteydi. Ius civile , sadece Romalılara uygulanan hukuk anlamını taşımaktadır. Bkz. Tahiroğlu, B. ve B. Erdoğan, Roma Hukuku Dersleri, (6. Basım) DER Yayınları, İstanbul 2010, s. 121-123.

⁵ Karadeniz Çelebican, Özcan, Roma Eşya Hukuku, (4. Basım), Yetkin Yayınları, Ankara 2008, s. 95.

⁶ Maddi Mal: Taşınır ve taşınmaz mallar gibi fiziksel varlığı bulunan gözle görülüp elle tutulabilen mal; karş. Gayri maddi mal Bkz. Yılmaz, Ejder, Öğrenciler İçin Hukuk Sözlüğü, (4. Basım), Yetkin Yayınları, Ankara 2010 s. 467.

Mülkiyet kavramına hukuk doktrininin net bir tarif bulamamasının sebebi, kavramın soyut bir fikir olmasından ileri gelmektedir. Mülkiyet, gerçekte insan ile insan arasındaki ilişkileri kapsayan geniş bir kavram olarak görünmektedir. İnsan, varlığını devam ettirmek için tabiatta bulunan nesneleri elde etmeye, ihtiyacına göre bu nesnelere şekil vermeye ve onları hakimiyet altına almaya çalışır⁷.

Mülkiyet kavramı üzerinde yukarıda da belirtildiği üzere tam ve net bir fikir birliği olmamakla birlikte, mülkiyetin tanımı ve kapsamı ile ilgili olarak Türk Hukukunda ve çeşitli hukuklarda yazarlar tarafından değişik tanımlar yapılmaktadır.

Mecelle'nin 125. maddesinde “*Mülk insanın malik olduğu şeydir, gerek ayan olsun gerek menafî olsun*” şeklinde mülkiyetin değil mülkün tanımı yapılmıştır⁸.

Eren'e göre mülkiyet, “*hukuk düzeninin eşya üzerinde kurulmasına izin verdiği hakların en geniş*” olarak tanımlamıştır⁹.

Gözler'e göre mülkiyet,

Mülkiyet hakkı, hak sahibine en geniş yetkiler tanıyan ayni haktır. Bu tanımda geçen ayni hak kavramını açıklamak gerekmektedir. Ayni haklar, maddi mallar üzerindeki mutlak haklardır. Bu tanımda geçen maddi mallar ile mutlak haklarında açıklanması gerekmektedir. Maddi mallar, elle tutulup gözle görülebilen mallardır. Mutlak haklar ise; hak sahibine en geniş yetkiler veren ve sahibi tarafından herkese karşı ileri sürülebilen haklardır¹⁰.

Yargıtay tarafından verilen kararlarda da mülkiyet hakkına ilişkin olarak ilk kararlardan bugüne kadar mülkiyet hakkının konusu, içeriği ve kapsamı ile ilgili çeşitli değişikliklerin olduğu görülmektedir. Yargıtay tarafından mülkiyete ilişkin ilk kararlarda mülkiyetin özellikle kapsamı konusunda yalnızca maddi malların girdiği; ancak daha sonra kararlarda mülkiyetin yalnızca maddi mallar ile sınırlı tutulmadığı, fikri ve sınai hakların dahi mülkiyet hakkı olarak değerlendirildiği görülmektedir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu' nun (YHGK) 15.12.2010 tarihli kararında¹¹ Anayasanın 35. maddesince güvence altına alınan mülkiyet hakkının, kişinin bir şey

⁷ Başpınar, 2009, s. 85.

⁸ Özel, 2013, s. 28.

⁹ Eren, Fikret, Mülkiyet Kavramı- A. Recai Seçkin'e Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1974, s. 765.

¹⁰ Gözler, Kemal, Hukukun Temel Kavramları, (7. Baskıdan 2. Ek Baskı), Ekin Yayınları, Bursa 2010, s. 264, 265.

¹¹ Kararda, imar planınca uzun bir süre okul alanı olarak tahsis edilmiş bulunan dava konusu taşınmazı kamulaştırmayarak veya takas yoluyla davacıya başka bir yerden taşınmaz vermeyerek pasif kalmak suretiyle tasarrufunu engelleyen davalı idarenin, Anayasada yer alan temel hak ve hürriyetlerde, bireyin mülkiyet hakkına

üzerindeki hakimiyetini ifade eden malike dilediği gibi tasarruf olanağı veren ve ona özgü olduğundan bahisle mutlak haklar arasında olduğu belirtilerek; idarenin kamu yararı nedeniyle kamusal amaçların gerçekleştirilmesi için bir takım amaçlar yaparken, Anayasanın 2. kısmında yer alan temel haklar ile uyumlu, özellikle 35. maddesi ile güvence altına alınan mülkiyet hakkına saygılı olması gerektiğine dikkat çekilerek, mülkiyet hakkının sahibine bir takım imkanlar sağlayan ve anayasal korumaya sahip bir hak olarak tanımladığı görülmektedir¹². Konuya ilişkin belirtilen Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı ile ilgili olarak bu çalışmanın 2. kısmında ayrıntılı olarak açıklama yapılacağından bu kısımda sadece Yargıtay'ın mülkiyet hakkını nasıl tanımladığı ve nasıl değerlendirdiği üzerinde durulmuştur.

1.3. Mülkiyet Hakkının Tarihçesi

Mülkiyet hakkı, insanlık tarihi ile birlikte başlamıştır. Eski çağlardan beri insanoğlu bir malvarlığına sahip olmayı insan hayatı ile neredeyse aynı düzeyde görmüş ve malvarlığını nasıl ve nerede, ne şekilde değerlendirebileceği ile ilgili teorik ve pratik tespitlerde bulunmaya çalışmıştır. Mülkiyet hakkı öyle bir haktır ki daha devletin bile varlığı doğmamışken insanlar tarafından tanınmaya başlanmıştır. Hayat hakkına bağlı bir statüde gelişen ve olgunlaşan mülkiyet hakkı, insanlar tarafından önce örfi geleneklere dayandırılmış akabinde ise yazının icadı ve diğer toplumsal kurallarında hayata geçirilmesi ile birlikte toplumsal sözleşmelere ve beyannamelere yansımış ve zamanla evrensel yasalar ile korunmaya başlanmıştır. Mülkiyet hakkı da diğer haklarda olduğu gibi, içinde yaşadığı toplumdan, toplumun ve çağın şartlarından yaşanan savaşırlardan ve ekonomik krizlerden etkilendiği mukayeseli hukuklardan¹³ (karşılaştırmalı hukuk) da anlaşılmaktadır.

Tarihsel olarak mülkiyet hakkına ilişkin değerlendirmelere geçmeden önce bu çalışmada incelenen mülkiyet hakkının, sadece malvarlığına yönelik olan mülkiyet hakkı olduğu ve yine malvarlığına yönelik mülkiyet haklarından ise sadece taşınmaz mülkiyetine yönelik inceleneceğini açıklamakta fayda görülmektedir. Zira mülkiyet kavramı yeni ve yakın

saygılı olduğundan söz edilemeyeceği ifade edilmiştir. Bu nedenle uzun yıllar programa alınmayan imar planının fiilen hayata geçirilmemesi nedeniyle kamulaştırma ya da takas cihetine gitmeyen davalı idarenin, malikin taşınmaz üzerindeki tasarruf hakkını belirsiz bir süre için kullanılamaz hale getirdiği, dolayısıyla malikin taşınmazdan mülkiyet hakkının hukuksal bir nedene dayanılmadan idarece engellendiği belirtilerek, idarenin eyleminin mülkiyet hakkının özüne dokunan ve onu ortadan kaldıran bir niteliğe sahip bulunan kamulaştırmaz el koyma olgusunun varlığı için yeterli bulunduğu ve bu nedenle mülkiyet hakkı engellenen taşınmaz mal sahibi davacının, dava yoluyla kamulaştırmaz el koyma hükümleri doğrultusunda mülkiyeti bedele çevrilmesini, yani idareden değer karşılığının verilmesini isteyebileceği kararına varmıştır. Bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2010/5-662, K.2010/651, T.15.10.2010 < <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>.> (24.02.2019)

¹² Özel, 2013, s. 32

¹³ Mukayeseli hukuk (Karşılaştırmalı Hukuk): Çeşitli hukuk dallarında karşılaştırma yapmaya elverişli kavram ve kurumlar arasındaki benzerlik ve farklılıkları inceleyen hukuk dalı.

çağda artık farklı boyutları ile değerlendirmekte, mülkiyeti ilk olarak taşınır ve taşınmaz mallara indirgeyen teoriler gün geçtikçe kaybolmaktadır. Geline nokta itibari ile mülkiyet sadece maddi mallar ile sınırlı tutulmamakta, mülkiyetin gayri maddi malları ile birlikte fikri ve sınai hakları da içine alan bir çizgide değerlendirildiği görülmektedir. “*Mülkiyet hakkının konusuna taşınır ve taşınmaz malların gireceği noktasında herhangi bir sorun olmasa da fikri ve sınai hakların, alacak hakları gibi gayri maddi malların mülkiyet hakkına konu olup olmayacağı noktasında görüş birliği yoktur*”¹⁴.

1.3.1. Roma’da Mülkiyet Hakkı

Tarihsel olarak, mülkiyet hakkı dine dayalı veya ailesel etkilere dayalı mülkiyet hakkı olarak karşımıza çıkmaktadır. Burada dine ya da inanca dayanan mülkiyet hakkına örnek olarak ilk çağlarda yaşayan insanların eşyaları ile birlikte gömülmeleri ritüeli akla gelebilir. “*Aile mülkiyeti ve örfi kurallar ile gelişen mülkiyet hakkı M. Ö. 451- M. Ö. 449 yılları arasında hazırlanan 12 Levha Kanunları ile bu örfi kurallar yazılı hale getirilmiştir*”¹⁵. Roma Hukukuna kadar dayanan mülkiyet hakkı aslında Roma Hukukuna komşuluk hukuku ile birlikte girmiş ve malı kullanma (usus), maldan yararlanma (fructus) ve malı tasarruf etme (abusus) yetkileri ile sınırlandırılmıştır¹⁶.

1.3.2. Orta Çağ’da Mülkiyet Hakkı

Orta Çağ’a gelindiğinde bu dönemde Avrupa’da feodal yapıdan etkilenen mülkiyet hakkı bu dönemde etkili olan sınıf farklılıkları da dikkate alınarak değerlendirilmeye başlanılmış ve mülkiyet hakkının ortaklığa dayanabileceği hususu bu dönemde güçlenmiştir. Çeşitli siyasi akımlarında bu dönemde hızla ivme kazanması ve özellikle liberalizmin¹⁷de etkisiyle mülkiyet hakkı kişiye bağlı, dokunulmaz ve devredilmez bir hak olarak hukuki metinlerde yerleşmeye başlamıştır. “*Liberal anlayışa dayalı siyasal sistemle birlikte devlet ve toplum, bireyin sahip olduğu diğer özgürlüklerin yanında özellikle mülkiyet hakkı ile*

¹⁴ Akça, Kürşat, Anayasa Mahkemesi Kararlarında Mülkiyet Hakkı, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (İnÜHFD) Özel Sayı Cilt:1 Yıl: 2015 s. 545.

¹⁵ Karadeniz Çelebican, Özcan, Roma Hukuku, Yetkin Yayınları, 15. Baskı, Ankara 2012, s. 58; Tahiroğlu, Bülent /Erdoğan, Belgin, Roma Hukuku Dersleri Der Yayınları, 8. Baskı, İstanbul 2012, s. 44; Güriz, Adnan, Teorik Açından Mülkiyet Sorunu, AÜHF Yayınları, Ankara 1969, s. 27; Akad, Mehmet /Dinçkol, Abdullah, 1982 Anayasası Ve Anayasa Mahkemesi Kararları, Der Yayınları, İstanbul 2007, s.31; Küçükbaşakçı, Erdem, “Roma Hukukunda Mülkiyet Hakkının Sınırları”, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi) Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2010, s. 6’ dan aktaran Akça, 2015, s. 546.

¹⁶ Güriz, Adnan, Hukuk Başlangıcı, Siyasal Kitabevi Yayınları, 13. Baskı, Ankara 2011, s. 177.

¹⁷ Liberalizm: Zenginliği yaratan şeyin bireysel çıkarların itici gücü olduğunu savunan ve bu nedenle bireye ve bireysel özgürlüğe büyük önem veren siyasal ideoloji. Devletin ekonomideki rolünün sınırlandırılması, serbest girişim, bireyin temel değer olarak kabul edilmesi, insan hakları ve hukukun üstünlüğü gibi ilkeler liberalizmin temel ilkeleridir. <<https://tarihbilgi.org>> (21. 03. 2019)

sınırlıdır.¹⁸” Siyasi akımlardan Orta Çağ’da liberalizm ile etkilenmeye başlayan mülkiyet hakkı bu akımdan sonra her hakkın ve kuralın da beraberinde getirdiği gibi siyasi akımların da antitezini yaratmış ve bu durum yine mülkiyet anlayışında Marksist¹⁹ yaklaşım ile Sosyalist²⁰ yaklaşımları da beraberinde getirmiştir. Marksist yaklaşım, liberal yaklaşımın tam tersi bir yaklaşım olup, bu yaklaşımda bireyin değil toplumun mülkiyet anlayışı egemendir. Sosyalist yaklaşım ise her iki mülkiyet yaklaşımını kucaklayarak malikin mülkiyet hakkının toplumun yararını dışlayamayacağını savunmuştur.

Sosyalizmden etkilenen sosyal devletin ana vasfı icraattır. Sosyal devlet, vermek için vardır. Sosyal devletin temel amacı, bireyin elinde bulunanı çoğaltmaktır. Sosyal devletin omurgası, özgürlük haklarıdır. Bu bağlamda özgürlük hakları devletle vatandaş arasında rasyonel, özgürlük düşüncesi ile işlenmiş bir anlayışın doğrudan yansımasıdır. Temel hakların bu fonksiyonundan dolayı devlet kendi yapıp etmelerini meşrulaştırmak zorundadır; vatandaşın böyle bir zorunluluğu yoktur²¹.

1.3.3. Yeni ve Yakın Çağda Mülkiyet Hakkı

Mülkiyet anlayışı Orta Çağ’dan sonra hızla gelişerek anayasalardan önce insan hakları beyannamelerinde yer almıştır. Bu beyannamelerden ilk ve önemlisi, ABD Hukuku’nda 14 Ekim 1774 tarihli Kolonilerin İlk Kongre Beyannamesidir. “*Bu beyannamenin birinci maddesinde Amerika’da yaşayan insanların mülkiyet hakkına sahip oldukları ve bu hak üzerinde kendi rızaları haricinde tasarruf etme yetkisinin hiçbir hâkim güce terk edilemeyeceği*” açıkça yer almıştır²².

“*Mülkiyet hakkının insan hakları beyannamelerinde doğrudan ve geniş olarak yer aldığı metin ise 1789 tarihli ‘Fransız İnsan Ve Vatandaş Hakları Beyannamesi’dir*”²³. Ancak Fransız İnsan Ve Vatandaş Hakları Beyannamesi incelendiğinde görülecektir ki, bu Beynamede erkeklerin devlet karşısındaki konumuna ilişkin bilgiler yer almaktadır.

¹⁸ Doğan, İlyas, Sivil Toplum Anlayışı ve Siyasal Sistemler, Astana Yayınları, 4. Baskı, Ankara 2015, s. 103.

¹⁹ Marksizm: Bir ideoloji olarak Marksizmin temel amacının sınıfsız topluma ulaşma, yani komünist aşamaya geçmek olduğunu söyleyebiliriz. <www.ywnifelsefe.com> (21.03.2019)

²⁰ Sosyalizm: İktidarın ve üretim araçlarının halkın kontrolünde olduğu ortaklaşa kullanıldığı bir sistemdir. Sosyalist anlayışta mülkiyet hakkı bireyin mülkiyet hakkını korurken toplumun mülkiyet hakkını da göz ardı etmez.

²¹ Doğan, İlyas, Anayasa Teorisi, Lale Yayıncılık, 1. Baskı, 2014, s. 805

²² Aktan, Coşkun Can, Hak Ve Özgürlükler Antolojisi, Ankara 2000, s.89’dan aktaran Başpınar, Veysel, Mukayeseli Hukukta Ve Türk Hukuku’nda Mülkiyet Hakkı Teminatı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHFD), 65(3) 2016; s. 633-658.

²³ Başpınar, 2016, s. 638.

Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi, erkeklerin devlet karşısındaki konumunu güçlendirmişse de bu bildirgeyi ortaya çıkaran Fransız İhtilali'ne ilişkin özgürlük ortamı ekonomik olarak da özgürlükçü bir anlayışı beraberinde getirmiştir. Bu noktada vurgulanması gereken en önemli husus bu özgürlükçü ortamın bütün insan haklarına hemen etki etmediğidir. İlk aşamada Fransız İhtilali'nin özgürlükçü ortamından etkilenen en önemli insan hakkının 'mülkiyet' olduğu görülmektedir. Zira bu dönemde sanayileşmenin artması ile birlikte ekonomik değeri olan insan haklarının da daha çok dikkate alınması sonucunu doğurmuştur²⁴.

1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisinin 17. maddesinde 'dokunulmaz kutsal bir hak' olarak nitelendirilen mülkiyet hakkı (daha önce Magna Carta ile de benzer esas getirilmişti) hemen hemen bütün devletler tarafından vatandaşların en temel hakları arasında zikredilmeye başlanmıştır²⁵.

Bu gelişmelerden sonra özellikle Amerika'da ortaya çıkan bazı beyannameler ve anayasalar ile ayrıca korunan mülkiyet hakkı 10 Aralık 1948 tarihli Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 17. maddesinde şu şekilde yer almıştır; *"Herkesin tek başına veya başkalarıyla ortaklaşa mal ve mülk edinme hakkı vardır. Hiç kimse keyfi olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılmaz."*

Ancak mülkiyet hakkının yer aldığı ve günümüzde de devletlerin iç hukuklarına dahi sirayet eden madde metni ise; İHASEP (İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Ek 1. Protokol)' tir. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Ek 1. Protokol' de mülkiyet kavramı bütün boyutları ile ele alınmıştır. Zira 19. Yüzyıla (yy) kadar mutlak ve sınırsız bir hak olarak kabul edilen mülkiyet hakkı, 20. yy' a geldiğinde sınırsız özelliğini belli düzenlemeler ile yitirmeye başlamıştır. İşte mülkiyete ilişkin olarak yasalarla ya da sözleşmelerle konulan kısıtlamalar bireysel mülkiyete yönelik değerlendirmeleri kısıtlarken toplumsal mülkiyet alanına ilişkin olumlu yönde bir genişleme olmuştur. Ancak kanunlar ile ya da anayasalar ile toplumsal alanda genişleyen mülkiyet hakkının, bireyin mülkiyet hakkını, nasıl ve ne şekilde etkileyebileceği belirli kurallara bağlanmamış, bu kısıtlamalar hep soyut kavramlar üzerinden ilerlemiştir. *"20. yüzyıldan sonra hem mülkiyet hakkının sınırlama sebepleri (imar planları, vergiler, para*

²⁴ Tahtalı, Murat Buğra, Kadının Yaşam Hakkının Korunmasında İdari Kolluğun Rolü ve Önemi, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Kırıkkale, 2018, s. 24

²⁵Göven, Yusuf, Kamulaştırma İşlemlerinde Kamu Yararı, Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Sayı: 1, Ocak 1999, s. 251.

cezaları kira kontrolleri gibi) artış göstermiş; hem de mülkiyetin sadece bir hak değil aynı zamanda topluma karşı bir ödev olduğu anlayışı da yaygınlaşmıştır”²⁶.

1.4. Türk Hukukunda Mülkiyet Hakkının Tarihçesi

Mülkiyet hakkı, Türk Hukuk tarihinde de diğer hukuklarda olduğu gibi insanlık tarihi ile başlamış, sürekli değişim ve gelişim göstermiştir. Türkler tarihin ilk çağlarında avcılık ve toplayıcılık ile geçinmekte ve söz konusu yaşam biçimleri de mülkiyet anlayışlarını oluşturmaktaydı. Göçebe hayat tarzı süren Türklerin öncelikle taşınır eşya mülkiyetine ilişkin değerlendirmelerde bulunduğu ancak Uygur Türkleri tarihine gelindiğinde yerleşik hayata geçme ile taşınmaz mülkiyetinin de oluşturulduğu söylenebilir. Bu çalışmada yukarıda da ifade ettiğimiz üzere; sadece taşınmaz mülkiyetine ilişkin kamulaştırma kavramı çerçevesinde değerlendirme yapılacağı için Türk Hukukunda Mülkiyet Hakkının da sadece taşınmaz mülkiyeti yönünde inceleneceği bir kez daha belirtilmelidir.

1.4.1. Cumhuriyet Öncesi Dönemde Türk Hukukunda Mülkiyet Hakkı

1.4.1.1. İlkçağda Türk Hukukunda Mülkiyet Anlayışı

Türk toplumunda ilk zamanlarda kut anlayışı²⁷ hakimdi. Bu anlayış İslamiyet öncesi Türklerde egemenliğin kim tarafından, ne şekilde kullanılacağı ve nasıl sınırlanacağına dair de çeşitli sonuçlar doğurmaktaydı. Bu anlayışa göre, egemen, her alanda yetkili ve etkin olduğundan her şey egemene bağlıydı²⁸. Bu İslamiyet öncesi Türklerde de mal ve mülk edinmeye ve özellikle toprak hukukuna ilişkin çeşitli kuralların egemen tarafından konulmasına dayanak teşkil etmektedir. Egemen, Gök Tanrı tarafından kendisine verilen bu yetkiyi toplumsal alanlarda sınırsız bir şekilde kullanmaktaydı.

1.4.1.2. İslamiyet Döneminde Türk Hukukunda Mülkiyet Anlayışı

İslamiyet’in benimsenmesi ile Türkler öncelikle yaşam tarzlarında da İslamiyet etkisi ile değişikliklere gitmişlerdir. Bu durum sadece dinsel olarak Türklerin farklılaşmasını değil aynı zamanda hukuki ve ailevi olaylara da yansımış ve yerleşik hayata geçiş süreci İslamiyet ile ivme kazanmıştır. İslam dininin çeşitli mabetlerinin olması ve bu mabetleri yapıp, bu

²⁶ Şimşek, Suat, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında Kamu Yararı Kavramı Ve Devletlerin Takdir Hakkı, Adalet Dergisi 2012 ss. 177-201) <www.yayin.adalet.gov.tr> (21. 02. 2019)

²⁷ Kut Anlayışı: Egemenliğin doğrudan doğruya Göktanrı’ dan geldiğine yönelik anlayış. Kut anlayışına göre, devleti yöneten egemen yetkisini doğrudan Göktanrı’ dan almakta olduğundan egemen her şeye sahip olmalıdır. Kut anlayışı hakkında ÖZDEMİR, Gürbüz, Batı’da Ve Türklerde Egemenlik Kavramı, Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi 23, 2009 s.123-138. <<http://birimler.dpu.edu.tr>> (23. 02. 2019)

²⁸ Özdemir, 2009, s. 123-138.

mabetlerin etrafında yaşama isteği göçebe hayatı neredeyse bitirme noktasına getirmiştir²⁹. Belli mabetler etrafında yaşamaya çalışılması yerleşik hayatı beraberinde getirmiş ve yerleşik hayat ise mülk anlayışına hız kazandırmıştır³⁰. İslam hukuku özel mülkiyet anlayışının hakim olduğu böyle bir toplumda ortaya çıkmış olup; özel mülkiyet anlayışı da temel dini meşruiyet temeline dayandırılmıştır³¹.

Kur’ an öğretisinden ve hadislerden dünyada bulunan her şeyin mülkiyetinin aslında Allah’ a ait olduğu, yani insanların mallar üzerinde kullanma, yararlanma ve tasarruf yetkilerini kapsayan hakların bir yediemininkine (korunması ve idaresi kendisine verilen kişi) benzediği sonucu çıkarılabilir³². Görüldüğü üzere, İslam Hukukundaki mülkiyet anlayışının İslam öncesi dönemdeki anlayıştan çeşitli izler taşıdığı ortadadır. İslam öncesi dönemde, egemeninin yetkilerini Göktenrı’ dan aldığı ve egemenin Göktenrı’ nın yeryüzündeki temsilcisi olduğu anlayış geçerlidir. Benzer şekilde İslamiyet ile yeryüzündeki her şeyin Allah’ ın olduğu inancı yerleşmiştir. Yine Güriz tarafından da yukarıda belirtildiği gibi, insanların mallar üzerinde kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma haklarının varlığının olduğu İslamiyette kabul edilmekle birlikte aslında Roma Hukukunda, mallar üzerindeki haklardan insanların nasıl yararlanacağı ilkelerinden İslam Hukukundaki mülkiyet anlayışının da etkilendiği görülmektedir. Romada da mülkiyet hakkı, “*Sahibine o eşyayı kullanma (usus), ondan yararlanma (fructus) ve onunla ilgili her türlü tasarrufta bulunma (abusus) yetkisini veren tam ve sınırsız bir haktır*”³³.

1.4.1.3. Selçuklu Devleti Döneminde Mülkiyet Anlayışı

Selçuklu Devleti ordu eksenli kimliğini ve sosyal yapısını, İslam Devletlerinde uygulamış olan ikta sistemine³⁴ entegre etmiş ve askeri ikta olarak adlandırılan yeni bir mülkiyet kurumunun doğmasına vesile olmuştur. Askeri iktaların yanında Selçuklu Devleti İslam dininin özellikle üstünde durduğu özel mülkiyet konusuna temkinli yaklaşmış, özel

²⁹ Demir, Mustafa, Türk- İslam Medeniyetinde Şehirleşme, İslami Araştırmalar Dergisi, Cilt:16, Sayı:1, 2003, s. 158.

³⁰ Şeşen, Ramazan, İslam Coğrafyacılarına Göre Türkler ve Türk Ülküleri, Ankara 1985, s. 159.

³¹ Hacak, Hasan, İslam Hukuk Düşüncesinde Özel Mülkiyet Anlayışı, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi 29, (2005/2), s.119,120.

³² Güriz, Adnan, Hukuk Başlangıcı, (13. Baskı), Siyasal Kitabevi Yayınları, Ankara 2011, s. 177.

³³ Gözler, Kemal, Hukukun Temel Kavramları, (7. Baskıdan 2. Ek Baskı), Ekin Yayınları, Bursa 2010, s. 265.

³⁴ İkta Sistemi: İkta sistemine göre devlet başkanı tasarrufu altındaki toprakların kullanımını, işletilmesini veya bunlardan elde edilecek faydaları belirli şartlar altında başkasına devretmektedir. İkta sistemi hakkında İmamoğlu, M. Altuğ, Mülkiyet ve Toprak Sistemleri, Yazıt Yayın Dağıtım, Ankara, 2006, s. 110’dan aktaran Kürşat Akça, Anayasa Mahkemesi Kararlarında Mülkiyet Hakkı, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı Cilt:1 s. 549. <http://openaccess.inonu.edu.tr:8080/xmlui/handle/11616/3976> (19. 02. 2019)

mülkiyetin şartlı da olsa sürdürülmesine izin vermiştir³⁵. İktâ örgütlenmesini belirleyen Orta Asya gelenekleri bu dönemde de korunmuş ve iktâ sahibine toprak ya da üzerinde yaşayan insanlar üzerinde kullanım ayrıcalığı tanınmamıştır, ayrıcalık yalnızca vergi ile sınırlı tutulmuştur³⁶. Köylünün ekip biçtiği topraklardan hem iktâ vergisi tahsil edilmiş, hem de ülkenin tahıl ihtiyaçları karşılanmıştır. Ortaçağ İslam dünyasında da var olan iktâ sistemi askeri iktâ³⁷ şeklinde orduya bağlı bir sistem şeklinde gelişmiştir.

Askeri iktâlar, mahiyeti icabı hukuki durumu öşrü ve haracı olarak tespit edilmiş olan yani Müslim ve Gayrimüslimlerden mülkiyet hakkı tanınmış bulunan ve mülkiyeti doğrudan doğruya devlete ait olan topraklar üzerinde kurulabileceğinden, Büyük Selçuklu Devleti, hüküm sürdüğü eski İslam ülkelerinde, şeriatın kuvvetle savunduğu özel mülkiyet anlayışına dokunmamıştır. Hatta yeni fethedilen Anadolu topraklarında olduğu gibi, buralarda toprakları devletleştirme imkanını da bulamayıp veya buna lüzum da görmeyerek, sadece yeni bir idari sistem olarak askeri iktâlar kurmaya devam etmiştir³⁸.

1.4.1.4. Osmanlı Devleti Döneminde Mülkiyet Anlayışı

Osmanlı Devleti de kendisinden önce var olan Türk uygarlıklarından etkilenmiş olduğundan mülkiyet anlayışına da bunu yansıtmıştır. Osmanlı Devleti'nde de Selçuklular tarafından kullanılan iktâ sistemi uygulanmıştır. *“Ancak Osmanlı Devleti iktâ sistemini kendinden önceki devletlerden farklı olarak kendi ilke ve anlayışı ile benimsemiş ve dirlik (tımâr)³⁹ dediğimiz toprak sistemine dönüştürmüştür”⁴⁰.*

³⁵ Akça, 2006, s. 549.

³⁶ Aydoğan, Metin, Selçuklu ve Osmanlılarda Toprak Düzeni-1, <http://www.guncelmeydan.com/pano/selcuklu-ve-osmanlilarda-toprak-duzeni-1-2-metin-aydogan-t38721.html>, (17.09.2019)

³⁷ İktâ sistemi: Büyük Selçuklu veziri Nizamülmülk tarafından askeri iktâ şeklinde geliştirilip yaygınlaştırılmış; böylece toprağa bağlı ve sadece sefer zamanlarında orduya katılan bir askerlik sistemi ortaya çıkmıştır. Bkz. Kucur, S. Sadi, Türkiye Selçuklularında Devlet Yönetimi <https://www.academia.edu/34735706/KUCUR_Sadi_S._T%C3%BCrkiye_Sel%C3%A7uklular%C4%B1nda_Devlet_Y%C3%B6netimi_2015.pdf> (15.04.2019)

³⁸ Selçuklularda Halk Ve Toprak Yönetimi < www.tarihbilinci.com>

³⁹ Dirlik sistemi: Toprağa dayalı yönetim ve mülk sistemi. Tımar sistemi aynı zamanda asker yetiştirmek amacıyla kullanılırdı. Bu sistemi asker yetiştirmek amacıyla ilk kullanan Orhan Gazi döneminde Sadrazam Çandarlı Halil Paşa olmuş böylece bir yandan daha fazla vergi geliri elde edilirken bir yandan da devletin asker ihtiyacı karşılanmıştır. Tımar sistemi, batılı tarihçiler tarafından (Leopold RANKE vd. gibi) Osmanlı Devleti'nin kudreti bakımından üç temelden en önemli ilk yapı taşı olduğu ileri sürülen sistemdir. Tımar Sistemi dayanağı ise İslamın ilk devirlerinden beri uygulanan iktâ sistemidir. Tımar sistemi hakkında Aydoğdu, Murat, Orta Çağ Feodal Mülkiyet Anlayışı ve Osmanlı Hukukundaki Toprak Sisteminin Türk Hukukundaki Tarımsal İşletmelerin Mirasçılara Özgülenmesine Etkileri, Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 17, Sayı: 2, 2016 ss. 14-15. <hukuk.deu.edu.tr/murat_aydogdu> (23. 02. 2019)

⁴⁰ Akça, 2006, s. 549.

Osmanlının son dönemlere doğru geldiğinde, devletin varlığını devam ettirmek amacıyla çeşitli anayasalar ortaya çıkarmak zorunda kaldığı ve bu anayasalarında da mülkiyet kavramına yer verildiği görülmektedir.

1939 Tanzimat Fermanında herkesin malından ve mülkünden emin olması gereği üzerinde durulmuş, mal ve mülk güvenliği sağlandığı takdirde herkesin işi ve gücü ile uğraşıp devlete ve millete yararlı olacağından söz edilmiştir⁴¹.

1856 Islahat Fermanında da bütün Osmanlı tebaası bakımından can ve mal güvenliğinin geçerli olması ilkesinin doğrulandığı dikkati çekmektedir⁴².

Genel esasları açıklayan bu metinlerden farklı olarak 1876 tarihli Kanun-i Esasi'nin 21. maddesi mülkiyet hakkı ile ilgili şu ilkeyi belirtmişti: 'Herkes usulen mutasarrıf olduğu mal ve mülkünden emindir. Aynı maddede, bundan sonra, kamu yararı için lüzumu sabit olmadıkça ve kanuna göre değer pahası peşin verilmedikçe kimsenin tasarrufunda olan mülkiyet tasarrufunda olan mülkün alınamayacağı açıklanmıştır'⁴³.

Islahat Fermanı ile özel mülkiyet alanında gelişmeler yaşanmaya başlanmış ve "*değer pahası*" ifadesi ile günümüzde kullanılan "*gerçek karşılık hakkı*" kavramı yavaş yavaş hukukumuzda girmeye başlamıştır. Bu durum dahi göstermektedir ki, Islahat Fermanı ile birlikte mülkiyet ihlallerine ilişkin çeşitli yasal kısıtlamalar getirilmeye başlanmıştır. "*Söz konusu 1876 Anayasası 1909 yılında değişikliklerle tekrar yürürlüğe konurken mülkiyet hakkı ile ilgili bu hükümde herhangi bir değişiklik yapılmamış, aynen yayınlanmıştır*"⁴⁴.

1.4.2. Cumhuriyet Dönemi Türk Hukuku Anayasalarında Mülkiyet Hakkı

Osmanlı Devleti'nin sonlarına Türkiye Cumhuriyeti'nin kuruluş dönemlerine denk gelen 1921 Türk Anayasası geçiş dönemi anayasası bir çerçeve anayasa⁴⁵ olduğundan

⁴¹ Güriz, 2011, s. 179. " ... Mevzu bahis olan kanunların başında can güvenliği, ırk, namus ve malın korunması vergi toplanması, halkın askere alınıp silah altında tutulma gibi hususlar gelmektedir. Şöyle ki; Dünya' da can, ırz ve namustan daha kıymetli bir şey yoktur. Bir insan bunları tehlikede görünce, yaradılıştan kötü olmasa bile, canını ve namusunu korumak için olmadık çarelere başvurur. Bunun devlet ve memlekete zarar vereceği açıktır. Buna karşılık, can ve namustan emin olan bir kimse sadakat ve doğruluktan ayrılmaz. İş ve gücü ile devletine ve milletine faydalı olur. Mal emniyetinin olmadığı yerde ise kimse devlet ve milletine ısınmaz, ülkesinin yükselmesi ile alakadar olmaz, hep korku ve üzüntü içinde yaşar. Buna karşılık malından, mülkünden emin olmadığı zaman hep kendi işi ve işinin genişletilmesi ile uğraşır. Devlet ve millet gayreti, vatan sevgisi kendisinde her gün artar." < <https://tarihiolaylar.com> >

⁴² Gözübüyük, Ş.- Kili, S. Türk Anayasa Metinleri, (2. Bası), Ankara 1982, s. 4,5.

⁴³ Güriz, 2011, s. 179.

⁴⁴ Güriz, 2011, s. 179.

⁴⁵ Çerçeve Anayasa (Yumuşak Anayasa): Kanunlar gibi değiştirilebilen, değiştirilme şartları anayasa gibi kurallara bağlanmayan yasalardır. 1921 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu, Büyük Millet Meclisi tarafından üçte iki gibi

mülkiyet hakkı ile ilgili herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Bu dönemde yine 1876 yılında yayınlanan Kanun-i Esasi de yürürlükte olduğundan ve savaş döneminde daha ivedi (acele) kararlar alınması gerektiğinden mülkiyete ilişkin herhangi bir düzenlemenin olmaması durumu şaşılacak bir durum değildir.

1924 Anayasası, 1921 Anayasasından farklı olarak temel hak ve özgürlüklere yer vermiş ve mülkiyete ilişkin düzenlemeyi 70. maddesinde şu şekilde dile getirmiştir. “*Kişi dokunulmazlığı, vicdan, düşünme, söz, yayım, yolculuk, bağıt, çalışma, mülk edinme, malını ve hakkını kullanma, toplanma, dernek kurma, hakları ve hürriyetleri, Türklerin tabii haklarından*”⁴⁶. Ancak 1924 Anayasası hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması konusunda sınırlama ölçütleri göstermemiş olduğundan mülkiyete ilişkin olarak hangi şekilde sınırlama yapılabileceği tam ve net olarak bu anayasadan çıkarılamamaktadır⁴⁷.

1961 Anayasası, mülkiyet kavramı üzerine 36. Maddesinde “*Herkes mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz*”. Söz konusu anayasadaki ifadelerden de anlaşılacağı üzere; mülkiyet hakkının çeşitli kısıtlamalara tabi tutulacağı belirtilmiştir.

1961 Anayasası’nda 1973 yılında yapılan değişiklikler ile temel hak ve özgürlükler⁴⁸ için genel bir sınırlama sebebi getirilmiş olup; ayrıca temel hak ve özgürlükler için anayasa tarafından öngörülen yasal sınırlama sebepleri de arttırılmıştır.

1982 Anayasası’nın miras ve mülkiyet hakkını düzenleyen 35. maddesinin metni, 1961 Anayasasının mülkiyet ve miras hakkını düzenleyen 36. maddesinin metni ile aynıdır. İki madde metni de şu şekildedir.

nitelikli bir çoğunlukla değil, kanunlar gibi adi bir çoğunluk kuralına uyularak yapılmıştır. Gözler, Kemal, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Ekim Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2011, s. 24.

⁴⁶ 1924 Anayasası, Türkiye Büyük Millet Meclisi, Ankara 1945, s. 170.

⁴⁷ Teziç, Erdoğan, Anayasa Hukuku, (13. Bası), Beta Yayınları, İstanbul 2009, s. 149.

⁴⁸ Hak: Kişilere irade kudreti tanınmak suretiyle hukuk düzeni tarafından korunan menfaattir. Temel hak ve özgürlükler kavramı, anayasal anlamında kullanılmış olup; anayasa tarafından korunan hak ve menfaatleri belirtmek amacıyla kullanılmıştır. Bazı haklar Anayasa tarafından özellikle korunarak çeşitli anayasal maddelerde açıkça belirtilmiştir. Temel hak ve hürriyetlerin anayasa tarafından korunması durumu da göstermektedir ki; bu haklar ile ilgili kanun koyucu hem hak sahibine hem de devlete belli ödevler yüklemektedir. Gözler, Kemal, Hukukun Temel Kavramları, Ekin Yayınları, (7. Baskıdan 2. Ek Baskı), Bursa 2010, s. 154- 155. “*İnsan hakları ise, hak kavramından daha özel bir anlam ifade etmektedir. Bu kavram temel hak ve özgürlükler kavramından da daha geniş bir anlama sahiptir. Ancak hak ve özgürlük kavramları aslında birbirlerinden farklı kavramlardır. Zira özgürlüklerin gerçekleşmesi için başkalarının veya devletin bir şeyler yapması gerekmekte iken, hakkın gerçekleşmesi içinse diğer bir kişinin veya devletin, hak sahibi kişi lehine bir şeyler yapması gerekmektedir. ‘Kamu Özgürlükleri’ ile insan haklarının kavramsal farklılığı burada karşımıza çıkmaktadır. Kamu özgürlükleri aslında bir ideal olan ‘insan haklarının’ devlet tarafından tanınmış ve pozitif hukuka girmiş kısmını ifade etmektedir. Dolayısıyla, her kamu hürriyeti bir insan hakkı olmakla beraber, her insan hakkının bir kamu hürriyeti olduğu söylenemez.*” Bkz. Tahtalı, Kadının Yaşam Hakkının Korunmasında İdari Kolluğun Rolü ve Önemi, 2018, s. 8, 9.

“Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz.”

Her iki anayasada her ne kadar mülkiyet hakkı aynı ifadelerle yer almışsa da tarihte ve diğer toplumlarda mülkiyet hakkının gelişmesi gibi Türk hukukunda da mülkiyet hakkı yaşanan dönemlerden ve toplumun içinde bulunduğu şartlardan etkilenmiştir.

1982 Anayasası’nın 1961 Anayasası’nın mülkiyete ilişkin maddeleri her ne kadar aynı ifadeleri taşımaktaysa da; söz konusu hak iki anayasada farklı hak ve ödevler arasında yer almıştır. 1961 Anayasası’nda mülkiyet hakkı “sosyal ve ekonomik hak ve ödevler”⁴⁹ arasında düzenlenmişken 1982 Anayasası’nda mülkiyet hakkı “kişinin hak ve ödevleri”⁵⁰ (1982 Anayasa’sı 17-40 maddeleri) arasında düzenlenmiştir.

1982 Anayasası’nın mülkiyet hakkını düzenleyen 35. maddesinin gerekçesi⁵¹ de, 1961 Anayasası’nın 36. maddesinin gerekçesinden oldukça farklı şekilde, liberal çizgiden unsurlar

⁴⁹ Sosyal Hak Ve Ödevler: Temel hak ve özgürlükler çok değişik şekillerde sınıflandırılmıştır. Bu sınıflandırma içerisinde hiç şüphesiz en eskisi Georg Jellinek’ in sınıflandırmasıdır. Jellinek tarafından yapılan sınıflandırma da Jellinek hakları, üç gruba ayırmıştır. Negatif Statü Hakları, Pozitif Statü Hakları ve Aktif Statü Hakları. 1982 Anayasası ve 1961 Anayasasında hakların hangi grupta yer alacağı belirlenirken söz konusu haklar ile devletin söz konusu haklara ilişkin tasarruf yetkisi değerlendirmesi yapılmış ve haklar ona göre sınıflandırılmıştır. Negatif statü hakları, kişinin devlet tarafından aşılamayacak ve dokunulamayacak özel alanının sınırlarını çizen hak ve hürriyetlerdir. Bu sınıflandırmayı Kişinin Hak Ve Ödevleri olarak değerlendirebiliriz. Oysa Pozitif Statü Haklarının tanımında bireylere devletten olumlu bir davranış, bir yardım, bir hizmet isteme imkanı tanıyan haklar olarak sınıflandırabiliriz. Bu haklarda anayasalarımızda Sosyal ve Ekonomik Hak Ve Ödevler olarak geçmektedir. Bkz. Gözler, Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Esasları, Ekin Basım Yayın Dağıtım (İkinci Baskıdan Tıpkı Ek Baskı), Bursa 2011, s. 411.

⁵⁰ Kişinin Hak Ve Ödevleri (Negatif Statü Hakları): Kişinin devlet tarafından aşılamayacak ve dokunulamayacak özel alanının sınırlarını çizen hak ve hürriyetlerdir. Konut dokunulmazlığı hakkı, kişi güvenliği hakkı, özel hayatın gizliliği, düşünce hürriyeti, mülkiyet hakkı, vs. Bu haklar 1982 Anayasası’nın 17. ve 40. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Bkz. Gözler, Hukukun Temel Kavramları, 2010, s. 155.

⁵¹ 1982 Anayasası’nın Mülkiyet Hakkı’nı düzenleyen 35. maddesinin gerekçesi şu şekildedir. “DANIŞMA MECLİSİNİN GEREKÇESİ: ‘Madde, birbirine yakın ve birbirleriyle ilgili iki temel hakkı, mülkiyet ve miras haklarını birlikte düzenlemiştir. Bu birlikte düzenleme 18. yy’ dan beri gelen geleneğin sonucudur. Anayasa hem mülkiyet hakkını hem miras hakkını anayasal bir müessese olarak teminat altına almaktadır. Maddede mülkiyet ve miras hakları, diğer temel haklar gibi ve onlar derecesinde düzenlenmiş ve Anayasa güvencesine bağlanmıştır. Madde bundan sonra mülkiyet ve miras haklarının kamu yararı amacı ile sınırlanabileceğine işaret etmiş; daha sonra mülkiyet hakkının kullanılmasının toplum yararına aykırı olamayacağını hükme bağlamıştır. Mülkiyet hakkı devletten önce de var olan bir gerçek olması itibarıyla (Maunz - Dürig – Herzog - Scholz, Grundgesetz Kummentar, Art. 14, N. 5) ekonomik ve sosyal haklar arasında değil de kişinin temel hakların arasında düzenlenmesi düşünülebilirse de Komisyon şimdiki düzenlemenin yerinde olduğu sonucuna varmıştır. Mülkiyetin Anayasa Güvencesi altına alınması, yine Anayasanın komünizmi, faşizmi ve din temeline dayanan Devlet kurmayı yasaklayan hükümleriyle birlikte karşılaştırılınca, mülkiyetin bu şekildeki himayesinin bir ölçüde ekonomik sistem tercihi bakımından da bir gösterge teşkil etmektedir. Kısaca, özel mülkiyetin yok edilmesi, inkar edilmesi de önlenmiştir. Kamu yararının bulunduğu hallerde rayiç bedel ödenmek suretiyle kamulaştırma ve devletleştirme mümkündür ve Anayasa da 47 ve 48. madde de düzenlenmiştir.... Mülkiyetin Anayasa teminatı altına alınması kimlerin yararlanacağı ise bir problem doğurmaz. Malik sıfatını taşıyan gerçek ve tüzelkişiler, bu anayasal güvenceden yararlanırlar ve onu dermeyer edebilirler...Kişinin şahsiyetini geliştirebilmesinde, mülkiyetin Anayasaca güvence altına alınmasının azımsanmayacak rolü vardır...Mülkiyetin

taşımaktadır. 1961 Anayasası'nda “*mülkiyet hakkının artık Roma hukukunda olduğu gibi sınırsız bir hak olmadığı vurgulanmışken*” 1982 Anayasası'nda mülkiyetin “*devletten önce de*” mevcut olduğu belirtilerek hakkın kendisine, sınırlamadan daha öncelikli bir yer verilmiştir⁵².

1982 Anayasası'nın 35. maddesinin birinci fıkrasında mülkiyet ve miras haklarını tanıyan ve koruyan genel ilkeler açıklanmaktayken, ikinci fıkrada ise söz konusu hakların hangi ilke ile sınırlanabileceği ifade edilmiştir.

1982 Anayasası'nın mülkiyet anlayışı (ilke olarak özel mülkiyeti esas almakla beraber) mülkiyet hakkını klasik mülkiyet anlayışında olduğu gibi mutlak ve sınırsız bir hak olarak görmemekte, mülkiyetin kişilere haklarla birlikte ödevler de yüklediği de kabul edilmektedir⁵³.

1982 Anayasası'nın 35. maddesinin ikinci fıkrası mülkiyet ve miras haklarının “*kamu yararı*” amacıyla “*kanunla*” sınırlanacağını belirtmektedir. Şu hâlde mülkiyet ve miras hakları ile ilgili sınırlamaların kamu yararını korumak için kanunla yapılması gerekmektedir. Burada malike mülkiyet ile ilgili negatif bazı sınırlamaların getirilebileceği de öngörülmüştür⁵⁴. Yani mülkiyet bireye tanınmış bir hak olmakla beraber bireyden de bu hakka ilişkin çeşitli ödevlerin yerine getirilmesi istenmektedir. Mülke sahip birey bu mülke ilişkin çeşitli tasarruflarda bulunabileceği gibi söz konusu mülke ilişkin tasarruflarının da kendisine yüklediği bazı sorumluluklara katlanmak zorundadır. Bu durum mülkiyetin kamusal

korunması, hürriyeti de güvence altına alır. (Maunz – Dürig – Herzog – Scholz, Art. 14. N. 15/16) ... Mülkiyetin anayasal güvencesi ile 13'üncü maddedeki temel hakları kötüye kullananların o hakları kaybedecekleri hükmü arasında bir uyumsuzluk bulunmamaktadır. Türk Ceza Kanunundaki müsadere hükümleri ile Anayasanın 30. maddesindeki müsadere hükümleri 13. Madde anlamında ‘o hakkın kaybedilmesi değildir. Kanun koyucu 13. maddedeki şartlarda mülkiyet hakkının kaybedilmesinin şartları ve karar verecek mercileri özel bir kanunla düzenleyebilir. MGK ANAYASA KOMİSYONUNUN DEĞİŞİKLİK GEREKÇESİ: ‘Danışma Meclisince kabul edilen 43. maddenin birinci fıkrasında yer alan ‘Bu haklar, diğer temel haklar gibi Anayasanın güvencesi altındadır’ cümlesi madde metninden çıkarılmış ve madde redaksiyona tabi tutulmuştur. Anılan hükmün maddeden çıkarılmasının nedeni, Anayasada sayılan tüm temel hak ve hürriyetler gibi mülkiyet ve miras hakkının da herhangi bir açıklamaya gerek olmaksızın Anayasanın güvencesi altında olmasıdır. Kaldı ki, diğer temel hak ve hürriyetler için ilgili maddelerinde bu kurala yer verilmemiştir. Mülkiyet ve miras haklarının önemi ve Türk toplumunun köklü gelenekleri göz önünde tutularak ‘bu haklar ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir’ hükmü aynen korunmuştur. Metindeki bu “ancak” ibaresi sınırlayıcı nitelikte görülmemiş, temel hak ve hürriyetlerin sınırlanmasına ilişkin 13. maddede belirtilen genel sınırlama sebeplerinin tümü anılan 13. maddenin so fıkrasında yer alan açık hükümlere göre, bu haklar bakımından da geçerli olduğundan, maddede yer alan bu hüküm, sınırlama sebepleri arasında öncelikle uygulanabilecek bir sebebi belirtir nitelikte kabul edilmiştir. <<https://acikerisim.tbmm.gov.tr>> Alan, Necmettin, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası Madde Gerekçesi.

⁵² Şimşek, Suat, Mülkiyet Hakkının Kapsamı, Sınırlandırma Nedenleri ve Şartları Açısından 1982 Anayasası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi: Karşılaştırmalı Bir Analiz-1, TBB Dergisi, 2010, s. 184.

⁵³ Şimşek, 2010, s. 185.

⁵⁴ Güriz, 2011, s. 180.

yönünü ortaya koyarken, mülkiyete ilişkin bireye tanınan haklar ise mülkiyetin ferdiyetçi yönünü ortaya koymaktadır.

Modern mülkiyet anlayışında mülkiyet hakkı hem yetki hem ödevlerden oluşmaktadır. İçerikte yetki ve ödev yer almaktadır. Malikin hem yetkileri hem de topluma karşı görevleri söz konusudur. Modern mülkiyet anlayışına göre hakkın kapsamında yer alan ödevler, mülkiyet hakkına yabancı, ona dıştan ve sonradan yükletilen sınırlamalar olarak kabul edilmemeli, aksine bunlar, kamu yararı amacıyla malike yükletilen ve mülkiyet hakkını oluşturan ödevler olarak düşünülmelidir. Klasik mülkiyet anlayışının zamanla terk edilerek modern mülkiyet anlayışına geçilmesinde, klasik mülkiyet anlayışının sahip olduğu mülkiyetin bireyselliğinin esas oluşu düşüncesinin, kentlerin imarında ve gelişmesinde oynadığı olumsuz rol etkili olmuştur. Mülkiyet hakkından kaynaklanan toplumsal maliyetleri en alt seviyeye indirebilmek, taşınmaz sahiplerinin bireysel yararı ile toplumsal yararı arasında bir denge kurmak şartıyla mümkün olacaktır⁵⁵.

Bu noktada mülkiyete ilişkin 1982 Anayasası tarafından getirilen toplumsal bir kısıtlama olan “*kamu yararı*” kavramının ve bu kavramla ilgili olan hukuki kurumların da açıklanması gerekmektedir. Söz konusu kamu yararı kavramı soyut bir kavram olmakla birlikte bu kavramın mülkiyetin sınırlanmasında 1982 Anayasası ve daha önceki anayasalarda yer alması durumu da dikkate alınarak açıklanması gerekmektedir.

1982 Anayasası’nın Mülkiyet hakkını düzenleyen 35. maddesi de 1961 Anayasası’nın mülkiyet ve miras hakkını düzenleyen 6. maddesinin madde metni ile aynıdır. Fakat 1982 Anayasası’nın mülkiyet hakkına bakışı, 1961 Anayasası’ndan oldukça farklıdır. 1982 Anayasası kendisini oluşturan koşulların etkisiyle, birey devlet dengesinde ağırlığı devlete vermiş ve hakların sınırlanması açısından kanun koyucuya önemli yetkiler tanımış olmasına rağmen mülkiyet hakkı, 1961 Anayasası’ndan farklı olarak “*sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler*” arasında değil, “*kişinin hakları ve ödevleri*” arasında düzenlenmiştir⁵⁶.

1982 Anayasası’nın Temel Haklar ve Ödevler başlıklı ikinci kısmının Kişinin Hakları ve Ödevleri başlıklı ikinci bölümünün 35. maddesi şu hükmü içermektedir⁵⁷. “*Herkes,*

⁵⁵ Çelik, Mehmet Sıtkı, Mülkiyet Hakkı ve Kamulaştırma-Türk İdari Yargı Uygulamasının Mülkiyet Hakkı Ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında İrdelenmesi, s. 2. <http://www.imarkadastro.com/userfiles/file/Dokuman/MSCelik_kamulastirma_idari.pdf> (02. 02. 2019)

⁵⁶ Şimşek, Suat, Mülkiyet Hakkının Kapsamı, Sınırlama Nedenleri Ve Şartları Açısından 1982 Anayasası Ve Şartları Açısından 1982 Anayasası Ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi: Karşılaştırmalı Bir Analiz-1, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2010, s. 184.

⁵⁷ Güriz, Adnan, Hukuk Başlangıcı, Siyasal Kitabevi, (13. Baskı), Ankara 2011, s. 180.

mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz"⁵⁸.

Mülkiyet hakkının ancak kanunla sınırlandırılacağı hükmü, ilk bakışta garantör bir hüküm gibi gözüke de uygulamada büyük sıkıntılara sebebiyet vermektedir. Zira bu hüküm her ne kadar Anayasa da açıkça belirtilmişse de söz konusu kavram, idari kararlar ile genişletilerek, mülkiyet hakkına idari kararlar ile de müdahale edilebilme sonucunu doğurmaktadır⁵⁹.

Yine 1982 Anayasası'nda yine doğrudan olmasa da dolaylı olarak mülkiyet hakkına ilişkin yer alan maddeler şu şekildedir.

MADDE 13: (Değişik 3.10.2001- 4709/2 md.) Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.

1982 Anayasası' nın 'Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması' başlıklı 13. maddesi görüldüğü üzere mülkiyet kavramına madde metninde yer vermemişse de mülkiyet hakkının bir temel hak ve hürriyet olduğu durumda dikkate alındığında bu maddenin mülkiyet hakkına ilişkin Anayasa da yer alan maddelerden olduğunu açıkça göstermektedir.

MADDE 46: (Değişik: 3. 10. 2001- 4709/18 md.) Devlet ve kamu tüzelkişileri; kamu yararının gerektirdiği hallerde, gerçek karşılıklarını peşin ödemek şartıyla, özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların tamamını veya bir kısmını, kanunla gösterilen esas ve usullere göre, kamulaştırmaya ve bunlar üzerinde idari irtifaklar kurmaya yetkilidir.

1982 Anayasası'nın 'Kamulaştırma' başlığını taşıyan 46. maddesi mülkiyet kavramında da madde metninde açıkça yer vermekle birlikte, özel mülkiyet kavramının kamulaştırma yolu ile ortadan kaldırılabilmesine ilişkin hususları da içermektedir.

1982 Anayasası'nın 'Milletlerarası Anlaşmaları Uygun Bulma' başlıklı 90. maddesinin son fıkrası ise şu şekildedir.

Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası anlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı

⁵⁸ 9 Kasım 1982 tarihli ve 17863 mükerrer sayılı Resmi Gazete.

⁵⁹ Tahtalı, Murat Buğra, Türk İmar Hukukunda Düzenleme Ortaklık Payı Uygulaması (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, Antalya, 2012, s. 76.

hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır.

Görüldüğü üzere milletlerarası antlaşmalara ilişkin Anayasa’da yer alan maddede açıkça mülkiyet kavramı geçmemekteyse de söz konusu maddede temel hak ve özgürlüklere ilişkin olarak, kanunların aynı konuda farklı hüküm içermesi durumunda milletlerarası antlaşma hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Bu durumda milletlerarası antlaşmalarda mülkiyete ilişkin iç hukuktan farklı bir düzenleme olduğunda milletlerarası antlaşmaya ilişkin uygulamaların geçerli olacağı açıktır.

Türk hukukunda 1982 Anayasası dışında mülkiyet hakkına ilişkin en net tanım Türk Medeni Kanunu’nda yer almaktadır. Türk Medeni Kanunu’nun mülkiyete ilişkin 683. maddesi şu şekildedir.

Bir şeye malik olan kimse hukuk düzeninin sınırları içinde o şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisine sahiptir.

Malik malını haksız olarak elinde bulunduran kimseye karşı istihkak davası açabileceği gibi, her türlü haksız el atmanın önlenmesi davası da açılabilir⁶⁰.

Mülkiyet hakkı, mülkiyetin konusu olan şeyin bütünleyici parçalarını (tamamlayıcı parçalarını) ve eklentilerini (yardımcı parçalarını) de kapsamına alır. Medeni Kanun’un 684. maddesine göre “*bütünleyici parça yerel adetlere göre asıl şeyin temel unsuru olan ve o şey yok edilmedikçe, zarara uğratılmadıkça veya yapısı değiştirilmedikçe ondan ayrılmasına olanak bulunmayan parçadır*”⁶¹.

Yine Medeni Kanun’da açıkça mülkiyet hakkına ilişkin olarak kurallara yer verilmiş ve söz konusu hakkın nasıl kullanılacağı, nasıl paylaşılabileceği ve bu hakka ilişkin olarak komşuluk hukukundan kaynaklanan ne gibi sınırlamaların olacağı belirtilmişse de söz konusu kavram ve kurumlar bu çalışmanın kapsamı dışında kaldığından bahsedilmeyecektir.

Türk hukuk sisteminde mülkiyetin sadece, Anayasa ve Türk Medeni Kanunu ile düzenlenmediği yine genel yasalarda olan Türk Ceza Kanunu’nda da mülkiyet ve malvarlığına ilişkin çeşitli maddelere yer verildiği görülmektedir.

5237 sayılı Ceza Kanunu’nun İkinci Kitabının Onuncu Bölümünde ‘Malvarlığına Karşı Suçlar’ a ilişkin maddeler yer almakta olup; söz konusu bölümde mülkiyet hakkı müdahaleleri neticesinde verilecek cezalar belirtilmiştir. 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanununda

⁶⁰ 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK), 08.01.2001 Tarihli Resmi Gazete (24607)

⁶¹ Güriz, 2011, s. 182.

bu bölümün başlığı ‘Mülkiyete Karşı Cürümler’ şeklindedir. Mülga Türk Ceza Kanunu ise söz konusu bölümün başlığını ‘Mal Aleyhinde Cürümler’ şeklinde belirlemiştir.⁶² Türk Ceza Kanunu’nda bu başlığın ‘Mal Varlığına Karşı Suçlar’ olarak işlenmesi yerinde olmuştur. Çünkü kanunun ilgili bölümünde sadece mülkiyet değil malvarlığını oluşturan bütün değerler de korunmaktadır. Bu hususta şunu belirtmekte fayda vardır ki, özel hukukta olduğu gibi ceza hukukunda da malvarlığı sadece maddi mallar ile sınırlanmamakta aynı zamanda manevi değer taşıyan şeylerin de malvarlığı içinde değerlendirilebileceği ilkesi geçerlidir.

20. yüzyıla gelindiğinde sadece iç hukukta değil evrensel hukukta da mülkiyet bağlamında çeşitli gelişmeler yaşanmıştır. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin 1 No’ lu Ek Protokol’ünün 1. maddesinde şu şekilde koruma altına alınmıştır.

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

Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka halel getirmez⁶³.

Hükümde her ne kadar doğrudan geçmese de “*mal ve mülk dokunulmazlığı*” ile kastedilen mülkiyet hakkıdır. Nitekim İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM), Marckx v. Belgium davasında⁶⁴ bu konudaki soru işaretlerini kesin bir dille gidermiştir. Mahkemeye göre; “...Birinci protokolün birinci maddesi mülkiyet hakkını güvence altına almaktadır. Bir kimsenin mülkiyeti üzerinde tasarrufta bulunabilmesi mülkiyet hakkının geleneksel ve temel bir yönüdür”⁶⁵. Bu noktada mahkeme kararının içeriğine yönelik değerlendirmede yapmak gerekmektedir.

Dinç’e göre:

Mahkeme, 1. numaralı Protokol’ün 1. maddesinin, mülkiyetin barışçıl yollardan kullanılma ilkesini içermesi nedeniyle, yalnızca mülkiyet hakkını elde etmiş kişilere uygulanabileceğini, sözleşmenin

⁶² Toroslu, Nevzat, Ceza Hukuku Özel Kısmı, Savaş Yayınevi, (7. Baskı), Ankara 2013, s. 124.

⁶³ Mülkiyetin korunması başlığı sözleşmeye 1 Kasım 1998 tarihinde yürürlüğe giren 11. Protokol ile eklenmiştir. Başlık eklenmeden önce konu tartışmalıydı. Ancak AİHM 1979 tarihinde verdiği Marckx v. Belçika kararında hakkın belirlenmesi için ileri sürülen kelimeleri ve protokolün hazırlık çalışmalarını da dikkate alarak tanınan hakkın “*mülkiyet hakkı*” olduğunu belirtmiştir. Bu konuda bkz. SARI, Gürbüz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Ek 1. Protokole Göre Malvarlığı Haklarının Korunması, XII Levha Yayınları, (2. Baskı), Nisan 2010, s. 2.

⁶⁴ Marckx v. Belgium, Başvuru No: 6833/74 ,13. 06. 1979, <http://hudoc.echr.coe.int> (23. 02. 2019)

⁶⁵ Akça, 2015, s. 580.

mülkiyet hakkının miras veya diğer yollarla kazanılmasını güvence altına almadığını belirterek, olayda mülkiyet hakkına ilişkin düzenlemenin tek başına uygulanamayacağına karar vermiştir⁶⁶.

1.5. Mülkiyetin Sınırlama Sebepleri

1.5.1. Kamu Yararı

Kamu yararı kavramı, 1982 Anayasa'sında mülkiyetin yasal sınırlaması olarak mülkiyete ilişkin 35. maddede yer almaktaysa da söz konusu kavramın Anayasa'da yer alan bir tanımı bulunmamaktadır. Kamu yararı, bu sebeple soyut bir kavram olmakla birlikte doktrinde söz konusu kavramla ilgili çeşitli tanımlar yapılmaktadır. Söz konusu kavramı mülkiyete ilişkin ilk bölümde anlatmakla birlikte aslında kamulaştırmaya ilişkin ikinci kısımda da bu kavramdan sıklıkla konuya ilişkin olduğundan bahsedilmiştir.

1.5.1.1. Kamu Yararı Kavramının Tarihçesi

Tarihsel açıdan kamu yararı kavramı değerlendirmesi yapılırken öncelikle kamu yararının mülkiyete ilişkin yasal sınırlama sebebi olarak yapılan değerlendirmesini yabancı hukuklarda irdeleyerek Türk Hukukunu ikinci aşamada inceleyeceğiz. Ayrıca yukarıda da bahsedildiği gibi bu bölümde bahsedilen “*Kamu Yararı*” kavramı yalnızca mülkiyete ilişkin olarak incelenecek olup; Kamulaştırma Kavramının inceleneceği 2. bölümde ise; “*Kamu Yararı*” kavramını kamulaştırma kurallarına ilişkin inceleyeceğiz.

1.5.1.2. İHAM Kararlarında Kamu Yararı Kavramı

Kamu yararı, 1789 Fransız Devrimi sonucunda o zamana kadar başat bir kavram olan ‘ortak iyilik’ e tepki olarak ortaya çıkmıştır. ‘Ortak İyilik’ sanayi ticaret toplumuna geçiş öncesi Avrupa toplumlarının siyasi tarihinin ortak kavramıdır. Bu kavram Yunan sitelerinden Roma’ya uzun Orta Çağ’a aynı özellikleri ortaya koyarak geçmiş ve 1789 öncesi monarşilere başlamıştır⁶⁷.

Özellikle İHAS Ek 1. Protokol ile koruma altına alınan Mülkiyet Hakkının bu madde metninde yer alan sınırlama sebebi olarak da kamu yararı kavramından bahsedildiği madde metninden açıktır.

İHAS 1 no’ lu protokolünün birinci maddesi şu şekildedir.

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

⁶⁶ Dinç, Günay, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ve Mülkiyet Hakkı, Türkiye Barolar Birliği Dergisi (TBB), Sayı 51, 2004, s. 136-138.

⁶⁷ Saraç, Osman, Kamu Yararı Kavramı, Maliye Dergisi Sayı 139, 2002, s. 16-26. <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/auhfd/issue/42461/511453>> (11. 03. 2019)

Bir kimse ancak kamu yararı sebebiyle ve yasanın 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 helal getirmez⁶⁸.

Her ne kadar kamu yararı kavramı tarihi seyri içinde Roma hukukundan bu yana kullanılmaktaysa da Ek 1. Protokolde de bu kavrama yer verilmekle birlikte kavramın tanımı yapılmamıştır.

Roma hukukunda sitenin vergilendirmeye dair veya askeri mükellefiyetlerini meşru hale getirmek için “*kamu yararı (utulitas publica)*” kavramına başvurulmuştur. Roma da devletin kamu yararı düşüncesiyle, mülkiyet hakkına müdahalesine izin ve imkan için “*hakimiyet (imperium)*” kavramına dayanılmıştır⁶⁹.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi tarafından Ek 1. Protokole konu edinilen mülkiyet hakkı, söz konusu metinde de Türk anayasal metinlerinde olduğu gibi “*kamu yararı*” kavramı ile sınırlandırılmış; ancak kamu yararı kavramının bu maddede de tanımı yapılmamıştır. İşte bu yüzden doktrin tarafından henüz tam ve net bir kamu yararı kavramı üzerinde anlaşılamadığı gibi mülkiyetin kendi doğası gereği de kısıtlanamayacağı belirtilerek bazı yazarlar kamu yararı kavramı ile mülkiyetin sınırlandırılmasını kabul dahi etmemektedirler.

Kamu yararı, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Ek 1. Protokolde de tanımlanmamakla birlikte bu kavrama ilişkin olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kapsamında verilen ilke kararlar ile kavram somutlaştırılmaya çalışılmışsa da bugün itibarıyla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ ne üye olan ve ilgili sözleşme kapsamında yargılanan ülkelerde de genel geçer bir kamu yararı kavramı tanımı yapılamamaktadır. Bu durum söz konusu kavramı bir içtihat kavramı haline getirmekte ve somut olayın niteliğine göre kamu yararı kavramı her olayda farklı olarak değerlendirilmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından verilen çeşitli kararlarda kamu yararı kavramı ile benzer anlamda kullanılan ifadeler rastlanmakta (genel yarar vs.) ve mahkeme ilke kararları ile bu kavramların da kamu yararı anlamına geldiğine işaret etmektedir.

⁶⁸ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 1 No’lu Protokolünün 1. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Genel Müdürlüğü, s. 6.

⁶⁹ Başpınar, Veysel, Mülkiyet Hakkını İhlal Eden Müdahaleler, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s. 238.

Kamu yararı kelimesi Ek 1 no'lu protokolün 1. maddesinin orijinal İngilizce ve Fransızca metinlerinde de birinci ve ikinci maddelerde farklı kavramlar ile ifade edilmiştir. “İngilizce metinde “*public interest*” ve “*general interest*” Fransızca metinde ise “*utilité publique*” ve “*intérêt général*” ifadeleri ile kullanılmıştır⁷⁰.

İHAM, kamu yararı kavramını tanımlamaktan uzak durmuştur. Oysa İHAS Ek Protokol 1'in ilk maddesinde mülkiyete ilişkin ilk sınırlama sebebinin “*kamu yararı*” olduğu görülmektedir. “*Mahkeme ‘James and others v. The United Kingdom’⁷¹ kamu yararı kavramı ile ilgili olarak tüm taraf devletlerin uzlaşabileceği ortak bir tanım çıkarmanın güçlüğünden bahsetmektedir. Diğer bir ifadeyle neyin kamu yararı olacağına devletin ilgili makamları karar verecektir*”⁷².

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi tarafından da kamu yararı kavramının tanımlanmaması ve yine söz konusu kavramın tanımlanmasını sözleşmeye üye devletlere bırakması mülkiyetin en doğal kısıtlama nedenlerinden biri olarak görülen kamu yararı kavramını da soyutlaştırmıştır. Mülkiyet hakkına ihlallerden kaynaklı olarak Türkiye çoğu kez İHAM’ da yargılanmış ve mülkiyet hakkına ihlal sebebiyle mahkum edilmiştir.

İHAM kararlarına göre; Ek protokol madde 1 ile sağlanan koruma yalnızca maddi varlığı olan mallar ile sınırlı değildir; malvarlığının aktifinde yer alan diğer hak ve menfaatlerde bu koruma kapsamına girmektedir. Ancak yine mahkemenin kamu yararına ilişkin değerlendirmelerde bulunurken kamu yararı kavramının başvuruocular tarafından nasıl değerlendirildiğini de dikkate aldığı açıkça ortadadır.

Mahkeme, Hentrick Fransa’ya karşı davasında başvuruocu bir miktar arsa satın almış ve bunun akabinde devlet makamları bu arazi üzerindeki şufa haklarını kullanmak

⁷⁰ Şimşek, Suat, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında Kamu Yararı Kavramı ve Devletlerin Takdir Hakkı” Adalet Dergisi, 2012/42, s. 177-201. < <http://www.yayin.adalet.gov.tr>> (01. 12. 2018)

⁷¹ James and others The United Kingdom Davası: Mahkeme bu başvuruda milletlerin kamu yararına ilişkin takdirini tartışmıştır. Toplumlari ve ihtiyaclari hakkındaki doğrudan bilgileri nedeniyle, ulusal makamlar prensipte kamu yararının ne olduğunu takdir etmek için uluslararası yargıctan daha iyi durumdalar. Sözleşme tarafından oluşturulan koruma sistemi kapsamında ulusal makamların hem kamuoyunda kaygılanma sorununun hem de mülkten yoksun bırakma önlemlerini ve alınacak düzeltici önlemleri garanti altına alma konusundaki ilk değerlendirmesini yapmaları gerekmektedir. Burada sözleşmenin güvencelerinin genişletildiği diğer alanlarda olduğu gibi, ulusal otoritelerde buna bağlı olarak belirli bir takdir marjına sahiptir. Ayrıca kamu yararı kavramı mutlaka zorunludur. Özellikle komisyonun belirttiği gibi mülkiyeti serbest bırakan yasaların çıkarılmasına ilişkin karar, demokratik bir toplum içindeki görüşlerin oldukça geniş ölçüde farklı olabileceği siyasi, ekonomik ve sosyal konuların dikkate alınmasını içerecektir. Sosyal ve ekonomik politikaların uygulanmasında yasama organı için mevcut takdir marjının geniş olması gerektiğini doğal olarak belirten mahkeme kararın makul bir temele dayanmadıkça açıkça ortaya çıkmadığı sürece yasama organının “kamu yararı konusundaki” kararına saygı gösterecektir. <swarb.co.uk.web sitesi> (James ve diğerleri- Birleşik Krallık Davası, AİHM 21 Şubat 1986) (10.03.2019)

⁷² Akça, 2011, s. 585.

istemişlerdir. Devlet tarafı söz konusu davadaki kamu yararının vergi kaçakçılığının önlenmesi olduğunu ileri sürmüştür. Mahkeme ilk olarak devlet tarafından şufa hakkının keyfi bir şekilde ve seçerek uygulanmasının yanı sıra öngörülebilirlikten uzak olduğu sonucuna varmıştır. Değerlendirmenin ardından Mahkeme başvurucunun seçilmiş bir mağdur olarak bireysel ve aşırı bir yük ile sıkıntıya sokulduğu sonucuna varmış ve bu tedbirlerin eğer başvurucuya aleyhinde alınan tedbirlere karşı etkili bir itiraz hakkı tanınmış olsaydı -ki başvurucuya tanınmamıştır- meşru kabul edilebileceğine hükmetmiştir. Mülkiyet hakkının korunması ve kamu yararı arasında gözetilmesi gereken adil denge bu nedenle zarar görmüştür⁷³.

İdarenin kamu yararı çerçevesinde hareket alanına sahip olması ve kamu yararı amacı ile yapılan faaliyetlerin çoğu zaman kişilerin hak ve hürriyetlerinde sıkıntı doğurabilmesi karşısında kamu yararı kavramının belirsizliği ve soyutluğu üzerinde düşünülmesi gereken bir hususu teşkil etmektedir⁷⁴.

Kamu yararı kavramı için çeşitli teoriler ve görüşler ortaya atılmış olup; kamu yararı kavramının bu görüşler üzerinden tanımı yapılmaya çalışılmıştır. Bu görüşlerden en genel geçerleri, bireysel yararı esas alan görüş, ortak yararı esas alan görüş, toplum yararını esas alan görüş olmak üzere üçe ayrılır.

Bireysel yarara üstünlük tanıyan görüş, kamu yararlarının bireysel yararların toplamından oluştuğunu ve dolayısıyla bireysel yararlar ile çelişen bir kamu yararından bahsetmenin mümkün olmayacağını kabul etmektedir. Bu görüşü savunanlardan Jeremy Bentham'a göre; topluluğun/topluman, onun üyeleri olduğu kadar kurucu unsurları da oldukları kabul edilen bireylerden oluşan hayali bir organ olduğu, o halde toplumun çıkarının toplumu oluşturan çeşitli üyelerin çıkarlarının toplamı olduğu görüşünü savunmuştur⁷⁵.

Ortak yarara üstünlük tanıyan görüş, bireylerin kendi yararlarını gerçekleştirmeleri değil, bireysel yararları ortak yarar içinde eritmeleri gerekecektir. Bu görüşü savunanlardan Jean Jack Rousseau'ya göre; her bir katılımcının canını ve mallarını bütün ortak güçle savunacak ve koruyacak her bir katılımcının kendisini bütün ile birleştirirken, hala yalnızca

⁷³ Grgic', Aida, Zvonimir Mataga, Matija Longar, Ana Vilfan, Avrupa Konseyi İnsan hakları El Kitapları, Numara 10 (çev. Özgür Heval Çınar, Abdülcelil Kaya), İnsan Hakları ve Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü, Belçika 2007, s. 1-50. <http://www.coe.int/human_rights/>

⁷⁴ Tombaloğlu, Nermin, Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Yararı Kavramı, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Sayı: 5, Cilt 1, 2014, s. 355. <onuu.dergipark.gov.tr> (11.03.2019)

⁷⁵ Tombaloğlu, 2014, s. 357-358.

kendisine boyun eğebildiği ve önceki kadar özgür kalabildiği bir toplum biçiminin bulunması toplum sözleşmesinin çözümünü sağladığı asıl sorundur⁷⁶.

Toplum yararına üstünlük tanıyan görüş, bu görüşte toplum yararı ile bireyin yararının çatışması söz konusu olamaz. Toplum yararını dışlayan bir bireysel yarardan söz edilemez. “Platon’a göre; devlet için iyi olan o devletin vatandaşlarının da yararınadır.”

Kamu yararı kavramı birçok görüşle ortaya konulmaya çalışılmışsa da en genel geçer kamu yararına ilişkin görüşler yukarıda bahsedilen görüşlerdir. Görüldüğü üzere kamu yararı kavramı üzerinde de doktrin ve düşünürler tarafından herhangi bir ortak ifadeye rastlanılmamaktadır. Bu durum mülkiyette olduğu gibi kamu yararı kavramının da somutlaştırılmasına engel olmaktayken aynı zamanda bu kavramın alanını da genişletmektedir. Kamu yararı kavramının alanı genişlediği gibi bu kavramın telaffuzları da artmakta ve bu kavram yerine farklı sözcükler ya da sözcük öbekleri (ortak yarar, genel yarar, ortak iyilik vs. gibi) de kullanılabilmektedir. Kavramın farklı kullanım şekillerinin olması ve farklı uygulama alanlarına göre kamu yararı kavramının nasıl değerlendirilebileceğinin de farklılaştırılabilmesi kavrama esnek bir yapı kazandırmıştır. Bu durum da kamu yararı kavramının kullanım alanının uçsuz bucaksız olmasına ve her olayda bu kavramın değerlendirilme biçimlerinin de farklılaşmasına sebebiyet vermektedir.

1.5.1.3. Türk Hukukunda Mülkiyetin Yasal Kısıtlama Sebebi Olarak Kamu Yararı

Kamu yararı kavramı, diğer hukuklarda olduğu gibi Türk Hukukunda da mülkiyete ilişkin yapılan kısıtlama sebeplerinin başında gelmektedir. Kamu yararı kavramı, mülkiyete ilişkin olarak Türk Hukuk Tarihine bakıldığında söz konusu kavramın 1924 Anayasası’ndan beri hukuk dünyasında yer aldığı açıkça görülecektir.

1924 Anayasası’nın 3115 sayılı kanunla değişik 74’ üncü maddesinde, “*Umumi menfaatler için lüzumu usulüne göre anlaşılmadıkça ve mahsus kanunları mucibince değer pahası peşin verilmedikçe hiçbir kimsenin malı istimval ve mülkü istimlak olunamaz.*” (Kamu yararına gerekli olduğu usulüne göre anlaşılmadıkça ve özel kanunları gereğince karşılığı peşin verilmedikçe hiç kimsenin malı ve mülkü kamulaştırılamaz.) ifadesi ile yer alan kamu yararı (umumi menfaatler) kavramı ilk kez hukukumuzda yer etmiştir⁷⁷.

⁷⁶ Tombaloğlu, 2014, s. 358,359.

⁷⁷ Saraç, Osman, “Kamu Yararın Kavramı”, Maliye Dergisi, 2002(139) s.3. <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/auhfd/issue/42461/511453>> (11.03.2019)

Kamu yararı kavramının İHAM kararlarında bile geniş yorumlandığı dikkate alınacak olursa; Türk hukuk sisteminde de kamu yararı kavramının anayasada geçmekle birlikte tanımlanmamasını anlamak gerekir. Zira ulusal hukuk sistemleri uluslararası hukuki uygulamalardan ve çağın koşullarından etkilenmektedir. İHAM kararlarında kamu yararı kavramının ulusların kendileri tarafından belirlenmesi ve ulusal mevzuata göre değerlendirilmesi istenmektedir. Bu durumda sözleşmeye üye olan her devletin kendine has bir kamu yararı kavramının olması durumu aslında bir bakıma bu kavramın genişletilmesi gibi değerlendirilse de elinde kamu gücü bulunan tarafın bu kavrama sığınarak her türlü hakkı da ihlal edebileceğini göstermektedir. Başpınar'a göre;

Kamu yararının bugün olduğu gibi geniş anlamda, bir görüşün haklı olarak ifade ettiği gibi 'her derde deva' kullanılması doğru değildir. Çünkü, bu anlayış mülkiyet hakkına her türlü ve sürekli müdahaleyi meşru hale getirir. Bu ise, Anayasa ile teminat altına alınan mülkiyet hakkının yok edilmesi demektir⁷⁸.

1982 Türk Anayasası'nda kamu yararı kavramı mülkiyete ilişkin maddenin yanı sıra temel hak ve özgürlüklere ilişkin genel sınırlama sebeplerinin yer aldığı maddede lafzi olarak açıkça yer almamaktaysa da zımnen yer almaktadır. 1982 Anayasası'nın Temel Hak Ve Özgürlüklerin Sınırlanması başlıklı 13. maddesi hükmü şu şekildedir.

Temel hak ve hürriyetler özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkelerine aykırı olamaz⁷⁹.

Söz konusu Anayasa maddesi metninde her ne kadar kamu yararı kavramı açıkça geçmese de temel hak ve özgürlüklerin genel sınırlama sebepleri olarak gösterilen madde metnindeki ifadelerden 'Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebepler' ifadesinden de kamu yararı kavramına ulaşabilmek mümkündür.

Kamu yararı kavramı İHAM tarafından kararlara konu edildiği gibi Türk Yargı teşkilatı içinde yer alan yüksek mahkemeler olan Anayasa Mahkemesi, Danıştay ve Yargıtay kararlarında da sıklıkla kullanılmıştır. Yine bu kavram 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nda da geçmekle birlikte kamulaştırmaya ilişkin kamu yararı kavramı ikinci bölümde ayrıca işleneceğinden bu bölümde Kamulaştırma Kanunu'ndaki kamu yararından bahsedilmeyecektir.

⁷⁸ Başpınar, 2009, s. 261.

⁷⁹ 1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası <<https://www.mevzuat.gov.tr>> (11.03.2019)

1982 Anayasası'nda açıkça yer bulmasına karşın Türk Anayasa Hukukunda kamu yararı kavramının açık bir tanımı yapılmamış; İHAS ve İHAM kararlarındaki gibi kamu yararı kavramından ne anlaşılması gerektiği somut olaya göre yargı kararları ile değerlendirilmeye çalışılmıştır.

1.5.1.3.1. Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Yararı Kavramı

Anayasa Mahkemesine göre kamu yararının gerektirdiği durumların belirlenmesi kanun koyucunun takdirindedir. Ancak kanun koyucunun bu yetkisi anayasa normları ile sınırlıdır bu nedenle kanun koyucu takdir alanına giren değerlendirmelerde anayasal ilkelere uygun düzenlemeler yapmak zorundadır⁸⁰.

Anayasa Mahkemesi tarafından verilen neredeyse bütün kararlarda, kamu yararı düşüncesinin ağır bastığı ve söz konusu kavram dayanak gösterilerek karar verildiği görülmektedir. Mahkeme söz konusu kavrama ilişkin olarak değerlendirme yaparken ilgili kavramın dayanağını hukuk devletinden aldığı vurgusu da yapmaktadır.

Anayasa Mahkemesi tarafından verilen 1963/145 Esas, 1967/20 Karar sayılı kararda kamu yararı düşüncesi hukuk devletine ilişkin olarak şu şekilde incelenmiştir.

...Hukuk devletinin unsurları arasında, kanunların kamu yararına dayanması ilkesi de vardır. Bunun anlamı, kamu yararı düşüncesi olmaksızın, yalnızca özel çıkarlar için veya yalnızca belli kişiler yararına herhangi bir kanun kuralının konulamayacağıdır. İptali istenilen kuralların yasalaşma sürecinden ve belirtilen olgulardan, yapılan değişikliklerle güdülen asıl amacın, yalnızca belli kişilerin özel çıkarlarının korunmasını sağlamak olduğu ve bu nedenle de kamu yararına dayanmadığı sonucuna varılmaktadır. Yalnızca kişi yararına yapılan kanunlar, kamu yararı kavramı ile bağdaşmadığı gibi hukuk devleti anlayışı ile de ters düşer. İptali istenilen kurallar bu yönden Anayasa da öngörülen hukuk devleti ilkesine aykırıdır⁸¹.

Yine Anayasa Mahkemesi kamu yararı kavramını tanımlarken bu kavramın dayanağı olarak iç hukukun temel ilkelerinden ve Anayasa Hukukumuzda yer alan bir ilke olan eşitlik ilkesinden bahsederek kamu yararına ilişkin değerlendirmelerde de bulunmuştur.

Mahkeme, özelliklere farklılıklara dayandığı için haklı olan nedenlerin, farklı düzenlemelerin eşitlik ilkesine aykırılığını önleyeceğini, durumdaki farklılıkların ortaya çıkardığı zorunluluklar, kamu yararı

⁸⁰ Anayasa Mahkemesi'nin 17.06.1992 tarihli ve 1992/22 Esas ve 1992/40 Karar sayısı ile verdiği kararı. <<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>> (12.03.2019)

⁸¹ Anayasa Mahkemesi'nin 17.01.2013 tarihli ve 2012/19 Esas ve 2013/17 Karar sayısı ile verdiği kararı. <<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>> (12.03.2019)

diğer haklı nedenlere dayanan farklı uygulamalar öngören düzenlemelerin Anayasadaki eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmayaacağı kanaatindedir⁸².

Anayasa Mahkemesi hemen her kararında kamu yararına ilişkin tanımlara yer vermektedirse de bu kavrama en çok temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin başvurularda yer vermekte ve söz konusu sınırlandırmanın gereği olarak Anayasa tarafından açıkça belirtilen kamu yararı kavramını göstermektedir.

Kamu yararı kavramı, mülkiyet hakkının sınırlandırılmasında karşımıza çıkmaktadır. Mülkiyet hakkına ilişkin olarak Anayasa’da yer alan düzenlemelere bakıldığında, kamu yararı nedeniyle kamulaştırma ve devletleştirme yolları ile malikin mülkiyet hakkının konusu olan mal ile ilişkisinin tamamen kesilmesi mümkün olmakta ve bunun yanında Anayasa’nın 35. maddesinde mülkiyet hakkının kullanılmasına da bir sınırlama getirilerek mülkiyet hakkının toplum yararına aykırı bir şekilde kullanılmayacağının hükme bağlandığı görülmektedir⁸³.

Anayasa Mahkemesi tarafından verilen 1992 tarihli kamu yararı ile ilgili karar şu şekildedir:

Kamu yararı kavramı, mülkiyet hakkını mutlak bir hak olmaktan çıkararak kimi durumlarda taşınmaz ile sahibi arasındaki ilişkinin sona ermesine neden olmaktadır. Kamu yararının gerektirdiği durumların belirlenmesi yasa koyucunun takdir alanı içinde değerlendirilmelidir. Kuşkusuz yasa koyucu takdir alanına giren değerlendirmelerde anayasal ilkelere uygun düzenlemeler yapmak zorundadır⁸⁴.

Anayasa Mahkemesi tarafından mülkiyet ve mülkiyete ilişkin yapılan kısıtlamalarda kamu yararı kavramının ön plana çıkarılarak toplumsal yarar karşısında bireyin yararının göz ardı edilebileceği sonucuna varacak çıkarımlar yapıldığını görüyoruz. Her ne kadar bu durum mülkiyet hakkının özü ile ters düşmekte ise de Mahkeme verdiği kararlarda mülk sahibine ilişkin de mülkün karşılığının verilmesi gerektiğini ifade ederek mülkiyetin özüne ilişkin yapılan ihlalin bir derece giderilmesini sağlamaya çalışmıştır.

1.5.1.3.2. Danıştay Kararlarında Kamu Yararı Kavramı

Kamu yararına ilişkin olarak, bu kavramın daha çok idare tarafını ilgilendiren bir kavram olduğu da dikkate alındığında Danıştay Kararlarında da kamu yararı kavramına çokça rastlandığı görülmektedir.

⁸² Anayasa Mahkemesi’nin 17.11.1998 tarihli ve 1997/74 Esas ve 1998/69 Karar sayısı ile verdiği kararı. <<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>> (10.03.2019)

⁸³ Tombaloğlu, 2014, s. 379.

⁸⁴ Anayasa Mahkemesi’nin 17.06.1992 tarihli ve 1992/22 Esas 1992/40 Karar sayısı ile verdiği kararı. <<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>> (10. 03. 2019)

İdarelerin, İdari Yargılama Usulü Kanunu 2. maddesi “İdari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan iptal davaları” ile yapılacak iş ve işlemlerin amaç/maksat yönünden hukuka uygun olmasını icbar etmiş bulunmaktadır. Bu maksat ise kamu yararadır⁸⁵.

Şeref Gözübüyük’e göre ise; “Bütün idari işlemler, biçimi ve konusu ne olursa olsun kamu yararı için yapılırlar. Yönetimin kamu yararı dışında bir amaç gütmesi durumunda yapmış olduğu işlem amaç yönünden hukuka aykırı olur ve iptali gerekir”⁸⁶.

İdare eylem ve işlemlerini yerine getirirken kamu yararı, idari işlemin beş unsurundan biri olan amaç/maksat olarak görülmeli ve idare bu husustan sonra kamu yararının ne şekilde gerçekleşebileceğini belirlemelidir. Bu hususta idari işlemi gerçekleştiren idare, her ne kadar kanunlar çerçevesinde kamu yararına ilişkin değerlendirmede bulunabilirse de söz konusu idarenin kendisine has takdir yetkisinin olduğu da düşünülmelidir. Bu hususta idarenin takdir yetkisinin kendisinden kaynaklandığını belirtmekte yarar vardır. İdarenin takdir yetkisinin sınırlarını ise kamu yararı ve kamu hizmeti oluşturmaktadır. Bu noktada Anayasa ile idari yargıya getirilen sınırlamaya da dikkat etmek gerekir. İdare mahkemeleri ya da Danıştay, idare tarafından alınan kararın yerindeliğini inceleyemeyeceğinden neyin kamu yararı olup; olmadığına karar veremeyecekleri de açıkça ortadadır.

Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu tarafından verilen 2001/1 Esas 2001/4 Karar sayılı kamu yararına ilişkin karar şu şekildedir.

...toplumun doğru bilgi edinme hakkı ve genel kamu yararı gözetilerek, kamuya sunulan hizmetin yansız, objektif biçimde yürütülmesi için düzenlenmesi gerektiği açıktır. Bir başka deyişle, radyo ve televizyon işletmeciliği düzenlenirken, basın özgürlüğünün toplumun doğru bilgilendirilmesi amacı doğrultusunda ve genel olarak kamu yararı zedelenmeden kullanılmasının sağlanması bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır⁸⁷.

Danıştay tarafından verilen kararda her ne kadar genel kamu yararı şeklinde bir ifade kullanılmışsa da kamu yararını genele ya da özele indirgemek yanlış şekilde değerlendirmelere yol açabileceğinden bu kavramı sadece kamu yararı olarak görmekte fayda vardır.

⁸⁵Gül, İbrahim, Danıştay Kararlarında Kamu Yararı Kavramı, Ankara Barosu Dergisi, 2014/2, s. 538.

⁸⁶ Gözübüyük, Şeref, İdari Yargılama Usulü, Turhan Yayınları, Ankara 1996, s. 85.

⁸⁷ Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu’nun 10.04.2001 tarihli 2001/1 Esas 2001/4 Karar sayılı kararı. <www.sinerjimevzuat.com.tr>

Danıştay'ın 2008 yılına kadar olan kararlarında toplum yararı, üstün kamu yararı ve baskın kamu yararı kavramları yerine “*kamu yararı ve hizmet gerekleri*” iki kavramının birlikte kullanıldığı anlaşılmaktadır. Tadat (sınırlama olmaksızın) olarak sayılan kavramların Danıştay Kararlarında kullanılmasının kamu yararı kavramının evrilmeye başladığının somut göstergesi olduğu görülmektedir⁸⁸.

Görüldüğü üzere idari yargıda sıkça karşımıza çıkan kamu yararı kavramı idari yargı usulü hakkında kanunda yer almadığı gibi söz konusu kanunun idari işlemlerin unsurlarını açıklayan ikinci maddesinde de herhangi bir şekilde telaffuz edilmemiştir. Oysa bütün eylem ve işlemlerini kamu yararına dayandıran idarenin kendi kurallarını oluşturan kanunda dahi kamu yararı ifadesinin geçmemesi kamu yararı kavramının idare tarafından da soyutlaştırılmasına sebebiyet vermiş olup; böylece idare kendisine kamu yararı ile mahfuz bir alan yaratmayı başarmıştır. Zira kamu yararı kavramının soyut olması, bireyin mülkiyet hakkını ihlal etmekteyken güçlü konumda olan idarenin ise hareket alanını genişletmeye devam etmektedir.

1.5.1.3.3. Yargıtay Kararlarında Kamu Yararı Kavramı

Kamu yararı kavramı, daha çok idarenin eylem ve işlemlerinin amacı olduğundan söz konusu kavrama adli yargıda değil idari yargıda daha çok karşılaşılmaya başlanmıştır; ancak kamu yararına ilişkin Yargıtay tarafından verilen kararlarda bulunmakla birlikte Yargıtay'ın bu konudaki kararlarının daha çok kamulaştırmasız el atmaya ilişkin olarak verilen kararlar olduğunu görmekteyiz.

Kamulaştırmasız el atma davalarının adli yargıda görülmesinin en büyük etkeni aslında söz konusu kavramın hukuk düzeninde yer almaması ve bu kavramın yarattığı ihlallerin idare tarafından gerçekleştirilmesidir. Zira idare kamulaştırma yaparken mülkiyet hakkını yasal yollardan sınırlamaktayken, kamulaştırmasız el atmada idarenin eylemi mülkiyet hakkına ihlal niteliğinde olmaktadır. “*Kamulaştırmasız el atma, bir haksız fiil mahiyetinde olup; Borçlar Kanunu'nun 41. maddesi hükümlerine göre değerlendirilmektedir. Herhangi bir hukuki kural ve usule tabi değildir. Kamulaştırmasız el atmada bir işlem tesisine de gerek yoktur*”⁸⁹.

⁸⁸ Gül, 2014, s. 549.

⁸⁹ Böke, Veli, Kamulaştırmasız El Atma Davaları, Şeçkin Yayınları, Ankara 2006, s. 17.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından kamulaştırmatsız el atmada mülkiyet hakkının nasıl kısıtlandığına ilişkin verilen 2010/5-662 Esas 2010/651 Karar Sayılı 15. 12. 2010 tarihli karar şu şekildedir.

...Malikin taşınmaz üzerindeki egemenliği hukuk düzeninin sınırları içinde üçüncü kişilere karşı korunmuş ve 4721 sayılı TMK' nın 683. maddesinde malike, hukuka aykırı olarak müdahalenin önlenmesini isteme hakkı tanınmıştır. Bir kişinin taşınmazına eylemli olarak el atıp tamamen veya kısmen kullanılmasına engel olunması ile imar uygulaması sonucu o kişinin mülkiyetinde olan taşınmaza hukuken kullanmaya engel sınırlamalar getirilmesi arasında sonucu itibariyle bir fark bulunmamakta her ikisi de kişinin mülkiyet hakkının sınırlandırılması anlamında aynı sonucu doğurmaktadır.

Ancak bundan da öte; uzun yıllar programa alınmayan imar planının fiilen hayata geçirilmemesi nedeniyle kamulaştırma ya da takas cihetine gitmeyen davalı idarece, pasif ve suskun kalınmak işlem tesis edilmemek suretiyle taşınmaza müdahale edildiği; bu haliyle idarenin eyleminin, mülkiyet hakkının özüne dokunan ve onu ortadan kaldıran bir niteliğe sahip bulunan kamulaştırmatsız el koyma olgusunun varlığı için yeterli bulunduğu, her türlü izahtan varestedir.

Bu itibarla kamulaştırmatsız el koyma olgusunun varlığının doğal sonucu, idarenin hukukla aykırı eylemiyle mülkiyet hakkı engellenen taşınmaz mal sahibi davacının dava yoluyla kamulaştırmatsız el koyma hükümleri doğrultusunda mülkiyetin bedele çevrilmesini eş söyleyişle idareden değer karşılığının verilmesini isteyebileceği açıktır.

Hal böyle olunca; Yerel Mahkemece, kamulaştırmatsız el koyma olgusunun varlığının kabulüyle, davalı idarenin kamulaştırmatsız el koyma hükümleri doğrultusunda sorumlu bulunduğuna ilişkin direnme kararı yerindedir⁹⁰.

Söz konusu Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararı kamulaştırmatsız el koymaya ilişkin olarak doktrinde verilmiş en önemli kararlardan biri olup; bu karar doğrultusunda mahkemeler tarafından işlemler yapılmaya devam etmektedir. Zira kamulaştırmatsız el koymaya ilişkin Anayasa'da ve Kamulaştırma Kanunu' nda herhangi bir hüküm yer almadığından mülkiyete bu yolla yapılan ihlallere ilişkin sorunlar içtihat hukuku ile çözülmeye çalışılmıştır. İdare tarafından idari işlemin amaç unsuru olan kamu yararına ilişkin karar dahi alınmadan malikin mülkiyet hakkının fiili olgularla yok edilmesi malike bunun karşılığında bir tazminat elde etme hakkı tanımaktadır.

⁹⁰ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu' nun 15.12.2010 tarihli 2010/5-662 Esas 2010/651 Karar sayılı ilamı.<www.sinerjimevzuat.com.tr>

1.5.2. Mülkiyet Hakkına İlişkin Diğer Müdahale Türleri

Mülkiyet hakkına ilişkin sınırlamalar kamu yararı ile sınırlı olarak kalmamakta Anayasa’da her ne kadar mülkiyet hakkı kapsamında yer almasa da temel hak ve özgürlüklere ilişkin olarak yapılan sınırlandırmalar, mülkiyet hakkına ilişkin olarak da uygulanmaktadır.

Mülkiyete ilişkin olarak yine Anayasa’da yer alan güvenlik ve koruma tedbirlerinin de birer müdahale türü olduğu açıktır. Yine koruma tedbirleri ve müsadere usulü açıkça Ceza Muhakemesi Kanununda (CMK) belirtilmiştir. *“Hem İHAM hem de Anayasa Mahkemesi (AYM) malvarlığı değerlerine yönelik el koymaları mülkiyetin kullanımının kontrolü olarak vasıflandırmaktadır”*⁹¹.

Yine Anayasa’da belirtilen ödevlerden olan vergi ödemeye ilişkin hükümde malvarlığında azalmaya yol açtığından aynı zamanda mülkiyete ilişkin olarak yapılan sınırlandırma olarak değerlendirilebilir. Görüldüğü üzere İHAM ve AYM mülkiyeti dar anlamda yorumlamamakta; mülkiyeti sadece bireyin elinde olan mallarla sınırlandırmamaktadır. Mülkiyetin burada yüksek mahkemeler tarafından aynı zamanda elde edilecek ya da elde edilebilecek malvarlığını da içerdiğini görmekteyiz. *“Mülkiyet Hakkına vergisel müdahalelere yönelik öncü vakalardan olan Narsan Plastik Kararında, vergi alınması yoluyla mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin mülkiyetin kullanımına ilişkin devletlerin çok geniş bir takdir marjına sahip oldukları belirtilmiştir”*⁹².

İHAM ve Anayasa Mahkemesi, mülkiyet kavramını artık neredeyse bütün temel hak ve özgürlüklerin dayanak noktası görmekte neredeyse yapılan bütün hak ihlallerini mülkiyet hakkına ilişkin olarak yapılan bir hak ihlali olarak değerlendirmektedir. *“Anayasa Mahkemesi 2019/1 Esas sayılı başvuruda başvuruçuların ‘Adil Yargılanma Hakkının İhlalinin’ aynı zamanda mülkiyet hakkının da ihlali olduğu değerlendirmesinde bulunmuştur”*⁹³.

İdarece yapılan diğer uygulamalarda mülkiyet hakkının dolaylı yoldan sınırlanması anlamına gelmektedir. Bu uygulamalara örnek olarak uygulanan adli ve idari para cezaları gösterilebilir. Hazine davalarında mülkiyet sahibine ilişkin 10 yıllık hak düşürücü süreler içinde dava açılması uygulanması da mülkiyet hakkının yasal sınırlandırma sebeplerindendir. Yine kıyı ve orman mevzuatında da mülkiyete ilişkin kısıtlama sebepleri yer almakla birlikte

⁹¹ Gemalmaz, Burak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı, Beta Yayınları, İstanbul 2009, s. 107.

⁹² Gemalmaz, Burak, Mülkiyet Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-6, Anayasa Yargısı 32 (2015) , s. 109<<https://docplayer.biz.tr/117456089-Mulkiyet-hakki-anayasa-mahkemesine-bireysel-basvuru-el-kitaplari-serisi-6-doc-dr-h-burak-gemalmaz.html> > (05.03.2019)

⁹³ Anayasa Mahkemesi’ nin 18.04.2019 tarihli 2018/3836 Esas sayılı Bireysel Başvuru Kararı.

bu alanların sadece orman ve kıyı alanlarında sınır komşular bakımından mülkiyete müdahale edebileceği ancak kamulaştırmanın her alanda yapılabileceği de ortadadır.

Görüldüğü üzere mülkiyet hakkının en büyük yasal kısıtlama sebebi olarak her ne kadar kamulaştırma kavramı görülmekteyse de mülkiyete ilişkin olarak yürütme tarafından ve yine yargısal kararlarla da sınırlama sebepleri getirildiği ortadadır. Bu durum Anayasaca mülkiyete ilişkin kısıtlama sebebi olarak gösterilen “*kamu yararı*” kavramının yargı ve yürütme organları tarafından kendilerince yorumlandığını göstermektedir.

Sonuç olarak, mülkiyet kavramının, insanlık tarihi kadar eski zamanlara dayandığı, en önemli insan hakları arasında yer aldığı ve kanunlarca neredeyse yaşam hakkı kadar korunduğu görülmekteyken, yine aynı mülkiyet hakkına ilişkin olarak yasal sınırlama sebeplerinin getirildiği ve bu sınırlama sebeplerinin sınırlarının dahi belirtilmediği ortadadır. Bu çerçevede mülkiyet hakkı gün geçtikçe korunması gereken en temel hak olarak yargı kararlarında yer almaya devam etmektedir. Hakkın sadece maddi mallar olarak değerlendirilmemesi bu hakkın kapsamını genişletmekteyken aynı zamanda hakkın korunmasını da güçleştirmeye devam etmektedir. Anayasa Mahkemesi son tarihli bir kararın da ‘adil yargılanma hakkını’ dahi mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirmiş ancak bu hakkın yasal sınırlama sebebi olarak belirtilen kamu yararı kavramını dahi tam ve net olarak açıklayamamıştır. Bu durum mülkiyet hakkına ilişkin yapılan müdahalelerin somut olay bazında değerlendirildiğini ve konuya ilişkin olarak ortak bir sonuca ulaşamadığını göstermektedir. Her ne kadar somut olay değerlendirmesine ilişkin yapılan yargılamanın daha adil olacağı düşünülse de ihlalin sınırlarının belirtilmemesi malikin mülkiyetini nasıl koruyabileceğine ilişkin bir görüş oluşmasını engellemektedir. Kamu yararına ilişkin olarak alınan karar, kimi durumlarda bireyin menfaatinin üstünde olsa da bireye toplumun sağladığı yarara karşılık kendi zararının giderilmesi adına tazmin olanağı sağlanmaktadır.

İKİNCİ BÖLÜM

KAMULAŞTIRMA

Kamulaştırma kavramı Anayasa’da yer almakla birlikte mülkiyet hakkına Anayasa tarafından getirilmiş olan en büyük yasal kısıtlamalardandır. 1982 Anayasası’nda kamulaştırma kavramı bir madde altında yer almışsa da söz konusu kavramın tanımına yer verilmemiş Anayasa kamulaştırma işlemine ilişkin sınırları belirlemiş ve kamulaştırma kavramının diğer unsurlarını yasalara bırakmıştır. 1982 Anayasa koyucunun neden kamulaştırma işlemine ilişkin ayrıntıların tekrar bir yasa ile düzenlenmesi gerektiğini belirtmesi şaşılacak bir durum değildir. Zira kamulaştırma işlemi aslında bir temel hak ve özgürlüğü (mülkiyet hakkını) tamamen ortadan kaldırdığından bu işlemi gerçekleştirirken idarenin alanı tam ve net belirlenmeli ve söz konusu ihlal her somut olayda farklı etki yaratmadan ihlalin etkisi azaltılmaya çalışılmıştır.

Kamulaştırma kavramının da mülkiyet kavramında olduğu gibi ortaya çıkması ve gelişmesi süreci çok eskilere dayanmaktadır. Bu sebeple öncelikle bu bölüm altında kamulaştırma kavramının metodolojisi, kamulaştırmanın tarihçesi, bu kavramın yabancı hukuk sistemlerinde nasıl değerlendirildiği ve yine Türk hukukunda nasıl geliştiği incelenmiştir. Yine bu bölüm altında mülkiyete yasal sınırlama sebebi olarak belirttiğimiz ve ilk bölüm altında incelenmiş olan kamu yararı kavramı, kamulaştırma usulüne ilişkin süreç ile malikin mülkiyet hakkının karşılığı olarak belirtilen gerçek karşılık hakkının nasıl değerlendirildiği üzerinde durulmuştur.

2.1. Kamulaştırma Terminolojisi

Kamulaştırma kavramı, kamu kavramına çeşitli yapım eklerinin getirilmesi ile oluşmuş aslında idari bir müdahaleyi belirten bir kavramdır. “*Expropriation*”, İngilizce ve Fransızca dillerinde “*kamulaştırma*” kavramının karşılığı olarak kullanılmaktadır. Kamulaştırma, Almancada “*Enteignung*” terimi ile ifade edilmektedir. Türk hukuk metinlerinde, uzun süre kamulaştırma yerine kullanılan “*istimlak*” kelimesi Arapça “*mülk*” kökünden gelmektedir⁹⁴.

2.2. Kamulaştırmanın Tanımı

Kamulaştırma, mülkiyete devlet eliyle yapılan yasal bir sınırlama olduğundan söz konusu uygulamaya ilişkin olarak şartlar hem Türkiye’de hem de yabancı hukuk sistemlerinde

⁹⁴ Özel, 2013, s. 113.

ayrıntılı olarak açıklanmıştır. Ancak yukarıda kamulaştırmaya ilişkin olarak anayasalarda yer aldığı belirtilen maddelerde kamulaştırma kavramının tanımı yapılmamış sadece uygulanmasına yönelik sınırlar tespit edilmiştir. Bu sebeple kamulaştırmaya ilişkin olarak yasama organınca çıkarılacak olan kanunda yasama organından ayrıntılı düzenleme yapılması Anayasa koyucu tarafından beklenilmiştir.

2.2.1. Kamulaştırmanın Tanımsızlığı Sorunu

Kamulaştırma kavramı, anayasada ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nda açıkça tanımlanmadığından söz konusu kavrama ilişkin olarak teorik olarak farklı tanımlamalar yapılmaktadır. Bu da tam ve net bir kamulaştırma kavramının olmaması ile birlikte kamulaştırma kavramının tanımsızlığına sebebiyet vermektedir.

2.2.2. Kamulaştırmanın Doktrindeki Çeşitli Tanımları

Doktrinde çeşitli yazarlar tarafından kamulaştırmaya ilişkin çeşitli tanımlar yapılmış olsa da net bir kamulaştırma tanımı yoktur. Ancak net bir tanımın olmaması aslında idari işlem niteliğinde olan kamulaştırma işleminde hangi unsurun ağır bastığının yazarlar tarafında farklı değerlendirilmesinden ileri gelmektedir. Bir kısım yazarlar kamulaştırmada kamu yararının ağır bastığını ve bunun yanında bireysel yararın göz ardı edilmesi gerektiğini belirtmekteyken diğer bir kısım yazarlar ise mülkiyetin temel bir insan hakkı olmasından yola çıkarak bireysel yarar ile toplumsal yararın aynı düzeyde olması gerektiğini ifade ederler. Bu yazarlara göre aslında toplum bireylerden oluşmakta olduğundan bireyin mutsuzluğu sonuçta toplumun mutsuzluğuna sebebiyet verecektir.

Onar'a göre kamulaştırma, *“İdarenin umumi menfaatler düşüncesi ile ve amme kudretine dayanarak, amme emlakine kalbetmek veya amme menfaatinin icap ettirdiği hususlara tahsis etmek veyahut bu hususlarda kullanmak üzere bedeli mislini, değer pahasını vermek şartıyla bir gayrimenkulü iktisap etmesidir”*⁹⁵.

Zevkliler' e göre kamulaştırma,

Kamu tüzel kişileri ve kurumları tarafından, kamu yararı nedeniyle yasaya dayanılarak, özel kişilere ait taşınmaz ve kaynakların, değer karşılığını peşin ödeyerek mülkiyetinin zorla ve tümüyle ya da kısmen ilgili kamu tüzelkişisine geçmesidir ki burada mülkiyet tescile gerek kalmadan kamulaştırılan şeyin karşılığının ödenmesiyle geçer⁹⁶.

⁹⁵ Onar, Sıddık Sami, İdare Hukukunun Temel Esasları, Hak Yayınevi, (3. Baskı), İstanbul 1966, s. 1513.

⁹⁶ Zevkliler, Aydın, Kamulaştırma Satımın Özel Bir Çeşidi Midir? “Prof. Dr. Osman F. Berki’ ye Armağan” Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 411, s. 938.

Örücü’ye göre kamulaştırma, “Kamu yararı için özel mülkiyete yükletilen ve bu hakkın somut içeriğini ortadan kaldıran en ağır ve kati bir yükümlülük boyutunu ön plana almıştır”⁹⁷.

Kalabalık’ a göre kamulaştırma, “Devlet ve kamu tüzelkişileri tarafından, kamu yararı nedeniyle yasaya dayanılarak özel kişilere ait taşınmaz ve kaynakların değer karşılığını peşin ödeyerek mülkiyetinin zorla ve tümüyle ya da kısmen ilgili kamu tüzel kişisine geçirilmesidir”⁹⁸.

Gözler’ e göre kamulaştırma, “Devlet ve kamu tüzelkişilerinin kamu yararının gerektirdiği hallerde kamu yararının gerektirdiği hallerde, karşılığını peşin ödemek şartıyla, özel mülkiyette bulunan taşınmaz bir malın tamamının veya bir kısmının, kanunda gösterilen usullere göre, mülkiyetini zorla devralmasıdır”⁹⁹.

Günday’ a göre kamulaştırma, “Devlet ve kamu tüzelkişilerinin, kamu yararının gerektirdiği hallerde, karşılığını peşin ödemek şartıyla, özel mülkiyette bulunan taşınmaz bir malın tamamına veya bir kısmına, kanunda gösterilen esas ve usullere göre zorla el atılmasıdır”¹⁰⁰.

Görüleceği üzere, kamulaştırmaya ilişkin olarak anayasada ve ilgili kanunda herhangi bir tanım yapılmaması ve kamulaştırmanın sadece sınırları ile nasıl uygulanacağını gösterilmesi doktrinde kamulaştırma tanımının değişik yorumlarla yapılması sonucunu doğurmuştur.

2942 Sayılı Kamulaştırma Kanunu ve söz konusu kamulaştırma işlemi aşağıda ayrıntılı olarak işlendiğinde de açıkça görülecektir ki; 1982 Anayasası’nda 3.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Kanun ile getirilen değişiklikler kamulaştırma kanununa açıkça sirayet etmemiştir. Bu durumda kişinin mülkiyet hakkının, kamulaştırma işlemi karşısında Anayasal olarak korunması için daha sıkı şartlar öngörülmesine rağmen ilgili kamulaştırma yasasına yapılan bu değişikliklerin sirayet etmemesi aynı zamanda uygulamada sıkıntılara sebebiyet vermektedir¹⁰¹.

⁹⁷ Örücü, Esin, Taşınmaz Mülkiyetine Bir Kamu Hukuku Yaklaşımı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1976, s. 44

⁹⁸ Kalabalık, Halil, İmar Hukuku Dersleri, Seçkin Yayınları (7. Baskı), Ankara 2015, s. 261.

⁹⁹ Gözler, Kemal, İdare Hukuku Dersleri, Ekin Yayınları, Bursa 2007, s. 692.

¹⁰⁰ Günday, Metin, İdare Hukuku, İmaj Yayınları (10. Baskı), Ankara 2011, s. 250.

¹⁰¹ Özel, 2013, s. 213.

2.2.3. Kamulaştırmanın Düzenleme Ortaklık Payı Kavramından Farkı

Kamulaştırma kavramının her ne kadar doktrinde tam ve net bir tanımı yapılamamış olması söz konusu kavramın başkaca kurum ve kavramlar ile karıştırılmasına sebebiyet vermektedir. Bunlardan en önemlisi ise son yüzyılda yaşanan teknolojik gelişmelerin artması ile bireyin sosyalleşmesi ihtiyacını gidermeye yönelik yapılan imar uygulamalarıdır. Bu sebeple, kamulaştırma kavramının benzer diğer kavram ve kurumlardan ayırt edilmesi gerekmektedir.

Konunun sınırlandırılması açısından kamulaştırmanın uygulamada karıştırıldığı birer cebri işlem olan devletleştirme, istimval ve geçici işgalden bu başlık altında ayrıca bahsedilmeyecektir. Ancak şunun bilinmesi gerekir ki söz konusu işlemler de kamulaştırma gibi cebri bir işlem niteliğindeyse de bunların konuları birbirinden farklıdır. Zira kamulaştırmaya sadece özel mülkiyette bulunan taşınmaz mallar, istimvale taşınır mallar, devletleştirmeye özel teşebbüsler, geçici işgale ise binasız araziler konu olabilir. Kamulaştırma, istimval ve geçici işgal birer idari işlemle yapılmakta, devletleştirme ise yasama organı tarafından kanunla yapılmaktadır. Bu sebeple bu işlemlere karşı idari yargıda işlemin iptaline ilişkin dava adli yargı da ise malın bedeline yönelik davalar görülmekteyken, devletleştirme işleminin denetimi bir yasama işlemi olduğundan Anayasa Mahkemesi'nde görülür¹⁰². Düzenleme Ortaklık Payı ise tamamen İmar Kanunu ile şekillenen farklı bir kurum olup; açıkladığımız gibi sosyal hayatın gelişmesi ile yeni imar uygulamalarının yapılması gerekmiş ve idarece İmar Kanunu'nun 18. maddesi dayanak gösterilerek vatandaşların taşınmazlarından kesintiler yapılarak, yapılacak imar uygulamasına kesintiler eklenmeye başlamıştır. Bu açıdan vatandaşın mülkiyet hakkına kamulaştırma işleminden bile daha büyük külfet getiren Düzenleme Ortaklık Payına ilişkin uygulamaların kısaca bu başlık altında incelenmesi uygun olacaktır.

Çarpık kentleşmenin önüne geçmek, sosyal hayatta dinamizm sağlamak adına idareler tarafından İmar Kanunu 18. madde hükmü uyarınca çeşitli imar uygulamaları yapılmaktadır.

MADDE 18: İmar hududu içinde bulunan binalı ve binasız arsa ve arazileri malikler veya diğer hak sahiplerinin muvafakati aranmaksızın, birbirleri ile, yol fazlaları ile, kamu kurumlarına ve 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 resen tescil işlemleri yaptırmaya belediyeler yetkilidir. Sözü edilen yerler belediye mücavir alanı dışında ise yukarıda belirtilen yetkiler valilikçe kullanılır.

¹⁰² Gözler ve Kaplan, 2011, s. 712

Belediyeler ve valiliklerce düzenlemeye tabi tutulan arazi ve arsaların dağıtımı sırasında bunların yüzölçümlerinden yeteri kadar saha, düzenleme alanındaki nüfusun kentsel faaliyetlerini sürdürebilmeleri için gerekli olan umumi hizmet alanlarının tesis edilmesi ve düzenleme dolayısıyla meydana gelen değer artışı karşılığında ‘düzenleme ortaklık payı’ olarak düşülebilir. Ancak bu maddeye göre alınacak düzenleme ortaklık payları, düzenlemeye tabi tutulan arazi ve arsaların düzenlemeden önceki yüzölçümlerinin yüzde kırk beşini geçemez¹⁰³.

İlgili maddeden de anlaşılacağı üzere, İmar Kanunu 18. maddesi uyarınca yapılan en önemli imar uygulaması Düzenleme Ortaklık Payı (DOP)’ tur¹⁰⁴. DOP, 3194 sayılı İmar Kanunu’nun 18. maddesi Uyarınca Yapılacak Arazi ve Arsa Düzenlemesi ile İlgili Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 4. maddesinin (c) fıkrasında şu şekilde tanımlanmaktadır.

MADDE 4: Düzenlemeye tabi tutulan yerlerin ihtiyacı olan yol, meydan, park, yeşil saha, genel otopark gibi umumi hizmetlere ayrılan ve tescile tabi olmayan alanlar ile cami, karakol yerleri ve ilgili tesisler için kullanılmak üzere düzenleme dolayısıyla meydana gelen artışlar karşılığında düzenlemeye tabi tutulan arazi ve arsaların önceki yüzölçümlerinden %35’ e kadar düşülebilen ve/veya zorunlu hallerde malikin muvafakati ile tespit edilen karşılığı bedeldir.

Söz konusu Kanun’da yapılan en son değişiklikle (04/07/2019) DOP kesintisi yapılabilecek oran %45’e çıkarılmış olup; bu oran neredeyse taşınmazın yarısına isabet etmekte bu durum ise, malikin malının elinden çıkması ile kalmamakta aynı zamanda malike güvensiz bir ortam da oluşmasına sebebiyet vermektedir.

DOP uygulaması, idare hukuku açısından tıpkı kamulaştırma işleminde olduğu gibi bir idari işlem niteliğindedir. Ancak DOP uygulamasında idari işlemin kamu gücüne dayalı olarak tesis edilmesi özelliği, tek yanlı ve icrai nitelikte olması özelliği kamulaştırma işleminden daha ağır basmaktadır¹⁰⁵.

Yine 3194 sayılı İmar Kanunu 18. madde uygulaması bağlamında taşınmaza Düzenleme Ortaklık Payı kapsamında el konulması, kamulaştırmatsız el atmanın da istisnaları arasında gösterilebilir¹⁰⁶.

İmar planlarının ve programlarının uygulanması amacı ile yapılan kamulaştırmaya ise imar kamulaştırması adı verilmektedir. İmar planının uygulanması amacıyla yapılan bu tür

¹⁰³ 3194 sayılı İmar Kanunu madde 18. <www.mevzuat.gov.tr>

¹⁰⁴ Yılmaz, Mustafa, “İmar Kanunu’nun 18. Maddesi Çerçevesinde Düzenleme Ortaklık Payı Kavramı ve Uygulamaları”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, (C.) 16 S (38), s. 314.

¹⁰⁵ Ersoy, Melih, İmar Planı Uygulamalarında Düzenleme İşlemi- Mekân Planlama ve Yargı Denetimi, Yargı Yayınevi, Ankara 2000, s. 4-5.

¹⁰⁶ Karaca, Egemen, “Kamulaştırmatsız El Koymanın Unsurları ve Kamulaştırmatsız El Koymaya Karşı Yargısal Başvuru Yolları”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2018, s. 137.

kamulaştırmalarda, kamulaştırma işleminin en temel ögesi olan kamu yararı kararının alınmasına ve onaylanmasına gerek yoktur¹⁰⁷. Oysa kamulaştırma işlemi yapılmadan daha hazırlık aşamasındayken kamu yararı kararının alınması zorunlu iken, ‘imar kamulaştırmalarında’ bu kararın dahi alınmaması mülkiyet hakkının tamamen ortadan kaldırılmasının sonucunu doğurmakta ve söz konusu işlem sırasında malike herhangi bir bedel ödenmemesi durumu ise hakkın özünü dahi ortadan kaldırmaktadır.

Her ne kadar imar kamulaştırması sırasında kamu yararı kararının alınmasına gerek yoksa da belirtilen kamulaştırma işleminin onaylı imar planına göre yapılacak hizmetler için, kamulaştırma kararının alınmasına ve onaylanmasına gerek olmadığı Kamulaştırma Kanunu’nun 6. maddesinde de belirtilmiştir. Buna göre kesinleşmemiş ve onaylanmamış imar planları için kamu yararı kararının alınması gerektiği gibi taşınmazın imar planında belirtilen amaç dışında başka bir amaç için kullanılması düşünülüyorsa, imar planında değişiklik yapılması zorunludur. İmar planında böyle bir değişiklik yapılması iptal nedenidir¹⁰⁸.

İmar planı kapsamında yapılan bu tür imar kamulaştırmalarında da, İmar Kanunu 10. maddede belirtildiği gibi imar programı gereğince çeşitli kamu hizmeti tesisine tahsis edilmiş olan özel mülkiyetteki yerlerin, bu kamu kurumlarınca, imar planına uygun olarak kamulaştırılması söz konusudur. Yani hem normal kamulaştırma hem imar kamulaştırması özel mülkiyet hakkını ortadan kaldırmaktadır. Zira gerek DOP, gerekse kamulaştırma bir imar programının uygulanmasını sağlamak için kullanılan yöntemlerdir¹⁰⁹.

Kamulaştırma ile DOP arasında kamu yararı kararı alınması bakımından en önemli fark görüldüğü gibi DOP sırasında bir kamu yararı kararı alınmasına dahi gerek duyulmadığı ayrıca DOP kararı alacak idarelerinde açıkça belirtilmediğidir. Oysa 2942 sayılı Kanun Kamu Yararı kararını alacak ve onaylayacak idareleri tek tek saymakla kalmamış, bazı hallerde kamu yararı kararını alacak idareler için özel kanunlara (petrol kanunu gibi) da atıf yapmıştır. Anayasa Mahkemesi kararları ve diğer yüksek mahkemelerin içtihatlarına bakıldığında DOP uygulamasında kamu yararı kararının alınmaması sebebinin, DOP kararının alınmasının dahi zaten bir kamu yararı kararının barındırdığı düşüncesi olduğu görülmektedir¹¹⁰.

Kamu yararı kararına dahi gerek duyulmadığı bir ortamda kişinin mülkiyet hakkına yönelik keyfi uygulamaların da ortaya çıkabileceği ve hakkın özünün bu yolla ortadan

¹⁰⁷ Tahtalı, Türk İmar Hukukunda Düzenleme Ortaklık Payı Uygulaması, 2012, s. 27-29.

¹⁰⁸ Kalabalık, 2015, s. 273.

¹⁰⁹ Tahtalı, Türk İmar Hukukunda Düzenleme Ortaklık Payı Uygulaması, 2012, s. 37.

¹¹⁰ Tahtalı, Türk İmar Hukukunda Düzenleme Ortaklık Payı Uygulaması, 2012, s. 38, 39

kaldırılabilirliği açıktır. Nitekim konuya ilişkin olarak Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu tarafından verilen 29.01.1976 tarihli 1974/2 Esas 1976/2 Karar sayılı kararın ilgili kısmı şu şekildedir.

...İmar planlarının kamu düzenini ve mülkiyet hakkını yakından ilgilendiren genel belgeler olduğu, bunlara uyulmasının, kişinin mülkiyet hakkının keyfi uygulamalardan korunması ve güvence altında bulundurulması gerektiği belirtildikten sonra, idarenin imar planını inceledikten sonra, yürütmek istediği kamu hizmeti ve teşebbüsüne uygun değilse, imar planını değiştirdikten sonra kamulaştırma yapmalarını hükme bağlamaktadır. Bu karara 3194 sayılı yeni İmar Kanunu döneminde de uyulmaktadır. 3194 sayılı Kanunun 8/4. maddesine göre, onaylanmış planlarda yapılacak değişikliklerde izlenecek yol da imar planının hazırlanmasında ve yürürlüğe konulmasındaki usul gibidir¹¹¹.

İlgili Danıştay Kararında da açıkça görüldüğü üzere, yüksek mahkemelerce DOP kavramından kaynaklanan kısıtlamaların kamulaştırmada olduğu gibi mülkiyet hakkını da doğrudan ilgilendirdiği ve bu sebeple düzenlenmelerin daraltılması ve yorum yapılmasının önüne geçilmesi adına çeşitli kıstasların öngörüldüğü açıktır. DOP ve kamulaştırma arasındaki temel fark söz konusu işlemlerin yapılması sırasında mülkiyet hakkına yapılan müdahaleden malikin nasıl etkilendiği noktasıdır. DOP açısından bakıldığında idarenin bir kamu yararı kararına dahi gerek duymaması idarenin sürekliliği ve seri hareketi açısından yararınadır. Yine DOP kararı alınması sırasında kamulaştırmada olduğu gibi idarece yeterli ödeneğin temin edilmesine de gerek duyulmamaktadır. Kamulaştırma her ne kadar hakkın özüne yapılan bir müdahale ise de DOP ile yapılan müdahalenin daha ağır sonuçlara sebebiyet vermesi malikin gözünde kamulaştırmayı daha masum hale getirmektedir. Zira kamulaştırma sonucunda malik en azından taşınmazı karşılığında tatmin edilmeye çalışılmaktadır. Yine İmar Kanunu 18. maddedeki düşünce ile yola çıkılacak olursa her taşınmazın imar uygulaması sonucu değerinin artacağı gibi bir sonuç ortaya çıkar ki, bu durum tamamen farazi bir yorumdur¹¹².

Yine aynı taşınmaz açısından hem kamulaştırma hem DOP yapılabilirliğine ilişkin İmar Kanunu'nun 18. maddesinin ilgili fıkrası şu şekildedir.

¹¹¹ Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu'nun 29.01.1976 tarih ve 1974/2 Esas ve 1976/2 Karar sayılı kararı. <www.sinerjimevzuat.com.tr>

¹¹² Tahtalı, Türk İmar Hukukunda Düzenleme Ortaklık Payı Uygulaması, 2012, s. 38-40.

MADDE 18:

(5) (Değişik fıkra:4/7/2019-7181/9 md.) Düzenleme ortaklık paylarının toplamı, üçüncü fıkra¹¹³ sözü geçen umumi hizmetler için, yeniden ayrılması gereken yerlerin alanları toplamından az olduğu takdirde, eksik kalan miktar tescil harici alanlardan veya muvafakat alınmak kaydıyla kamuya ait taşınmazlardan ya da Hazine mülkiyetindeki alanlardan karşılanır. Bu yöntemlerle karşılanamaması halinde belediye veya valilikçe kamulaştırma yoluyla tamamlanır.

(6) Herhangi bir parselden bir miktar sahanın kamulaştırılmasının gerekmesi halinde düzenleme ortaklık payı, kamulaştırmadan arta kalan saha üzerinden ayrılır.

Düzenleme ortaklık payı karşılığında, malike bir bedel ödenmediği ancak taşınmazının değerinde imar uygulaması sonucunda bir artış meydana geleceğinin vaat edildiği düşünüldüğünde DOP kesintisi ile mülkiyete ilişkin bir müdahale olmadığı sonucu doğabilecekse de aslında durumu bu şekilde değerlendirmemek gerekir. DOP ile taşınmazda yapılan kesintinin yeni yapılan düzenleme ile %45'e çıkarılması durumu da göstermektedir ki, taşınmaz maliki taşınmazının neredeyse yarısından mahrum bırakılmakta ancak karşılığında bedel olarak dahi tatmin edilmemektedir. Uygulamada %45'e kadar kesinti yapılabileceğinin belirtildiği kanunun lafzından ise mahkemeler %45 oranını anlamakta ve bu durumda yine imar uygulamasının gerektirdiğinden daha fazla taşınmazın idareye geçmesine sebebiyet vermektedir. Görüldüğü üzere DOP uygulaması, kamulaştırmanın mülkiyete olan etkisinden daha ileri olarak mülkiyet hakkını tamamen ortadan kaldırmakta ve bu durum karşılığında malike taşınmazın bedelinin artacağına ilişkin bir vaat vermekten öteye gitmemektedir.

2.3. Kamulaştırma Kavramının Tarihçesi

Tarihi olarak yerleşik hayata Uygurlar döneminde geçilmesi ile birlikte mülkiyet anlayışı yerleşmeye başlamıştır. Mülkiyet anlayışının daha sonra ilerlemesi ve temel hak ve özgürlükler arasında yer alması ile bu kavramın daha da üstünde olan bir uygulamanın olup

¹¹³ 3194 sayılı Kanun'un 18. madde 3. fıkra; "Düzenleme ortaklık payları düzenlemeye tabi tutulan yerler ile bölgenin ihtiyacı olan yol, meydan, otopark, çocuk bahçesi, yeşil saha, ibadet yeri ve karakol, Milli Eğitim Bakanlığı'na bağlı öğretime yönelik eğitim tesis alanları, Sağlık Bakanlığına bağlı sağlık tesis alanları, Pazar yeri, semt spor alanı, toplu taşıma istasyonları ve durakları, otoyol hariç erişme kontrolünün uygulandığı, yol, su yolu, resmi 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 alanlarından oluşur ve bu tesislerden başka amaçlarla kullanılamaz. Düzenlemeye tabi tutulan alan içerisinde bulunan taşkın kontrol tesisi alanlarının, bu fıkra da belirtilen kurumlar için düzenleme ortaklık payı düşünülmesini müteakip kalan Hazine mülkiyetindeki alanlardan karşılanması esastır. Ancak taşkın kontrol tesisi için yeterli alanın ayrılmasında, düzenleme ortaklık payının ikinci fıkra da belirtilen oranı aşmaması şartıyla, düzenlemeye tabi diğer arazi ve arsaların yüz ölçümlerinden bu fıkra da kullanılanlar için öncelikle düzenleme ortaklık payı ayrıldıktan sonra ikinci fıkra da belirtilen orana kadar taşkın kontrol tesisi için de ayrıca pay ayrılır. Kapanan imar ve kadastro yollarının öncelikle düzenleme ortaklık payına ayrılan toplam alandan düşülmesi esastır."

olmayacağı sorunsalı tartışılmaya başlamıştır. Bu noktada devletin mülkiyete el atıp atamayacağına ilişkin görüşler geliştirilmeye başlanılmıştır.

Roma hukukunda kamulaştırma kavramının olup olmadığı konusunda çeşitli görüşler varsada söz konusu kavramın varlığını karşılayan herhangi bir kuralın varlığından söz edilemez. Bu durumun sebebi olarak Devlet örgütü içinde “*imperium*”¹¹⁴ yetkisine sahip olan siyasal organların, sahip oldukları bu geniş yetki aracılığıyla, ayrı bir düzenlemeye gerek duymaksızın gerektiğinde kamulaştırma yapabilmeleri gösterilmektedir. Başka bir deyişle Roma Hukukunda kamulaştırma, devletin “*imperium*” yetkisini kullandığı, özel hukuk dışında kalan bir alandır¹¹⁵.

Roma hukukunda mülkiyet konusunda da bahsedildiği üzere; mülkiyete ilişkin çeşitli kısıtlamaların yapıldığı ancak söz konusu kısıtlamaların genel olarak toplumsal kuralları oluşturmak adına egemen tarafından oluşturulduğu belirtilmiştir. Roma hukukunda komşuluk hukuku çok önemli olduğundan belirli sınırlamalar getirilmişse de söz konusu sınırlamaların kamulaştırma ya da benzeri bir kavramla karşılanmadığı verilen eserlerde bu neviden herhangi bir anlamın çıkarılamamasından bellidir. Roma hukukunda da Türk Hukukunda mülkiyet hakkının ilk zamanlarında olduğu gibi egemenin yetkisinin sınırları tam ve net olarak belirlenmediğinden egemen taşınmazlara kendi erkine dayanarak el atabilmekteydi.

Roma hukukunda kamu yararı amacıyla özel mülkiyete müdahale edilmesi veya mülkiyetin kaldırılması gerektiği bir durum olduğunda, devlet yetkilileri o mülkiyeti zorla almak yoluna gitmemekteydiler. Bunun yerine malik olan bu kişiler, bir satış sözleşmesinin yapılması amacıyla beyana zorlanmaktaydılar. Başka bir deyişle Roma Hukukunda özel mülkiyetin sahibi olan mülkiyetin usulüne uygun vereceği bir beyan olmadan kamulaştırma işlemi tesis edilemezdi. Bu sebeple malikin beyanı gerekirse zorla elde edilmektedir¹¹⁶.

Orta Çağ’da kamulaştırma, mülkiyet hakkında olduğu gibi feodal devlet yapısından ve Orta Çağ’ın siyasi akımlarından etkilenmiştir. Söz konusu siyasi akımların (liberalizm, sosyalizm vs. gibi) devleti ya da erki kimin ya da kimlerin elinde gördüğüne göre mülkiyet ve mülkiyete ilişkin kısıtlama anlayışlarında çeşitli farklılıklar olmuş olup; söz konusu

¹¹⁴ Imperium: Devlet iktidarını kullanabilme yetkisi, emir, buyruk, egemenlik alanı anlamında kullanılan terim. Bkz. Yılmaz, Ejder, Hukuk Sözlüğü, Yetkin Yayınları (Yenilenmiş 4. Baskı), Ankara 2010, s. 350.

¹¹⁵ Seyhan, Serkan, “Prof. Dr. Bülent TAHİROĞLU’ na Armağan”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, s. 324 <<https://hdl.handle.net/11413/4446>> (18. 03. 2019)

¹¹⁶ Seyhan, Serkan, “Prof. Dr. Bülent TAHİROĞLU’ na Armağan” Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 339 <<https://hdl.handle.net/11413/4446>> (18.03.2019)

farklılıklar da dikkate alındığında kamulaştırmaya ilişkin net bir kavramın oluşturulamamış olduğu görülecektir.

Kamulaştırma kavramı, Türk Hukuk uygulamasında ancak imparatorluk devrinin sona ermesi ile ortaya çıkmaya başlamıştır. Zira Osmanlı zamanında da daha önceki Türk devletlerinde de toprak devletin malı sayılmakta sadece kullanımı bireylere tanınmaktaydı. Bu sebeple özel mülkiyetin çok da benimsenmediği ve ikta ve tımar ile kullanılan topraklarda devletin mülkiyeti kısıtlamak için yönetilenlerden izin almasının gerekmediği düşünüldüğünde kamulaştırma kavramının imparatorluk çöktükten sonra hızla gelişmeye başlaması olağandır.

Osmanlı tarihine bakıldığında ilk anayasal belgenin 1808 Sened-i İttifak olarak kabul edildiği görülmektedir. Sened- i İttifak, padişahın siyasi yetkilerini sınırlayarak Osmanlı Devleti'nin yıkılış sürecini geciktirecek nitelikte hükümler içeren bir belgedir. *“Söz konusu belge ile padişahın yetkilerinin sınırlandırılabilceği ilk kez gündeme geldiğinden bu belge, İngiliz Magna Cartası’ na benzemektedir”*¹¹⁷. Bu belgeden sonra Osmanlı Devleti'nin son yüzyılında, Osmanlı Devleti sınırlarında yaşayan azınlıklarında ayaklanmaları ile birlikte söz konusu azınlıkların da haklarını içerecek şekilde Islahat ve Tanzimat Fermanları çıkarılmış olup; bu fermanlarda da özellikle gayrimüslimler ve Müslümanlar arasındaki eşitsizlikler giderilmeye çalışılmıştır. Söz konusu Osmanlı Anayasal gelişmelerinde kamulaştırmaya veya kamulaştırmaya benzer kavramlara yer verilmemesinde anlaşılmayacak bir nokta bulunmamaktadır. Zira Osmanlı Devleti her ne kadar söz konusu Anayasal belgelerin çıkarıldığı tarihlerde eski gücünü kaybetmişse de halen padişah ve devlet otoritesinin temel hak ve özgürlüklerin üstünde olduğu açıktır. Bu belgeler ile sadece toplum içindeki çok uluslu yapının sebebiyet verdiği kargaşa ortamı sonlandırılmaya ve halk refaha ulaştırılmaya çalışılmıştır. Bu sebeple her ne kadar Osmanlı Devleti zamanında anayasacılık faaliyetleri 1808’de başlamış gibi görünsede padişahın otoritesi üzerinde herhangi bir güç olmayacağı anlayışı sebebiyle bu dönemde kamulaştırma ya da kamulaştırmaya ilişkin bir ibareye Sened-i İttifak’ta rastlanmamaktadır. Ancak yine de bu dönemde mülkiyetin korunmasına ilişkin olarak bazı düzenlemelerin getirilmesi, padişah otoritesi karşısında mülkiyete verilen önemin arttığı anlamına gelmektedir. Senedi- İttifak ile birlikte müsadere¹¹⁸ usulü kaldırılarak devlet memurlarının mal ve mülkü koruma altına alınmıştır.

¹¹⁷ Gözler, 2011, s. 15.

¹¹⁸ Müsadere: Görevden alınan veya ölen devlet adamlarının mallarına el konulması anlamına gelmektedir. Bkz. Türk Tarihi, Çalış Ofset Yayınları, İstanbul, 2002, s. 114.

Türk Hukukunda, anayasal korumanın ilk olarak Kanun-i Esasi ile başladığı kabul edildiğinden Türk Hukukunda kamulaştırma ve kamulaştırmaya ilişkin değerlendirmelerin bu aşamadan sonraki kısımları değerlendirilecektir.

2.3.1. 1876 Kanuni Esasisinde Kamulaştırma Kavramı

Osmanlı Devleti, bir imparatorluk olduğundan sınırları geniş alanları bulmuş; ancak kendi döneminin son yüzyılı içinde farklı milletleri de içinde barındırdığından ve çok çeşitli savaşlara girdiğinden önce gerileme ardından çöküş dönemine girmiştir. İşte gerileme döneminin en büyük getirilerinden biri Osmanlı Devleti'nin de batıdaki gelişmelere kayıtsız kalamaması olmuş ve padişahlar tarafından devletin çöküşü engellenmek adına atılımlar yapılmaya başlanmıştır. İlk anayasal belgelerin ortaya çıkmasının asıl nedeninin devletin çöküşü olduğu tarihçiler tarafından belirtilmekteyse de Osmanlı Devletindeki tebaanın batıdaki hak anlayışına ilişkin çıkarımları ve batıya gönderilen aydınların da batıdan etkilenmesinin anayasal belgelere kaynak olduğu söylenebilir. Anayasal belgeler ve hukuk düzeni her zaman içinde yaşadığı toplumdan etkilenmiş, içinde yaşadığı toplumu ise etkilemekle kalmamış bu etkinlikler o dönemde yaşamış bütün toplumları ve gelecek toplumlara yol göstermiştir.

1876 Anayasası, Türk Osmanlı tarihinde kamulaştırma veya kamulaştırma kavramının karşıladığı anlama benzer ifadeler içeren ilk Anayasa olarak görülmektedir. *“1876 tarihli Kanun-i Esasi biçimsel açıdan padişahın tek yanlı iradesinden doğmuş bir ‘Ferman Anayasa’ olarak nitelenmişse de aynı zamanda Türk Anayasal Tarihinde temel hak ve özgürlüklerin klasik esaslara uygun bir liste halinde sıralandığı ilk belgedir”*¹¹⁹. 1876 Kanun-i Esasi'nin mülkiyet hakkına ilişkin 21. maddesinde *“Herkes usulen mutasarrıf olduğu mal ve mülkünden emindir. Menafi-i Umumiye için lüzumu (kamu yararı) sabit olmadıkça, kanuni mucibince (kanunilik) değer pahası (gerçek karşılığın ödenmesi) peşin verilmedikçe (bedelin peşin olarak ödenmesi) kimsenin tasarrufunda bulunan mülk alınamaz”*¹²⁰.

Görüldüğü üzere 1876 Kanun-i Esasi' sinde mülkiyet hakkı koruma altına alındıktan sonra söz konusu mülkün kamulaştırmaya ilişkin şartları sayılmış olup; mülkiyet hakkı anayasal olarak güvence altına alınmasının akabinde yine devlet eliyle çeşitli sınırlamalara tabi tutulmuştur.

¹¹⁹ Özel, 2013, s. 119.

¹²⁰ 1876 Kanuni Esasi <<https://www.mevzuat.gov.tr> > (20.03.2019)

1876 Anayasası her ne kadar kamulaştırma şartları konusunda Fransız İnsan Ve Yurttaş Hakları Bildirgesi' ne benzer nitelikte hükümler içermekteyse de anayasal bir denetim mekanizmasının uygulanmaması ve 1876 Anayasası'nın savaş dönemi Anayasası olduğu da dikkate alındığında uygulanamaması sebebiyle çok etkili bir Anayasa olduğu söylenemez. Ancak 1921 Türk Anayasası'nda temel hak ve özgürlüklere ilişkin olarak herhangi bir kavrama yer verilmediğinden 1876 Anayasası'nın ilgili hükümlerinin 1924 Anayasası dönemine kadar uygulamada yer aldığı söylenebilir¹²¹.

2.3.2. 1921 ve 1924 Anayasası Döneminde Kamulaştırma Kavramı

1921 Anayasası Döneminde temel hak ve özgürlüklere ilişkin olarak herhangi bir madde yer almamakla birlikte söz konusu kanunun savaş dönemi kanunu olması ve bu dönemde rejim değişikliğine doğru yeni bir devlet anlayışı olduğu da dikkate alındığında kamulaştırma ya da benzeri bir kavrama bu Anayasa'da yer verilmemesi olağandır. Ancak öncelikle saltanatın kaldırılması akabinde cumhuriyetin ilanı ve halifeliğin de kaldırılması ile birlikte yeni bir rejim oluşturulmuş ve yeni rejimin ilk temeli savaş döneminin etkilerinin ortadan kaldırılarak temel hak ve özgürlükler tanınması olmuştur. Bu sebeple her ne kadar değiştirilmesi sıkı şartlara bağlı olsa da Anayasal yeni hükümler oluşturulmuş ve halka bu hükümlerle birlikte haklar tanınırken aynı zamanda ödevler de yüklenmiştir.

1924 Anayasası Dönemi, 1961 Anayasası dönemine kadar süren uzun bir süreci içine almakla birlikte bu dönemde yeni bir rejimle birlikte yeni bir hak tanımlaması gelmesi hem mülkiyete ilişkin hem de kamulaştırmaya ilişkin olarak yeni kavramların ve uygulamaların da ortaya çıkmasına sebebiyet vermiştir. Bu dönemde henüz bir Anayasa Yargısının bulunmaması denetimi zorlaştırırken, kamulaştırma ve mülkiyet hakkına ilişkin verilen çeşitli mahkeme kararlarının da farklı uygulamalara sebebiyet verdiği görülmektedir.

1924 Anayasası'nın 5. Bölümünde 'Türklerin Kamu Hakları' başlığı altında 74. maddede incelenen mülkiyet ve kamulaştırma kavramı aynı zamanda aynı madde de istimval ve maddi mükellefiyetle incelenmiştir. Söz konusu kavramlarda Türk Hukukunda mülkiyete ilişkin olarak yasal sınırlama sebepleri ve uygulamalarındandır. Kamulaştırma kurumu 1924 Anayasası' nın 74. maddesinde şu şekilde hüküm altına alınmıştır.

MADDE 74: Menafî Umumiye için lüzumu usulen tahakkuk etmedikçe kanunu mahsus mucibince değer pahası peşin verilmedikçe hiçbir kimsenin malı istimval ve mülkü istimlak olamaz.

¹²¹ Özel, 2013, s. 113.

Fevkalade ahvalde kanun mucibince tahmil olunacak nakdi, aynı sayü amele müteallik mükellefiyetler müstesna olmak üzere hiçbir kimse hiçbir fedakarlığa icbar edilemez¹²².

Görüleceği üzere söz konusu maddenin ilk fıkrasında kamulaştırmanın Kanun-i Esasi'nin 17. maddesi ile paralel olarak; kamu yararı, kanunilik, gerçek karşılık ve peşin ödemeye ilişkin hükümleri içerdiği ortadadır. Bu aşamadan sonra kamu politikalarının daha çok köylüye ve toprağa yönelik olması sebebiyle 1924 Anayasası'nın 74. maddesine ek bir fıkra eklenerek madde metni sadeleştirilmiştir.

1924 Anayasası'na 5.2.1937 tarihinde eklenen ikinci fıkra ile birlikte maddenin sadeleştirilmiş son hali şu şekildedir.

Kamu faydasına gerekli olduğu usulüne göre anlaşılmadıkça, değer pahası peşin verilmedikçe hiç kimsenin malı ve mülkü kamulaştırılmaz.

Çiftçiye toprak sahibi yapmak ve ormanları Devlet tarafından idare etmek için istimlak olunacak arazi ve ormanların istimlak bedeli ve bu bedellerin tediyesi sureti, mahsus kanunlarla tayin olunur.

Olağanüstü hallerde, kanuna göre yükletilecek para ve mal ve çalışma ödevleri dışında hiç kimse başka hiçbir şey yapmaya ve vermeye zorlanamaz.

1924 Anayasası, döneminde çiftçiye yönelik olarak yapılan ve çiftçinin toprak sahibi olmasını düzenleyen kanunlar olsa da bu dönemde kamulaştırmaya ilişkin olarak ayrı bir kanun çıkarılmamıştır. Yine bu dönemde çıkan 1956 yılında yürürlüğe giren 6830 sayılı Yasayla 55 ayrı istimlak kanunu yürürlükten kaldırılmış ve kamulaştırmaya ilişkin olarak tek bir yasa yapılması yoluna gidilmiştir¹²³.

2.3.3. 1961 Anayasası Döneminde Kamulaştırma Kavramı

1961 Anayasası, sosyal hak ve ödevlere geniş yer veren bir anayasa olmakla birlikte sosyal hak ve ödevlerin belirli amaçlarla nasıl sınırlandırılabilmesine de ayrıntılı yer vermiştir.

Kamulaştırma kavramı, ilk kez mülkiyet hakkı ve diğer haklara kısıtlama sebebi olarak bu kavramlarla ilgili madde de yer almamış söz konusu kavram ilk kez madde başlığı ile birlikte şekli unsurlarının ayrıntılı açıklaması ile Anayasamıza girmiştir. Söz konusu kavramın farklı bir başlık altında ayrıntılı olarak açıklanma sebebi 1924 Anayasası'ndan sonra mülkiyete ilişkin sınırlamaların artık içinden çıkılamayacak bir hal almasından ve bu süreçte

¹²² 1924 Anayasası (Teşkilat-ı Esasiye Kanunu) <<https://www.mevzuat.gov.tr> > (20.03.2019)

¹²³ Özel, 2013, s. 121.

söz konusu kavrama ilişkin olarak oluşturulmuş genel geçer bir uygulamanın olmamasından kaynaklanmaktadır. Bu sebeple 1961 Anayasası 38. maddesinde kamulaştırma kavramını belirtmiş ve söz konusu madde metninde kamulaştırmaya ilişkin şekli özellikleri saymıştır.

MADDE 38: Devlet ve kamu tüzel kişileri, kamu yararının gerektirdiği hallerde, gerçek karşılıklarını peşin ödemek şartıyla, özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların, kanunda gösterilen esas ve usullere göre, tamamını veya bir kısmını kamulaştırmaya veya bunlar üzerinde idari irtifaklar kurmaya yetkilidir.

Çiftçinin topraklandırılması, ormanların devletleştirilmesi, yeni orman yetiştirilmesi ve iskan projelerinin gerçekleştirilmesi amaçlarıyla kamulaştırılan toprak bedellerinin ödeme şekli kanunla gösterilir. Kanunun taksitle ödemeyi öngördüğü hallerde, ödeme süresi on yılı aşamaz. Bu takdirde, taksitler eşit olarak ödenir ve kanunla gösterilen faiz haddine bağlanır.

Kamulaştırılan topraktan o toprağı doğrudan doğruya işleten çiftçinin hakkaniyetli ölçüler içerisinde geçinebilmesi için zaruri olan ve kanunla gösterilen kısmının ve küçük çiftçinin kamulaştırılan toprağının bedeli her halde peşin ödenir.

Söz konusu madde metninin ilk fıkrasında kamu yararı kavramı, gerçek karşılığın peşin ödenmesi şartıyla, kanunda gösterilen esas ve usuller ile kamulaştırılabileceği eski metinlerdeki kavramlar gibi belirtilmiştir.

Ancak 1971 yılında 1960 Anayasası'nda yapılan değişikliklerle söz konusu madde metninde yer alan ifadeleri değiştirmiş ve madde metnini şu şekilde düzenlemiştir.

MADDE 38: (Değişik: 20.09.1971-1488 S. Kanun/md.1)

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

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 aşamaz.

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

Çiftçinin topraklandırılması, ormanların devletleştirilmesi, yeni orman yetiştirilmesi ve iskân projelerinin gerçekleştirilmesi amaçlarıyla, kamulaştırılan taşınmaz mal ve kıyıların korunması ve turizm amacıyla kamulaştırılan toprak bedellerinin ödeme şekli kanunla gösterilir. Kanunun taksitle ödemeyi öngördüğü hallerde, çiftçinin topraklandırılması, ormanların devletleştirilmesi, yeni orman yetiştirilmesi ve iskân projelerinin gerçekleştirilmesi için konulacak süre yirmi yılı, kıyıların korunması ve turizm amacıyla yapılacak kamulaştırmalarda ise bu süre yirmi yılı, kıyıların korunması

ve turizm amacıyla yapılacak kamulaştırmalarda ise bu süre on yılı aşamaz. Bu takdirde, taksitler eşit olarak ödenir ve kanunla gösterilen faiz haddine bağlanır.

Kamulaştırılan topraktan o toprağı doğrudan doğruya işleyen çiftçinin hakkaniyet ölçüleri içerisinde geçinebilmesi için zaruri olan ve kanunla gösterilen kısmının ve küçük çiftçinin kamulaştırılan toprağının bedeli herhalde peşin ödenir.

1961 Anayasasında 1971 yılında yapılan değişiklikle söz konusu Anayasa'nın ilk halindeki 'gerçek karşılık hakkının peşin ödenmesi' kavramı peşin ödenme kavramı olarak daraltılmakla birlikte Anayasa'da kamulaştırmanın mülkiyete etkisi olarak sadece bedel ödenmesi öngörülmüş olmakta ancak mülkiyetin birey üzerindeki maddi ve manevi değerleri konusunda herhangi bir kavram ortaya konulmamaktadır.

1971 Anayasa değişikliği ile getirilen gerçek karşılık ilkesinin yerine vergi değeri kıstasının öngörülmesi kamulaştırmanın bireyin özel mülkiyet hakkına ilişkin ihlallere yol açabilecektir. Bu durum sosyal mülkiyet anlayışının ötesinde bir duruma sebebiyet vermektedir.

Anayasa değişikliğine gidildiği yıllarda, hükümetlerce uygulanan radikal vergi politikalarının, ileride arazisi kamulaştırılabilecek olan malike 'taşınmazının vergi bedeli ödenir' şeklinde yönelttiği bir direktifin 'Anayasal ilke' ye dönüşmesi şeklinde özetlenebilecek bu yaklaşımın, gerçek karşılığın ödenmesini engelleyen bir kural haline dönüştüğü belirtilmelidir. Kamulaştırma bedeli olarak 'gerçek karşılık 'yerine 'beyan edilmiş vergi değerinin' ödenmesine yönelik düzenleme, her şeyden önce 'orantılı' değildir¹²⁴.

1961 Anayasası ile getirilen Anayasa yargısına ilişkin hükümlerde dikkate alındığında bu aşamadan sonra Anayasa koyucuyu denetleyen bir mekanizmanın ortaya çıkması Anayasa hükümlerinin uygulanmasının zorlaştığı durumlarda ilgili maddelerin iptal edilebilmesini sağlamıştır. Bu sebeple 1961 Anayasası döneminde kamulaştırma ile ilgili çeşitli sıkıntıların baş göstermesi de dikkate alınarak 221 Sayılı Kanun ve 1956 tarihli 6830 sayılı kanun çeşitli değişiklikler ile yürürlükte kalmaya devam etmiştir. Anayasa Mahkemesi 38. maddenin 2 ve 3. fıkrasını iptal etmiştir. Anayasa metninde yer almasa dahi verilen bu karar, gerçek karşılık mülkiyet hakkının bir uzantısı olduğuna dair en büyük göstergedir.

Anayasa Mahkemesi tarafından verilen ilgili kararın bir kısmı şu şekildedir.

C- Vergilendirme ile kamulaştırma ilkesinin bağdaşıp bağdaşmayacağı sorunu:

¹²⁴ Özel, 2013, s. 113.

Kamulaştırma yoluyla kişilerin taşınmazını kamuya mal etme, bir hak olarak devlete tanınmış, yurttaşların vergi yükümü altına konulmaları da yine devletin egemenlik hakkının bir sonucu olarak Anayasa’da yer almıştır. Devletin bu haklarının karşısında bireylerde kamulaştırılan mallarının karşılıklarını istemek ve mali güçleriyle orantılı olarak vergi vermek durumundadırlar. Kamulaştırmada taşınmazın karşılığını isteme bakımından bireyler hak sahibi, yani alacaklı oldukları halde, vergi yükünün belirtilmesinde alacaklı durumunda olan hak sahibi devlettir. Devlet vergi alacağının tutarını Anayasa’nın 61. maddesine göre, herkesin mali gücünü göz önüne alarak saptar. Bu saptama işinde hak sahibi olan devlet çeşitli ilkeler ve yöntemler öngörebilir. Bu gün uygulanmakta olan taşınmazın, gerçek değeri üzerinden emlak vergisi alınması yöntemi her zaman için izlenmesi gereken anayasal bir ilkeye dayanmamaktadır. Bu vergi taşınmazın yıllık geliri veya kira tutarı, ya da taşınmazdan yararlanma biçimi göz önünde tutularak çeşitli yöntemlerle devletçe belirtilebilir. Hatta emlak vergisi adı altında bir vergi alınmayarak kişinin mali gücünün saptanmasında taşınmazlar, başka usul ve ölçülerle değerlendirilerek başka adlar altında vergiye konu edilebilir. Çünkü vergi yükümlülüğünün içeriğini, sınırlarını ve yöntemini göstermek sadece devlete tanınan bir yetkidir. Oysa kamulaştırmada taşınmazın karşılığını isteme hakkı bireye tanınmış olduğundan, bu hakkın kısmen dahi olsa yerine getirilmesinin önlenmesi, o hakkın özünü zedeler, üstün hukuk kurallarıyla bağdaşmaz¹²⁵.

Gerçek karşılık hakkına ilişkin olarak yapılan 1961 Anayasası ile yapılan bu değişiklik temel hak ve özgürlüklere ilişkin 1961 Anayasası’nın daha geriye gittiğini göstermektedir. Zira her ne kadar kamulaştırma sosyal devletin gereklerinden olarak görülmekte ve vatandaşın kamu yararı için özel mülkiyetindeki malı elinden bu yasal dayanak ile alınabilmekteyse de; vatandaşın özel mülkiyet hakkına ilişkin yapılan bu kısıtlamadan dolayı vatandaşa ödenmesi gereken bedelin malın gerçek karşılığını yansıtmaması ve bu bedelin aynı zamanda maliki de tatmin etmesi gerekmektedir. Gerçek karşılığın nasıl belirleneceği kamulaştırma sürecinin nasıl işlediğinin anlatılacağı 3. bölümde ayrıca incelenecek olduğundan bu kısımda anlatılmayacaktır. Anayasa Mahkemesi ise 1976 yılında verdiği kamulaştırmada bedel tespitine yönelik yukarıda bir kısmını belirttiğimiz kararında aslında mülkiyete yönelik olarak yapılan kısıtlamanın başka bir yoldan ortadan kaldırılmasına ilişkin maddeleri iptal etmiştir. 1982 Anayasası ilk metni ise kamulaştırmaya ilişkin madde de yine vergi değeri kıstasını, gerçek değer kıstasından öte tutarak bu şekilde kanun yapılmışsa da söz konusu kanun metninin 2001 yılında Avrupa Birliğine uyum yasaları çerçevesinde gerçek karşılık hakkını esas alan düzenlemeyi yaptığı görülmektedir.

Anayasa Mahkemesi’nin vergi değerine ilişkin olan maddeyi 1976 yılında iptal etmesinden sonra kanun koyucunun neden 1982 Anayasasında da kamulaştırma bedeli olarak

¹²⁵ Anayasa Mahkemesi’nin 12.10.1976 tarihli 1976/38 Esas 1976/46 Karar sayılı kararı. <www.sinerjimevzuat.com.tr>

vergi kıstasını getirdiği anlaşılabılır değildir. Vergiye ilişkin düzenlemelerin ancak yasalarla öngörülebileceği açık olduğuna göre kanun koyucunun vatandaşın toprağa ilişkin olarak vergi kaçırmasının önüne geçmesi saikiyle kamulaştırmada vergi değerini esas aldığı söylenebilir; ancak yine aynı kanun koyucu vergiye ilişkin düzenlemeleri de kendisi yapabileceğinden vergisel kaçırmanın başka türlü önüne geçilebilecekken bu şekilde dolaylı olarak engellenmesi temel hak ve özgürlüklerinde ortadan kaldırılabilmesi sonucunu doğuracaktır.

İşte gerçek bedele ilişkin olarak 2001 yılında Anayasa’da yapılan değişikliğe kadar tam ve net bir uygulamanın olmaması yine bu süreçte gerçekleşen kamulaştırmalara ilişkin olarak vatandaşın mağduriyetini arttırmıştır.

Başpınar’ a göre, taşınmazın kamulaştırılmasında gerçek bedelin esas alınması halinde, vergi değerine rağmen devletin bu işleminden dolayı vergi kaybı oluyorsa bu durum vergi kanunları ile telafi edilebilir. Nitekim muvazaalı işlemler ile ilgili olarak 492 Sayılı Harçlar Kanunu m. 63’ e göre;

Tapuda yapılan işlemten sonra, emlak vergisi değerinden daha düşük bir bedel üzerinden harç ödendiğinin veya beyan edilen devir ve iktisap bedelinin gerçek durumu yansıtmadığının tespit edilmesi halinde, aradaki farka isabet eden harç ikmalen veya re’ sen tarh edilir. Bu suretle tarh edilecek tapu ve kadastro harcı için, 213 sayılı Vergi Usul Kanununda yer alan vergi ziyai cezası %25 nispetinde uygulanır.

Bu hükmün kamulaştırma işlemlerinde de uygulanmasının mümkün olduğu söylenebilir¹²⁶. Görüldüğü üzere aynı sonuca başka yoldan ulaşmak imkânı varken anayasa koyucunun vatandaşın mülkiyetine ilişkin hakkı sınırlarken neden bu yolu seçtiği anlaşılamamaktadır. Uygulamada ise bu durum 2001 yılına kadar yapılan kamulaştırmalarda ödenen bedeller için bedel artırım davaları açılması ile sonuçlanmıştır.

Yine 1961 Anayasası döneminde çiftçinin topraklandırılmasına ilişkin 1924 Anayasası’na sadık kalınarak hazırlanan Çiftçiyi Topraklandırma Kanunu geçerliliğini devam ettirmiş, dağıtım suretiyle de olsa malın malikin elinden devlet erkine dayanılarak değil kamulaştırma yoluyla alınabileceğini belirtmiştir. “*Anayasa, Kamulaştırma hususunda bazı yeni hükümler derpiş etmekte (göz önünde tutma, öngörme) ise de bu esaslar Çitçiyi Topraklandırma Kanunu’nda da mevcuttu*”¹²⁷.

¹²⁶ Başpınar, 2009, s. 280.

¹²⁷ Berki, Şakir, 1961 Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Toprak Davası İle İlgili Esasları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (27/3), s.82. <dergiler.ankara.edu.tr >

2.3.4. 1982 Anayasası Döneminde Kamulaştırma Kavramı

Kamulaştırma, 1982 Anayasası'nın 3. bölümünde düzenlenen 'Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler' başlığı altında düzenlenmektedir. Kamulaştırma kavramının hem idareyi hem de bireyi ilgilendirdiği durum dikkate alındığında anayasa koyucu tarafından bu başlık altında işlenmesi sosyal hakların varlığı ile de bağdaşmaktadır. Kişinin hakları ve ödevleri, devlete karışamayabileceği bir alanın da olduğunu göstermekle birlikte, sosyal haklar ve ödevler devlete müdahale yetkisini tanımakta ancak bu müdahaleyi de vatandaş için legal hale getirmektedir. Yine anayasa koyucu tarafından, Anayasanın 3. bölümünün 3. kısmında düzenlenen kamu yararı başlığının altında kamulaştırma ile birlikte, kamulaştırmaya usulen benzeyen devletleştirme ve özelleştirme kavramlarının da bulunması aslında kamu yararına dayanılarak yapılabilecek müdahalelerin çeşitli olduğunu da gösterir.

1982 Anayasası' nın 46. maddesinde kamulaştırmaya ilişkin ilk metin şu şekilde oluşturulmuştur.

MADDE 46-Devlet ve kamu tüzelkişileri, kamu yararının gerektirdiği hallerde, karşılıklarını peşin ödemek şartıyla, özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların tamamını veya bir kısmını, kanunla gösterilen esas ve usullere göre, kamulaştırmaya ve bunlar üzerinde idari irtifaklar kurmaya yetkilidir.

Kamulaştırma bedelinin hesaplanma tarz ve usulleri kanunla belirlenir. Kanun kamulaştırma bedelinin tespitinde vergi beyanını, kamulaştırma tarihindeki resmi makamlarca yapılmış kıymet takdirlerini, taşınmaz malların birim fiyatlarını ve yapı maliyet hesaplarını ve diğer objektif ölçüleri dikkate alır. Bu bedel ile vergi beyanındaki kıymet arasındaki farkın nasıl vergilendirileceği kanunla gösterilir.

Kamulaştırma bedeli nakden ve peşin olarak ödenir. Ancak, tarım reformunun uygulanması, büyük enerji ve sulama projeleri ile iskan projelerinin gerçekleştirilmesi, yeni ormanların yetiştirilmesi, kıyıların korunması ve turizm amacıyla kamulaştırılan toprakların bedellerin ödenme şekli kanunla gösterilir. Kanunun taksitle ödemeyi öngörebileceği bu hallerde, taksitlendirme süresi beş yılı aşamaz, bu halde taksitler eşit olarak ödenir ve peşin ödenmeyen kısım, Devlet borçları için öngörülen en yüksek faiz haddine bağlanır.

Kamulaştırılan topraktan, o toprağı doğrudan doğruya işleten küçük çiftçiye ait olanlarının bedeli, her halde peşin ödenir.

Söz konusu madde metninden anayasa koyucunun her ne kadar 1961 Anayasası'ndan farklı bir şey öngörmediği ancak kamulaştırmaya ilişkin daha çok kıstasın Anayasal güvenceye kavuşturulduğu çıkarılmaktaysa da 1982 Anayasası ilgili maddenin

gerekçesinde¹²⁸ 1961 Anayasası'nın sosyal fonksiyonu öne geçiren anlayışından uzaklaşarak liberal bir bakış geliştirdiği söylenebilir. Bu durumda kamulaştırma da mülk sahibi olan bireyin daha ön plana çıkmasını sağlamış, malikin mülkiyet hakkına ilişkin korumayı güçlendirmiştir.

Özel'e göre, 1982 Anayasası'nın kamulaştırmaya ilişkin madde gerekçesinde, 1961 Anayasası ve 6830 sayılı İstimlak Kanunu'nun yürürlükte kaldığı dönemlerde önemli hukuki tartışmalara neden olan 'kamulaştırma bedelinin tespitinde vergi değerinin ölçü alınmasına ilişkin' önemli açıklamalar yapılmış ve bu konuya ilişkin Anayasa koyucunun iradesi net olarak belirlenmiştir¹²⁹.

1982 Anayasası kamulaştırmaya ilişkin madde de aynı zamanda kanuna ilişkin atıf yapmış ve kamulaştırmaya ilişkin Anayasal düzenleme çerçevesinde bir kanunun olması gerektiğini belirtmiştir. 1983 yılında yürürlüğe giren Kamulaştırma Kanunu, 1982 Anayasası'nın kendisine çizdiği sınırdan kalarak söz konusu Anayasada belirtilen kavramların somutlaşmasını sağlamıştır. Bu döneme kadar kamulaştırmaya ilişkin çeşitli belirlemeler yapan 6380 sayılı İstimlak Yasası ile ortaya çıkan sorunlar bir nebze olsun artık tek bir yasanın varlığı ile rahatlamaya başlamıştır.

Kamulaştırma ile istimlak kavramlarının da birbirinden farklı olduğu ifade edilmektedir. Türk idare hukuku hocalarından Sıddık Sami ONAR, istimlakte, istimlak edilen gayrimenkulün, mutlaka kamu malı niteliğini kazanmasının şart olmadığını, devletin özel mülkiyetinde de kalabileceğini; oysa kamulaştırmanın sadece kamu mülkiyetine geçmeyi ifade ettiğini, bu sebeple 'kamulaştırma' kavramının, daha geniş bir kavram olan 'istimlak' kavramının yerini tutmadığını belirtmektedir. Konuyu daha önce düzenleyen 31 Ağustos 1956 tarih ve 6830 sayılı kanunun isminin de "*İstimlak Kanunu*" olmasına rağmen, gerek 1961 Anayasası ve gerekse 1982 Anayasası "*Kamulaştırma*" kavramını kullanmışlar, buna paralel olarak da halen konuyu düzenleyen en temel kanun olan 2942 sayılı kanunun ismi de "*Kamulaştırma Kanunu*" olmuştur¹³⁰.

¹²⁸ 1982 Anayasası 46. madde gerekçesi "(3.10.2001-4709/18 md.) Bu madde ile kamulaştırma yeniden düzenlenmekte, kamulaştırmada gerçek karşılıkların ödenmesi ve ödemede gecikme halinde faiz yönünden bireylerin zarara uğramamaları yönünde bir değişiklik yapmıştır. <<https://acikerisim.gov.tr>> Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Madde Gerekçeli, Ankara 2008.

¹²⁹ Özel, 2013, s. 113.

¹³⁰ Göven, Yusuf, Kamulaştırma İşlemlerinde Kamu Yararı, Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Sayı: 1, 1999, s. 249.

1982 Anayasası, her ne kadar devamında gelen kamulaştırma Kanunu ile hukuki hayatta konuya ilişkin bir rahatlama yaşatmışsa da, 1976 yılında Anayasa Mahkemesi tarafından 1961 Anayasası'nda iptal edilen kamulaştırmada vergi değerini esas alan görüşü geri getirmiş ve bu durum Avrupa Birliği' ne giriş sürecinde yapılan Anayasa değişikliği ile aradan yaklaşık 20 yıl geçmesinin üzerine düzeltilmiştir. 1982 Anayasası'nın 46. maddesinde 03.10.2001 tarihinde yapılan değişiklikle kamulaştırmaya ilişkin madde şu şekli almıştır.

MADDE 46- (Değişik 3.10.2001-4709/18 md.) Devlet ve kamu tüzelkişileri, kamu yararının gerektirdiği hallerde, gerçek karşılıklarını peşin ödemek şartıyla, özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların tamamını veya bir kısmını, kanunla gösterilen esas ve usullere göre, kamulaştırmaya ve bunlar üzerinde idari irtifaklar kurmaya yetkilidir.

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

Kamulaştırılan topraktan, o toprağı doğrudan doğruya işleten küçük çiftçiye ait olanlarının bedeli, her halde peşin ödenir.

İkinci fıkrada öngörülen taksitlendirmelerde ve herhangi bir sebeple ödenmemiş kamulaştırma bedellerinde kamu alacakları için öngörülen en yüksek faiz uygulanır.

Görüldüğü üzere 1982 Anayasasına ilişkin olarak yapılan değişikliklerle mülkiyet hakkı kamu yararı karşısında güçlendirilmiştir. *“Özellikle gerçek karşılığın peşin ödenmesinin anayasal bir ilke haline getirilmesi ile kamulaştırma sürecinde mülkiyet hakkını güçlendiren bir aşama kaydedilmiştir”*¹³¹.

Yine 1982 Anayasasının ilk metnine ilişkin olarak 2001 yılında yapılan diğer iki değişiklikte kamulaştırmaya ilişkin olarak süreç içerisinde ortaya çıkan eksikliklerin giderilmesi amacıyla yapılmış olan ‘kamulaştırılmanın arttırılmış bedeli’ için ödenecek bedelinde ‘nakden ve peşin ödenmesi’ ile kamulaştırma bedelinin geç ödenmesi halinde ortaya çıkacak zararın da bu bedele ‘kamu alacaklarına uygulanacak en yüksek faiz’ olduğunun getirilmesidir.

¹³¹ Akgüner, Tayfun, Hasan Erman, Kamulaştırmada Son Gelişmeler ve Malikin Geri Alma Hakkı, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (İKÜHFD), İstanbul 2013 (1/1-2)

2.4. Kamulaştırmanın Bir Temel Hak Ve Özgürlük Olan Mülkiyet Hakkına

Uygunluğunu Sağlayan Koşullar

Kamulaştırma bir temel hak ve özgürlük olan mülkiyet hakkına anayasal olarak getirilen en büyük kısıtlamadır. Her ne kadar mülk hakkı sahibi kamulaştırılan taşınmazına ilişkin olarak, bu hakkının kısıtlanması sebebiyle belirli bir bedel ödenerek tatmin edilmeye çalışılsa da bir temel hakkın karşılığının para ile tazmin edilebilmesi öncelikle insan hakları ile bağdaşmaz. Malik kendisine ödenen kamulaştırma bedeli karşılığı ile kendisi yeniden mülk sahibi olabilir düşüncesi ile ortaya çıkan bu anlayış ilerde devletin tazminatını ödeyerek başka temel hakları sınırlandırabileceği anlamını doğurabileceğinden kamulaştırmanın çeşitli anayasal koşullarının oluşturulması hakkın özüne dokunulamaması açısından önemlidir.

2.4.1. 1982 Anayasasında Kamulaştırmanın İlk Koşulu: Kamu Yararı

Mülkiyet hakkı incelenirken söz konusu hakkın kamu yararı ile kısıtlanabileceğini belirtilmiştir. Ancak bu bölümde kamulaştırma kararının alınmasının ön koşulu olan kamu yararı incelenecektir. Her ne kadar iki kamu yararı da aynı amaca yönelmekteyse de; mülkiyete ilişkin olarak belirtilen kamu yararı düşüncesinin kamulaştırmada alınacak kamu yararından daha geniş olduğu ortadadır. Bu durum aslında kamulaştırma kurumunun özel mülkiyet hakkının bir sonucu olarak ortaya çıkmasından kaynaklanmaktadır.

Kamulaştırmanın ilk koşulu olan kamu yararı kavramı, anayasal bir kavram olmakla birlikte kamulaştırmaya ilişkin temel kanun olan 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun da 1. maddesinde belirtilmiştir. Ancak söz konusu kavram mülkiyet hakkına ilişkin olarak açıklama yaptığımız kamu yararı kavramında olduğu gibi, kamulaştırmaya ilişkin yapılan kamu yararı kavramının da ne anayasa da ne de ilgili kanunlarda tanımı bulunmamaktadır.

1982 Anayasası tarafından kamulaştırmaya ilişkin ilk şart olarak belirtilen kavram, 2942 Sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 'Amaç ve Kapsam' başlıklı 1. maddesinin 1. fıkrasında şu şekilde ifade edilmiştir.

MADDE 1: Bu Kanun; kamu yararının gerektirdiği hallerde gerçek ve özel hukuk tüzelkişilerinin mülkiyetinde bulunan taşınmaz malların, Devlet ve kamu tüzelkişilerince kamulaştırılmasında yapılacak işlemleri, kamulaştırma bedelinin hesaplanmasını, taşınmaz malı ve irtifak hakkının idare adına tescilini, kullanılmayan taşınmaz malın geri alınmasını, idareler arasında taşınmaz malların devir işlemlerini, karşılıklı hak ve yükümlülükler ile bunlara dayalı uyuşmazlıkların çözüm usul ve yöntemlerini düzenler.

Görüldüğü gibi her ne kadar Kamulaştırma Kanunu'nda da kamu yararı kavramı geçmekteyse de bu kavram somutlaştırılmamıştır.

2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun kamu yararına ilişkin bir tanım yapmamasına rağmen, bu kavrama 'Amaç ve Kapsam' başlığı altında birinci madde de yer verilmiş olması kavramın mantığına ve kamulaştırmaya ilişkin önemine uygun olmuştur. Bilindiği üzere bir idari işlem olan kamulaştırmaya ilişkin idari işlemlerde aranacak unsurların kanun koyucu tarafından oluşturulması gerekmektedir. Bu unsurlar (yetki, şekil, sebep, konu, amaç) kamulaştırmaya ilişkin olarak ayrı ayrı ilerde kamulaştırma usulü başlığı altında incelenecek olduğundan burada ayrıntılı açıklanmayacaktır. Ancak şunun bilinmesi gerekmektedir ki, anayasa koyucu tarafından kamulaştırma işlemleri daha başlanmadan alınması gereken "*Kamu Yararı*" kamulaştırmanın amacını oluşturmakta olup; kamulaştırma uygulaması buna dair idare tarafından bir karar alınmadıkça başlamayacaktır.

Kamu yararı kavramı sıkça kullanılmasına karşın çok kolay tanımlanamayan, hukuki boyutunun yanı sıra siyasal ve ideolojik yönlerinin de olduğu bilinen bir kavramdır. Kamu yararının hukuki, aynı zamanda dar ve teknik anlamı, mülkiyet hakkının sınırlarının belirlenmesinde ve bu hakkın özüne dokunulup dokunulmadığı konusunda bir ölçüdür¹³².

Mülkiyet hakkının Anayasa'nın 35. maddesinde belirtilen kamu yararı koşulu ile sınırlanabileceği koşulu, kamulaştırma işlemi açısından da geçerlidir. Anayasa'nın kamulaştırmayı düzenleyen 46. maddesi ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 1. maddesi, kamulaştırmanın ancak kamu yararının gerektirmesi halinde bir norm oluşturmaktadır. 1982 Anayasası'nda kamu yararı başlığı altında kamulaştırma düzenlemesine yer verilmiş olması da kamu yararının mülkiyet hakkının sınırlamasında ölçü olduğu belirtilmiştir¹³³.

Mülkiyet hakkının yasal kısıtlama sebebi olarak belirttiğimiz kamu yararı kavramının kamulaştırmanın amaç unsuru olması durumu da açıkça göstermektedir ki, söz konusu kavramlar arasında organik bir bağ vardır. Buradan çıkarılacak sonuç kamulaştırma işleminin mülkiyet hakkından bağımsız olamayacağıdır. Zira 1982 Anayasası'nda ve Kamulaştırma

¹³² Mengi, Ayşegül ve Bülent Duru, Kamulaştırmanın Çevreye Etkileri Üzerine Bir Değerlendirme, Kamu Yatırımları İçin Arazi Edinimi ve Kamulaştırma Sempozyumu- Uluslararası Katılımlı, 14-18 Haziran 2010, Ankara<https://www.academia.edu/3382239/Ay%C5%9Feg%C3%BCl_Mengi_B%C3%BClent_Duru_Kamula%C5%9Ft%C4%B1rman%C4%B1n_%C3%87evreye_Etkileri_%C3%9Czerine_Bir_De%C4%9Ferlendirme> (18.03.2019)

¹³³ Saraç, Osman, Kamu Yararı Kavramı, Maliye Dergisi (Sayı 2), Ankara 2002, s. 5. <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/auhfd/issue/42461/511453>> (11.03.2019)

Kanunu'nda açıkça ifade edildiği üzere; özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların kamulaştırılacağı bellidir. Bu durumda kamulaştırma işleminin konusunu ancak özel mülkiyette bulunan bir taşınmaz oluşturabilir. İşte kamu yararı kararı alınarak bu taşınmazın özel mülkiyetten çıkarılarak devlet ya da kamu tüzelkişisine ait olması sağlanır.

Kamulaştırma da alınacak olan kamu yararı kararı ile mülkiyetin en yasal kısıtlaması olan kamu yararı kavramı aslında bir anlamda aynı kavramlardır. Ancak doktrin tarafından üzerinde uzlaşmış bir kamu yararı tanımının bulunmaması söz konusu kavramın soyutlaşmasına sebebiyet vermektedir. Bu durum iki müessesede Anayasa koyucu tarafından tanımlanan kamu yararının aynı anlamda kullanılıp kullanılmadığının, kullanılmışsa söz konusu kavramın hangi anlama geldiğinin sorgulanmasına sebebiyet vermektedir. Kanaatimce anayasa koyucu tarafından mülkiyet hakkına ilişkin kısıtlama yapılması için öngörülen kamu yararı ile kamulaştırma kararı için alınması gereken kamu yararı kavramı özünde aynı anlama gelmekteyse de pratikte her ikisinin farklı durumlar için uygulanabildiği ortadadır. Örnek olarak mülkiyette işlenen kamu yararının, mülkiyetin sadece taşınmaz malvarlığına ilişkin olmadığı durum dikkate alındığında daha geniş bir kapsamda olduğu düşünülebilir. Zira Anayasa koyucu kamulaştırmanın sadece taşınmaz mallar üzerinde yapabileceğini belirtmiş ve bu durumu Kamulaştırma Kanunu da açıkça kabul etmiş olduğundan kamulaştırmada alınan kamu yararının ancak taşınmazlara yönelik olduğu söylenebilir. Burada belirtilmesi gereken bir durum daha vardır ki kamulaştırmada alınacak kamu yararının da belli usullere göre alınabileceği belirtildiğinden aslında kamulaştırmada alınan kamu yararının, mülkiyete ilişkin sınırlama olan kamu yararından daha somut ifade edilebileceği açıktır.

1982 Anayasası'nda 'kamu yararı' başlığı altında kamulaştırma düzenlemesine yer verilmiş olması da kamu yararının mülkiyet hakkının anayasal sınırlama koşulu olduğunu göstermektedir. Bu nedenle de dar anlamda kamu yararının mülkiyet hakkının sınırlamasında ölçü olduğu belirtilmiştir¹³⁴.

Doktrinde kamu yararına ilişkin olarak çeşitli görüşler olması durumu da göstermektedir ki, üzerinde uzlaşmış bir kamu yararı tanımı yoktur. Bu durum yüksek mahkemelerimiz tarafından verilen kararlarda da açıkça görülmektedir. Yine doktrinde kamu yararı, dar ve geniş anlamda kamu yararı olarak da farklı şekillerde yorumlanmaktadır¹³⁵.

¹³⁴ Özel, 2013, s. 135.

¹³⁵ Dar Anlamda Kamu Yararı: Dar anlamda kamu yararı bir idare hukuku müessesesidir. Buna göre ancak kamu malı, meydana getirmek ve kamu binası, yol, köprü, demiryolu, liman, karayolu gibi kamu tesislerinin inşası anlamındaki işler, yani bayındırlık işleri kamu yararını teşkil eder. Bu anlamda kamu yararı, idarenin faaliyetlerinin sebep ve amaç unsurunu meydana getirir.

Gözler ve Kaplan’a göre, “*Kamu yararı kararı, idarenin belli bir işin yapılmasında, örneğin yol, okul, otopark, hastane yapılmasında kamu yararı olduğu yolunda aldığı bir karardır*”¹³⁶.

Kalabalık’ a göre, “*Kamulaştırma işleminin sebebi kamu yararının varlığı ve kamu yararı kararının alınmasıdır*”¹³⁷.

Göven’ e göre, “*Kamulaştırmayı meşru kılan sebep kamu yararı, işlemle hedeflenen şey veya nihai amaç yine kamu yararıdır*”¹³⁸.

Başpınar’ a göre ise, “*Zira kamu yararı, mülkiyet hakkı gibi, siyasi rejimlere, ekonomik ve sosyal sebeplere, hatta zamana göre manası değişebilen, son derece dinamik ve kendiliğinden meydana gelmiş bir kavramdır*”¹³⁹.

Görüldüğü üzere üzerinde tam ve net uzlaşılmış bir kamu yararı tanımı bulunmamakla birlikte, kamu yararı konusunda söylenilen şeyler bu kavramın duruma göre değişebileceğidir. Kamu yararı kavramı, kamu ile ilgili olan diğer kavram ve kurumlar ile alakalı olduğundan idarenin bu kararı alırken ince eleyip sık dokuması gerekmektedir. Ancak yargı kararlarında da işleyeceğimiz üzere, üzerinde uzlaşılmış bir kamu yararı alanının olmaması idarenin takdir yetkisine dayanarak yaptığı idari işlemlerde kamu yararı gölgesine sığınmasına sebebiyet vermektedir. Yine Başpınar konuya ilişkin olarak, “*ülkemiz uygulamasında kamu yararı daha da genişletilerek idarenin ihtiyaç duyduğu hatta göz koyduğu taşınmazın kamulaştırılmasında imdadına yetişen bir kavram olarak algılanmıştır*”¹⁴⁰ diyerek söz konusu kavramın idarenin takdir yetkisi bağlamında kötüye kullanılabileceğini de ifade etmektedir.

Yine kamu yararı kavramı yerine söz konusu kavramı karşılar nitelikte üstün kamu yararı, toplum yararı, toplum menfaati şeklinde kelimeler kullanılarak söz konusu kavramların kamu yararından farklı anlaşılması gerektiği belirtilmişse de söz konusu kavramlar da kamu yararı kavramı ile netice itibari ile aynı sonucu doğurmakta ve Anayasada ve Kamulaştırma Kanunu’nda bu kavramlara rastlanmamaktadır.

Geniş Anlamda Kamu Yararı: Geniş anlamda kamu yararı kavramı, 1930 yılından sonra ortaya çıkmıştır. Bu anlamda kamu yararı, sadece bayındırlık hizmetleri veya kamu malı elde etmek için değil, daha genel menfaatleri de kapsamaktadır. Bkz. Dar ve Geniş Anlamda Kamu Yararı, Başpınar, s. 245, 246.

¹³⁶Gözler, Kemal ve Gürsel Kaplan, Türk İdare Hukuku Dersleri, Ekin Yayınları,(11. Baskıdan Tıpkı Ek Baskı),Bursa 2011, s. 723.

¹³⁷ Kalabalık, 2015, s. 261, 262.

¹³⁸ Göven, Yusuf, Kamulaştırma İşlemlerinde Kamu Yararı, Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi (Sayı:1) ,Ocak 1999, s. 258.

¹³⁹ Başpınar, 2009, s. 242.

¹⁴⁰ Başpınar, 2009, s. 242.

2.4.2. Yüksek Mahkemelerin Kamulaştırmada Kamu Yararı Kavramına Bakış Açıları

Doktrinde kamu yararının net bir tanımının olmaması ve kanun koyucu tarafından söz konusu kavramın tanımının yapılmaması uygulamada farklı kamu yararına ilişkin kararların ortaya çıkmasına sebebiyet vermiş ve uyuşmazlıklar ortaya çıkmıştır. Aslında idare tarafından alınması gereken bir karar olan kamu yararı kararı sadece idari yargının alanını değil aynı zamanda adli yargının da alanını ilgilendirmekte, hatta bu kararlar ile ilgili olarak Anayasa Mahkemesi'ne birçok bireysel başvuru yapılmaktadır. Bu aşamada şunu bir kez daha hatırlatmakta fayda vardır ki kamu yararı kavramının hak ihlali yaratması sadece Türk Hukuk uygulaması ile sınırlı kalmamış, İHAM'de devletimizi bu kavram sebebiyle mülkiyet hakkına yönelik kısıtlanma olduğu iddiası ile pek çok kez yargılanmış ve bu konuda Türkiye aleyhine pek çok kez ihlal kararı vermiştir.

2.4.2.1. Yargıtay Kararlarında Kamulaştırmaya İlişkin Kamu Yararı Kavramı

Yargıtay kararlarında kamu yararına çok rastlanılmamasının sebebi söz konusu yüksek mahkemenin adli yargıdan gelen dosyaları incelemesinden kaynaklanmaktadır. İdari işlem ve eylemler ile yine idare tarafından yapılan sözleşmelerin birçoğu idari yargının görev alanına girdiğinden adli yargıda kamu yararına ilişkin olarak çok fazla Yargıtay kararı bulunmamaktadır. Ancak bu durum kamulaştırma davalarının adli yargıda incelendiği sonucunu değiştirmez. Hatta adli yargıda kamu yararının en sık kullanıldığı alan ceza hukuku alanı olmakla birlikte, ceza hukukunda kullanımından sonra ise kamu yararının en çok kullanıldığı alan kamulaştırmatsız el atma davalarıdır. Bu durum aslında kamulaştırma kanununda dahi geçmeyen ve hukuk öğretisi tarafından oluşturulmuş yeni bir kurumu yani kamulaştırmatsız el atma kurumunu ortaya çıkarmıştır. İşte bu noktada kamulaştırmatsız el atmanın ne olduğundan da bahsetmek gerekir.

İdarenin özel mülkiyette bulunan bir taşınmaza el koyabilmesi için söz konusu taşınmaza ilişkin olarak bir kamulaştırma kararının alınması gerektiği ve kamulaştırma işleminin de amaç unsurunun kamu yararı kavramı olduğu tarafımızca yukarıda açıkça belirtilmiştir. Olağan ve kanunlarca gösterilen yöntem bu olmakla birlikte idare tarafından idari usul gerçekleştirilmeden taşınmaza el konulursa ne olacaktır? İşte bu durum uygulamada ve doktrinde kamulaştırmatsız el atma olarak tanımlanmakta olup; aslında mülkiyet hakkına yapılan en büyük müdahaledir. Zira kamulaştırma yapan idare taşınmaza ilişkin olarak bedel ödemekle birlikte kamu yararı kararı alarak işlemi hukuka uygun hale getirmeye çalışmışsa da, kamulaştırmatsız el atma da işlem hukuka uygun hale dahi getirilmeye çalışılmamakta, idare direkt olarak vatandaşın taşınmazına el koymaktadır.

Bu noktada kamulaştırmасız el atmanın hangi hukuki müesseseye karşılık geldiği sorunu ortaya çıkmaktadır. Kamulaştırmасız el atmaya ilişkin olarak herhangi bir yasada ya da Anayasada tanımlanmış bir kavram bulunmamaktadır. Ancak bu durum aslında söz konusu kavramın yasal dayanağı olmamasından ileri gelmektedir. Bu bölüm altında bu kurumun anlatılmasının nedeni, söz konusu davaların adli yargıda görülmesi ve bu tür davalara ilişkin olarak adli yargının üst mahkemesi olan temyiz mahkemesine yani Yargıtay’a başvurulmasından ileri gelmektedir.

Kamulaştırmасız el atma kavramı da aslında kamulaştırma kavramının dayandığı unsurların birçoğunu içermektedir. Kamulaştırmасız el atmada da bir idare yine özel mülkiyete konu bir alana kamu yararı ilkesini de gözeterek el koymaktadır. Ancak idare söz konusu alana usulüne uygun bir kamulaştırma işlemi yapmadan el koymaktadır. Yani ortada kanuna uygun olmayan işlem tesisi neticesinde özel mülkiyete yapılan kısıtlama söz konusudur. Yine ortada usulüne uygun alınmış bir kamu yararı kararı da bulunmamaktadır. Bu durum aslında kamulaştırmасız el atmanın mevzuatta düzenlenmeyen bir kavram ve kurum olmasından kaynaklanmaktadır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 2010/5-662 Esas 2010/651 Karar sayılı 05.12.2010 tarihli kararında Kamulaştırmасız El Koyma Kavramı Ve Niteliği Başlığı’ altında kamulaştırmасız el atma kavramının hukuki dayanakları gösterilmeye çalışılmıştır. Bu karar da kamulaştırmасız el koymaya ilişkin olarak yapılan değerlendirme şu şekildedir.

...Kamulaştırmасız el koyma kavramı, 6830 Sayılı İstimlak Kanunu’nun yürürlüğe girdiği 09.10.1956 tarihinden sonraki olgular için söz konusu olup; bu tarihten önceki el koymalar 05.01.1961 gününde kabul edilen 221 Sayılı Amme Hükmi Şahıslar Veya Müesseseleri Tarafından Fiilen Amme Hizmetine Tahsis Edilen Gayrimenkuller Hakkındaki Kanun ile kamulaştırılmış sayılır. Gerek 6830 sayılı İstimlak Kanununda gerekse bu kanunu kaldırarak kamulaştırma konusunda yeni ilkeler getiren 2942 Sayılı Kamulaştırma Kanunu’nda, kamulaştırma yapılmaksızın taşınmaz malına el konulan kimsenin, uğradığı zarar ve ziyan ile mülkiyet hakkının özüne bağlı hangi davaları açabileceği konusunda bir düzenleme getirilmemiştir¹⁴¹.

Kamulaştırmасız el atma kavramı bu haliyle 1983 yılına kadar içtihatlarla ve 1956 tarihli İctihadı Birleştirme Kararıyla hukuk sistemimize girmişse de 1983 tarihli Kamulaştırma Kanunu’nun 38. maddesinde ilk defa açık bir şekilde yer almıştır.

¹⁴¹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 15.12.2010 tarihli, 2010/5-662 Esas 2010/651 Karar sayılı kararı. <www.sinerjimevzuat.com.tr>

Kamulaştırmasız el atma konusunu düzenleyen yegâne hüküm niteliğindeki 4 Kasım 1983 Tarih ve 2942 Sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 38. maddesinin Anayasa Mahkemesi'nin 10 Nisan 2003 tarih ve 2002/112 Esas 2003/33 Karar sayılı kararı ile iptal edilmesi üzerine ciddi bir hukuksal boşluk ortaya çıkmıştır¹⁴². Bu aşamada Kamulaştırma Kanunu'nun Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen 38. maddesinin içeriğini incelemek gerekir.

2942 sayılı Kanun'un kamulaştırmaya ilişkin ilga edilen 38. maddesi şu şekildedir.

Kamulaştırma yapılmış; ancak işlemleri tamamlanmamış veya kamulaştırma hiç yapılmamışken kamu hizmetine ayrılarak veya kamu yararına yönelik bir ihtiyaca tahsis edilerek üzerinde tesis yapılan taşınmaz malın malik, zilyet veya mirasçılarının bu taşınmaz mal ile ilgili her türlü dava hakkı 20 yıl geçmekle düşer. Bu süre taşınmaz mala el koyma tarihinden başlar¹⁴³.

Anayasa Mahkemesi tarafından yapılan 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 38. maddesinin ilga edilmesi en azından mülkiyet hakkının kolay sınırlandırılmayacağı yolunda önemli bir adım olmuştur. Zira kamulaştırma yapmadan bir işlem yapılması durumu bile hukuka aykırı iken kanun koyucu bunun için açılacak davaya dahi hak düşürücü süre koyarak mülkiyet hakkının niteliğine tamamen aykırı bir madde oluşturmuştur. Bu durum mülkiyet hakkının aynı bir hak olması ve herkese karşı ve her zaman ileri sürülebilecek nitelikte bir hak olması durumunu zedeleyecek bir sonuca yol açmaktadır.

Hukukumuzda kamulaştırmasız el atma olarak kabul edilen uygulamalar, idarenin herhangi bir yasal dayanak bulunmaksızın taşınmaz üzerinde fiilen tasarrufta bulunması (fiili yol, hukuka aykırı el atma) şeklinde olabileceği gibi bir idari karar ile mülkiyet hakkının korunmaması (hukuka uygun el atma) şeklinde de olabilir. Bu ayrım fiili el atma (hukuka aykırı el atma) ve hukuki el atma (hukuka uygun el atma) şeklinde de gerçekleşebilir¹⁴⁴. Konumuz kamulaştırmasız el atma olmadığından söz konusu kavramlar ayrıntılı olarak incelenmeyecektir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından verilen yukarıda da bahsedilen 15.12.2010 tarih ve 2010/5-662 Esas 2010/652 Karar sayılı karar, kamulaştırmasız el atmaya ve mülkiyetin kamulaştırma kavramı içerisinde değerlendirilmesine yönelik ilişkin olarak

¹⁴²Tutal Erhan, Kamulaştırmasız El Atma Davalarında Yargılama Sürecindeki Son Gelişmeler, Uyuşmazlık Mahkemesi Karar Dergisi, s. 1109.

¹⁴³ 2942 sayılı 4. 11. 1983 tarihli Kamulaştırma Kanunu <www.mevzuat.gov.tr> (27.03.2019)

¹⁴⁴ [http://ekremengin](http://ekremengin.av.tr/kamulaştırmasız-el-atma-davası-avukatı-izmir) .av.tr/kamulaştırmasız-el-atma- davası- avukatı-izmir (01. 01. 2018)

neredeyse bir dönüm noktası haline gelmiştir¹⁴⁵. Bu kararlar kamulaştırmatsız el atmanın, idare tarafından taşınmaza fiilen el atılması yanında, mülkiyet hakkının vermiş olduğu yetkilerin uzun süre hukuka aykırı olarak kısıtlanması halinde de gerçekleşeceği kabul edilmiştir. Böylece kamulaştırmatsız el atmanın unsurları değişmiştir. Başka bir ifadeyle mülkiyet hakkının vermiş olduğu yetkilerin uzun süre hukuka aykırı olarak kısıtlanması halinde de kamulaştırmatsız el atma gerçekleşecektir¹⁴⁶. İlgili karar aslında, hukuka aykırı olarak taşınmaza fiilen el atılması (fiili yol- hukuka aykırı el atma) ile taşınmaza hukuken el atılıp uzun süre sessiz kalınması (hukuka uygun el atma) durumlarının ikisinin de kamulaştırmatsız el atma olduğunu ve iki durumun da mülkiyet hakkının ihlaline sebebiyet verdiğini göstermektedir.

Görüldüğü üzere ortada bir kamulaştırma işlemi dahi olmadan kamulaştırma işlemindeki gibi vatandaşın taşınmazına el konulmuş olup; vatandaşın söz konusu el koymadan dolayı dahi bedel ödenmemesi ayrıca usulüne uygun olarak idari işlemin gerçekleşmesi için gereken şartlardan olan kamu yararına ilişkin kararın alınmaması durumu da göstermektedir ki, söz konusu kurum mülkiyet hakkının sadece özünü zedelememekte aynı zamanda mülkiyet hakkına ilişkin olarak toplumda oluşan saygıyı da yok etmektedir.

Kamulaştırmatsız el atma kavramı, niteliği itibarıyla özel hukuktaki haksız fiile benzetilmektedir. Ancak özel hukuktaki haksız fiilde vatandaşlar arasındaki müdahale söz konusudur. Ortada idarece alınmış bir kamulaştırma kararı olmadığından kamu yararı kararı da bulunmamaktadır. Kalabalık' a göre ise; kamulaştırmatsız el atmada da kamulaştırmadaki gibi kamu yararı kararının bulunması gerekmektedir¹⁴⁷. Oysa bu görüş kamulaştırmatsız el atma kurumuna ilişkin fiili yol olarak belirttiğimiz duruma hiçbir zaman uygulanamaz. Zira idare daha herhangi bir işlem yapmadan kamu yararı kararı veremez. Fiili yolda ise; idare herhangi bir tasarrufta bulunmadan kamu yararı amacı güderek bir işlem gerçekleştirmiş olmaktadır.

¹⁴⁵ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu “ ...mülkiyete ilişkin liberal görüş, kişi eşya ilişkisinde malike eşya üzerinde sınırsız aynı hak tanır, mülkiyet hakkını doğal hak olarak kabul eder. Malikin eşya üzerinde sınırsız tekeli bir hakimiyet hakkı vardır. Mülkiyet hakkı kişiye bağlı dokunulmaz, devredilmez, mutlak bir haktır. Bireyin hak ve özgürlüklerinin sınırı diğer bireyin hak ve özgürlüklerinin sınırıdır. Bunun için de birey hak ve özgürlüklerini dilediği gibi kullanabilir. Birey bu haklara sırf insan olmasından dolayı sahip olduğu için devlet de bunlara saygılı olmak zorundadır. Bu nedenle mülkiyet hakkına hiçbir sınırlandırma yapılamaz. Aksine mademki mülkiyet hakkı malike mutlak ve tekeli bir kullanma, yararlanma ve tasarruf hakkı vermektedir o halde malik dilerse kullanmama, yararlanmama ve tasarruf etmeme yetkilerine de sahiptir.”

¹⁴⁶ Tural, Erhan, Kamulaştırmatsız El Atma Davalarında Yargılama Sürecindeki Son Gelişmeler, Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlar Dergisi, ss. 1111-1112.

¹⁴⁷ Kalabalık, 2015, s. 299.

Yargıtay tarafından kamu yararına ilişkin olarak verilen en son tarihli karar şu şekildedir.

Davalı idare, kamulaştırılan taşınmaz yönünden kamu yararı kararında belirtilen amacı gerçekleştirmediği gibi taşınmazı başka bir kamu yararı amacı doğrultusunda da kullanmayarak taşınmazın imar durumunu ‘ticari alan’ olarak değiştirerek taşınmazda artı bir değer oluşturmuş, taşınmazın kamulaştırma amacına veya kamu yararına yönelik herhangi bir ihtiyaca tahsisi lüzumu kalmaması halinde keyfiyetin idarece mal sahibine veya mirasçılara 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümlerine göre duyurulmasına ilişkin hükümleri yerine getirmeden taşınmazı özel kişilere devrederek davacıların mülkiyet hakkına kamulaştırmanın dayandığı kamu yararı amacı bulunmadan müdahale edilerek mülkiyet hakkını ihlal etmiştir. Bu itibarla; dava konusu taşınmazın üçüncü kişiye satışı ile dava tarihi arasında geçen zaman dikkate alındığında davacı zararın artmasına sebep olmuş ise bundan sorumlu tutulması gerektiği gözetilerek, davacı tarafın taşınmazın üçüncü kişiye satışını öğrendiği tarih, kamulaştırma nedeniyle davacılara ödenen bedelin ödeme günü olan 17. 03. 1998 tarihinden itibaren, taşınmazın üçüncü kişilere 27.11.1998 tarihinde devri sonucu alınan bedelin ise bu tarihten (27. 11. 1998) başlamak üzere Türkiye İstatistik Kurumu tarafından açıklanan Yurt İçi Üretici Fiyat Endeksi tablosu ve satışın öğrenildiği tarih esas alınmak suretiyle güncellenmesi için uzman bilirkişi kurulundan denetime elverişli rapor alınarak bu iki bedel arasında davacı taraf aleyhine bir durum meydana gelmiş ise davalı idarenin usuli kazanılmış hakkı da gözetilerek bu bedele hükmetmek, mal sahibi aleyhine bir fark oluşmadığı takdirde de davanın reddine karar vermek gerekir¹⁴⁸.

Görüleceği üzere, söz konusu kararda da belirtildiği gibi mülkiyete kamulaştırmanın dayandığı kamu yararı amacı bulunmadan müdahale edilmiş olması durumu da göstermektedir ki, ortada idarece tarafından alınmış bir karar bulunmamakta, idare sadece elindeki gücü kullanarak taşınmaz mala el atmaktadır.

Kamulaştırmasız el atmanın bu anlamda alınmış olan bir kamu yararı kararı bulunmamakta; idarece güdülen kamu yararına ilişkin bir amaç bulunmaktadır. Ancak soyut olarak düşünce aşamasında kalan bir kamu yararı amacının varlığı, işlemi hukuki hale getirmediği gibi söz konusu işlemde kaynaklanan mağduriyeti de gidermeye yetmemektedir. İdarenin güttüğü saik kamu yararı olmakla birlikte bu saikin toplum tarafından anlaşılması mümkün olmamaktadır. Ayrıca idare kamu yararı saiki ile hareket etmek amacıyla yola çıkarak aslında sonuçta bir temel hak olan mülkiyet hakkını ortadan kaldırarak toplumu oluşturan bireye bir güvensizlik ortamı oluşturmakta olacaktır.

¹⁴⁸ Yargıtay 5. Hukuk Dairesi’nin 28.06.2018 tarih ve 2017/27511 Esas 2018/13339 Karar sayısı ile verdiği kararı. <www.sinerjimevzuat.com.tr>

Kamulaştırmasız el atmaya ilişkin olarak idarece taşınmaza fiilen el atılması yanında söz konusu taşınmaza hukuken de el atılabilmesi mümkündür. Hukuki el atma daha çok imar planlarına yönelik olarak verilen işlemlerde olmakla birlikte yukarıda örnek olarak gösterilen Yargıtay 5. Hukuk Dairesi'nin 2017/27511 Esas 2018/13339 Karar sayılı kararında da aslında imar uygulaması sonucu yapılan bir kamulaştırma işleminin kamu yararı amacı dışına çıktığından bahisle söz konusu işlemin iptaline karar verilmiştir¹⁴⁹.

İdare yine bir taşınmazı imar planları içerisine alarak söz konusu imar uygulamasına ilişkin uzun süre herhangi bir işlemde bulunmamışsa bu durumda kamulaştırmasız el atma olarak değerlendirilecektir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun yukarıda kamulaştırmasız el atmanın tanımını yaparken de belirttiğimiz 15. 12. 2010 tarihli ve 2010/5- 662 E. sayılı dosyasında görülen davaya ilişkin kararında aynı zamanda idarenin imar planı içerisine aldığı taşınmaza ilişkin olarak herhangi bir işlem yapılmamasına ilişkin durumu da değerlendirerek “ *Belediyelerin imar planının yürürlük tarihinden itibaren en geç üç ay içerisinde planın tatbiki için beş yıllık imar programını hazırlamakla yükümlü oldukları, uzun yıllar programa alınmayan imar planının fiilen hayata geçirilmemesi nedeniyle kamulaştırma ya da takas cihetine gitmeyen davalı idarece, pasif ve suskun kalınmak ve işlem tesis edilmemek suretiyle gayrimenkule müdahale edildiğinin kabulü gerektiği ve bu durumda idarelerin kamulaştırmasız el koyma hükümleri doğrultusunda sorumlu olduklarına* ”¹⁵⁰ hükmetmiştir.

6487 sayılı Kanun ile 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nda kamulaştırmasız el atma konusunda yapılan düzenlemeler neticesinde hukuki kamulaştırmasız el atmalardan yani İmar Kanunu'nda yer alan düzenlemeler çerçevesinde yapılan kamulaştırmasız el atma uygulamalarından kaynaklanan uyuşmazlıklarda idari yargının görevli ve yetkili olduğu açık bir şekilde ortaya konmuştur¹⁵¹.

2.4.2.2. Danıştay Kararlarında Kamulaştırmaya İlişkin Kamu Yararı Kavramı

Kamu yararı kavramı, Danıştay kararlarında da çok işlevli bir kavram olması ile dikkat çekmektedir. Zira idarece kamu yararı kararının alınması için, kamunun menfaatine olduğu belirtilen bir işlemin varlığının yeterli olması karşısında kamu yararı ile ihlal edilecek hak ve özgürlüklerinde alanı artmaktadır. Soyut kamu yararı kavramı, idareye geniş takdir yetkisi sunmasının yanında idare tarafından hak ve menfaati ihlal edilen bireyin de söz konusu

¹⁴⁹ Y. 28.06.2018 T., 2017/27511 E., 2018/13339 K.

¹⁵⁰ YHGK. 15.10.2010 T., 2010/5-662E., 2010/651 K.

¹⁵¹ P.Y. Kabasakal, Mülkiyet Hakkı, Kamulaştırma ve Kamulaştırmasız El Atma, < <http://www.pykhukuk.com/mulkiyet-hakki-kamulastirma-ve-kamulastirmasiz-el-atma> > (11.01.2019)

duruma ilişkin olarak pasif hale gelmesine sebebiyet vermektedir. Yani birey zaten güce ilişkin erki elinde bulunduran idareye karşı savunmasız bırakılmakta ve bu durum sadece bireyin temel hak ve özgürlüklerini değil ayrıca bu hakların çekirdeğini de tehdit etmeye başlamaktadır. Hakların çekirdeği yani özü, bireyin devlet de dahil başkaları tarafından dokunulamayacak alanları olduğundan bu alana dokunulması insan hakkı ihlaline kadar gitmektedir.

Diğer yüksek mahkeme olan Yargıtay'da olduğu gibi idari yargının yüksek mahkemesi olan Danıştay' da kamu yararı kavramını incelemektedir. İki yüksek mahkeme arasındaki kamu yararına ilişkin olarak farklılığın sebebi ise; aslında aslolanın idarece alınması gerekli 'kamu yararı' kararı olduğu -ki bu durum birazdan inceleyeceğimiz gibi Danıştay kararlarına yansımaktadır- ancak idarece herhangi bir karar alınmadan da kamu yararı saiki ile hareket edilebildiği -ki bu durum adli yargıda kamulaştırmaz el atma olarak karşımıza çıkmaktadır- durumların var olmasından ileri gelmektedir.

Danıştay, Türk hukuk sisteminde idari yargının görev alanına giren işlemler sebebiyle idari yargı yoluna ilişkin olarak gidilebilecek olan en yüksek mahkeme olarak yer almaktadır. Kamulaştırmaya ilişkin olarak alınacak kamu yararına ilişkin işlemde bir idari işlem olmakla birlikte, söz konusu işleme ilişkin olarak idare tarafından bir irade açıklamasında bulunulacağı açıktır. İşte bu durum söz konusu kamu yararına ilişkin olarak Danıştay tarafından da çeşitli görüşlerin oluşturulmasına sebebiyet vermiştir. Soyut kamu yararına ilişkin olarak Danıştay, 1982 Anayasası'nda da açıkça belirtildiği üzere, "*yerindelik denetimi*"¹⁵² yapamaz. Yani mahkemelerce kamu yararına ilişkin olarak içeriksel bir denetim yapılamamakta sadece idari işlemin unsurlarının var olup olmadığına ilişkin bir değerlendirme yapılabilmektedir. "*Türkiye'de ise Danıştay 6. Dairesi tarafından 30 Ocak 2007 tarih ve E.2004/718, K.2007/454 sayılı Kararla, icrai*"¹⁵³ nitelikte olmadığı gerekçesi ile, kamu yararı kararına karşı doğrudan doğruya iptal davası açılmayacağına karar verilmiştir"¹⁵⁴. Bu durumdan dahi anlaşılmaktadır ki, kamu yararı kararı tek başına dava konusu edilemeyecekken söz

¹⁵² 1982 Anayasası'nın Yürütme Kısımının Dördüncü Bölümünde düzenlenen İdare başlığı altında yer alan 125. maddesinde; idarenin eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğunu düzenlemiş ve aynı zamanda dördüncü fıkrasında; idarenin denetlenmeye açık eylem ve işlemlerine ilişkin yargı yetkisinin 'idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olduğunu ve hiçbir surette yerindelik denetimi olarak kullanılamayacağını' belirtmiştir. Yani yargı erkini elinde bulunduran mahkemeler idare tarafından alınan işlemin olaya uygun olup olmadığını ya da içeriğini denetlememekte işlemin sadece usulüne uygun olup olmadığına ilişkin şekli değerlendirme yapabilmektedir.

¹⁵³ İcrailik: İdarenin tek yanlı olarak açıkladığı irade ile hukuki sonuçlar doğurmasına, idari kararın icrai özelliği denir. İcrailik için, Bkz. Gözler, Kemal ve Gürsel Kaplan, 2011, s. 279.

¹⁵⁴ Gözler, Kemal ve Gürsel Kaplan, 2011, s. 724.

konusu kavram hangi işlemten dolayı alınıyorsa o işlem dava konusu edilebilir. Danıştay 6. Dairesi tarafından kamu yararına ilişkin olarak verilen karar şu şekildedir.

Demokratik hukuk devletinin amacı kişilerin hak ve özgürlüklerinden en geniş biçimde yararlanmalarını sağlamak olduğundan, yasal düzenlemelerde insanı öne çıkaran bir yaklaşımın esas alınması gereklidir. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi de 23.09.1981 tarihli Sporrang ve Lönnroth kararında, kamulaştırma izni ile inşaat yasağının uzun bir süre için öngörülmüş olmasının, toplumsal yarar ile bireysel menfaat arasındaki dengeyi bozduğu sonucuna varmıştır. Kamu yararı adına fedakarlığa katlanmak durumunda kalan maliklerin bekletilmesi uygun görülmemiştir¹⁵⁵.

Danıştay bahsi geçen gerekçe ile idare işlemin iptal etmeyen yerel mahkeme kararını bozmuş ise de bu karar da asıl dikkate çekici noktanın Danıştay'ın kamu yararı tanımı yaparken İHAM tarafından verilen bir karardan yola çıkmasıdır. Yüksek Mahkemenin somut olay için kamu yararını değerlendirirken her bir olayı bağımsız ve kendi içinde düşünmesi kamu yararı kavramına ilişkin alanın bir kez daha genişlemesine sebebiyet vermiş ve bu durum ortaya belirsiz bir kamu yararı kavramı çıkarmıştır. Söz konusu Danıştay kararında dikkat edilmesi gereken diğer hususunda kamu yararı karşısında bireysel yararın göz ardı edilebileceğidir.

Danıştay bazı kararlarında kamu yararına ilişkin olarak “*üstün kamu yararı*” derecelendirmesi yaparak yine içtihadi bir durum yaratmaktadır¹⁵⁶. Bu durum kamu yararının derecelendirilmesi sorunsalını beraberinde getirmekte ise de Danıştay aslında somut durum karşılaştırması yaparak, durumlardan hangisi daha çok yararlı olacaksa o duruma üstünlük tanımaktadır.

Kamu yararı kavramı görüldüğü üzere Danıştay Kararlarında da tam ve net olarak belirlenememiş ve söz konusu kavramın somut olaya göre değerlendirileceği Danıştay tarafından da ortaya konulmuştur.

2.4.2.3. Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Yararı Kavramı

Anayasada, mülkiyet hakkına ilişkin olarak yasal kısıtlama olarak yer alan kamu yararı kavramı, aynı zamanda yine Anayasada Kamu Yararı başlığı altında kamulaştırma ve devletleştirmeye ilişkin maddelerle yer almaktadır. Bu durum aslında mülkiyete ilişkin

¹⁵⁵ Gül, İbrahim, Danıştay Kararlarında ‘Kamu Yararı’ Kavramı, Ankara Barosu Dergisi, Ankara (2014/2), s. 540, 541

¹⁵⁶ Bkz. Danıştay 6. Dairesi’ nin 15.05.2001 tarihli ve 1999/3929 Esas, 2009/2617 Karar sayısı ile verdiği kararında, Üstün Kamu Yararını şu şekilde açıklamıştır. “Okul ya da maden işletmeciliği arasındaki kamu yararı çatışmasında üstün kamu yararının maden ocağı lehine olacağı tartışmasızdır.” Görüldüğü üzere Danıştay üstün kamu yararı belirlemesi yaparken iki farklı durumu karşılaştırmakta ve durumlardan hangisi toplum adına daha yararlı olacaksa o durumun üstün kamu yararı olduğunu belirlemektedir.

Anayasa tarafından getirilen Anayasal kısıtlamaların varlığını bizzat ortaya koymuştur. Ancak mülkiyet hakkı başka yasalarda da açıkça kısıtlanmış ve buna ilişkin de Anayasal maddelerde yer almıştır. Mesela orman alanlarına ilişkin sınırlamalar veya tarım arazilerine olan sınırlamalar gibi.

Yine Anayasa koyucu kendini denetlemesi adına 1961 Anayasası ile bir denetim mekanizması öngörmüştür. İşte bu süreç ortaya Anayasa Yargısını çıkarmış olup; söz konusu yargıya ilişkin en yüksek yargılama yapan makam Anayasa Mahkemesi'dir.

Anayasa Mahkemesi de kamu yararı kavramına ilişkin olarak diğer yüksek mahkemelerde olduğu gibi somut bir tanım yapmamış, söz konusu somut olaya göre kamu yararını değerlendirme yoluna gitmiştir. *“Anayasa Mahkemesi’nin bir kararına göre, kamu yararı zaman içinde değişebilir, ortadan kalkabilir”*¹⁵⁷.

Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru yolunu da açtıktan sonra mahkemeye kamu yararı ve mülkiyet hakkına ilişkin olarak bir çok dava gelmekte olup; daha önce de belirttiğimiz gibi özellikle İHAM’ e Türkiye tarafından götürülen davalarda, Türkiye en çok mülkiyet hakkının ihlaline ilişkin yargılanmaktadır.

Oysa Anayasa Mahkemesi tarafından konuya ilişkin verilen bir karar şu şekildedir.

Kamu yararı belirlemesinin yapılabilmesinin kanun koyucunun takdirinde olduğunu belirterek, kamu yararı kavramı, mülkiyet hakkını mutlak bir hak olmaktan çıkararak kimi durumlarda taşınmaz ile sahibi arasındaki ilişkinin sona ermesine neden olmaktadır demiş ve kamu yararının gerektirdiği durumların belirlenmesi yasa koyucunun takdir alanı içinde değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir¹⁵⁸.

Yine Anayasa Mahkemesi tarafından kamu yararına ilişkin olarak yapılan bir bireysel başvuruya ilişkin olarak verilen kararın ilgili kısmı şu şekildedir.

...34. Anayasa’nın 46. maddesinde öngörülen ve temel ögesinin ‘kamu yararı’ olduğu kabul edilen kamulaştırma, bir taşınmaz üzerindeki özel mülkiyet hakkının, malikin rızası olmaksızın, kamu yararı için ve karşılığı ödenmek koşuluyla devlet tarafından sona erdirilmesidir. Kamulaştırmayı düzenleyen 46. maddenin birinci fıkrasında; “Devlet ve kamu tüzelkişileri, kamu yararının gerektirdiği hallerde, karşılıklarını peşin ödemek şartıyla, özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların tamamını veya bir kısmını, kanunla gösterilen esas ve usullere göre, kamulaştırmaya ve bunlar üzerinde idari irtifaklar

¹⁵⁷ Anayasa Mahkemesi’nin 22.06.1972 tarihli 1972/14 Esas ve 1972/34 Karar sayısı ile verdiği kararı. <www.sinerjimevzuat.com.tr>

¹⁵⁸ Anayasa Mahkemesi’nin 17.06.1992 tarihli 1992/22 Esas ve 1992/40 Karar sayısı ile verdiği kararı. <www.sinerjimevzuat.com.tr>

kurmaya yetkilidir.” denilmektedir. Kamu yararı bulunması, kamulaştırma kararının yasada gösterilen esas ve usullerine uyulması, gerçek karşılığın peşin ve nakden ödenmesi kamulaştırmanın anayasal öğeleridir¹⁵⁹.

Görüleceği üzere, Anayasa Mahkemesi tarafından da kamu yararına ilişkin olarak verilen kararlarda somut bir kamu yararı tanımına yer verilmemiştir. Kamu yararı, Anayasa Mahkemesi tarafından verilen kararlarda İHAM’ nin kamu yararı kavramına yaklaştırılmaya çalışılmıştır.

İHAM’ e göre ise somut olayda müdahale ile kamu yararı arasında adil dengenin bulunup bulunmadığının tespiti için, Sözleşmenin mülkiyet hakkı ile ilgili hükümlerinin iç hukuktaki mevzuatın, zararın tazmini konusunda öngördüğü hükümler karşılaştırılmalı olarak ele alınmalı ve birlikte değerlendirilmelidir¹⁶⁰.

2.5. Kamulaştırmaya İlişkin 1982 Anayasası Tarafından Belirlenen Diğer Ölçütler

2.5.1. Kamulaştırmada Ölçülülük İlkesi

Ölçülülük ilkesi de diğer tüm hukuki kurumlarda olduğu gibi tarihsel süreçte ortaya çıkmış olup; söz konusu kavramın ortaya çıkmasında da yine siyasi ve sosyal şartlar etkili olmuştur. Ancak bu kavramın ortaya çıkmasının ve uygulanmasının ilk olarak Alman Hukuku’nda ortaya çıktığı söylenebilir.

Almanya’da ölçülülük ilkesinin temeli 1882 yılında Prusya Yüksek İdare Mahkemesi’nin polis uygulamaları hakkında verdiği bir kararla alınmıştır. Yüksek mahkeme, kamu düzeninin sağlanmasında polisin bir takım tedbirleri alması gerektiği ön kabulünün yanında; bu önlemlerin aşırıya kaçmasının, polisin sahip olduğu yetkinin dışında olduğunu ve polisin elde edilmek istenen amaçla orantılı tedbirlerin ötesine geçemeyeceğini vurgulamıştır¹⁶¹.

Her ne kadar ölçülülük ilkesi Alman Hukuku ile hukuk hayatına girmiş olsa da söz konusu kavram daha sonra diğer hukuklarda da yer almış ve Fransız Hukukunda kavrama ilişkin olarak uygulama yapılırken ‘amacın önemi, olguların ağırlığı ve söz konusu idari işlem sonucunda bireyin maruz kalacağı sıkıntı ve sınırlamalar arasındaki dengenin dikkate alınması

¹⁵⁹ Anayasa Mahkemesi’nin 2013/7841 Başvuru Numaralı 21.05.2015 tarihli Selma Arıcan Başvurusu kararı.

¹⁶⁰ Başpınar, Veysel, 2009, s. 260.

¹⁶¹ Erdem, Jülide Gül, Ölçülülük İlkesinin İdarenin Takdir Yetkisinin Kullanımındaki Yeri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 62 (4) 2013, s. 973, 974.

gerektiğini; bunun yanında kararın etkililiği ve yararlılığının da önemli olduğunu; idari tedbirde gereklilik ve akılcılığın da değerlendirilmesi gerektiğini vurgularlar¹⁶².

Ölçülülük ilkesi de kamu yararı kavramında olduğu gibi tam ve net bir tanımdan yola çıkarak belirtilmemiş ve söz konusu kavram Türk Anayasalarına ise ilk olarak 2001 yılında yapılan değişiklikle genel sınırlama sebebi olarak getirilmiştir. Oysa ölçülülük ilkesi her ne kadar daha önceki Anayasal metinlerde geçmese de Anayasa Mahkemesi kararlarına 2001 değişikliğinden önce girmiştir. Örneğin; 1971 tarihli bir Anayasa Mahkemesi kararında ölçülülük ilkesinin unsurlarından orantılılık ilkesinin bir denetim aracı olarak yer bulduğu görülmektedir¹⁶³.

Yine Anayasa Mahkemesi tarafından verilen 1989 tarihli bir karar şu şekildedir. “İtiraz konusu kuralı, amaç ve sınırlama orantısının korunması ile ilgili ‘ölçülülük ilkesinin’ alt ilkeleri olan yasal önlemin sınırlama amacına ulaşma bakımından ‘elverişlilik’, sınırlayıcı önlemin sınırlama amacına ulaşma bakımından zorunlu olup olmadığını arayan ‘zorunluluk-gereklilik’ ayrıca amaç ve aracın ölçüsüz bir oranı kapsayıp kapsamadığını, bu yolla ölçüsüz bir oran getirip getirmediğini belirleyen ‘oranlılık’ ilkeleri ile çatışan bir sınırlama sayılan görüşler bu nedenle yerinde bulunmamıştır”¹⁶⁴. Bu noktada değinilmesi gereken en önemli husus ölçülülük ilkesinin de kendi içerisinde çeşitli kriterlere sahip olduğudur. 1982 Anayasası’nın ölçülülüğü de genel sınırlama sebebi olarak gösterdiği maddesi şu şekildedir.

MADDE 13: (Değişik: 3.10.2001-4709/2md.) Temel hak ve hürriyetler özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmaz.

Görüldüğü üzere, Temel Hak Ve Özgürlüklerin sınırlanması başlığı altında Anayasa’nın 13. maddesinde ölçülülük ilkesine yer verilmiş olup; söz konusu ilkede Anayasa da yer alan genel sınırlama sebepleri arasına girmiştir. Genel sınırlama sebepleri ise; Anayasa da yer alan temel hak ve hürriyetlere ilişkin maddelerde bulunmasa bile Anayasa tarafından tüm hak ve özgürlüklere ilişkin olarak yapılabileceği belirtilen kısıtlamalardır. Anayasa koyucu böyle torba bir madde yaparak bir nevi kendisini garanti altına almıştır.

¹⁶² Erdem, 2013, s. 978, 979.

¹⁶³ Anayasa Mahkemesi’nin 18.02.1971 tarihli 1970/22 Esas ve 1971/20 Karar sayısı ile verdiği kararı. <www.sinerjimevzuat.com.tr>

¹⁶⁴ Anayasa Mahkemesi’nin 23.06.1989 tarihli 1988/50 Esas ve 1989/27 Karar sayısı ile verdiği kararı. <www.sinerjimevzuat.com.tr>

Ölçülülük ilkesi kendi içerisinde de çeşitli unsurlar ihtiva etmektedir. Bu unsurlar, elverişlilik, orantılılık ve gereklilik unsurları olup aşağıda Yargıtay kararları ışığında incelenmiştir.

2.5.1.1. Ölçülülük Kavramının Alt Unsurları

2.5.1.1.1. Elverişlilik Unsuru

Ölçülülük ilkesinin ilk unsuru olan elverişlilik, alınan kararın amaca ulaşabilmesine ilişkin en uygun yol olarak açıklanabilir.

2.5.1.1.2. Gereklilik Unsuru

Sonuca ulaşabilmek için seçilmesi basit olan en kısa yol olarak açıklanabilir. Sonuç için birden fazla yol varsa bu yollardan hangisi en kısa ve net olarak sonuca ulaşacak ve hangisi en az hakkı ihlal edebilecek nitelikte ise o yol seçilmelidir.

2.5.1.1.3. Orantılılık Unsuru

Bu unsur ulaşmak istenilen araç ve amaç arasında bir karşılaştırma yapar. Bu unsur aslında şu şekilde açıklanabilir. Bir hak ihlal edilmek zorunda kalınacaksa, bu ihlal ile aynı zamanda karşı tarafa sağlanması beklenen fayda arasında bir eşitlik en azından yakınlık olması gerekmektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin konuya ilişkin olarak verdiği bir karar ise şu şekildedir.

Amaç ve araç arasında makul bir ilişkinin bulunmasını, diğer bir deyişle yapılan sınırlandırmayla sağladığı yarar arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gerektiğini ifade eden ölçülülük ilkesinin, sınırlayıcı önlem ile sınırlama amacı arasındaki ilişkinin denetiminde, yasal önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olup olmadığını saptamaya yönelik 'elverişlilik' sınırlayıcı önlemin sınırlama amacına ulaşma ve demokratik toplum düzeni bakımından zorunlu olup olmadığını arayan 'zorunluluk', ayrıca amaç ve aracın ölçüsüz bir oranı kapsayıp kapsamadığını, bu yolla ölçüsüz bir yükümlülük getirip getirmediğini belirleyen 'oranlılık' ilkeleri olmak üzere üç alt ilkesi bulunmaktadır¹⁶⁵.

Görüldüğü üzere, söz konusu Anayasa Mahkemesi kararında da ölçülülük ilkesinin unsurlarına yer verilmiş olup; ölçülülük ilkesini oluşturan unsurların ayrıca neye hizmet ettiği de açıkça belirtilmiştir. Ölçülülük ilkesi de kamu yararı ilkesi gibi soyut bir ilke olduğundan söz konusu ilkenin sınırları belirlenirken idarenin takdir yetkisi sınırlarının da dikkate alınması gerekir. Anayasa koyucu ölçülülük ilkesini her ne kadar Temel Hak ve Özgürlüklere

¹⁶⁵ Anayasa Mahkemesi'nin 18.10.2007 tarihli 2007/4 Esas 2007/81 Karar sayısı ile verdiği kararı. <www.sinerjimevzuat.com.tr>

ilişkin olarak genel sınırlama sebebi olarak görmüşse de anayasa koyucunun soyut olarak belirttiği kavramın idarenin takdir yetkisi ile de genişletilmemesi gerekmektedir.

Yine Anayasa Mahkemesi bir başka kararında ölçülülük ilkesinin unsurlarını şu şekilde açıklamaktadır.

Bu unsurlar yüksek mahkeme kararlarında ‘orantılılık, elverişlilik ve gereklilik’ olmak üzere üç alt ilkedен oluşmaktadır. ‘Elverişlilik’, öngörülen müdahalenin ulaşmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını, ‘gereklilik’ ulaşmak istenen amaç bakımından müdahalenin zorunlu olmasını, yani aynı amaca daha hafif bir müdahale ile ulaşılmasının mümkün olmamasını, ‘orantılılık’ ise bireyin hakkına yapılan müdahale ile ulaşmak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliğini ifade etmektedir¹⁶⁶.

Yasaların, idareye açıkça bir yetki vermesinden ziyade, söz konusu işlemin sebebini, kamu düzeni, kamu güvenliği, genel ahlak veya benzeri belirsiz hukuki kavramlarla ifade ederek idareye somut olayla yasal düzenlemenin koşulları arasındaki uyumu yorumlama, bu aşamada bir değerlendirme yapma yetkisi tanıdığı durumlarda ölçülülük ilkesi, idarenin kullanabileceği en güçlü ve temel ölçütlerden biri olacaktır¹⁶⁷.

Anayasa Mahkemesi tarafından ölçülülük ilkesinin unsurları arasında gösterilen unsurlardan olan ‘orantılılık’ diğer unsurlardan daha ağır basmakta ve özellikle Anayasa Mahkemesi birçok kararında bu hususa değinmektedir. Bu durumdan ilerde inceleyeceğimiz ‘gerçek karşılık hakkı’ ndan da sıkça bahsedeceğiz. Anayasa Mahkemesi’nin ölçülülük ilkesinin unsuru olarak belirttiği orantılılık kavramından daha çok bahsetmesi aslında kamulaştırmanın mülkiyete yönelik olarak bir hak kaybı yarattığına ilişkin en önemli kanıtlardandır. Zira iki hakkın kıyaslanması olarak görülen orantılılık aslında, mülkiyet hakkının kaybı karşısında duran kamu yararına dayanan kamulaştırma işlemine meşruiyet kazandırmaktadır.

Anayasa’nın 35. maddesine göre kişilerin mülkiyet hakları ancak kanunla öngörülmüş usullerle ve kamu yararı gereği sınırlandırılabilir. Anayasa’nın 46. maddesine göre ise özel mülkiyette bulunan taşınmazlar, kamu yararı gereği karşılıkları peşin ödenmek suretiyle kamulaştırılabilir veya bunlar üzerinde irtifak hakkı kurulabilir. Anayasa’nın 13. maddesinde yer alan ölçülülük ilkesi gereği kişilerin mülklerinden mahrum bırakılmaları veya mülkiyet haklarını kullanmalarının sınırlandırılması halinde elde edilmek istenen kamu yararı ile

¹⁶⁶ Anayasa Mahkemesi’nin 2013/7841 Başvuru Numaralı 21.05.2015 Karar Tarihi ile verdiği kararı.

¹⁶⁷ Erdem, 2013, s. 991.

mülkünden mahrum bırakılan veya mülkü kullanması engellenen bireyin hakları arasında adil bir denge kurulması gerekmektedir¹⁶⁸.

2.5.2. Kamulaştırmada Demokratik Toplum Düzeni Gereklerine Uygunluk İlkesi

Demokratik toplum düzeni, hakkın özü kavramı ele alınan bir ölçüttür¹⁶⁹. Demokratik toplum düzeni gereklerine uygunluk ilkesini demokratik toplumdan, demokratik toplumu ise demokrasiden bağımsız düşünemeyeceğimize göre öncelikle demokrasinin tanımını yapmamız gerekmektedir. Demokrasi, bütün hukuki terimler gibi yaşadığı toplumdan ve yaşadığı coğrafyadan etkilenecek farklı milletlerce farklı yorumlanmışsa da demokrasi çağımızda bir rejim türü olarak algılanmaktadır. Ancak demokrasinin de diğer rejimler gibi her ne kadar belirli ölçütleri varsa da demokrasi anlayışını benimseyen her ülkenin demokrasi anlayışının birbiriyle aynı olduğu söylenemez.

Henryn Grunwald demokrasiyi şu şekilde açıklamaktadır:

Eğer ben şimdiki bir kazancım için komşumun özgürlüğünü elinden alırsam, o da yarın veya öbür gün benim özgürlüğümü elimden alabilir anlayışı yerleşmiş olmalıdır. Demokrasi dinsel veya etnik tutkuların frenlenebilir bir uzlaşma ortamının yaratılabilmesini ister. Demokrasi oldukça anlaşılmamış bir otorite anlayışını zorunlu kılar. Oysa birçok yerde otorite, düzen ve ulusal varlığın sürdürülebilmesi için ve ulusal maneviyat ve hatta ulusal gurur bakımında gerekli görülmektedir. Demokraside otorite kuşku duyulması gereken bir şeydir ve halka değil de iktidarda olanlara hizmet ettiği zaman denetlenmesi gerekir. Son olarak demokrasi seçkinlerin kazandıkları iktidarı gerektiğinde bırakabilmeleri arzusunun olmasını gerektirir¹⁷⁰.

Grunwald'e göre demokrasi anlayışı bir otoriteyi beraberinde getirdiği gibi aynı zamanda otoritenin de kendi kendini denetleme isteğinin olmasını gerektirmektedir. İktidar ya da iktidara sahip olanlar, demokrasinin bir gereği olarak halka hizmet etmek yerine kendilerine hizmet etmeye başlarsa bu durum demokratik topluma ve demokrasi anlayışına zarar verebilir. Demokrasi bir otoriteyi beraberinde getirdiğine göre demokrasi anlayışının aynı zamanda bir anayasaya ya da anayasal bir belgeye de dayandırılması gerektiği ortadadır.

Demokratik topluma ilişkin ilkenin aynı zamanda hakkın özü kavramı ile birlikte ele alınması söz konusu kavramın temel hak ve özgürlüklere ilişkin değerlendirilmesinin yapılabilmesi sonucunu da doğurmaktadır. 1982 Anayasası'nın demokratik toplum düzenine aykırı kısıtlanma yapılamayacağını belirten 13. maddesinin hakkın özü kelimesini tam olarak

¹⁶⁸ Anayasa Mahkemesi'nin 2013/2511 Başvuru Numaralı 22.01.2015 tarihli kararı. (Mukadder Sağlam ve diğerleri)

¹⁶⁹ Özel, 2013, s. 144.

¹⁷⁰ Turhan, Mehmet, Anayasamız ve Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri, Anayasa Yargısı Dergisi (29. Yıl), Ankara 1991, s. 401, 420.

Anayasa Mahkemesi bazı kararlarında ‘demokratik toplum düzeninin gerekleri’ kavramını ‘hakkın özü’ kavramı ile tanımlamakta, bu iki kavramı özdeşleştirmekte veya bu iki kavramı birlikte kullanmaktadır. Doktrinde Anayasa Mahkemesi’ nin bu tutumu genellikle olumlu bulunmuştur. Kanımızca mahkemenin bu tutumu 3 Ekim 2001 Anayasa değişikliğinden önce tamamıyla yanlıştı. Çünkü temel hak ve hürriyetlerin özüne dokunma yasağı, 3 Ekim 2001 tarihinden önce 1982 Anayasasında mevcut değildi. Ancak 3 Ekim 2001 tarihli Anayasa değişikliği ile ‘temel hak ve hürriyetlerin özüne dokunma yasağı’ 1982 Anayasasına sokulduğundan artık ortada bir problem kalmamıştır.¹⁷¹

...Klasik demokrasiler temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına aldığı rejimlerdir. Kişinin sahip olduğu dokunulmaz, vazgeçilmez, devredilmez, temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunulup tümüyle kullanılamaz hale getiren kısıtlamalar, demokratik toplum düzeninin gerekleriyle uyum içinde sayılmaz. Özgürlükçü olmak yanında, hukuk devleti olmak ve kişiyi ön planda tutmak da aynı rejimin öğelerindendir. Şu hâlde getirilen sınırlamaların Anayasa'nın 2. maddesinde ifadesini bulan Cumhuriyetin temel niteliklerine de uygun olması gerekir. Bu anlayış içinde özgürlüklerin yalnızca ne ölçüde kısıtlandığı değil kısıtlamanın koşulları, nedeni, yöntemi kısıtlamaya karşı öngörülen kanun yolları, hep demokratik toplum düzeni kavramı içinde değerlendirilmelidir. Özgürlükler, ancak, istisnai olarak ve demokratik toplum düzeninin sürekliliği için zorunlu olduğu ölçüde sınırlandırılabilir. Demokratik hukuk devletinde güdülen amaç ne olursa olsun, özgürlük kısıtlamalarının bu rejimlere özgü olmayan yöntemlerle yapılması ve belli bir özgürlüğün kullanılmasını kaldıracak düzeye vardırmasıdır¹⁷².

¹⁷¹ Gözler, 2011, s. 129.

72

burada karşımıza ortadan kalkan mülkiyete ilişkin durum karşısında gerçek karşılık ile bedel tazmin edilmesi gelmektedir.

Yine Anayasa Mahkemesi bu durumu demokratik hukuk devletinin gereği olarak şu şekilde açıklamaktadır.

...Hakların birbiri ile çatışması halinde bir dengenin bulunması demokratik hukuk devleti ilkelerinin başında gelir. Kamulaştırma gibi zor alım hakkını kullanan kamu gücü karşısında, elinden taşınmazı alınan kişinin de bu taşınmazın gerçek değerini isteyebilmesi haklar arasındaki dengenin gerçekleştirilmesinde önemli bir öğedir. Aksi halde denge bozulur, sosyal yaşamda kimi huzursuzlukların politik ve ekonomik patlamaların nedenleri oluşmaya başlar ki bu gibi durumların ortaya çıkabilmesi sosyal hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşamaz. Anayasa'nın başlangıç bölümünde yer alan insan hak ve hürriyetlerini, dayanışmayı, sosyal adaleti, ferdin ve toplumun huzur ve refahını gerçekleştirmeyi ve teminat altına almayı mümkün kılacak demokratik hukuk devleti yerini giderek hakların dengeliliği temeline dayanmayan otoriter bir yönetime bırakır¹⁷³.

Görüldüğü üzere, Anayasa Mahkemesi demokratik toplum gereklerini farklı kararlarında farklı yönleri ile ele almış ve bu konuya ilişkin net bir içtihat yaratamamıştır.

Erdoğan TEZİÇ, Anayasa Mahkemesi'nin demokratik topluma ilişkin kuralları belirlemesinin ardından, Anayasada yer alan diğer temel ilkelere göre bu kuralların içinin doldurulması gerektiğini şu sözlerle belirtmektedir.

Anayasa Mahkemesi, demokratik toplum düzeninin gereklerine göre bir denetleme yaparken, hukukun genel ilkeleri ve öte yandan, demokratik bir toplumda bireyin amaç olarak ele alındığı ve sosyal bir hukuk devletinde, amacın bireyin maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartların hazırlanması, bunun için de siyasal, ekonomik ve sosyal engellerin kaldırılması olduğu esastan hareket etmelidir. 1982 Anayasası'nın genel esaslarında yer alan kurallar, demokratik toplum düzeninin varlık nedenini oluşturur. Anayasa Mahkemesi, demokratik toplum düzeninin gereklerini bu çerçevede değerlendirebildiği takdirde ki, kanun koyucunun temel hakları sınırlarken, sınırlamanın sınırının bir anlamı olabilir¹⁷⁴.

Anayasa Mahkemesi tarafından her ne kadar demokratik toplumun gereklerine ilişkin olarak tam ve net bir tanım yapılmamışsa da söz konusu somut olaylar bağlamında demokratik topluma ilişkin çeşitli ilkeler belirlenmiş ve bu ilkelerin Anayasal olup olmadığı tartışılmıştır. Hakkın özü, kavramı da artık Anayasal bir ilke haline gelmekle demokratik toplumun vazgeçilmez bir alt unsuru olmuştur denilebilir. Ancak mülkiyete ilişkin,

¹⁷³ Anayasa Mahkemesi' nin 12.10.1976 tarihli 1976/38 Esas 1976/46 Karar sayısı ile verdiği kararı. <www.sinerjimevzuat.com.tr>

¹⁷⁴ Teziç, Erdoğan, Anayasa Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul 1986, s. 195, 196.

dokunulmaz bir alanın varlığı, kamulaştırma suretiyle hakkın özü ihlal edilerek ortadan kaldırılmaktadır. İşte burada mülkiyet hakkının tatmini bağlamında hakkın özü olarak bireye taşınmazının gerçek bedeli karşılığında bedel ödenmesi yoluna gidilmesi gerekmektedir.

2.5.3. Kamulaştırmanın Anayasal Koşulu Olarak Yasallık İlkesi

Anayasa'nın 13. maddesi, temel hak ve hürriyetlerin kanunla sınırlanabileceğini belirtmiş yine Anayasa'nın 35. maddesi de mülkiyet hakkına ilişkin olarak aynı yasal kısıtlama sebebini öngörmüştür. Kamulaştırma işlemi ise Anayasal dayanağını 46. maddeden almakla birlikte söz konusu Anayasaya dayanak olarak oluşturulan 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu ile yasallık ilkesinin uygulaması görülmektedir.

2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu, kamulaştırma işleminin yasallık ilkesini açık ve net şekilde uygulamaya taşıyan yasa olmakla birlikte, söz konusu kanunun aynı zamanda kamulaştırma işlemine ilişkin şart ve usulleri de kapsadığı görülmektedir. Ancak kamulaştırma işlemi ve kamulaştırmaya ilişkin alınması gereken usuller başka bir başlık altında inceleneceğinden bu kısımda sadece kamulaştırmanın yasallığı sorunsalı üzerinde durulacaktır.

2942 sayılı Kanun, dayanağını Anayasa'da açıkça bulmakla birlikte, söz konusu kanunun idare tarafından uygulanması yoluna gidilirken idarenin takdir yetkisini kullanıp kullanmadığına ilişkin somut olaylar arasında farklılıklar bulunmaktadır. Hukuk devleti, idarenin de hukuk yoluyla denetlenmesini sağlayan mekanizma üzerine kurulu olmakla birlikte, idare bazen elindeki otoriteye dayanarak kanunu dolanabilir. Burada idarenin takdir yetkisinin kapsamının belirlenmesi bu açıdan önemlidir. İdare, kamulaştırmaya ilişkin idari işlem niteliğinde bir karar aldığında öncelikle Kamulaştırma Kanunu'ndaki usulleri uygulamalıdır. Ancak idare kanunu uygularken aynı zamanda takdir yetkisini de kullanabilir. Buna yasanın açıkça cevaz vermesi gerekmektedir, yani idare idari işlemlerde takdir yetkim alanında kalıyor diye bütün eylem ve işlemleri yapamaz. *"İdarenin ne zaman, nerede, nasıl bir işlem yapacağına hukuk kuralları ile baştan emredici bir biçimde saptanmadığı durumlarda, takdir yetkisinin varlığı kabul edilmektedir"*¹⁷⁵.

Yine takdir yetkisi Kaya'ya göre şu şekilde ifade edilmiştir.

Dış çerçevesi mevzuatta çizilmiş fakat içi birtakım imkansızlıklarla doldurulmamış bir idari usulün varlığı halinde, idareye bu idari usulün doldurulması konusunda tanınan belli bir kararı alıp almama,

¹⁷⁵ Gözübüyük, Şeref, Turgut Tan, İdare Hukuku -İdari Yargılama Hukuku, (6. Baskı, Cilt 2),Turhan Kitabevi, Ankara 2013, s. 506.

değişik ihtimaller arasında bir seçim yapıp yapmama, yani yetkinin kullanılıp kullanılmamasını belirleme yetkisi olarak tanımlanmıştır¹⁷⁶.

Kamulaştırma işlemi her ne kadar dayanağını Anayasa' dan ve kendi kanunundan almaktaysa da söz konusu kanunun birinci maddesinde kamulaştırma işleminin kamu yararına dayandırıldığı görülmektedir. Daha önce kamu yararına ilişkin kısımda da açıkça ifade edildiği üzere kamu yararının ne olduğu doktrinde ve hukuk sisteminde belirlenmemiştir. İşte idare burada bu kavramın içini doldururken acaba kamulaştırma işleminin yasallık ilkesini ihlal etmekte midir? Bu noktada Anayasada kamulaştırma için öngörülen “*kanuna dayanılarak*” ifadesinden aslında bu işlemin kanun eksenli olarak idari işlemler ile de öngörülebileceği belirtilmektedir. Yani idare tarafından yapılan yönetmelik vs. tarzı düzenleyici işlemlerle de kamulaştırma işlemi öngörülebileceğinden söz konusu idari işlemlerin de kanuna aykırı olmamak koşuluyla düzenlenebileceği ifade edilmektedir. İşte idare takdir yetkisinin olduğu bu tür alanlarda dahi aslında belli alanlar ile sınırlandırılmıştır.

Bu noktada idarenin takdir yetkisinin yasayı bile tanımadığı durum olarak kamu yararı kararı dahi alınmadan yapılan kamulaştırmasız el atma işleminden tekrar bahsetme gereği doğmaktadır. Her ne kadar kamulaştırmasız el atmanın bir kamu yararı kararı alınmadan, idarece bir eylem şeklinde yapıldığı kamu yararı başlığı altında belirtilmişse de aslında idarece kamu yararı saiki ile hareket edildiğinden kamulaştırmasız el atmanın, kamulaştırmanın yasal gereklerinden en çok kanuna uygun olmadığından bahisle bu başlık altında tekrar incelenmesi gerektiği açıktır.

2.5.3.1.Kamulaştırmanın Yasallık İlkesi Karşısında, İdarece Takdir Yetkisi İle Ortaya Çıkan Kamulaştırmasız El Atma

Mevcut kamu yararı kararı alınmadan idarece fiilen ya da hukuken bir taşınmaza el atılması suretiyle kamulaştırmasız el atmayı, kamu yararı başlığı altında incelemişsek de; aslında kamulaştırmasız el atmanın kamulaştırmanın yasal sınırları da olduğu dikkate alınarak bu başlık altında ayrıca ve ayrıntılı olarak işlenmesi gerekmektedir. Zira Türk Hukukunda şuan kamulaştırmasız el atmaya ilişkin olarak herhangi bir madde bulunmamakla birlikte, Kamulaştırma Kanunu'nun ilk halinde 1983 yılında yapılan düzenlemede kamulaştırmasız el atmanın 38. madde de yer aldığı açıktır. Ancak söz konusu madde Anayasa Mahkemesi'nin 2003 tarihli kararı ile ortadan kaldırıldığından burada yasallık ilkesinin idarece istismarı

¹⁷⁶ Kaya, Cemil, İdarenin Takdir Yetkisi Ve Denetimi, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2011, s. 26.

sonucunu doğuran kamulaştırmasız el atmaya ilişkin ayrıntılı açıklama yapılması gerekmektedir. 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun ilga edilen 38. maddesi şu şekildedir.

MADDE 38: Kamulaştırma yapılmış ancak işlemleri tamamlanmamış veya kamu hizmetine ayrılarak veya kamu yararına yönelik bir ihtiyaca tahsis edilerek üzerinde tesis yapılan, taşınmaz malın malik, zilyet veya mirasçılarının taşınmaz mal ile ilgili her türlü dava hakkı 20 yıl geçmekle düşer ve bu süre taşınmaz mala el koyma tarihinden başlar.

Madde metninde belirtildiği üzere, mülkiyet hakkına ilişkin kamulaştırmasız el atma durumunda açılacak davalarda 20 yıllık yasal bir süre getirilmiştir. Ancak mülkiyet hakkına ilişkin açılacak davalar sebebiyle malikin bu hakkın bir aynı hak olduğu da belirtilerek 4721 sayılı Kanun'da bu hakka ilişkin herhangi bir zamanaşımının öngörülmediği açıktır. Yine kamulaştırmasız el atmaya ilişkin olarak daha önce Yargıtay tarafından geliştirilen 1956 tarihli içtihadatta da yüksek mahkemenin herhangi bir zaman kısıtlaması yapmadığı görülmektedir. Böylece 16.05.1956 gün ve 1/7 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı ile Kamulaştırmasız El Koyma nedeniyle mal sahibinin açacağı bedel davasında zamanaşımının söz konusu olmayacağı benimsenmişken, 2942 sayılı Kanun'un 38. maddesinin yürürlüğe girmesiyle yasanın yürürlük tarihi olan 08.11.1983 gününden sonra açılacak olan davalar bu yasa hükmü gereğince 20 yıllık hak düşürücü süre ile sınırlanmış ve bu süre geçirildikten sonra taşınmaz mal sahibinin her türlü dava hakkının düşeceği kabul edilmiştir.

1983 yılından 2003 yılına kadar yürürlükte kalan Anayasa Mahkemesi'nin 10.04.2003 tarihli kararı ile Kamulaştırma Kanunu'nun 38. maddesini Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmiş, iptal kararı resmî gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen ve yürürlükten kaldırılan bu maddenin geçerli olduğu 20 yıllık dönemde, yine kanunda belirtilen 20 yıllık sürenin dolması nedeniyle mülkiyet hakkı ihlal edilen kişi ya da kişiler veya açılan davaları hak düşürücü süre nedeniyle reddedilenler iç hukuk yollarını tükettikten sonra İnsan Hakları Avrupa Mahkemesine başvuru yapmışlar ve bu başvurular sonucunda birçok kararda Türkiye aleyhine mülkiyet hakkının ihlali sebebiyle kararlar verilmiştir.

İHAM, kamulaştırmasız el atmaya ilişkin olarak verdiği kararlarında Kamulaştırma Kanunu'nun 38. maddesinin Türk Hukuk Sisteminin yasa dışı bir unsur oluşturduğunu bununda İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin Ek 1 No' lu Protokolün 1. maddesinde belirtilen mülkiyet hakkının ihlaline yönelik bir uygulama olduğunu belirterek kamulaştırmasız el koyma eyleminin, meydana geldiği sırada geçerliliği olan bir kanun

maddesine dayalı olarak gerçekleştirilse dahi kamu menfaatleri ile bireysel hakların korunması zorunluluğu arasında hakkaniyete uygun bir dengeyi sağlayacak hiçbir tazmin süreci yürütülmediğinden yapılan müdahalenin keyfiyete dayalı olup; mülkiyet hakkının ihlal edildiğini ve değeri ile makul oranda bir meblağ ödenmeksizin bireylerin elinden mülkiyetin alınmasının sözleşme hükümleri çerçevesinde meşru görülemeyecek bir müdahale olduğunu vurgulamıştır¹⁷⁷.

2003 yılında Anayasa Mahkemesi tarafından söz konusu 38. maddenin kaldırılması da hak kayıplarının önüne geçmemiş hatta bu durum, yeni bir uygulama yaratmıştır. Zira 20 yıllık yasal süre ortadan kaldırılmış ve 1956 tarihli kamulaştırmasız el atmaya ilişkin verilen karardaki gibi herhangi bir süre belirlemesi yoluna gidilmemişse de kamulaştırmasız el atmaya ilişkin olarak hukuk alanında bulunan tek kanuni dayanakta ortadan kaldırılmıştır. Bu durum bireyin mülke sahip olma ihtiyacı karşısında yasal olarak da güvencesiz bırakmaktadır. Türk hukuk sisteminde halen kamulaştırmasız el atmanın olması durumu dahi göstermektedir ki, söz konusu yasal dayanaktan yoksun olan idarece yapılan müdahale Anayasaya, kanunlara ve İHAS' ne açıkça aykırılık teşkil etmektedir. Bu konuda henüz tam bir içtihat birliği olmamasının sebebi aslında idareye tanınmış olan takdir yetkisinin idare tarafından geniş yorumlanması olarak görülebilir. Oysa hukuk devletinde idare yaptığı eylem ve işlemlere ilişkin olarak, işlemin gerekçesini belirtmek zorundadır.

Gerçekten idarenin işlemin sebeplerini açıklamak zorunda olmaması, onu rahatlığa iterek hukuka aykırı davranmasını kolaylaştırmaktadır. Bundan dolayı idari işlemin gerekçelendirilmesi, idari işlemin yapılış sürecinde idarenin, kendi kendini denetlemesini, hukuka aykırı davranmaktan kaçınmasını sağlayan bir kontrol mekanizması olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁷⁸.

Kamulaştırmasız el atma, idarenin hukuk devleti ilkesini de ihlal etmesine sebebiyet vermektedir. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, idarenin takdir yetkisini ve bu bağlamda hukuk devleti ilkesini irdelediği 17.04.2018 tarihli 2005/270 Esas, 2008/1286 Karar sayılı kararında; *"Hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan devlettir."* ifadeleri ile tanımlamış ve kararın devamında idari kararların alınmasında adalet ve hakkaniyet ölçütlerinin gözetilmesinin hukuk devleti olmanın gereği olduğunu, idarenin yasalarla kendisine tanınan takdir yetkisini

¹⁷⁷ Karabağ, Emel, Kamulaştırmasız El Koyma Davaları ve Yargıtay İçtihatları s. 11. < <http://www.turkhukuksitesi.com/showthread.php?t=62863>>(13.11.2017)

¹⁷⁸ Seçkin, Sinan ve Gül Üstün, İdari İşlemlerde Takdir Yetkisi ve Gerekçe İlkesi, Hukuk Araştırmaları Dergisi, Ankara 2015, s. 527.

adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir şeklinde vurgulanmış hukuk devletinde bu ilkelerin geçerli olduğunu belirtmiştir. Bu ölçütlere kararda başvurularak idareye tanınan takdir yetkisinin, kişilerin kanundan doğan bir hakkını haksız bir şekilde ihmal etmesinde bir gerekçe veya araç olarak kullanılmasını hukukun koruyamayacağı vurgulanmıştır¹⁷⁹.

Görüleceği üzere, idare işlemlerini yerine getirirken öncelikle yasal çerçeve içerisinde hareket etmeli, yine kanunlar tarafından öngörülmüşse kendisine tanınan takdir yetkisini kullanmalıdır ancak kamulaştırmasız el atmanın idarenin fiili el atması olarak tanımlandığı durumlarda idare kendisine tanınan herhangi bir yasal kural dahi bulunmadan yasayı dolanmakta ve tamamen hukuk devleti ilkesine aykırı hareket etmektedir. Oysa hukuk devleti ve hukuk devletinin getirisi olarak belirtilen hukuki güvenlik ilkesi, kişi hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınması için vatandaşlara bir teminat sağlamaktadır.

2.5.3.2. Kamulaştırmanın Yasal Unsuru Olarak Gerçek Karşılık Hakkı İlkesi

Bu aşamaya kadar aslında mülkiyet hakkına ilişkin kamulaştırmanın asıl bir hak kaybına sebebiyet verdiğini ve bunun amacının ne olduğunu anlatmıştır. Ancak bu aşamaya kadar belirttiğimiz mülkiyet hakkının yasal kısıtlama sebebi olan kamulaştırmanın bu aşamadan sonra aslında mülkiyet hakkı ihlali sonucunu neden doğurmadığını ya da mülkiyet hakkı ihlali olarak neden görülmediğini anlatmamız gerekmektedir.

Mülkiyet hakkı, kişiye verilmiş dokunulmaz ve vazgeçilmez haklardandır. Bu hakkın Anayasalar ile ve İnsan Hakları sözleşmeleri ile korunmasından çıkarılacak en temel sonuç, mülkiyet hakkına ne kadar önem verildiğinin de ayrıca bir göstergesidir. Bu hak yerleşik topluma geçilmesi ile iyice ortaya çıkmış ve yaşadığı toplumun sosyal ve siyasal şartlarından etkilenecek neredeyse yaşama hakkı ile eşit statüye gelmiştir. Ancak toplum bireysel mülkiyet anlayışının gelişmesi yanında sanayileşme ile doğal kaynak kullanımını en yüksek seviyelere çıkarmıştır. Bu durum bir müddet sonra yeni bir kamusal alan tarifini imkansız hale getirmiş ve sınırlı kaynaklar toplumsal alanın daralmasına sebebiyet vermeye başlamıştır. İşte bu durumda otorite sahipleri yeni bir toplumsal alanın ancak bazı hakların ihlali suretiyle yaratılabileceğine ilişkin çeşitli uygulamalar yapmaya başlamışlardır.

¹⁷⁹ Gişi, M. Burcu, İdare Hukukunda Yorum Ve İdari Uyuşmazlıkların Çözümünde Ve Yorumlanmasında Hukuk Devleti İlkesinin Yeri ve Önemi, Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi (ERZSOSDER) 2016, s. 224, 225. <www.dergipark.gov.tr> (09.04.2019)

Devletlerin yönetim şekli ile mülkiyet anlayışı da belirli değişim süreçlerinden geçmiş ve halen de geçmeye devam etmektedir. Özellikle demokrasi ile yönetilen toplumlarda, birey hak ve özgürlüklerine ilişkin kısıtlamaların daha önceden belirli kurallar ile öngörülmesi gerekmektedir. Bu hukuki güveliği sağlamak için de önemlidir. Bu noktada gelişen ihtiyaçlar karşısında toplumsal yeni alan arayışları karşımıza çıkmaktadır. İşte kamulaştırmanın en önemli yasal amacı da bu olmalıdır. Yani devlet elinde bulunan alanda, topluma ilişkin alınması gereken bir önlem alamıyorsa ya da toplumun menfaatine uygun olan bir işlemi alan yetersizliğinden yaratamıyorsa bu durumda bireyin mülkiyet hakkını ihlal edebilir. 1982 Anayasası ve ona bağlı olarak oluşturulan 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu da bu duruma cevaz vermektedir. Peki ortadan kalkan mülkiyet hakkına ilişkin malik ya da hak sahipleri, bir hakkın özünün ortadan kaldırıldığı da dikkate alınarak nasıl tatmin edilecek ve malik ve hak sahiplerine bu hak ihlali nasıl unutturulacaktır. İşte bu noktada kamulaştırma yapılan alana ilişkin olarak malike ödenmesi gerektiği belirtilen “*gerçek karşılık hakkı*” kavramı karşımıza çıkmaktadır.

Gerçek karşılık hakkı, 1982 Anayasası’nın kamulaştırmayı düzenleyen 46. maddesinde yer almakla birlikte 1983 tarihli 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu’nda yer almamaktadır. Bu durum Kamulaştırma Kanunu açısından bir eksik olarak doktrinde kabul edilmekteyse de Anayasamızda söz konusu kavrama yer verilmiş olması konunun ciddiyetini bir kez daha ortaya koymaktadır. Çünkü mülkiyet hakkı ortadan kalkan mülk sahibinin en büyük güvencesini mülkiyete ilişkin ödenen bedel oluşturmaktadır. İşte mülkiyet bedelinin de, malikin kaybettiği mülkiyet hakkına ilişkin adil bir oranda belirlenmesi gerekir. Yani malik aslında var olan bir temel hakkını kaybetmekten çok o hakkı başka bir şekilde kullanma hakkını elde etmiş olmalıdır. Bu noktada gerçek karşılık hakkının nasıl ortaya çıktığı ve ne anlama geldiği, ayrıca nasıl belirlendiği çok önemli olmaktadır.

2.5.3.2.1. Gerçek Karşılık Hakkı Kavramı ve Hakkın Doğuşu ve Gelişimi

2.5.3.2.1.1. Türk Hukukunda Gerçek Karşılık Hakkı ve Kamulaştırma Bedelinin Tespiti

Gerçek karşılık hakkı, Türk Hukuk sisteminde her ne kadar 1983 tarihli Kamulaştırma Kanunu’nda yer almamışsa da uzun yıllar önce girmiştir. Türk Kamulaştırma Hukukunda gerçek karşılık kavramı yerine ‘değer paha ve rayiç değer’ gibi kavramlar kullanılmıştır. Mesela 1924 Anayasası’nın kamulaştırma ve mülkiyet hakkına ilişkin 74. maddesinde

belirtilen ‘değer paha’ ifadesi aslında gerçek karşılık hakkı kavramı olarak literatürde geçmektedir¹⁸⁰.

1961 Anayasası’nın özgün metninde yer almasına rağmen 1971 Anayasa değişikliği ile 38. madde değiştirilmiş ve bu düzenlemeden sonra 3.10.2001 yılında yapılan Anayasa değişikliğine kadar kamulaştırılan taşınmazın karşılığının ödeneceği ifadesi yasa koyucu tarafından getirilmiştir. Ancak her ne kadar 1971’de yapılan değişiklik 2001 yılına kadar karşılığın ödeneceği belirtilmişse de bu yanlış uygulama Anayasa Mahkemesi tarafından verilen bazı örnek kararlar ile düzeltilmiştir. Zira bu değişiklik bedelin tespitinde yer alan vergi değeri esasının o dönem yapılan kamulaştırmalarda bireyin mülkiyet hakkına ne denli zarar verdiği ortadadır. Anayasa Mahkemesi gerçek karşılığın ödenmemesi durumunu bir temel hakkın ihlali sebebi saymış ve çeşitli kararlarında da bu durumdan açıkça bahsetmiştir. Bu kararlara örnek olarak Anayasa Mahkemesi tarafından verilen 12.10.1976 tarihli 1976/38 Esas 1976/46 Karar sayılı karar şu şekildedir.

...Kamulaştırmaya gelince, bu, mülkiyet hakkının özüne dokunan ve bu hakkı ortadan kaldıran bir işlemdir. Ancak kamulaştırma işleminde kamu yararının var olması göz önünde tutulacak temel öğedir. Kamu yararının bulunmadığı hallerde kamulaştırmadan da söz edilemez. Daha açık bir deyimle, kamu yararı olmadıkça, devletin değil gerçek karşılıkla bunun çok daha üstünde olan bedellerle dahi bireylerin mülkiyet hakkına el atması düşünülemez. Devlet olarak, kamu kuruluşları olarak, halka hizmet götürmek veya istenilen ekonomik kalkınma görevini yerine getirebilmek, başka bir deyimle daha yaygın bir kamu görevi yapabilmek için bireylerin özel mülkiyetinde bulunan kimi taşınmaz malların kamulaştırılması gerekli olabilir. Bu gibi hallerde devlet zorunlu hakkının sahibidir. Kamu yararı kamulaştırmayı zorunlu kılıyorsa devlet bu hakkını kullanacaktır. Ancak, bu hakkın karşısında bireylerinde kamulaştırılan taşınmaz mallarının bedellerini istemek hakkı vardır. Mülkiyet hakkının doğal bir sonucu olarak, bu bedelin, taşınmaz mal değerinin tam karşılığı olması gerekir. Bir yanda devlet veya kamu kuruluşu, kamu yararının zorunlu kıldığı hallerde, bireylerin rızasına bakmaksızın onların mülkiyetindeki taşınmazları alma hakkını kullanacak, öte yanda bireyler kamulaştırılan taşınmazların tam karşılıklarını, mülkiyet hakkının gereği olarak, devletten istemek hak ve yetkisini ellerinde tutacaklardır. Bu hakların yeterince kullanılmasına elverişli olmayan bir hukuk düzeninin demokratik hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşmayacağı açıktır¹⁸¹.

Görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesi tarafından verilen kararda aslında gerçek karşılığın mülkiyet hakkının teminatı olduğu açıkça ifade edilmiştir. 1982 Anayasa koyucu 2001 yılında gerçek karşılık ilkesini Anayasa metnine sokmakla aynı zamanda Avrupa Birliğine girmeye yönelik bir adım daha atmış bulunmaktaydı. Zira Anayasa koyucu aslında

¹⁸⁰ Özel, 2013, s. 156.

¹⁸¹ Anayasa Mahkemesi’ nin 12. 10. 1976 tarihli 1976/38 Esas 1976/46 Karar sayılı kararı. <www.sinerjimevzuat.com.tr>

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi tarafından korunan temel haklardan olan mülkiyet hakkına ne kadar değer verdiğini göstermek istemekle birlikte bu süreçte kamulaştırmaya ilişkin olarak aslında kafa karışıklıklarının da giderilmesine yönelik bir faaliyette bulunmuştur. Ancak gerçek karşılık hakkının 1983 tarihli 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'na neden Anayasa'da yapılan bu değişiklikten sonra eklenmediği doktrin tarafından dahi açıklanamamaktadır. 2942 sayılı Kanunda yer almayan gerçek karşılık hakkının Anayasa'da yer alması durumu Anayasa koyucunun bu hakka ne kadar önem verdiğini bir kez daha ortaya koymaktadır. Yine zaten kanunların hiyerarşik olarak anayasanın altında yer alan normlardan olduğu da dikkate alındığında söz konusu kavramın sadece anayasada dahi düzenlenmesi yeterlidir. Zira kanunlar kaynaklarını anayasadan almakla birlikte zaten anayasaya aykırı olarak düzenlenmeyeceklerinden bir konuda anayasada düzenleme yapılması dahi o konunun öneminin ne kadar olduğuna açık bir karine teşkil eder. Bu noktada 1982 Anayasası'nda düzenleme alanı bulan ancak kanun tarafından açık bir şekilde belirtilmeyen gerçek karşılık hakkının nasıl tespit edileceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Anayasa koyucu kamu yararı kavramında olduğu gibi gerçek karşılık hakkının da ne olduğunu ya da nasıl belirleneceğini göstermemiş yine soyut bir kavramı yaratmıştır. Yine de kamu yararı kavramı kadar soyut bir kavram olmayan gerçek karşılık hakkının uygulamada ya da doktrinde kamulaştırma bedelinin tespitinde belirlenen değerler ile somutlaştırılmaya çalışıldığı görülmektedir.

*“Mülkiyet hakkının korunması ancak gerçek karşılık olan adil değerın tespit edilmesi halinde sağlanmış olacaktır. Buna ilişkin ulusal ve uluslararası sözleşmelerde gerçek karşılığa vurgu yapılmaktadır”*¹⁸². Gerçek karşılığa ilişkin her ne kadar Kamulaştırma Kanunu'nda bir tanıma yer verilmemişse de kamulaştırma bedelinin tespitine yönelik olarak Kamulaştırma Kanunu'nun 11. maddesi şu şekildedir.

MADDE 11: (Değişik:24/4/2001-4650/6 md.)15 inci madde uyarınca oluşturulacak bilirkişi kurulu, kamulaştırılacak taşınmaz mal veya kaynağın bulunduğu yere mahkeme heyeti ile birlikte giderek, hazır bulunan ilgilileri de dinledikten sonra taşınmaz mal veya kaynağın;

- a) Cins ve nevini,
- b) Yüzölçümünü,
- c) Kıymetini etkileyebilecek bütün nitelik ve unsurlarını ve her unsurun ayrı ayrı değerini,
- d) Varsa vergi beyanını,
- e) Kamulaştırma tarihindeki resmi makamlarca yapılmış kıymet takdirlerini,
- f) Arazilerde, taşınmaz mal veya kaynağın mevkii ve şartlarına göre ve olduğu gibi kullanılması halinde getireceği net gelirini,

¹⁸² Özel, Sadullah, Tarımsal Arazilerde Kamulaştırma Bedelinin Tespitine Yönelik Yasal Ölçütlerin Mülkiyet Hakkı Açısından İncelenmesi, Batman Üniversitesi Yaşam Bilimleri Dergisi (5/1) , 2015, s. 163.

g) Arsalarda, kamulaştırma gününden önceki özel amacı olmayan emsal satışlara göre satış değerini,

h) Yapılarda, resmi birim fiyatları ve yapı maliyet hesaplarını ve yıpranma payını,

ı) (Değişik: 19/4/2018-7139/27 md.) Bu fıkarda belirtilen unsurlara göre tespit edilen arazi bedelinin yarısını geçmemek ve her bir ölçütün etkisi açıklanmak kaydıyla bedelin tespitinde etkili olacak diğer objektif ölçütleri,

Esas tutarak düzenleyecekleri raporda bütün bu unsurların cevaplarını ayrı ayrı belirtmek suretiyle ve ilgililerin beyanını da dikkate alarak Sermaye Piyasası Kurulu tarafından kabul edilen değerlendirme standartlarına uygun, gerekçeli bir değerlendirme raporuna dayalı olarak taşınmaz malın değerini tespit ederler.

Taşınmaz malın değerinin tespitinde, kamulaştırmayı gerektiren imar ve hizmet teşebbüsünün sebep olacağı değer artışları ile ilerisi için düşünülen kullanma şekillerine göre getireceği kar dikkate alınmaz.

Kamulaştırma yoluyla irtifak hakkı tesisinde, bu kamulaştırma sebebiyle taşınmaz mal veya kaynakta meydana gelecek kıymet düşüklüğü gerekçeleriyle belirtilir. Bu kıymet düşüklüğü kamulaştırma bedelidir¹⁸³.

Görüldüğü üzere, Kamulaştırma Kanunu gerçek karşılık hakkına ilişkin olarak bir tanım öngörmemişse de kamulaştırma durumunda taşınmazın değer belirlemesinin nasıl yapılması gerektiğine ilişkin olarak çeşitli değerlendirme metotları öngörmüştür. Yargıtay ve Anayasa Mahkemesi tarafından da söz konusu Kamulaştırma Kanunu'nda belirlenen kriterler göz önünde tutularak çeşitli hukuki yorumlar oluşturulmuşsa da gerçek karşılığa ilişkin olarak halen somut olaya göre değerlendirme yapılması dahi uygulama birliğinin olmadığını açık bir şekilde göstermektedir. İşte bu noktada ortaya çıkan en büyük sorun mülkiyet ihlalini ortadan kaldıracak, gerçek karşılığın nasıl ve kimler tarafından tespit edilebileceği sorunudur. Kamulaştırma Kanunu'nun, Kamulaştırma Bedelinin Tespiti Esasları başlığını taşıyan 11. maddesinin 1. fıkrasında, yine Kanun' un 15. maddesine atıf yapılmış ve bu madde gereğince oluşturulan bilirkişi kurulunun bedel tespitinde görevli olacağı belirtilmiştir. Atıf yapılan 15. madde ise şu şekildedir.

MADDE 15: Bu Kanun uyarınca mahkemelerce görevlendirilen bilirkişiler, bilirkişilik bölge kurulları tarafından hazırlanan listelerden seçilir ve bunlar hakkında Bilirkişilik Kanunu ve 12/1/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunun(HMK) ilgili maddeleri uygulanır.

(2) Kamulaştırmaya konu olan yerin en az üç kişilik bilirkişi kurulunun oluşturulması zorunludur. Bilirkişilerden birinin taşınmaz geliştirme konusunda yüksek lisans ve doktora yapmış uzmanlar ya da 6/12/2012 tarihli ve 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanununa göre yetkilendirilen gayrimenkul değerlendirme uzmanları arasından seçilmesi zorunludur. Gayrimenkul değerlendirme uzmanları bakımından, bilirkişiliğe kabul için aranan temel eğitim alma ve fiilen beş yıl görev yapma şartları;

¹⁸³ 2942 sayılı Yasa <<https://www.mevzuat.gov.tr>>

yüksek lisans ve doktora yapmış uzmanlar bakımından ise fiilen beş yıl görev yapmış olma şartı aranmaz ve bu uzmanlar kayıtlı oldukları bilirkişilik bölge kurulunun yargı çevresi ile sınırlı olmaksızın görevlendirilir.

(3) Bilirkişilerin uzmanlık alanları, kamulaştırılacak taşınmazın niteliği göz önüne alınarak belirlenir.

(4) Bilirkişi kurulu, taşınmaz malın değerini 11 inci ve 12 inci maddelerde yer alan hükümlere göre tayin ve takdir ederek gerekçeli raporunu on beş gün içinde mahkemeye verir.

(5) Bilirkişilerce yapılan değer tespitinde, idare tarafından belgelerin mahkemeye verildiği gün esas tutulur.

Kanun koyucu, bedel tespitini yapacak kişilerde aranılacak kriterleri belirtmişse de uygulamada söz konusu bilirkişilerin azlığı da sorun teşkil etmektedir. Gerçek karşılığın belirlenmesi adına gayrimenkul değerlendirme uzmanlarının olması gerektiği Kanun tarafından net bir şekilde belirtilse de bilirkişilik bölge kurulunda kayıtlı gayrimenkul değerlendirme uzmanı çok az olduğundan mahkemeler keşif sırasında ziraat mühendisi ile keşif yapmaktadır. İşte bu sorun gerçek karşılık hakkının tespit edilmesini güçleştirmekte ve kamulaştırma davalarının sürecinin de uzamasına sebebiyet vermektedir.

Gerçek karşılık, taşınmazın kamulaştırma tarihindeki piyasa fiyatıdır. 1982 Anayasasının 46. maddesi gerçek karşılık esasını benimsediğine göre kamulaştırma öngören kanun hükümlerinin de gerçek karşılığa ulaşmaya elverişli olması gerekir. Bu konudaki temel mevzuat olan Kamulaştırma Kanunu hükümlerinin (özellikle 11 ve 15 inci maddelerin) de gerçek karşılık ilkesi dikkate alınarak yorumlanması gerekir¹⁸⁴.

Kamulaştırma usulü, daha sonra ayrıntılı açıklanacağı üzere ilk önce kamulaştırma bedeli için yeterli ödenek temin edilmesi ve akabinde kamu yararı kararı ile başlamaktadır. 2942 sayılı Kanun'un 8. maddesinde 2001 yılında yapılan değişiklikle, idari bedel tespit sürecinde oluşturulan Kıymet Takdir Komisyonlarının kamulaştırmayı yapan idareye bağlı bir birim haline getirilmiştir. Yine 2001 değişikliği ile Kıymet Takdir Komisyonunun yanında Uzlaşma Komisyonu kurulması öngörülmüştür. Zira yapılan bu değişikliklerin temel amacı aslında kamulaştırma süresini kısıtlamak ve kamulaştırma için yapılacak yargılama giderlerini en aza indirerek bu süreci malik lehine çevirmeye çalışmaktır. Kamulaştırma Kanunu'nun konuya ilişkin 8. maddesi şu şekildedir.

¹⁸⁴ Şimşek, Suat, Kamulaştırmanın Anayasal İlkeleri ve Bu İlkelerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesiyle Karşılaştırılması, Adalet Dergisi (Sayı:44), s. 156.

MADDE 8: (Değişik: 24/4/2001-4650/3 md.)

(1) İdarelerin bu kanuna göre, tapuda kayıtlı olan taşınmaz mallar hakkında yapacağı kamulaştırmalarda satın alma usulünü öncelikle uygulamaları esastır.

(2) Kamulaştırma kararının alınmasından sonra kamulaştırmayı yapacak idare, bu Kanunun 11 inci maddesindeki esaslara göre ve konuyla ilgili uzman kişi, kurum veya kuruluşlardan da rapor alarak, gerektiğinde Sanayi ve Ticaret Odalarından ve mahalli emlak alım satım bürolarından alacağı bilgilerden de faydalanarak taşınmaz malın tahmini bedelini tespit etmek üzere kendi bünyesi içinde en az üç kişiden teşekkül eden bir veya birden fazla kıymet takdir komisyonunu görevlendirir.

(3) Ayrıca idare, tahmin edilen bedel üzerinden pazarlıkla satın alma ve trampa işlemlerini yürütmek ve sonuçlandırmak üzere kendi bünyesi içinden en az üç kişiden teşekkül eden bir veya birden fazla uzlaşma komisyonunu görevlendirir.

(4) İdare, kıymet takdir komisyonunca tespit edilen tahmini bedeli belirtmeksizin, kamulaştırılması kararlaştırılan taşınmaz mal, kaynak veya bunlar üzerindeki irtifak haklarının bedelinin peşin veya bu Kanunun 3'üncü maddesinin ikinci fıkrasına göre yapılıyor ise, bu fıkradaki usullere göre taksitle ödenmesi suretiyle ve pazarlıkla satın almak veya idareye ait bir başka taşınmaz malla trampa yoluyla devralmak istediğini resmi taahhütlü bir yazıyla malike bildirir.

(5) (Değişik beşinci fıkra: 20/8/ 2016- 6745/31 md.) Malik veya yetkili temsilcisi tarafından, bu yazının tebliğ tarihinden itibaren on beş gün içinde, kamulaştırmaya konu taşınmaz malı pazarlıkla ve anlaşarak satmak veya trampa isteği ile birlikte idareye başvurulması halinde; komisyonca tayin edilen tarihte pazarlık görüşmeleri yapılır, tespit edilen tahmini değeri geçmemek üzere bedelde veya trampada anlaşmaya varılması halinde, yapılan bu anlaşmaya ilişkin bir tutanak düzenlenir ve anlaşma konusu taşınmaz malın tüm hukuki ve fiili vasıfları ile kamulaştırma bedelini, malikin kimlik bilgilerini ve taşınmazların tapuda tesciline veya terkinine dair kabul beyanlarını da ihtiva eden tutanak, malik veya yetkili temsilcisi ve komisyon üyeleri tarafından imzalanır. Bu tutanak malikin ferağ beyanı ve tapuda idare adına yapılacak tescilin hukuki sebebi sayılır.

(6) (Değişik altıncı fıkra:20/8/2016-6745/31 md.) İdarece, anlaşma tutanağının tanzim tarihinden itibaren en geç kırk beş gün içinde, tutanakta belirtilen bedel hazır edilerek, idarenin anlaşma tutanağı ve kamulaştırma öncesi taşınmaz üzerindeki tüm takyidat ve haklardan arındırıldığını bildiren yazıya istinaden idare adına tapuya resen tescil veya terkin edilir. Tapuya resen tescil veya terkinden sonra kamulaştırma bedeli kendilerine ödenir.

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

(8) Anlaşma olmaması veya ferağ verilmemesi halinde bu Kanunun 10 uncu maddesine göre işlem yapılır.

Kanun'un 8. maddesinden de anlaşılacağı üzere idare tarafından kamulaştırma yapılacak alana ilişkin olarak kamu yararı kararı alınmasından daha önce yapılması gereken işlem yeterli ödeneğin temin edilmesidir. Bu kamulaştırma işleminin şekil şartlarından ilki olduğu gibi bu işlemin yapı taşı olarak da görülmelidir. Kanun koyucu aslında bu şartı

öngörmekle mülkiyet hakkına ilişkin olarak yasal bir teminatın varlığını da bir kez daha yinelemiş olmaktadır. Yine kamulaştırma kararını alan idare, 8. maddede belirtilen komisyonları kendi bünyesinde oluşturacak ve söz konusu komisyonca kamulaştırılacak taşınmaza ilişkin bir tahmini bedel belirlemesi yapılacaktır. Yapılan bedel belirlenmesi her ne kadar malike veya hak sahiplerine bildirilmeyecek ancak kamulaştırma kararını alan idare tarafından teklif yapıldığı sırada bilinecektir. İdare daha sonra tahmini belirlenen bedeli belirtmeksizin uzlaşma yoluna gitmektedir.

Kanunda yapılan 2001 değişikliği ile gelen uzlaşma komisyonu, her ne kadar süreci kısaltmak adına getirilmişse de kıymet takdir komisyonunca belirlenen tahmini bedelin açıklanmaması aslında mülkiyet hakkına getirilen dolaylı bir kısıtlama olarak görülebilir. İdare tarafından tahmini bedel dahi belirtilmeden, mülk sahibinden öncelikle uzlaşma yoluyla satın alma usulü denenecektir. Burada mülkiyet hakkının bedelini tespit eden kıymet takdir komisyonunun aslında karar açıklama yetkisi olmadığı sadece görüş bildirme yetkisi olduğu da dikkate alındığında mülkiyete yönelik olarak bedel tespitini nasıl ve ne şekilde yaptığı diğer kamulaştırma kavramları gibi soyut kalmaktadır.

Kıymet Takdir Komisyonunda görevlendirileceklerini herhangi bir uzmanlığa sahip olmaları ve değerlendirme konusunda eğitim almış olmaları koşulu bulunmamaktadır. Kıymet Takdir Komisyonlarının, değerlendirme uzmanlarından oluşmaması nedeniyle, idarenin kendi çalışanları tarafından idarenin ödenekleri esas alınarak tahmini bedelin belirlenmesi muhtemeldir¹⁸⁵.

Bu durum dahi mülkiyet hakkının ihlaline sebebiyet vereceğinden bu noktada idarenin kararlarında şeffaflığı ilkesi de dikkate alınarak öncelikle kıymet takdir komisyonunca belirlenen bedelin belirtilmesi gerekmektedir.

İdarece, uzlaşma yöntemi ile satın alma usulü gerçekleşmiyorsa bu durumda bedel belirlemesi için Asliye Hukuk Mahkemesinde idare tarafından Kamulaştırma Ve Bedel Tespitine yönelik dava açılması gerekmektedir. Kamulaştırma Kanunu'nun konuyu düzenleyen 10. maddesi şu şekildedir.

MADDE 10: (Değişik: 24/4/2001-4650/5 md.)

(1)Kamulaştırmanın satın alma usulü ile yapılamaması halinde idare, 7 nci maddeye göre topladığı bilgi ve belgelerle 8 inci madde uyarınca yaptırmış olduğu bedel tespiti ve bu husustaki diğer bilgi ve belgeleri bir dilekçeye ekleyerek taşınmaz malın bulunduğu yer asliye hukuk mahkemesine müracaat eder ve taşınmaz malın bedelinin tespitiyle, bu bedelin, peşin veya kamulaştırma 3 üncü

¹⁸⁵ Özel, 2013, s. 215.

maddenin ikinci fıkrasına göre yapılmış ise taksitle ödenmesi karşılığında, idare adına tesciline karar verilmesini ister...

(5) Mahkemece belirlenen günde yapılacak duruşmada hakim, taşınmaz malın bedeli konusunda tarafları anlaşmaya davet eder. Tarafların bedelde anlaşması halinde hakim, taraflarca anlaşılan bu bedeli kamulaştırma bedeli olarak kabul eder ve sekizinci fıkranın ikinci ve devamı cümleleri uyarınca işlem yapar.

(6) Mahkemece yapılan duruşmada tarafların bedelde anlaşamamaları halinde hakim, en geç on gün içinde keşif ve otuz gün sonrası için de duruşma günü tayin ederek, 15 inci maddede sayılan bilirkişiler marifetiyle ve tüm ilgililerin huzurunda taşınmaz malın değerini tespit için mahalde keşif yapar. Yapılacak keşifte, taşınmaz malın bulunduğu yerin bağlı olduğu köy veya mahalle muhtarının da hazır bulunması amacıyla, muhtara da davetiye çıkartılır ve keşifte hazır bulunması temin edilerek, muhtarın da beyanı alınır.

(7) Bilirkişiler, taraflar ve diğer ilgililerin beyanını da dikkate alarak, 11 inci maddedeki esaslar doğrultusunda taşınmaz malın değerini belirten raporlarını on beş gün içinde mahkemeye verirler. Mahkeme bu raporu, duruşma günü beklenmeksizin taraflara tebliğ eder. Yapılacak duruşmaya hakim, taraflar veya vekilleri ve bilirkişileri çağırır. Bu duruşmada tarafların bilirkişi raporlarına varsa itirazları dinlenir ve bilirkişilerin bu itirazlara karşı beyanları alınır.

Bedel tespitine ilişkin 10. madde geniş ve ayrıntılı bir madde olmakla birlikte burada sadece maddenin doğrudan bedel belirlemesine ilişkin fıkralarını belirtmemiz, gerçek karşılık ilkesine ilişkin değerlendirmelerde bulunmamız sebebiyledir. Görüldüğü üzere, kanun koyucu, idare ile taşınmaz sahibinin anlaşamaması durumunda, kamulaştırma yapmak isteyen idare tarafından asliye hukuk mahkemesinde kamulaştırma bedelinin tespiti ve taşınmaz malın idare adına tescilini içeren bir dava açacaktır. Dava da yetkili mahkeme ise 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda da olduğu gibi taşınmazların bulunduğu yer mahkemesidir. Mahkeme tarafından taraflar önce sulhe davet edilecekler ancak anlaşma sağlanamaması halinde ise kamulaştırma bedelinin tespitine yönelik olarak taşınmaz başında keşif yapılacaktır. Yine Kamulaştırma Kanunu'nun 10. maddesinin 2018 yılında değişen 9. fıkrasında bedele yönelik olarak şu ifadeler yer almaktadır.

Tarafların bedelde anlaşamamaları halinde gerektiğinde hâkim tarafından on beş gün içinde sonuçlandırılmak üzere yeni bir bilirkişi kurulu tayin edilir ve hâkim, tarafların ve bilirkişilerin rapor veya raporları ile beyanlarından yararlanarak adil ve hakkaniyete uygun bir kamulaştırma bedelidir. Tarafların anlaşması halinde kamulaştırma bedeli olarak anlaşılan miktar peşin ve nakit olarak, hak sahibi adına bankaya yatırılır. Tarafların anlaşamaması halinde hakim tarafından tespit edilen bedelin idarenin kıymet takdir komisyonunca tespit edilen bedelden az olması durumunda hakim tarafından tespit edilen bedel, fazla olması durumunda idarenin kıymet takdir komisyonunca tespit ettiği bedel, peşin ve nakit olarak hak sahibi adına, kalanı ise bedele ilişkin kararın kesinleşmesine kadar üçer aylık vadeli hesapta nemalandırılmak ve kesinleşen karara göre hak sahibine verilmek üzere mahkemece

belirlenecek banka hesabına yatırılması ve yatırıldığına dair makbuzun ibraz edilmesi için idareye on beş gün süre verilir.

Görüleceği üzere Kamulaştırma Kanunu, açıkça kamulaştırma bedelinin nasıl tespit edileceğine ilişkin bir açıklama yapmamışsa da söz konusu bedelin ne şekilde ve ne usule göre bloke edileceğini açıkça ortaya koymaktadır. Bu durumu aslında idarenin sürekliliği ilkesi ile açıklayabiliriz. Zira idari işlemlerin sürekliliği ilkesi, içinde idareye ilişkin olarak çabuk karar alma ve hızlı uygulama sonucunu da beraberinde getirdiğinden, idarenin önüne çıkabilecek ve hak ihlali niteliğinde değerlendirilebilecek sıkıntıların daha kolay giderilmesi adına kanun koyucu tarafından yeni düzenlemeler yapılmıştır.

Bedel tespitine ilişkin bilirkişilere yönelik olarak Kamulaştırma Kanunu'nun 15. maddesinde düzenleme yapıldığı görülmekteyse de daha önce de ifade ettiğimiz üzere söz konusu nitelikteki bilirkişiler birçok olayda vasıflı seçilememektedir. Burada 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre belirlenecek bilirkişilerin aynı zamanda gayrimenkul değerlendirme uzmanı olması şartı da öngörülmüşse de uygulamada bu konuda çok başarılı örnekler oluşturulamamaktadır. Bilirkişiden söz konusu değerlendirme yapılırken bütün bilirkişi raporlarında olduğu gibi objektif değerlerden yararlanarak rapor oluşturulması beklenir. 2942 sayılı Kanun'un 11. maddesinde arsa, arazi ve binalardaki (yapılardaki) bedellerin tespitinin birbirinden farklı ölçütlerle yapılacağı belirtilmiştir. Bu kısımda arazilerde, arsalarda ve yapılarda kamulaştırma bedellerinin nasıl tespit edileceğine ilişkin kısa bir açıklama yapılması uygun olacaktır.

2.5.3.2.1.1.1. Kamulaştırmanın Tespitinde Arsa, Arazi ve Bina Ayrımı

Kamulaştırma bedelinin belirlenmesinde taşınmazın niteliğinin önemli olduğu, Kamulaştırma Kanun'unun ilgili 11. maddesinden anlaşılmaktadır. Zira madde metninde açıkça arsa, arazi ve binalarda kamulaştırma bedellerinin belirlenme ölçütlerinin farklı olduğu ifade edilmiştir.

Arazi imar uygulaması geçmeyen toprak olarak ifade edilirse; arsa belediyenin imar uygulamasına giren topraktır. Bakanlar Kurulu'nun Yargıtay tarafından da kısmen benimsenen 28. 02. 1983 gün ve 1983/6122 sayılı kararı uyarınca, imar planında yer almayan bir taşınmazın arsa sayılabilmesi için belediye ve mücavir alan sınırları içinde belediye hizmetlerinden yararlanan ve meskun yerler arasında bulunması gerekir. Yine Emlak Vergisi

Kanunu'nun 12. maddesinin ikinci fıkrasında 'Belediyece sınırları içinde belediyece parsellenmiş arazi arsa sayılır' ifadesi yer almaktadır¹⁸⁶.

Bina ise; arazi ve arsa kavramlarından farklı olarak, İmar Kanunu 5. maddesinde açıkça şu şekilde ifade edilmektedir. *“Karada ve suda, sürekli ya da geçici, resmi ve özel, yerüstü ve yeraltı inşaatı ile bunların eklerini, değişikliklerini, onarımlarını, sabit ve hareketli tesislerini içine alan bir kavram olarak ifade edilmektedir”*¹⁸⁷.

Kamulaştırma bedelinin belirlenmesi ve objektif bir değerlendirme yapılabilmesi açısından arazi, arsa ve binalarda kamulaştırma bedelinin tespiti halinde esas alınacak kriterlerin ayrıntılı olarak incelenmesi uygun olacaktır.

2.5.3.2.1.1.1.1. Arazilerde Kamulaştırma Bedelinin Tespiti Halinde Esas Alınacak Kriterler

Öncelikle Kamulaştırma Kanunu'nun 11. maddesinde “taşınmaz mal veya kaynağın, cins ve nevi olarak belirtilen tabirinin arsa, arazi ve bina kavramlarından herhangi biri olduğu söylenebilir. Bu noktada arza ve arazinin birbirinden nasıl ayrıldığına açıklanması gerekmektedir. Yargıtay 18. Hukuk Dairesi tarafından 2003 yılında verilen bir kararda arsa nitelendirilmesinin neye göre yapılacağı şu şekilde ifade edilmiştir.

...Bakanlar Kurulunun Yargıtay'ca kısmen benimsenen 28.2.1983 gün ve 1983/6122 sayılı kararı uyarınca, imar planında yer almayan bir taşınmazın, arsa sayılabilmesi için belediye veya mücavir alan sınırları içinde olmakla beraber belediye hizmetlerinden (belediyece meskun olduğu için veya meskun hale getireceği için sunulan yol, su, elektrik, çöp toplama, kanalizasyon, aydınlatma, vb.) yararlanan ve meskun yerler arasında yer alması gerekir, doğru görülmüştür¹⁸⁸.

Yargıtay bu ölçütleri kullanarak taşınmazın arsa mı arazi mi olduğu belirlemesini yaparak, kamulaştırmaya ilişkin olarak bu şekilde karar vermektedir. Bu şekilde arsa mı arazi mi olduğu belirlenen taşınmazlara ilişkin olarak yapılan sınıflandırmalarda da sorunlar çıkabilmektedir. Zira söz konusu taşınmazların bazılarında arsanın belli kriterleri bulunurken taşınmaz arazi olarak değerlendirilmekte ve söz konusu değerlendirmeye ilişkin olarak taşınmaz sahibine kamulaştırma bedeli olarak bu vasıf üzerinden ödeme yapılmaktadır. Bu durum malikin taşınmazı karşılığında gerçek bedele ulaşmasını engelleyen sonuçlar ortaya çıkarabilecektir.

¹⁸⁶ Duran, Tevrat, Kamulaştırmada arsa-arazi ayrımı nedir?, <www.tevratduran.com> (11.09.2019)

¹⁸⁷ 3194 sayılı İmar Kanunu madde 5. <www.mevzuat.gov.tr>

¹⁸⁸ Yargıtay 18. Hukuk Dairesi' nin 30.01.2003 tarihli ve 2002/12319 Esas 2003/636 Karar sayısı ile verdiği kararı.

Kamulaştırma Kanunu 11. maddesinin 1. fıkrasının (f) bendi altında düzenlenen arazilere ilişkin kısmı şu şekildedir. “ (f)*Arazilerde, taşınmaz mal veya kaynağın mevkii ve şartlara göre ve olduğu gibi kullanılması halinde getireceği net gelirini*” görüldüğü üzere, taşınmazın kamulaştırılması sırasında öncelikle arsa, arazi ve bina olup olmadığı belirlenecek, taşınmazın vasfı arazi niteliğinde ise, arazinin mevkii ve şartlara göre ve olduğu gibi kullanılması halinde getireceği net gelir hesaplama yoluna gidilecektir. Kanun koyucunun aynı taşınmaz için hem olduğu gibi kullanılması halini hem de kaynağın mevkii ve şartlarına göre değerlendirilmesi kıstaslarını öngörmesi olumlu yorumlanabilir.

Taşınmazın arazi niteliğinde olduğunun belirlenmesinin akabinde kanunda aranan şartlara göre taşınmaza ilişkin bedel belirlenmesi yapılması gerekmektedir. Peki arazi niteliğinde olan bir tarım alanına ilişkin değerlendirme yapılarak bedel nasıl belirlenecektir. Konuya ilişkin olarak Anayasa Mahkemesi’ ne Selma Arıcan tarafından yapılan 2013/7841 Başvuru Numaralı 21.05.2015 karar tarihli bireysel başvurunun ilgili kısımları şu şekildedir.

...40. Bahsedilen kriterler çerçevesinde bedel veya değer düşüklüğü karşılığının tespiti uzman Mahkemelerin ve Yargıtay’ın bu konudaki uzman dairelerinin yetki ve görevindedir. Anayasa Mahkemesi bu konuda uzmanlaşmış bir mahkeme olmadığı gibi, mülkiyet hakkı kapsamında yapılan bireysel başvurularda bedel veya değer düşüklüğü karşılığını hesaplamak gibi bir görevi de bulunmamaktadır. Anayasa Mahkemesinin mülkiyet hakkına yapılan müdahale ile ödenen bedel arasındaki ilişki yönünden yapacağı tespit, orantılılık incelemesinden ibarettir.(Mukadder Sağlam ve diğerleri)

41. 2942 sayılı Kanunun 11. maddesinin (f) bendinde araziler için kamulaştırma bedeli tespitinin taşınmazın kamulaştırma tarihindeki mevkii ve şartlarına göre ve olduğu gibi kullanılması halinde getireceği net getiri esas alınarak belirlenmesi öngörülmektedir. Düzenli ve sürekli tarımsal getiri istatistikleri ise ülkemizde il ve ilçe tarım müdürlükleri tarafından il merkez ve ilçe düzeyinde tutulmaktadır. Bu nedenle mahkemeler ve mahkemelerin atadığı bilirkişiler, Yargıtay’ın yerleşik içtihatları doğrultusunda özel bir durum olmadıkça kamulaştırma bedelinin tespitinde resmi birer kurum olan il ve ilçe tarım müdürlüklerinin verilerini kullanmaktadırlar. (Tahsin Erdoğan, B. No:2012/1246, 6/2/2014)

42. 2942 sayılı Kanun’un 11. maddesinin (f) bendinde ‘mekii’ kelimesi kullanılmıştır. Mevki, kelimesinin benzer iklim koşulları ve arazi yapısı nedeniyle benzer özelliklere sahip geniş toprak parçaları anlamında kullanıldığı anlaşılmaktadır. Mevki veya diğer adıyla mahal kelimesi her zaman ilçe düzeyinde bir alan anlamına gelmeyebilmektedir. Bazı toprak, iklim ve coğrafi koşullarda bulunan bölgelerde mevki veya mahal olarak tanımlanabilir. Bunun yanında mevkii ve şartlar sadece değerlendirmeye alınacak alanın il veya ilçe düzeyinde olmasıyla bağlantılı olmayıp, toprağın yapısı, arazinin sulanıp sulanmadığı, arazinin eğimi gibi pek çok faktör, mevki ve şartlar kavramı çerçevesinde değerlendirmeye tabi tutulmaktadır.(Tahsin Erdoğan) Nitekim Yargıtay 18. Hukuk

Dairesi, bazı durumlarda ilçe düzeyinden daha geniş bir toprak parçasını mevki olarak kabul ederek gerçek bedele ulaşılması gerektiğini kabul etmektedir.(Bkz., 25/5/2006 tarihli ve 2006/3897 Esas, 2006/4360 Karar sayılı ilam)

43.Yargıtay içtihatları incelendiğinde; arazi niteliğindeki taşınmazların kamulaştırma bedelinin il ve ilçe tarım müdürlükleri verileri kullanılarak 2942 sayılı Kanunun 11. maddesinin (f) bendi doğrultusunda taşınmazın tarımsal amaçlı kullanımı halinde net getirisi üzerinden yine içtihatlarla belirlenmiş kapitalizasyon oranına (Yargıtay Kararlarına göre %3 ila %15 arasında kabul edilmektedir.)bölünmesiyle tespit edildiği , bunun yanında aynı maddenin (i) bendine göre taşınmazın yine tarımsal getirisini etkileyecek başka objektif özelliklerin bulunması halinde bunun da yine içtihatlarla belirlenmiş oranları geçmemek üzere hesaplamaya dahil edildiği anlaşılmaktadır. (Bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 4/4/2007 tarihli ve 2007/160 Esas, 2007/189 Karar sayılı, Yargıtay 18. Hukuk Dairesinin 24/3/2014 tarihli 2014/3436 Esas, 2014/5314 Karar sayılı kararları).

Görüleceği üzere Anayasa Mahkemesi, başvurusunun başvurusuna ilişkin olarak bedel belirlemesinin yapılmasının ilgili mahkemeler tarafından yapılabileceğini, ancak kendisi tarafından söz konusu bedele ilişkin olarak orantılılık incelemesinin yapılabileceğini belirtmiş ve Yargıtay tarafından verilen kararlardaki değerlendirme ölçütlerinden yararlanmıştır. Selma Arıcan, tarafından yapılan başvuruda ise başvuru aslında değer belirlemesinin taşınmazı gerçek değerinin çok altında olduğunu ifade etmiş ve yargılamanın çok sürmesi durumunu da mülkiyet hakkının ihlali niteliğinde olduğunu iddia etmiştir. Anayasa Mahkemesi tarafından bireysel başvuru sonucunda arazi değerlendirmesine ilişkin Yargıtay tarafından verilen çeşitli kararlara atıf yapılması ve kararlardaki değerlendirme ölçütlerinden bahsedilmesi dahi aslında gerçek karşılık hakkı kavramının bir içtihat hukuku olarak geliştiğinin bir diğer kanıtıdır.

Arazilerde uygulanacak metodu ise Anayasa Mahkemesi de Yargıtay içtihatlarından yola çıkarak tanımlamıştır. Arazi kamulaştırmasında kanunun da belirttiği gibi önemli olan husus araziden elde edilen gelir olduğuna göre söz konusu gelir belirlemesinin de objektif kriterler dikkate alınarak yapılması gerekmektedir.

Gelir yönteminin uygulanmasında çeşitli yöntemler ile karşılaşılmakta ve gerçekçi bir değer belirleme her zaman mümkün olmamaktadır. Kamulaştırmada, tarım arazilerinin değerlendirilmesinde yaşanan sorunlar; bilirkişilerin uygulamaya yönelik deneyim eksiklikleri, kurumsal verilerdeki eksiklik ve tutarsızlık, yasal prosedürlerdeki eksiklik ve boşlukların etkili olduğu görülmektedir. Yine kamulaştırmada, değerlendirme komisyonlarının uygulamaları ile bilirkişilerin uygulamaları arasındaki farklılıklarda sürmektedir. Gelir yöntemi, arazinin kapitalizasyonu, kullanım değeri yöntemi ve analitik yöntem gibi isimlerle

de anılmaktadır. Gelir yönteminde esas malın değerlendirilme noktası malın geliridir. Bu nedenle değerlemesi yapılan malın sürekli bir gelirin olması gerekmektedir¹⁸⁹.

Bu noktada arazinin gelir hesaplamasının yapılması için Yargıtay tarafından öngörülen bazı kriterlere yer vermek gerekmektedir. Arazinin sulanabilir olup olmadığı arazinin net gelirin belirlenmesinde en önemli kriter olarak yer almaktadır. Yargıtay 5. Hukuk Dairesi tarafından konuya ilişkin olarak verilen kararın ilgili kısmı şu şekildedir.

Taşınmaz malın tapu kaydında ve kıymet takdir komisyonu raporunda sulu tarla olduğu yolunda bir açıklık yoktur. Bilirkişi raporlarında ise sulanabilir tarım arazisi olduğu belirtilmiş ise de ne şekilde sulandığı açıklanmadan sulu tarım arazisi geliri esas alınarak değer biçilmiştir. Öncelikle taşınmazın sulu tarla olup olmadığının araştırılması ve sulu olduğu belirlendiği takdirde, sulamanın ne şekilde yapıldığının kesin olarak tespiti sulu arazi olmadığının belirlenmesi halinde ise bilirkişi kurullarından susuz tarla gelirlerine göre değer biçilmesi için ek rapor alınması gerektiği düşünülmeden eksik inceleme ile hüküm kurulması doğru görülmemiştir¹⁹⁰.

Yine arazi kamulaştırmalarında dikkate alınacak diğer kriter münavebe¹⁹¹ düzenidir. Konuya ilişkin olarak Yargıtay 5. Hukuk Dairesi tarafından verilen 2017/24625 Esas 2019/2415 Karar sayılı 19.02.2019 tarihli karar şu şekildedir.

Arsa niteliğindeki taşınmaza emsal karşılaştırması yapılarak değer biçilmesi doğru olduğu gibi, üzerindeki ...lara, kapama...net gelirine göre belirlenen bedelden ekilebilecek münavebe ürünlerine göre belirlenebilen bedel indirilmek suretiyle değer tespiti de yöntem itibarıyla yasa hükümlerine uygundur. Ancak; dava konusu taşınmaz üzerindeki ları ile zemine ekilebilecek münavebe ürünlerinin değerlendirme tarihi olan 2016 yılına ilişkin hasat zamanındaki kilogram satış fiyatları ve dekar başına üretim masrafları ve üretim miktarı... Müdürlüğünden sorularak bildirilecek bu verilere göre bu verilere göre dava tarihindeki zemin metrekaresi bedellerinin tespit edilmesi gerektiği düşünülmemektedir, denetime imkan vermeyecek şekilde eksik inceleme ile hüküm kurulması doğru olmamıştır¹⁹².

Değerleme yapılırken kullanılan kapitalizasyon oranı ise, değerlendirme komisyonlarının yöreden elde edeceği bilgiler ya da kamu kurumlarının yaptığı araştırmalar belirlemektedir. Kapitalizasyon oranı azaldıkça kamulaştırma bedeli artmaktadır. Konuya ilişkin olarak Yargıtay 5. Hukuk Dairesi tarafından verilen kararın ilgili kısmı şu şekildedir.

¹⁸⁹ Engindeniz, Sait, vd. Tarım Arazilerinin Kamulaştırma Bedellerinin Saptanmasında Gelir Yönteminin Uygulanmasıyla İlgili Anlaşmazlıklar, TMMOB Harita ve Kadastro Mühendisleri Odası 15.Türkiye Harita Bilimsel ve Teknik Kurultayı, 25-28 Mart, Ankara 2015.

¹⁹⁰ Yargıtay 5. Hukuk Dairesi'nin 03.11.2003 tarihli 2003/10273 Esas 2003/12671 Karar sayılı kararı.

¹⁹¹ Münavebe: Aynı tarım arazisindeki belirli bitkilerin, belirli bir sıraya göre arka arkaya yetiştirilmesine denilmektedir.

¹⁹² Yargıtay 5. Hukuk Dairesi'nin 19.02.2019 tarihli 2017/24625 Esas 2019/2415 Karar sayılı kararı. <www.sinerjimevzuat.com.tr>

Arazinin rantı (net geliri) ile o arazinin satış değeri (çıplak değer) arasındaki oran olarak tanımlanan, belli bir bölgede, aynı yıl içerisinde, aynı tür tarımsal üretimin yapıldığı, aynı vasıf ve karakterdeki arazinin gerçek satış bedeli ile net geliri belirlendikten sonra oranlanarak bulunur. Bir yıl içinde bölgede satışı yapılan tüm arazilerin dekar başına fiyatı tespit edilip ortalama dekar fiyatı bulunduktan, aynı arazi parçalarının ve her birinin dekar başına net geliri de saptanıp yine- ortalama net geliri belirlendikten sonra, her iki ortalama rakamın birbirine olan oranı yüzde ile ifade edilen kapitalizasyon faizidir ¹⁹³.

Arazi değerlendirilmesi yapılırken kullanılan bir diğer ölçütte, söz konusu arazinin bahçe ya da kapama bahçe olup olmadığına yönelik olarak yapılan değerlendirmedir.

“Değerleme komisyonları kapama bahçeler için daha çok periyodik (çok yıllık) net geliri esas alarak hesaplama yapmaktadır. Bilirkişiler ise Yargıtay kararları gereği kurum verilerini esas alarak yıllık net gelir üzerinden değerlendirme yapmaktadır. Yargıtay ise yıllık net gelir üzerinden hesaplama yapıldığında ağaçlı arazi değerinin saptandığını ve ayrıca ağaç değerinin saptanan değere eklenmeyeceğini belirtmektedir. Esasen yıllık net gelir üzerinden hesaplama yapıldığında bir yörede farklı yaşlardaki meyve bahçesi için aynı değer saptanmış olmaktadır. Halbuki meyve vermeye yeni başlayan ya da ekonomik ömrünün sonuna yaklaşan meyve bahçelerinde değerler daha düşük olması beklenir¹⁹⁴.

Konuya ilişkin olarak Yargıtay 5. Hukuk Dairesi tarafından verilen kararın ilgili kısmı şu şekildedir.

... Dava, 4650 sayılı Kanunla değişik 2942 Kamulaştırma Kanunu’nun 10. maddesine dayanan kamulaştırma bedelinin tespiti ve kamulaştırılan taşınmazın yol olarak terkinin istemine ilişkindir. Mahkemece davanın kabulüne karar verilmiş; hüküm davacı idare ve bir kısım davalılar vekillerince temyiz edilmiştir. Bilirkişi incelemesi yaptırılmıştır. Kapama kiraz bahçesi niteliğindeki...köyü 151 parsel ile kısmen kapama kiraz kısmen kapama kayısı bahçesi kısmen de sulu tarım arazisi niteliğindeki 155 parsel sayılı taşınmazlara gelir metoduna göre değer biçilmesi yöntem itibarıyla doğrudur. Ancak dava konusu taşınmazların sulu tarım arazisi niteliğinde olduğu dikkate alınarak kapitalizasyon faiz oranının %4 oranında kabulü ile buna göre hesaplama yapılması gerekirken %5 oranında alınmak suretiyle eksik bedel tespiti, dava konusu taşınmazın konumu ve bilirkişi kurulu raporunda belirtilen özellikleri dikkate alınarak, tespit edilen metrekaresi birim fiyatına ilave edilecek objektif değer artırıcı unsurun %250 oranında olacağı gözetilmeden, daha düşük objektif artış oranı kabul eden bilirkişi raporuna göre eksik bedel tespiti, dava konusu taşınmazların kamulaştırmadan arta kalan bölümlerinin kullanım amacı, yüzölçümü ve geometrik durumu nazara alındığında dava konusu 151 parsel sayılı taşınmazın arta kalan bölümünde değer azalışı olmayacağı, dava konusu 155 parselin arta kalan bölümünde ise %40 oranında değer azalışı olacağı gözetilmeden yazılı şekilde karar

¹⁹³ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 28.06.1995 tarihli 1995/18-246 Esas 1995/687 Karar sayılı kararı. <www.sinerjimevzuat.com.tr>

¹⁹⁴ ¹⁹⁴ Engindeniz, Sait vd., Tarım Arazilerinin Kamulaştırma Bedellerinin Saptanmasında Gelir Yönteminin Uygulanmasıyla İlgili Anlaşmazlıklar, TMMOB Harita ve Kadastro Mühendisleri Odası 15.Türkiye Harita Bilimsel ve Teknik Kurultayı, 25-28 Mart, Ankara 2015.

verilmesi, tespit edilen bedele dava tarihinden itibaren dört aylık sürenin dolduğu tarihi takip eden 16.09.2013 tarihinden karar tarihine kadar yasal faiz uygulanmasına karar verilmesi gerektiği halde, faiz başlangıç tarihi hüküm fıkrasında açıkça gösterilmeyerek infazda tereddüte yol açılması bozmayı gerektirmiştir.”

Yargıtay’ın ilgili kararında sadece kapama bahçe değerlendirmesi yapmadığı, aynı zamanda kapitalizasyon, sulu tarım arazisi ve net gelir ölçütlerine ilişkin kriterlere ilişkinde değerlendirme yaptığı görülmektedir.

2.5.3.2.1.1.1.2. Arsalara İlişkin Olarak Kamulaştırma Bedelinin Tespiti Halinde Esas Alınacak Kriterler

Kamulaştırma Kanunu’nun bedel tespitine ilişkin esasları açıklayan 11. maddesinin 1. fıkrasının (g) bendinde arsalarda yapılan kamulaştırmaya ilişkin genel kural şu şekilde açıklanmıştır. “(g)*Arsalarda, kamulaştırılma gününden önceki özel amacı olmayan emsal satışlara göre satış değerini*” esas alınarak hesaplama yapılacağı ifade edilmiştir. Arazilerde uygulanacak esasları belirttiğimiz bir önceki başlıkta da arazi ve arsa ayrımının tam olarak yapılmadığından bahisle gerçek karşılığın ödenmediği ve mülkiyet hakkının bu şekilde dolaylı yoldan ihlal edildiğini belirtmiştik. Bu başlık altında sadece arsanın nasıl değerlendirildiği üzerinde durulması konunun sınırlandırılması açısından da önemlidir.

Arsa, belediye ve mücavir alan sınırları içindeki belediye tarafından parselasyonu yapılmış alanlar arsa olarak değerlendirilir. Dolayısıyla uygulama imar planı bulunan bu kapsamdaki alanların, arsa niteliğinin tespiti bakımından başkaca hiçbir araştırmaya gerek yoktur. Ayrıca belediye ve mücavir alan sınırları içindeki uygulama imar planı olmayan yerler, belediye hizmetlerinden yararlanması, etrafının meskun halde ve nüfus yoğunluğunun fazla olması durumlarında arsa sayılmalıdır¹⁹⁵.

Yine Emlak Vergisi Kanunu’nun 12. maddesinin 2. fıkrası gereğince belediye sınırları içerisinde belediyece parsellenmiş taşınmazların arsa kabul edildiği açıktır. Bu halde taşınmazın arsa niteliğinin tespiti için başkaca bir ölçüt aramaya gerek yoktur. Konuya ilişkin olarak Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu’nun 1998 yılında verdiği kararın ilgili kısmı ise şu şekildedir.

Belediyelerce yapılıp usulünce onaylanarak yürürlüğe konulan nazım imar planının ait olduğu idari birim (büyükşehir, il, ilçe, köy), belediye ve mücavir alan sınırları içindeki yerleşim ve nüfus yoğunluğu, ulaşım ve alt yapı hizmetleri ve yerleşim merkezine olan mesafe ile taşınmazın planındaki

¹⁹⁵ Kılıç, Osman, Kamulaştırma Davalarında Arsa- Arazi Ayrımı, Akdeniz Üniversitesi Ziraat Fakültesi Dergisi, (24/1), 2011 <www.ziraatdergi.akdeniz.edu.tr> (04.04.2019)

konumu ve kullanımı gibi unsurlarda göz önünde bulundurulabilir.” denilerek nazım imar planı bulunan bir alanın arsa kabul edilebilmesi için, belediye ve mücavir alan sınırları içindeki yerleşim ve nüfus yoğunluğu, alt yapı hizmetleri, taşınmazın yerleşim merkezine olan mesafesi, plandaki konumu ve kullanım biçimi gibi unsurların da göz önünde bulundurulabileceği, arsa-arazi ayrımında yalnızca belediyelerce hazırlanmış nazım imar planının dikkate alınacağı ifade edilmiştir¹⁹⁶.

Kamulaştırma Kanunu arsalarda, uygulamanın emsal taşınmaz belirlemesi yoluyla yapılacağını belirtmiştir. Emsal (benzer) taşınmazın ise Yargıtay Kararlarında nasıl belirleneceği şu şekilde ifade edilmiştir.

Kamulaştırma Kanunu’nun 11/1-g maddesine göre arsa niteliğindeki taşınmazlara değer biçilirken dava konusu taşınmaz ile emsalin zaruret olmadıkça yakın bölgelerde ve benzer yüzölçümlü olması ve değerlendirme tarihine yakın satışların emsal alınması gerekir. Hükme esas alınan bilirkişi raporunda emsal alınan taşınmaz uzak mesafede eski tarihli ve başka ilçenin mahallesinden satış olduğundan emsal alınamaz. Dava konusu ...ilçesi, ...mahallesi, 3164 ada 18 parsel sayılı taşınmazın bulunduğu .. mahallesindeki ya da yakın mahallelerde benzer yüzölçümlü ve değerlendirme tarihine yakın zamanlarda emsal satışların bulunması doğaldır. Bu durumda; taraflara, dava konusu taşınmaza yakın bölgelerden ve yakın zaman içinde satışı yapılan benzer yüzölçümlü satışları bildirmeleri için imkan tanınması, lüzumu halinde re’sen emsal celbi yoluna gidilmesi, taşınmazın, değerlendirme tarihi itibarıyla emsal alınacak taşınmazın ise satış tarihi itibarıyla imar ya da kadastro parselleri olup olmadığı ilgili....Başkanlığı ve... Müdürlüğünden sorulması, ayrıca dava konusu taşınmazın; imar planındaki konumu, emsallere ve değerini etkileyen merkezi yerlere olan uzaklığını da gösterir krokisi ve dava konusu taşınmaz ile emsal taşınmazların resen belirlenen vergi değeri ve emsal taşınmazların satış akit tablosu getirilerek, dava konusu taşınmazın değerlendirmeye esas alınacak emsallere göre ayrı ayrı üstün ve eksik yönleri ve oranları açıklanmak suretiyle yapılacak karşılaştırma sonucunda değerinin belirlenmesi bakımından, yeniden oluşturulacak bilirkişi kurulu marifetiyle mahalde keşif yapılarak alınacak rapor sonucuna göre hüküm kurulması gerektiğinin düşünülmemesi bozmayı gerektirmiştir¹⁹⁷.

Yargıtay Kararından da açıkça görüleceği üzere arsalarda kamulaştırma bedeli emsal belirlemesi yolu ile yapılacak emsal belirlenmesinde ise taşınmazın kamulaştırılacak taşınmaz ile aynı veya benzer yüzölçümünün olup olmadığı, yine taşınmazın önemli merkezlere uzaklığı, emsal taşınmaz ile kamulaştırılacak taşınmazın aynı ya da benzer mahallelerde bulunması, yine taşınmazların vergi değerleri dikkate alınacaktır. Bu hususlardan herhangi biri veya birkaçı ile emsal belirlemesi yapılabilir. Yine aynı yörede bulunan ve daha önce satılan taşınmazlarında emsal belirlenmesinde kullanılabileceği yüksek mahkemenin birçok kararında da yer almaktadır.

¹⁹⁶ Hayran, Seyit, Kamulaştırma Bedelinin Takdirinde Arsa Arazi Ayrımı, E- Yaklaşım Dergisi (Sayı 230), 2012.

¹⁹⁷ Yargıtay 5. Hukuk Dairesi’nin 14.02.2019 tarihli 2017/17375 Esas 2019/2155 Karar sayılı kararı. <www.sinerjimevzuat.com.tr>

Arsalara ilişkin değerlendirmenin nasıl yapılacağını gösteren Kanun'un 11. maddesinin (g) bendinde “*kamulaştırma tarihinden önceki özel amacı olmayan emsal taşınmazlar*” ifadesinin ne anlama geldiği kanun koyucu tarafından açıklanmadığından burada da yüksek mahkemenin bu ifadeyi nasıl değerlendirdiğine ilişkin olarak içtihatlarla bakmak gerekecektir. Yüksek mahkemenin konuya ilişkin olarak verdiği bir karar şu şekildedir.

...Kamulaştırma Yasasının 10. maddesi ile kamulaştırma bedelinin esaslarını düzenleyen 11. maddenin (g) bendine göre; kamulaştırılacak taşınmazın arsa olarak kabulü halinde kamulaştırma(değerlendirme) gününden önceki özel amacı olmayan emsallerin satış değeri esas alınarak bedelinin tespiti gerekir. Buna göre emsalin satış tarihindeki metrekare değeri belirlendikten sonra endeks uygulanmak suretiyle değerlendirme tarihindeki metrekare fiyatı bulunur ve bu değer dikkate alınarak dava konusu taşınmaz ile karşılaştırma yapıp dava konusu taşınmazın değerlendirme tarihindeki metrekare fiyatı saptanır. Hükme esas alınan ikinci bilirkişi kurulu raporunda ise 3906 ada 3 parsel sayılı taşınmaz somut emsal olarak kabul edilmiş ve satış tarihindeki metrekare bedeline endeks uygulanarak değerlendirme (dava) tarihindeki değeri olan 216,84 TL/metrekareye ulaşılmış ise de, objektif veriler vs. dikkate alındığında bu satış bedelinin düşük gösterildiği, aslında emsalin gerçek satış değerinin 433,68 TL/metrekare olması gerektiği belirtilip bulunan bu değer üzerinden dava konusu taşınmaz ile karşılaştırma yapılarak emsalin ve dolayısıyla buna bağlı olarak dava konusu taşınmazın belirtilen yasa hükümlerine aykırı olarak yüksek belirlenmiş olması, bozmayı gerektirmiştir¹⁹⁸.

Yargıtay arsalarda yapılacak kamulaştırmaya ilişkin olarak emsal belirlemesinin de nasıl yapılabileceğini açıklayarak aslında kamulaştırma bedeline ilişkin objektif çeşitli kıstaslar öngörmüşse de somut olaylarda taşınmaz bedellerinin gerçek karşılıktan uzak olduğu ve emsal alınan taşınmazların ise kamulaştırılan taşınmazlar ile Yargıtay tarafından belirtilen kriterlerde uyuşmadığı görülmektedir. Yine Yargıtay konuya ilişkin verdiği kararında özel amacı olmayan emsallerin satışı yoluyla demişse de özel amacı olan taşınmazlara ilişkin herhangi bir kriter belirlememiştir. Özel amacı olmayan taşınmaza ilişkin tam ve net bir belirleme yapılmamışsa da Yargıtay'ın konuyu açıklamaya yardımcı içtihatı şu şekildedir.

ÖZET: Somut emsal alınan bu taşınmaz, Sarraflar ve Kunduracılar Çarşısına yakın, ticari mağaza yapmaya uygun ve tamamı 12 metrekare yüzölçümünde, dükkan nitelikli bir taşınmaz olup kıyasen emsal alınan taşınmazlarda dükkan ve otel niteliklidir. Bulundukları yer, yüzölçümü ve nitelikleri dikkate alındığında, satışların zeminden çok, ticari kazanç getiren dükkan ve otele yönelik olduğu anlaşılmaktadır. Her ne kadar bilirkişi raporlarında zemin üzerindeki yapının değeri hesaplanıp satış bedelinden düşülmüş ise de, bu şekilde yapılan hesaplamada dükkanın otelin ticari değeri yer almamış

¹⁹⁸ Yargıtay 18. Hukuk Dairesi'nin 28.05.2015 tarihli 2015/1154 Esas 2015/8853 Karar sayılı kararı. <www.sinerjimevzuat.com.tr>

olup, gerçekte bu değerin objektif ve sağlıklı bir biçimde tespitinin mümkün olmayacağı da açıktır. Bu nedenle, bütün bu hususlar ve değerlendirme tarihine göre, somut emsalin çok eski tarihli bir satış olduğu da göz önüne alındığında, dükkan-otel (ticari işletme) nitelikli bu emsallerin arsa nitelikli dava konusu yere göre uygun emsal olamayacağının dikkate alınmamış olması, doğru görülmemiştir¹⁹⁹.

Yargıtay konuya ilişkin verdiği kararda yine özel amacı olmayan taşınmaza ilişkin olarak bir tanım yapmamışsa da taşınmazın bulunduğu yerin başka bir merkez noktaya yakınlığı ve ticarete elverişli olmasını özel amaç olarak değerlendirmiş ve bu durum dikkate alınmadan bedel belirlemesini doğru bulmamıştır. Emsal bedel belirlemesi her ne kadar objektif belirli kriterlere dayandırılmışsa da somut olaylarda bilirkişi kurullarının emsal azlığını da bahane ederek piyasa fiyatı üzerinden arsa bedellerini belirlediği görülmektedir. Yargıtay ise bu durumu kabul etmeyerek dosyaları bozmakta ve yeniden emsal belirlenmesi için dosyaları yerel mahkemesine göndermektedir²⁰⁰.

Yine emsal belirlemesi yapılırken taşınmaza ilişkin olarak vergi değerinin de ölçütler arasında yer aldığı Yargıtay kararlarında belirtilmişse de bu durum kanun koyucunun kamulaştırma da vergi değeri esasına ilişkin hükmü kaldırmasının akabinde kanun koyucunun iradesine aykırılık teşkil etmektedir. Zira kamulaştırmaya ilişkin bedel belirlemesine esas olarak Anayasa da yer alan vergi değerini esas alan görüşün dahi 2001 yılı değişikliği ile Anayasa'dan çıkarıldığı düşünüldüğünde Yargıtay'ın arsalara ilişkin bedel belirlemesinde bu kriteri de sayması kanun koyucunun iradesine aykırılık teşkil etmektedir. Ancak bu kriterlerin diğer kriterler yanında ek bir kriter olarak somut olaya uygulandığı durumlarda hak kaybına sebebiyet vermeyeceği düşünüldüğünde bu kriterin varlığı kamuyu rahatsız etmeyecektir.

2.5.3.2.1.1.1.3. Binalara (Yapılara) İlişkin Olarak Kamulaştırma Bedelinin Tespiti Halinde Esas Alınacak Kriterler:

Kamulaştırma Kanunu' nun 11. maddesinin birinci fıkrasının (h) bendinde binalara ilişkin olarak bedel belirlenmesinin nasıl yapılacağı şu şekilde ifade edilmektedir. *“Yapılarda, resmi birim fiyatları ve yapı maliyet hesaplarını ve yıpranma payı”* değerlendirmesi yapılarak bedel belirlemesi yoluna gidilmelidir. Kanun koyucu, bu fıkra da ifadelerine açıklık getirmemiş ve konuya ilişkin belirlemeleri bir nevi yüksek mahkemelere ya da idari uygulamalara bırakmıştır. Burada dikkat edilmesi gereken *“resmi birim fiyatları, yapı maliyet hesapları ve yıpranma payı”* kavramlarının yüksek mahkeme tarafından ya da idari işlem ve uygulamalarca nasıl kabul edildiğidir. Yapı ise; arazi ve arsa kavramlarından farklı olarak,

¹⁹⁹ Yargıtay 18. Hukuk Dairesi'nin 13.06.2002 tarihli 2002/6021 Esas 2002/6788 Karar sayılı kararı.

²⁰⁰ Yargıtay 5. Hukuk Dairesi'nin 19.13.2003 tarihli 2003/10987 Esas 2003/14703 Karar sayılı kararı.

İmar Kanunu 5. madde de şu şekilde ifade edilmiştir. “*Karada ve suda, sürekli ya da geçici, resmi ve özel, yerüstü ve yeraltı inşaatı ile bunların eklerini, değişikliklerini, onarımlarını, sabit ve hareketli tesislerini içine alan bir kavram olarak ifade edilmektedir*”²⁰¹.

Yargıtay ise yapıya ilişkin olarak değerlendirme yaparken yine arsa ve arazi ayrımı yapmakta ve yapının arzına ilişkin olarak belirleme yapıldıktan sonra üzerindeki yapıya ilişkin değerlendirme yapılması gerektiğini belirtmektedir. Arazi niteliğindeki taşınmaz üzerinde bulunan yapının bedeli ise, öncelikle arazinin bedelinin gelir metodu ile belirlenmesi ile bulunacaktır.

Arazi niteliğindeki taşınmazlara gelir metodu esas alınarak, üzerinde bulunan yapılara bayındırlık resmi birim fiyatları esas alınıp yıpranma payı düşülmek suretiyle, ağaçlara ise maktuen değer biçilmesinde ve tespit edilen bedelin bloke ettirilerek hükmün kesinleşmesi beklenmeden davalı tarafa ödenmesine, dava konusu taşınmazların davalı adına olan tapu kaydının iptali ile yol olarak terkinine karar verilmesinde bir isabetsizlik görülmemiştir²⁰².

Yargıtay’ın ilgili kararında da belirtildiği üzere öncelikle yapının altında bulunan taşınmazın ne olduğu belirlenmesi yapılacak, akabinde ise yapıya ilişkin bayındırlık resmi fiyatı hesaplaması yapılarak söz konusu hesaplamadan yıpranma payı düşülecek ve bedel belirlenmesi ona göre yapılacaktır.

Yine Yargıtay arsalar üzerinde bulunan yapılara ilişkin olarak ise; “*...Bilirkişi incelemesi yaptırılmıştır. Arsa niteliğindeki taşınmaza emsal karşılaştırması yapılarak, üzerindeki yapılara resmi birim fiyatları esas alınıp, yıpranma payı da düşülerek değer biçilmesinde bir isabetsizlik görülmemiştir*”²⁰³.

...Dava konusu... Mahallesi 2064 ada 180 parsel sayılı taşınmaz arsa niteliğindedir. Kamulaştırma Kanunu’nun kıymet takdir esaslarını belirten 11. maddesinin 1. fıkrasının arsalara ilişkin (g) bendi uyarınca, arsaların bedelinin değerlendirme gününden önceki özel amacı olmayan emsal satışlara göre hesaplanması zorunludur....Dava konusu taşınmaz üzerinde bulunan yapının idarece düzenlenen kıymet takdir raporu ile acele el koyma dosyasında belirtilen vasıfları, dosyada mevcut fotoğraflar ile birlikte değerlendirilmek suretiyle yapının tüm nitelikleri (cinsi, yaşı, fiziki, durumları) tespit edildikten sonra; dava konusu taşınmazın üzerindeki binaların ...Bakanlığınca yayınlanan ve değerlendirme tarihi olan 2013 yılına ait Yapı Yaklaşık Birim Maliyetleri Hakkındaki Tebliğe göre yapı sınıfları, bu yapı sınıflarına...uygun birim fiyatları ve yaşları belirlenip buna göre yıpranma

²⁰¹ 3194 sayılı İmar Kanunu madde 5. <www.mevzuat.gov.tr>

²⁰² Yargıtay 5. Hukuk Dairesi’nin 12.11.2015 tarihli 2015/8074 Esas 2015/20473 Karar sayılı kararı. <www.sinerjimevzuat.com.tr>

²⁰³ Yargıtay 5. Hukuk Dairesi’nin 27.10.2015 tarihli 2015/4435 Esas 2015/18805 Karar sayılı kararı. <www.sinerjimevzuat.com.tr>

payı düşölerek değör biçilmesi gerekirken; yapıların yaşlarına, sınıflarına, eksik imalat oranına, yıpranma payına dair herhangi bir açıklama, tespit yapılmadan bu yönlerden denetime elverişli olmayan rapora göre hüküm kurulması, bozmayı gerektirmiştir²⁰⁴.

Göröldüğü üzere Yargıtay tarafından verilen kararlarda binalara ilişkin değörlendirme yapıldığında öncelikle binanın üzerinde bulunduğı taşınmazın niteliğı belirlenmeli, daha sonra ise binanın tüm özellikleri cinsi, yaşı, fiziki durumu tespit edilerek binanın hangi yapı sınıfına ait olduğı da belirlenmeli ve yıpranma payı düşöldükten sonra ise kamulaştırma bedeline ilişkin net fiyat belirlenmelidir.

Türk hukukunda kamulaştırma bedelinin tespiti konusunda bir netlik bulunmamaktadır. Kamulaştırma bedeline ilişkin olarak yorum yoluyla ve yüksek mahkemelerce belirli kriterler benimsenmiş ancak her kritere ilişkin yine somut olay da dikkate alınarak değörlendirme yapılması gerektiğı ifade edilmiştir. Kanun koyucunun, kamulaştırmanın esaslarını belirlediğı ve kurallarını açıkladığı temel yasa niteliğinde olan Kamulaştırma Kanunu’nda neden somut tanımlardan ya da değörlendirmelerden kaçındığı anlaşılabilir değilse de bu durumun her somut olayda mülkiyet hakkının özüne zarar verdiği şeklinde değörlendirilmesi de yanlış olacaktır. Zira belirlenen bedelin, taşınmazın bedelinden daha yüksek olduğı durumlarda olabileceğinden aslında bireyin mülkiyet hakkı tam olarak korunmuş olabilir; yine de bu durumun kamu yararına da zarar vermemesi ve menfaatler dengesinin yaratılabilmesi gerekmektedir. Avrupa hukukunda ise Kamulaştırmaya ilişkin kriterler, Türk Hukukundan farklı olarak belirlenmiştir. Bu sebeple diğer hukuklarda kamulaştırmaya ilişkin bedel tespitinin de nasıl yapıldığının incelenmesi gerekmektedir.

2.5.3.2.1.2. Karşılaştırmalı Hukukta Kamulaştırma Bedelinin Tespiti

2.5.3.2.1.2.1. Alman Hukukunda Kamulaştırma Bedelinin Tespiti

Alman Hukukunda Kamulaştırma bedeline ilişkin olarak yapılacak yorum aslında Almanya’nın federe bir yapısının olması ile de bağlantılıdır. Almanya, federe yapısı nedeniyle kamulaştırmaya ilişkin konularda da diğer hukuki konularda olduğı gibi pek çok yasal düzenleme oluşturmuştur. Ancak yine de kamulaştırma konusunda Federal Anayasa’nın ilgili maddesinin en üst düzeydeki madde olduğı söylenebilir. Federal Alman Anayasası’nın (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deuttschland) kamulaştırmayı düzenleyen 14.maddesi şu şekildedir. “Kamulaştırma sadece kamu yararı amacıyla yapılabilir. Kamulaştırma ancak

²⁰⁴ Yargıtay 5. Hukuk Dairesi’nin 26.04.2018 tarihli 2017/12510 Esas 2018/8427 Karar sayılı kararı. <www.sinerjimevzuat.com.tr>

kanun veya kanunun verdiği yetkiye dayanılarak yapılabilir ve kamulaştırma dolayısıyla ödenecek bedelin şekil ve kapsamı kanun ile düzenlenir. Kamulaştırma bedeli kamu ve taraf menfaatlerinin hakkaniyet çerçevesinde bağdaştırılması yolu ile belirlenir. Kamulaştırma bedeline ilişkin uyuşmazlıklarda adli yargı makamları önünde hukuk yolu açıktır.”²⁰⁵

Alman Federal Anayasa’sı diğer tüm Federe devletlerin yasalarından üstün olacağından kamulaştırma konusundaki en yüksek normun Almanya da 14. madde olduğu söylenebilir. Federal Devlet Anayasa’sının aslında Türk Anayasası’nda yer alan kamulaştırma maddesine yakın kavramlar öngördüğü söylenebilir. Federal Anayasa da öncelikle kamulaştırmaya ilişkin ayrıca bir kanun yapılacağını ve şekli özelliklerin bu kanunda belirleneceğini belirtmiş ve kamu yararının kamulaştırmanın amaç unsuru olduğunu vurgulamıştır. Ancak Federal Anayasa’nın gerçek karşılık kavramının yerine kamulaştırma bedelinin belirlenmesi konusunda ‘kamu ve taraf menfaatlerinin hakkaniyet çerçevesinde bağdaştırılması yolu ile belirlenir’ şeklinde bir ifade kullandığına göre söz konusu Federal Anayasa’nın kamulaştırma bedeline ilişkin olarak hakkaniyet ölçütünü uyguladığı açıktır.

Kamulaştırma bedeli ile ilgili uyuşmazlıklarla sıklıkla karşı karşıya kalan Alman Federal Yargıtay’ 1, kanun koyucunun kamulaştırma bedelinin para cinsinden ödenmesi veya kamulaştırma bedelinin tespitinde piyasa değerinin esas alınması gerektiğini öngördüğü ve kamulaştırma bedelinin gerçek değerinin altında tutulması yoluna gitmediği durumlarda uygulanmak üzere bazı ilkeler geliştirmiştir. Buna göre kamulaştırma bedelinin miktarı konusunda özel bir kanuni düzenlemenin mevcut bulunmadığı durumlarda kamulaştırma dolayısıyla uğranılan hak kaybı için tam bir tazminat, yani kamulaştırma konusu malın piyasa değerinin ödenmesi gerekir²⁰⁶. Burada piyasa değerine ilişkin olarak malın, serbest rekabet ortamında alınıp satılabileceği bedeli düşünebiliriz. Alman Federal Anayasası, aslında mülkiyet hakkına ilişkin tam bir koruma sağlamak amaçlı olarak, kamulaştırılan taşınmaz için öngörülen bedel ile aynı şartları taşıyan yeni bir taşınmazın satın alınabilmesine ilişkin olarak vurgu yapmıştır. Görüleceği üzere Alman Federal Anayasası aslında, hakkaniyet değerlendirmesi konusunda kamulaştırmayı yapacak olan idareye bir takdir yetkisi ve yorum hakkı bırakmaktadır. Pazar değerinin her zaman gerçek karşılık hakkı olarak belirlenemeyeceği durum dikkate alındığında Alman Federal Hukukunda aslında mülkiyet hakkı kısıntılarının ortaya çıkabileceği açıktır.

²⁰⁵ Özel, Sadullah, Kamulaştırma Gerçek Karşılık Hakkı ve Pazar Değeri, TBB Dergisi 2013, s. 109. <<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2013-109-1323>>(05.05.2019)

²⁰⁶ Özel, 2013, s. 110.

2.5.3.2.1.2.2. ABD Hukukunda Kamulaştırma Bedelinin Tespiti

Amerika Birleşik Devletleri'nin eyaletler halinde yönetilmesi aslında, Alman Federe Devletlerinde olduğu gibi bu hukuk sisteminde de kamulaştırma konusunda farklı hukuki uygulamaların olduğunu göstermektedir. Amerika' da ilk zamanlarda kolonilerin var olması kraliyet etkisini, devrimden sonraki dönemde ise cumhuriyet etkisini hemen hemen bütün hukuki uygulamalarda da görmekteyiz.

Ne koloni döneminde ne de devrim sonrası Amerika'da devletin el koyduğu özel mülkiyete konu taşınmazlar için tazminat ödenmesi, genel kabul gören bir ilke değildir. İlk zamanlarda kraliyet yetkisine, sonraları ise cumhuriyetçiliğe dayanmak suretiyle tazminat ödemeksizin özel mülkiyete konu taşınmazlara el koyma sık rastlanılan bir durumdur. Bağımsızlık sonrası dönemde ise cumhuriyetçilikten liberalizme geçişin bir parçası olarak, el konulan özel mülkiyete karşılık olarak adil bir tazminatın ödenmesi ilkesi yerleşmiştir²⁰⁷.

“Amerikan hukukunda haklı (adil) tazminat genelde pazar değeridir”²⁰⁸. Adil tazminat şartı ABD Anayasası' na 1791 yılında şu şekilde girmiştir. “Hiç kimse olağan kanun yolları dışında hayatından, özgürlüğünden ya da mülkünden yoksun bırakılamaz, özel mülkler adil bir tazminat ödenmeden kamu yararına alıkonulamaz.” Görüldüğü üzere Alman Anayasası' da özel mülklerin kısıtlanmasına ilişkin olarak bedel ödenmesi şartını öngörmüş ancak bu bedelin adil bir tazminat olması gerektiğini belirtmiştir. Bu adil tazminata ilişkin olarak ise Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin çeşitli olaylarda verdiği kararlar bulunmakla birlikte Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin 2004-2005 yıllarında verdiği bir karar mülkiyetin sadece maddi değil manevi boyutunun da tatmin edilmesi gerektiğine ilişkin yeni bir görüş ortaya çıkarmıştır. Bu kararın diğer kararlardan daha gelişmiş bir karar olduğu ve mülkiyet hakkına ilişkin olarak manevi tatmin doğurduğu da düşünülerek kararı ayrıntılı şekilde incelememiz gerekmektedir.

Kelo v. City of New London Davası (2005), Connecticut eyaletine bağlı bir şehir olan New London' da uzun zamandır canlılığını yitirmiş olan şehir merkezini yeniden canlandırmak amacıyla bir ekonomik kalkınma planı gerçekleştirilmiş ve bu plan kapsamında kentsel dönüşümü sağlamak üzere birçok taşınmazın kamulaştırılmasına karar verilmiştir. Proje kapsamında taşınmazı kamulaştırılan kişilerden biri olan Kelo tarafından kamulaştırma işlemine karşı dava açılmıştır. Mahkeme, Suzette Kelo ve komşularının mütevazı evlerinin mülkiyetlerinin şehir yönetimi tarafından alınarak özel sektör müteahhitlerine modern evler ve ticaret merkezi inşa etmelerine izin veren, böylece şehrin imkanlarını geliştirecek ve vergi tabanını arttıracak bir planı onayladı. Amerikalılar aniden küçük

²⁰⁷ Özel, Sadullah, Mülkiyet Kamulaştırma ve Gerçek Karşılık Hakkı, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, ss. 184-185.

²⁰⁸ Roger Pilon' dan çeviren Ulvi Aştınışık, Mülkiyet Haklarının Anayasal Korunması Amerika Ve Avrupa, Küresel Bakış Dergisi,(Sayı:1, Cilt:1), 2011, <www. acarindex. com> dosyalar> makale (23.04.2019)

evlerin ve işyerlerinin güvende olmadıklarını fark ettiler. Zira şehir yönetimi tazminat karşılığı bile olsa, bir fayda ihdas ederek (kamu menfaati) birine ait mülkiyeti alarak başka birine verebilecekleri düşüncesi ortaya çıktı. Yüksek mahkeme kamulaştırılan taşınmaza sahibinin atfetmiş olduğu subjektif değer dışarıdan birisi tarafından layıkıyla belirlenebilmesinin neredeyse imkansız olduğunu belirterek, kamulaştırmaya ilişkin maddi değer belirlemesi suretiyle yoluna devam edeceğini de zımnen göstermiş olmaktadır. Yüksek Mahkeme'nin tazminatın belirlenmesinde dikkate alınacak olanın malik değil taşınmaz olduğu yönündeki görüşünün de yaklaşımını devam ettirdiğinin göstergesi olduğu söylenebilir.²⁰⁹

Bu davayla taşınmaza malik tarafından atfedilen subjektif değerinde kamulaştırma bedelinin belirlenmesinde etkili olup olmayacağı değerlendirilmiş ve yine taşınmaza atfedilecek subjektif değer malik dışında üçüncü bir kişi tarafından belirlenebilmesinin mümkün olmayacağı da düşünülerek adil tazminat bedeli konusundaki uygulamaya devam edilmiştir²¹⁰.

2.5.3.2.1.3. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Kamulaştırmada Bedel Tespiti

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Ek Protokol 1' de mülkiyet hakkının korunduğunu daha önce belirtmiştik. Anayasamızda kamulaştırmaya ilişkin bedelin ödenmesi sadece Anayasa'nın kamulaştırmayı düzenleyen 46. maddesinden kaynaklanmamakta aynı zamanda 2, 13 ve 35. maddelerinde bedel ödenmesine ilişkin temel maddelerden olduğu görülmektedir. Ancak Sözleşme'nin mülkiyeti düzenleyen Ek 1. Protokolü' nün Birinci Maddesinin mülkiyet karşısında bir bedel ödenmesine ilişkin herhangi bir hüküm ihtiva etmediği görülmektedir. Ancak konuya ilişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bedel ödenmesi gerektiğine ilişkin kararlar vermiş, bedel ödenmemesi durumunu mülkiyet hakkının ihlali olarak nitelemiştir. Mahkeme tarafından mülkiyet hakkına ilişkin olarak yapılan değerlendirmeler şu şekildedir.

Mahkemeye göre tazminat ödenmesini öngören bir prensip bulunmaması halinde Ek 1 No' lu Protokolün 1. maddesinin koruduğu mülkiyet hakkı, büyük ölçüde kâğıt üzerinde ve etkisiz kalacaktır. Bu nedenle (istisnalar saklı kalmak kaydıyla) mülkiyet hakkına yapılacak müdahaleler karşılığında malike uygun bir tazminat ödenmesi zorunludur. Mahkeme tazminat şartını İHAS' ne tüm üye ülkelerin kamulaştırmaya ilişkin ortak esaslarından esinlenerek belirlemiştir. Mahkemeye göre, kişilerin ellerinden alınan taşınmazlarının karşılığında yeterli bir tazminat ödenmemesi, toplumun genel çıkarının gerektirdikleri ile bireyin temel haklarının korunmasının gerektirdikleri arasındaki adil dengeyi de bozmaktadır. Ek 1 No' lu Protokolün 1.maddesinin metninde yer alan 'uluslararası

²⁰⁹ Özel, 2013, s.188.

²¹⁰ Roger PILON' dan çeviren Ulvi ALTINIŞIK, Mülkiyet Haklarının Anayasal Korunması Amerika Ve Avrupa, Küresel Bakış Dergisi,(Sayı:1, Cilt:1), 2011, <www. acarindex. com> dosyalar> makale (23.04.2019)

hukukun genel ilkeleri' ibaresi, İHAM tarafından, yabancılar açısından tazminat gerekliliğine ilave bir dayanak olarak kabul edilmektedir. Mahkemeye göre mülkiyet hakkına yapılacak olan bir müdahale için tazminat ödenmesi şartı en önemli uluslararası hukuk ilkelerinden bir tanesidir²¹¹.

Görüldüğü üzere Sözleşmeye tabi ülkeler açısından İHAM iç hukuk kurallarının benimsediği ortak anlayışından yola çıkarak kamulaştırmada mülkiyet hakkının karşılığı olarak tazminat ödenmesi gerektiğini belirtmiştir. *“Sözleşmeye tabi ülkelerin sistemi açısından ödenmesi gereken tazminat için esas alınacak değer, piyasa değeridir”*²¹².



²¹¹ Şimşek, Suat, Kamulaştırmanın Anayasal İlkeleri ve Bu İlkelerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesiyle Karşılaştırılması, Adalet Dergisi (Sayı:44),2012, s. 153, 154.

²¹² Gemalmaz, H. Burak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı, Beta Yayınları, İstanbul 2009, s. 540.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

BİR İDARİ İŞLEM OLARAK KAMULAŞTIRMANIN ANALİZİ VE MÜLKİYET HAKKI AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Anayasa' nın 46. maddesi kamulaştırmaya ilişkin temel kavramları ifade etmiş ancak kamulaştırmaya ilişkin ayrıntıların yasal bir düzenleme ile ortaya konulacağını da belirtmiştir. Anayasa koyucunun ifadesi ile 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu düzenlenmiş ve söz konusu Kanun da kamulaştırmaya ilişkin izlenecek yasal prosedür ve özellikle uzlaşmama halinde açılacak olan Kamulaştırma davasının prosedürü anlatılmıştır. Anayasa'nın 46. maddesinin birinci fıkrası kamulaştırmanın temel ilkelerini şu şekilde açıklamaktadır.

“Devlet ve kamu tüzel kişileri, kamu yararının gerektirdiği hallerde, gerçek karşılıklarını peşin ödemek şartıyla, özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların tamamını ya da bir kısmını, kanunla gösterilen esas ve usullere göre, kamulaştırmaya ve bunlar üzerinde idari irtifaklar kurmaya yetkilidir”²¹³.

Bu maddeden yola çıkarak kamulaştırmaya ilişkin önemli hususların ve kamulaştırma idari işleminin 2577 sayılı Kanun'un 2. maddesinin 1. fıkrasında yer alan idari işlemin şartlarını taşıyıp taşımadığını da değerlendirebiliriz. 2577 sayılı Kanun'un 2. maddesinin 1. fıkrasının a bendi şu şekildedir. “ a) İdari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan iptal davaları ”²¹⁴ idari dava türlerinden olarak sayılmaktadır. Bu maddenin ilgili fıkrasının a bendinde iptal davasının idari işlemlerin hangi unsurlarının eksikliğine ilişkin açılacağı tek tek belirtildiğinden idari işlemde bulunması gereken temel unsurun olduğu söylenebilir. Kanun koyucu bir idari işlemde bulunması gereken işlemler şunlardır şeklinde bir açıklamadan kaçınarak, idari işleme ilişkin açılacak iptal davalarının hangi unsurun ya da unsurların eksikliğine ilişkin açılacağını belirtmiş ve idari işlemde bulunması gereken unsurları tersi ile kanıt yoluyla saymıştır. Anayasa tarafından belirtilen kamulaştırma işleminin temel ilkeleri şu şekildedir.

- Kamulaştırma, Devlet ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından yapılabilir.

Kamu tüzel kişiliği bulunmayan idareler ile özel hukuk gerçek ve tüzel kişilerinin kamulaştırma yapma yetkisi bulunmamaktadır. Özel kişilerin aldığı kamulaştırma kararının hukuki olarak yok hükmünde olduğu kabul edilmektedir. Ancak Kamulaştırma Kanunu'nda

²¹³2907 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m. 46.< www.mevzuat.com.tr >

²¹⁴2577 sayılı İdari Yürütme Usulü Kanunu m. 2. < www.mevzuat.gov.tr >

özel kişilerin yürüttüğü faaliyetin sağladığı kamu yararı nedeniyle bu kişiler lehine kamulaştırma yapılabilmesine imkan tanınmıştır. Kamulaştırma Kanunu' nun ilgili maddesinde özel kanunlarda açık hüküm bulunması halinde, kamu yararının gerektirdiği hallerde, özel hukuk gerçek ve tüzel kişileri lehine idare tarafından kamulaştırma yapılabilmesi mümkündür (KK. m. 1/ 2)²¹⁵.

Yine imtiyaz sözleşmelerinde²¹⁶ de genel İdare Hukuku kuralları çerçevesinde işletmeci lehine kamusal olanaklar da tanınmıştır. Bu olanaklar arasında en önemlisi kamulaştırma hakkıdır. İmtiyaz sözleşmelerinde kamulaştırma hakkının, kamulaştırma bedelinin işletmeci tarafından ödenmek kaydıyla 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'na göre kullanılacağı ifade edilmektedir.²¹⁷

Kamulaştırma Kanunu' nun 5. maddesinin (c) bendinde kamu yararı kararı verecek olan merciler sayılarak aynı zamanda özel hukuk tüzelkişileri adına nasıl kamulaştırma yapılabileceği şu şekilde belirtilmiştir.

(c) Gerçek kişiler yararına kamulaştırmalarda bu kişilerin, özel hukuk tüzelkişileri yararına kamulaştırmalarda ise; yönetim kurulları veya idare meclislerinin, yoksa yetkili yönetim organlarının başvuruları üzerine gördükleri hizmet bakımından denetimine bağlı oldukları köy, belediye, özel idare veya bakanlık.

İmtiyaz sözleşmelerinde kamulaştırmaya ilişkin Yargıtay 14. Hukuk Dairesi tarafından verilen ilgili karar şu şekildedir.

...davalı şirket Türk Ticaret Kanunu hükümlerine tabi bir sermaye şirkettir. Türk Ticaret Kanununun 11. Maddesi hükmünce ticari müessesenin işletilmesi için ticari şirket olan davalının taşınmaz mala ihtiyaç duyması halinde bunlar üçüncü kişilerden satın alınabileceği gibi sözleşmenin verdiği kamulaştırma yetkisi kullanılarak da mülk edinilebilir. Tapuda davalı şirket adına kayıtlı olan taşınmaz malların ticari şirketten ve işletmeden ayrı düşünme olanağı yoktur. Açıkçası ne şekilde mülk edinilirse edinilsin ve ne şekilde kullanılırsa kullanılsın bu tür yerler ticari işletmeye aittir. Dava konusu taşınmazların bulunduğu yer davalının enerji ticareti yapmak üzere görevlendirildiği alanda

²¹⁵ Akyılmaz, Bahtiyar, vd., Türk İdare Hukuku, Seçkin Yayınları, (Güncelleştirilmiş 2. Baskı), Ankara 2011, s. 532.

²¹⁶ İmtiyaz Sözleşmesi: Türk Hukukunda, kamu hizmetlerinin özel kişi eli ile yönetilmesine ilişkin genel dört kural vardır. Bunlar imtiyaz, müşterek emanet, ruhsat ve iltizam usulüdür. İmtiyaz Danıştay tarafından verilen bir kararda şu şekilde ifade edilmiştir. *“İdarenin gerçek ve genel olarak sermaye şirketi olan bir tüzel kişiyle yaptığı bir sözleşmeyle, bir kamu hizmetinin belirli ve uzun bir süre içinde kurulması ve işletilmesinin karşılığında hizmetten yararlananlardan ücret ya da bedel alınmak ve giderleriyle kar ve zararı (risk) özel girişimciye ait olmak üzere idarenin kendi sorumluluğu altında sağladığı bir yönetim biçimi olarak tanımlanmıştır.”* Bkz. Danıştay 1. Dairesi'nin 24.09.1992 tarihli ve 1992/232 Esas ve 1992/294 Karar sayılı kararı.

²¹⁷ Beydoğan, Ayhan, Türk Hukukunda İmtiyaz Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği: 406 ve 5809 Sayılı Kanunlar Açısından Değerlendirilmesi, Ankara Barosu Dergisi, 2011/4, s. 114.

kaldığından sözleşmenin 21/a maddesince mülkiyetinin davacı Hazine adına kayıtlı olması gerekir. Mahkemece bütün bu nedenlerle davanın kabulü yerine yanılığlı değerlendirmeyle reddedilmiş olması, hükmün bozulmasını gerektirir²¹⁸.

Yine imtiyaz sözleşmeleri neticesinde yapılan kamulaştırmanın usulüne ve söz konusu imtiyaz sahibinin kamulaştırma yetkisini nasıl kullanacağına ilişkin olarak Yargıtay tarafından verilen ilgili bir kararda şu şekildedir.

...Dava Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı tarafından kamulaştırılan taşınmazın kamulaştırma bedelinin arttırılması istemiyle Kepez Elektrik Genel Müdürlüğü aleyhine açılmıştır. Yargılama sırasında dava Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ile TEİAŞ'a ihbar edilmiş, bu aşamada Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı davaya dahil edilmiş; mahkemece davanın başlangıçta doğru hasma yöneltildiği, Devletçe el konulmuş olmasının davalı şirketin taraf sıfatını etkilemeyeceğinden söz edilerek arttırılan kamulaştırma bedelinin Kepez Elektrik A. Ş.' den alınarak davacıya ödenmesine karar verilmiş, davaya dahil edilen Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı hakkında hüküm kurulmamıştır.

Dairemizce daha önce incelemesi yapılan dosyalara gelen cevaplardan Bakanlar Kurulunun 12.06.2003 tarih 2003/5712 sayılı kararı ile Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ile Kepez Elektrik A.Ş. arasında yapılan imtiyaz sözleşmesinin feshedilmiş olduğu anlaşılmıştır.

4628 sayılı Yasanın 15. maddesinin c fıkrası uyarınca Elektrik piyasasında üretimi, dağıtım ve iletim faaliyetlerinde bulunan veya bulunacak tüzel kişilerin kurumdan kamulaştırma isteminde bulunulduğu ve yetkili kurulca da kamulaştırmaya karar verildiği takdirde kamulaştırma işi kurumca yapılır. Bu durumda kamulaştırma bedeli ile söz konusu kamulaştırmadan doğabilecek tezyid-i bedeller ilgili tüzel kişi tarafından ödenir. Kamulaştırılan taşınmazın mülkiyeti Hazineye; kullanım hakkı kamulaştırma bedelini ödeyen tüzel kişiye ait olur. Kullanım hakları, ilgili lisans veya sözleşmenin bir cüzü olup geçerliliği bunların geçerlilik süresi ile sınırlıdır.

Somut olayda Kepez Elektrik A.Ş.'nin, davayı kurum adına takip etmesine dayanak teşkil eden imtiyaz sözleşmesi feshedilmiş olduğundan dolayısı ile yetkisi de sona ermiştir. Bu durumda mahkemece Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının yeni bir kurumla imtiyaz sözleşmesi yapıp yapmadığı araştırılarak; yapmadığı takdirde kamulaştırma bedelinin adı geçen Bakanlıktan alınmasına, yapıldığı takdirde hangi kurumla yapıldığı belirlenerek masrafı davacı taraftan alınmak suretiyle bu kuruma çağrı yapıp davalı sıfatıyla huzuru sağlandıktan sonra yargılama sürdürülüp oluşacak sonuca göre hüküm kurulmalıdır²¹⁹.

İlgili Yargıtay Kararlarından da açıkça anlaşılacağı üzere; kamulaştırma özel kişiler tarafından da imtiyaz usulü uygulanarak yapılabilir. Ancak söz konusu kararlarda da

²¹⁸ Yargıtay 14. Hukuk Dairesi'nin 23.11.2006 tarihli ve 2006/11139 Esas ve 2006/13720 Karar sayılı kararı.

²¹⁹ Yargıtay 18. Hukuk Dairesi'nin 29.03.2005 tarihli ve 2005/1397 Esas ve 2005/2961 Karar sayılı kararı.

görüldüğü üzere aslında aradaki sözleşmeye rağmen kamulaştırma işlemini bir şirket eliyle gerçekleştiren yine bir idare olmaktadır. İmtiyaz sözleşmesinin sona ermesi ya da feshedilmesi durumunda şirketin kamulaştırmaya ilişkin olarak herhangi bir yetkisi ya da görevi kalmamıştır. Zira imtiyaz sözleşmelerinin mantığı gereği kamulaştırılan taşınmazın mülkiyeti Hazine adına yapılmaktayken söz konusu kamulaştırma işleminden ortaya çıkan ürün şirket tarafından işlenmekte ve şirket söz konusu üründen kar elde etmektedir. Kamulaştırma işlemine ilişkin olarak imtiyaz sözleşmesi yapılması durumunda imtiyaz sözleşmesi sonucu ortaya çıkacak ürünün bedelinin yine idare tarafından belirlendiğine dikkat edilmelidir.

- Kamulaştırma, kamu yararının gerektirdiği hallerde yapılabilir.
- Kamulaştırma, gerçek bedelin ödenmesi suretiyle yapılabilir.
- Kamulaştırma, belirlenen bedelin peşin ödenmesi suretiyle yapılabilir. (İstisnaları Anayasa’da ve Kamulaştırma Kanun’da belirtilmiştir.)
- Kamulaştırma, özel mülkiyette bulunan mallara ilişkin olarak yapılabilir.
- Kamulaştırma, sadece taşınmaz mallar için yapılabilir. (Taşınmaz malların tamamı veya bir kısmı üzerinde kamulaştırma yapılması kamulaştırmanın türünü de etkiler.)
- Kamulaştırma, bedelin nakit ödeme suretiyle yapılabilir. (Malın trampa veya takası gibi durumlarda malikin idarece açık rızasının alınması gerekmektedir.)

Kamulaştırma işlemine ilişkin olarak yukarıda da ifade ettiğimiz üzere söz konusu işleminde yapılış aşamasında çeşitli şekil unsurlarını taşıması gerekir. Ancak yukarıda bahsettiğimiz temel ilkelerden en önemlisi ‘Kamulaştırmanın , Devlet de diğer kamu tüzel kişileri tarafından yapılabileceği’ ilkesidir. Her ne kadar Kamulaştırma Kanunu’nda, özel kişiler lehine de kamulaştırma yapılabileceğine ilişkin olarak çeşitli hükümler bulunmaktaysa da, bu durumda dahi aslında idarenin yapılan sözleşmelerde güçlü konumda olduğu ortadadır. İmtiyaz sözleşmesini imzalayan imtiyaz sahibi şirket aslında kamulaştırma sürecinin sadece maddi boyutunda yer almakta; bu da idare ile şirket arasında yapılan sözleşmedeki şartlar çerçevesinde olmaktadır.

3.1. Kamulaştırma İşleminin Unsurları

Yukarıda açıkça belirttiğimiz üzere idari işlemlerde bulunması gereken beş unsur (yetki, konu, şekil, amaç ve sebep) vardır. Kamulaştırma da bir idari işlem²²⁰ olduğundan söz konusu işlemde de bu beş unsurun bulunması gerekmektedir. İdari işlemi idarenin hukuki sonuç doğurmaya yönelik irade açıklaması olarak tanımlayabiliriz. Bu irade açıklamasını sıradan irade açıklamaları ile karıştırmamak gerekir. Zira idari işlemlerdeki irade açıklaması, icra edilebilirlik, re'sen icra edilebilirlik ve hukuka uygunluk karinesine sahiptir. İdari kararların icrai olması söz konusu kararın ilgilisi tarafından kabul edilmesine gerek olmaksızın hukuki sonuç doğurması demektir. Re'sen icra edilebilirlik ise; kararın uygulanması aşamasında idare tarafından ilgisine dahi sorulmadan kararın oluşturulabileceğine ilişkin ilkedir. Yine bir idari işlemin mutlaka idarece alınması ve uygulanması aşamasında hukuka uygun olması gerekir²²¹.

Yukarıda açıklandığı gibi kamulaştırma işleminin aynı zamanda bir idari işlem olduğu durumda dikkate alındığında idari işlemlerin özellikleri olan icrailik, re'sen icrailik ve hukuka uygunluk karinelerini taşıması gerektiği ortadadır. Kamulaştırma işleminde, kamu yararı kararının alınması ve uygulanması aşamaları ilgililerden onay dahi almadan gerçekleşebilecektir. Bu durum aslında idari işlemlerin sürekliliği açısından da önemlidir. Kamulaştırma işlemi için, idarenin üstün ve tek taraflı bir yetkisinin olmadığı düşünülüyor durumda, yani idari işlemin icrailiğinin olmadığı durumda, malik tarafından işlemin yapılmasını engelleyici bir tavır alınması düşünülebilir. Oysa idari bir işlem niteliğinde olan kamulaştırma işleminin icrailiği ve resen icra edilebilirlik özelliklerinden yararlanması kamulaştırmaya yönelik sürecin daha kısılmasını sağlayacaktır. Bu durumda idari işlemlerin, aynı zamanda icrai işlemler olduğu durumda, kamulaştırmada malike söz hakkının tanınmayacağı sonucu çıkarılmamalıdır. Zira kamulaştırma işlemi kendi içerisinde çeşitli aşamalar taşıyan bir idari işlem olup; her ne kadar kamulaştırma için kamulaştırma kararı alınması sırasında taşınmaz malikine söz hakkı tanınmamaktaysa da söz konusu işlemin uygulanması sırasında taşınmaz malikinin taşınmazının kamulaştırılması açısından malik ile pazarlık görüşmelerinin yapılması ve sonuç alınmaması durumunda dava yoluna gidilmesi gerekmektedir.

²²⁰ İdari İşlem: İdari işlemi, idarenin hukuki sonuç doğurmaya yönelik irade açıklaması olarak tanımlayabiliriz. Bir hukuki işlemi, idari işlem haline getiren şey onun idareden çıkmış olması değil, bu işlemin kamu gücü ayrıcalıkları ile donatılmış olmasıdır. Dolayısıyla idari işlemi, kamu gücüne dayanarak tesis edilen, idare hukukuna ve uyuşmazlık halinde idari yargıya tabi olan, hukuki sonuç doğurmaya yönelik idare açıklaması olarak tanımlayabiliriz.

²²¹ Gözler, Kemal ve Gürsel Kaplan, 2011, s. 280, 281.

3.1.1. Kamulaştırma İşleminde Yetki Unsuru

İdari işlemlerde yetki, bir idari makamın belirli bir işlemi yapabilme ehliyeti olarak tanımlanmaktadır. Yani, idare adına işlem iradesini ortaya koyan ya da idare adına irade açıklayan makamı karşılayan ifade yetki ifadesidir²²². Peki kamulaştırma işlemine ilişkin olarak işlemi açıklayabilme ehliyeti olan makam ya da makamlar kim ya da kimlerdir? İşte bu sorunun cevabı kamulaştırma işleminde yetkiye dair makamlar olarak verilebilir. Anayasa'nın açık ifadesinden kamulaştırmaya ilişkin yetkinin Devlet ve kamu tüzel kişilerinde olduğu söylenebilecektir. Burada Devlet kavramının tam ve net olarak belirli olması karşısında kamu tüzel kişileri ifadesini açıklamakta fayda bulunmaktadır.

Zira 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 3. maddesinde *“İdareler, kanunlarla ve Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle yapmak yükümlülüğünde bulundukları kamu hizmetlerinin veya teşebbüslerinin yürütülmesi için gerekli olan taşınmaz mallara ...ilişkin kamulaştırma yapabilirler”*²²³. Burada belirtilen idarelerden kasıt Devlet dışında diğer idarelerdir; çünkü Devlet erki bütün diğer idareleri de içinde barındıran en önemli mekanizmadır. İdareler ise, Anayasa da belirtilen Devlet dışında kalan ‘diğer kamu tüzel kişileri’ olarak düşünülebilir. İdareler Kamulaştırma Kanunu'nun öngördüğü sınırlar içerisinde yer alarak bir işlem açıklama yetkisine ancak ‘yapmak yükümlülüğünde bulundukları kamu hizmeti veya teşebbüsü’ açısından sahiptirler. *“Kısaca kamu tüzel kişileri kendi görev alanına giren konularda kamulaştırma yetkisine sahiptirler. Bir idarenin görevli olmadığı bir hizmet veya teşebbüsün yürütülmesi için kamulaştırma kararı alınması halinde konu bakımından yetkisizlik söz konusu olur”*²²⁴.

Kamulaştırma Kanunu'nun 1. maddesinin 2. fıkrasında ise özel hukuk tüzelkişiler adına da kamulaştırma yapılabileceği şu şekilde ifade edilmiştir. *“Özel kanunlarına dayanılarak gerçek ve özel hukuk tüzelkişileri adına yapılacak kamulaştırmalarda da, bu Kanun hükümleri uygulanır”*²²⁵.

Kural olarak özel hukuk tüzelkişileri kamulaştırma yapamaz. Ancak bazı özel hukuk tüzelkişilerinin yürüttükleri kamu hizmetinden dolayı özel mülkiyette bulunan bazı taşınmazlara ihtiyaç duyması olağandır. İşte böyle durumlarda kamu tüzel kişilerinin özel hukuk gerçek ve tüzel kişileri lehine kamulaştırma yapmaları mümkündür. Ancak, bunun için

²²² Gözler, Kemal ve Gürsel Kaplan, 2011, s. 305.

²²³ 2942 sayılı Yasa m. 3. <www.mevzuat.gov.tr>

²²⁴ Akyılmaz, Bahtiyar vd. Türk İdare Hukuku, Seçkin Yayınları (2. Baskı), s. 533.

²²⁵ 2942 sayılı Yasa m. 1 . <www.mevzuat.gov.tr>

de özel hukuk kişinin kamu adına yürüteceği işe ilişkin kanununda bu kişi lehine kamulaştırma yapılabileceğine ilişkin bir hükmün bulunması gerekir²²⁶.

3.1.2. Kamulaştırma İşleminde Şekil Unsuru

Kamulaştırma işleminin en önemli unsuru şekil unsuru olarak söylenebilir. Zira şekil unsuru kamulaştırmaya ilişkin olarak aynı zamanda izlenecek aşamaları da belirttiğinden şekil unsurunun diğer unsurlara nazaran daha önemli olması hukuk mantığı ve idare hukukunun şekilciliği ile bağdaşmaktadır.

Kamulaştırma sürecinin temel aşamaları şu şekilde ifade edilebilir.

- “1-) Kamulaştırma bedeli için yeterli ödeneğin temin edilmesi,
- 2-) Kamu yararı kararı alınması,
- 3-) Kamu yararı kararının onaylanması,
- 4-) Kamulaştırılacak olan taşınmazın belirlenmesi,
- 5-) Kamulaştırma kararının alınması,
- 6-) Satın alma (uzlaşma)usulünün uygulanması,
- 7-) Uzlaşmadan netice alınamaması durumunda, kamulaştırma bedelinin tespiti için Asliye Hukuk Mahkemesinde dava açılması,
- 8-)Taşınmaz malın idare adına tescili.”

Yukarıda kamulaştırma sürecine ilişkin olarak 8 aşama belirtilmesine karşın bu aşamaları daha çok ayrıma tabi tutan yazarlarda bulunmaktadır. Kamulaştırma işlemlerine ilişkin olarak; uzlaşma, bedel tespiti için Asliye Hukuk Mahkemesinde bedel tespiti davası ve taşınmaz malın idare adına tesciline ilişkin aşamalar 2001 değişikliği olarak getirilmiştir. Kamulaştırmanın aşamaları aşağıda ayrı başlık altında ayrıntılı olarak inceleneceğinden bu kısımda söz konusu aşamalara ayrıntılı olarak yer verilmeyecektir.

3.1.3. Kamulaştırma İşleminde Sebep Unsuru

İdari işlemin sebep unsuru, idari makamların idari işlemi yapmak için ihtiyaç duyduğu bütün etkenler, idari işlemin gerekçesi olarak tanımlanabilir. Bir idari işlemin yapılmasını gerektiren, işlemin dayandığı maddi ve hukuki olaylar o idari işlemin sebep unsurunu oluşturmaktadır²²⁷.

²²⁶ Gözler ve Kaplan, 2011, s. 715.

²²⁷ Hasoğlu, Aynur, Danıştay Kararları Işığında İdare Hukukunda Sebep İkamesi Kavramı, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIV, S. 1, 2019, s. 155.

İdarenin eylem ve işlemlerini yerine getirirken bir sebebe bağlı olması ve işlemin gerekçesini açıklamak zorunda kalması aslında idareye bir otokontrol alanı yaratmakta ve idarenin hukuka uygun işlemler yapmasını da sağlamaktadır.

İdari işlemlerde sebep ve amaç (maksat) unsurları birbirinden farklı olmakla birlikte Kamulaştırma Kanunu'nda kamulaştırma sebebinin özel olarak belirtilmemesi ve Anayasa ve Kamulaştırma Kanunu birlikte dikkate alındığında kamulaştırmanın en temel amacının ve sebebinin birbiri içinde erimesi durumları da dikkate alınarak kamulaştırmanın birbirinden farklı unsurları olan sebep ve maksat (amaç) unsurları doktrinde bazı yazarlar ve yargı kararlarında kamulaştırma açısından aynı başlık altında incelenmektedir²²⁸.

İdari işlemlerde sebep unsurunu Danıştay'ın verdiği bir karar şu şekilde açıklamaktadır.

İdareye tanınan bir yetkinin kullanılması, bir nedene dayanır. Bu nedenin de hukuk açısından geçerli bir sebebinin olması gerekir. İdare Hukukunda, idari işlemin neden unsuru denildiğinde, idari işlemlerden önce gelen, idari işlemin dışında, idareyi böyle bir işlem yapmaya yönelten etkenler anlaşılır. İdari işlemin dayanağı olan neden işlemin bir tür gerekçesidir. Yönetimi işlem yapmaya yönelten dürtü, bir hukuksal işlem olabileceği gibi, bir olay da olabilir. İdari işleme neden olarak gösterilen hukuksal işlemin sakat olması veya olayın gerçeğe uygun olmaması yahut nitelendirilmesinde yanlışlık yapılmış olması, esas işlemi neden yönünden sakatlar²²⁹.

Danıştay'ın ilgili kararından da anlaşılacağı üzere, kamulaştırmaya ilişkin olarak belirtilebilecek sebep unsuru, idareyi bu işleme yönelten saik olarak açıklanabilir. Bu noktada idarenin bu saiki ile ulaşmak istediği kamu yararı kavramına ulaşıldığından amaç unsuru ile sebep unsuru birçok idari işlemde iç içe geçmiş durumdadır. Kamulaştırma Kanunu'nda her ne kadar kamulaştırma işleminin sebebi açıkça gösterilmemişse de; idari işlemin mutlaka bir

²²⁸ Kamulaştırmanın idari bir işlem olarak unsurları arasında olan 'amaç' ve 'sebep' unsurları kamulaştırma işlemi açısından önem arz eder. Çünkü kamulaştırma işleminin sebep ve amaç unsuru aynıdır: "*kamu yararı*". Genel olarak idari işlemlerde "*sebep*", idari işlemlerden önce gelen, işlemten ayrı olarak idareyi böyle bir işlem yapmaya sevk eden nedendir. Kamulaştırma işleminin sebebi açıkça gösterilmiş ve bu sebep "*kamu yararı*" olarak belirtilmiştir. Kamulaştırma işleminde amaç ise, kamulaştırılan taşınmazı bir kamu hizmetinin yürütülmesinde kullanarak kamu yararını tesis etmektir. Dolayısıyla kamulaştırma işlemi açısından "*sebep*" ve "*maksat*" unsurları iç içe geçmiş durumdadır Bkz. Göven, 1999, s. 258, 259. Bu bağlamda kamulaştırma işlemi açısından amaç ve sebep unsurları için kamulaştırmanın amacının kamu yararı olduğu, sebebinin ise anılan kamu yararı doğrultusunda kamu hizmetinin kurulması ve yürütülmesi olduğu söylenebilir. Dolayısıyla amaç unsuru ve sebep unsuru bağlantılıdır, dolayısıyla kamu yararı kararı verecek ve bunu onaylayacak merciin sebep unsurunu da değerlendireceği açıkça ortadadır. Bkz.: Karagöl, Ömer, Kamulaştırma Davalarında Bedel Tespitinin Esasları(Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2009, s. 29, 30.

²²⁹Danıştay 8. Hukuk Dairesinin 17.10.1997 tarihli 1995/504 Esas 1990/913 Karar sayılı kararı. <www.sinerjimevzuat.com.tr>

sebebe dayanması ve bu sebebin yani işlemin yapılma gerekçesinin açıklanması gerektiği ortadadır²³⁰.

3.1.4. Kamulaştırma İşleminde Konu Unsuru

“İdare hukukunda konu, idari işlemin konusu, doğurduğu sonuç, hukuk düzeninde meydana getirdiği değişikliktir. Örneğin kamulaştırma işleminin konusu bir taşınmaz malın mülkiyetinin idareye geçmesidir”²³¹.

Konuya ilişkin Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu’nun 2014/1615 Esas 2014/2763 Karar sayılı 23.06.2014 tarihli kararın ilgili kısmı şu şekildedir.

...işlemi tesis edecek olan idari mercii anlamındaki konu yönünden yetki denetiminin idari yargı denetiminin en temel unsurlarından birisi olduğu, yetkisiz bir idari organ veya kişinin tesis ettiği işlemlerin idarenin gerçek iradesi olarak değerlendirilmesine olanak bulunmadığı, yetki unsurunun açık ve bariz tecavüze uğradığı işlemlerin doktrin ve uygulama tarafından en ağır idari yaptırım olan yoklukla malul işlemler olarak değerlendirildiği, idari yetkinin işlem tesisleri sırasında aranmaması veya esnetilmesi durumunda idari kaos ortamı oluşacağı ve sağlıklı bir idari işleyiş ile onun sağlıklı bir yargısal denetiminin yapılmasının olanaksız hale geleceği, yetkisiz organ tarafından tesis edilen işlemler sonrası başvurulacak bir merciin bulunmadığı yolundaki Danıştay saptamasına ise, bu işlemlerin idari yargı denetimine tabi olması ve idari yargı yerleri tarafından verilecek yetki yönünden iptal kararları üzerine idarenin otuz gün içinde kararı yetkili organlarda görüştürmek zorunda olması nedeniyle katılmaya olanak bulunmadığı, bu kadarlık bir sürenin haklı beklentinin sürüncemede bırakılması veya mülkiyet hakkının ölçüsüz ihlali olarak değerlendirilemeyeceği, davacının plan değişikliği istemiyle yaptığı başvurunun imar ve şehircilik müdürlüğü tarafından reddinin yargılandığı bakılan davada, yetki unsurunun esnek uygulanması durumunda, aynı davacı başvurusunun imar ve şehircilik müdürlüğü kabul edilerek davacı taşınmazının konut alanı olarak belirlenmesi halinde de aynı şekilde uygulanmasının yargı organının tutarlılığı açısından gerekli olduğu, bu durumun ise imar ve şehircilik müdürlüğü aracılığıyla plan değişikliği yapılabilmesi sonucu doğuracağı; bu işlemlerin esasının incelenmesinin yetkisiz organ tarafından tesis edilmiş olması nedeniyle olanaklı olmadığı, yetkinin işlemin olumlu veya olumsuz olması haline göre yargı organı tarafından esnetilmesinin idari rejim açısından sıkıntıların bulunacağı, bu nedenle idari usule ilişkin bu konuların katı bir şekilde uygulanmasının hukuk devleti ve idari istikrar ile de ilgili olduğu, somut olayda belediye meclisi tarafından yetkili kuruluş onayı alınmak üzere başvurunun ilgili kuruluşa gönderilmek suretiyle iradesinin gelecek yanıtla bağlandığı yolundaki Danıştay tespitine de katılmanın mümkün olmadığı, bu şekilde belediye meclisi tarafından alınan kararın idari usulün tamamlanmasına ve mevzuatın uygulanmasına yönelik bir karar olduğu, gelecek görüş yazısının belediye meclisi açısından bağlayıcılığının olmadığı gibi yanıtın olumsuz gelmesi durumunda da belediye meclisinin başka

²³⁰ Hasoğlu, 2019, s. 156.

²³¹ Gözübüyük, Şeref ve Turgut Tan, İdare Hukuku Cilt 2, İdari Yargılama Hukuku (6. Baskı), Ankara 2013, s. 484.

gerekçelerle taşınmazı okul alanından çıkarmasının olanaklı olduğu gerekçelerini de ekleyerek dava konusu işlemin iptali yolundaki ilk kararında ısrar etmiştir²³².

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu ilgili kararında konu yanında idari işleme ilişkin yetki unsuru da geniş bir şekilde işlenmiştir. Zira işlem sonucunda meydana çıkan olay, konu olduğuna göre, işlemi meydana getiren idari makamında yani idari işlemlerde yetki unsurunu oluşturan makamında konunun belirlenmesine ve genişletilmesine ilişkin karar alma yetkisi vardır. Konu kavramı, idari işlemlere ilişkin diğer tüm unsurlar ile birlikte değerlendirilebilir. Anayasa ve Kamulaştırma Kanunu, kamulaştırmanın konusunu “*devlet ve diğer kamu tüzel kişileri özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların tamamını veya bir kısmını kamulaştırmaya yetkilidir.*” şeklinde ifade ettiğine göre kamulaştırmanın konusunu sadece özel mülkiyette bulunan taşınmaz mallar oluşturabilir. Kamulaştırmaya ilişkin olarak buradan çıkarılabilecek diğer bir sonuç ise, devlet ve kamu tüzelkişilerinin mallarının da kamulaştırmaya tabi olmayacağıdır. Burada 2942 sayılı Kanun’un 30. maddesinin de değerlendirilmesi gerekmektedir. Kanunun 30. maddesinin 1. fıkrası “*Kamu tüzelkişilerinin ve kurumlarının sahip oldukları taşınmaz mal, kaynak veya irtifak hakları diğer bir kamu tüzelkişisi veya kurumu tarafından kamulaştırılamaz.*” denilerek söz konusu kamu tüzelkişilerine ait taşınmazlarda kamulaştırma yapılamayacağı belirtilmiştir.

Özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların kamulaştırma işleminin konusu olacağı durumda, Kamulaştırma Kanunu’nun 3. maddesinde taşınmaz malların, kaynakların ve irtifak haklarının kamulaştırılacağı belirtilmişse de kaynak hakkı, bağımsız ve sürekli bir ayni hak niteliğindeyse tapu kütüğünde ayrı bir sayfaya kaydedilir ve bu sebeple kaynak hakkı da kamulaştırılabilir. Yine özel mülkiyette bulunan taşınmazın tamamının ya da bir kısmının kamulaştırmanın konusu olabileceği Anayasa ve ilgili mevzuat tarafından belirtilmiştir.

3.1.5. Kamulaştırma İşleminde Amaç Unsuru

Bütün idari işlemlerin en genel amaç unsuru kamu yararadır. Ancak bazen idari işlemlerde varılmak istenilen amaç mevzuatta açıkça belirtilir. Anayasa tarafından açıkça belirtildiği üzere kamulaştırmada amaç unsuru ‘kamu yararı’dır. Bu durum Kamulaştırma Kanunu’nun 1. maddesinde “*Amaç ve Kapsam*” başlığı altında da açıkça belirtilmiştir. Kamu yararına ilişkin yukarıda ikinci bölüm altında ayrıntılı açıklama yapıldığından burada tekrar kamu yararına ilişkin bir açıklama yapmaya gerek yoktur. Ancak Kamulaştırma Kanunu’nda da özel olarak idari işlemin amacının ne olduğunu ifade eden maddeler bulunmaktadır.

²³² Danıştay İdari Dava Dairleri Kurulu’nun 23.06.2014 tarihli 2014/1615 Esas 2014/2763 Karar sayılı kararı. <www.sinerjimevzuat.com.tr>

Burada kamulaştırma işleminin genel amacının kamu yararı olması amacının yanına kanun koyucu başka bir özel amaç daha eklemiş bulunmaktadır. 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun ilgili maddesi şu şekildedir. *“Millî savunma inşaat ve tesisatı için gerekli görülen gerçek ve özel hukuk tüzelkişilerinin mülkiyet ve tasarrufunda veya ruhsatname ile intifaları altında bulunmayan kireç, taş ve kum ocaklarını, hiçbir resim ve ücrete tabi olmadan kullanmaya Millî Savunma Bakanlığı yetkilidir”*²³³. İlgili fıkradan açıkça anlaşıldığı üzere, Millî Savunma Bakanlığı, kireç, taş ve kum ocaklarını ancak millî savunma inşaat ve tesisatı amacıyla ücretsiz olarak kullanabilecektir.

Yine 2942 sayılı Kanun' un 28. maddesinin 2. fıkrası da amaç unsuruna ilişkin olarak özel bir düzenlemede bulunmuştur. İlgili düzenleme ise şu şekildedir.

Bayındırlık, Köy İşleri ve Kooperatifler bakanlıkları ile T.C. Devlet Demiryolları İşletmesi Genel Müdürlüğü, Karayolları Genel Müdürlüğü ve Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü de aynı sebep ve şartlarla, demiryolu hattının veya karayolunun veya su tesislerinin her yönündeki, gerçek ve özel hukuk tüzelkişilerinin mülkiyet ve tasarrufunda veya ruhsatname ile intifaları altında bulunmayan kireç, taş ve kum ocaklarını hiçbir resim ve ücrete tabi olmadan kullanabilirler²³⁴.

Bu fıkra da yine belirtilen kurumların, millî savunma inşaat ve tesisatı amacıyla kullanılabileceği belirtilmiştir.

Görüleceği üzere; idari işlemlerde genel amaç olan kamu yararı amacı Kamulaştırma Kanunu' nun birinci maddesinde açıkça belirtilmişken, Kamulaştırma Kanunu 28. maddesi de millî savunma inşaatı ve tesisatı için gerekli görüldüğü takdirde kireç, taş ve kum ocaklarının ücretsiz bir şekilde kullanılabileceğine ilişkin olarak özel bir amaç unsuru belirlemiştir. Amaç unsurunun, idarenin ilgili işleme ilişkin saiki ve idareyi bu işlemi yapmaya yönelten en büyük sebep olduğu görülmektedir.

3.2.Kamulaştırmanın İdari Aşaması

Kamulaştırmanın idari aşamaları, kamulaştırma bedeli için yeterli ödenek temin edilmesi, kamu yararı kararının alınması ve onaylanması, kamulaştırılacak taşınmazın belirlenmesi, kamulaştırma kararının alınması ve tapu siciline şerh verilmesinin istenilmesi ve en son uzlaşma yolu ile satın alma usulünün denetlenmesi aşamalarından oluşur²³⁵.

²³³ 2942 sayılı Kanun m.28. <www.mevzuat.gov.tr. >

²³⁴ 2942 Sayılı Kanun m.28. <www.mevzuat.gov.tr. >

²³⁵ Akyılmaz, Bahtiyar vd., 2011, s. 536.

3.2.1. Kamulaştırma İşleminin İlk Aşaması: Kamulaştırma İçin Yeterli Ödenğin Hazırlanması

Kamulaştırma işleminin ilk unsuru, kamulaştırılacak alanın bulunmasından ziyade, kamu için sonuçta ortaya çıkacak enerjinin temin edilmesi amacıyla kamulaştırma için belirli bir bütçe oluşturulmasıdır. İdare tarafından yeterli ödenek temin edilmeden kamulaştırma işlemine başlanılamaz. “*Kamulaştırma bedelinin taksitler halinde ödenmesi durumlarında her yıla isabet eden ödeneğin, bütçelere ayrı ayrı konulması gerekmektedir*”²³⁶. Kamulaştırma Kanunu’nun 3. maddesi de bu konuyu düzenlemektedir. İdare yeterli ödenek ayarlamadan kamulaştırma işlemlerine başlayamayacağı gibi, kamulaştırmaya ilişkin kamu yararı kararı alamaz ve kamulaştırılacak taşınmazı da seçemez.

3.2.2. Kamulaştırma İçin Kamu Yararı Kararının Alınması ve Onaylanması

Kamu yararı kararının niteliği ve kararın içeriğini yukarıda ikinci bölüm başlığı altında ayrıntılı olarak incelemiştik. Bu bölümde ise, idare tarafından alınan kamu yararı kararının içeriği ve niteliğinden çok idari bir işlem olup olmadığı ve hangi makam tarafından ilgili kararın alınabileceği üzerinde duracağız. Danıştay’ a göre; “*İdari işlem, idari makam tarafından, bir kamu hizmetinin yürütülmesi amacıyla İdare Hukukunun kendisine tanıdığı kamu gücünü kullanarak ve tek yönlü irade açıklamasıyla yapılan, kesin ve yürütülmesi zorunlu her türlü işlemdir*”²³⁷. Danıştay açıkça idari işlemin kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olması gerektiğinden bahisle aslında, idari yargıda yapılan bu işleme ilişkin dava açılabilme sonucunun da doğabileceğini belirtmiştir.

Yine Danıştay verdiği bir başka kararda ise; “*Bir idari işlemin kesin ve yürütülmesi zorunlu sayılabilmesi hukuk düzeninde varlık kazanabilmesi için gerekli prosedürün son aşamasını geçirmiş bulunmasına, başka bir idari makamın onayına ihtiyaç göstermeksizin hukuk düzeninde değişiklikler meydana getirebilmesine, başka bir anlatımla idare edilenlerin hukukunu şu ya da bu yönde etkileyebilmesine bağlıdır*”²³⁸. Danıştay’ın verdiği kararda idari işlemin gerçekleşmesi gereken aşamalarından birinin onay alması işlemin tamamlanması için yeterli olmamakta söz konusu işlemin tamamlanması için işleme ilişkin bütün aşamaların tamamlanması gerekmektedir. Bu sebeple kamulaştırma işlemine ilişkin olarak alınan kamu yararı kararının Danıştay Kararından da açıkça yola çıkıldığında tek başına iptal davasına

²³⁶ Sert, Gazi, Kamulaştırma İşlemleri, Mevzuat Takip Sistemi, s.1-25. <<https://mevzuattakip.com.tr/mevzuat/imar-barisi-imar-affi>>(04.02.2019)

²³⁷ Danıştay 7. Dairesinin 08.11.2007 tarihli 2007/695 Esas ve 2007/4612 Karar sayılı kararı. <www.sinerjimevzuat.com.tr>

²³⁸ Danıştay 3. Dairesinin 17.10.1991 tarihli 1989/4241 Esas ve 1991/26499 Karar sayılı kararı. <www.sinerjimevzuat.com.tr>

konu olması beklenilemez. Danıştay'ın kamu yararı kararının tek başına dava konusu edilemeyeceğine ilişkin olarak verdiği örnek bir karar ise şu şekildedir.

...Olayda kamulaştırma işlemine karşı dava açılabilmesi için Asliye Hukuk Mahkemesince ilgiliye tebligat yapılması gerektiğinden ve kamu yararı kararı da tek başına idari davaya konu olabilecek kesin ve yürütülmesi zorunlu işlem niteliğinde olmadığı, sadece bir hazırlık işlemi niteliğinde olduğundan, davaya konu olamayacağı ve dava konusu işlemin kamulaştırma kararı olarak değerlendirilmesi halinde ise henüz tamamlanmamış işleme karşı açılan davanın vaktinden önce açılmış dava niteliğinde olacağı ve esasının bu davada inceleme olanağı bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

Danıştay kararında görüleceği üzere kamu yararına ilişkin karar, bir idari işlem değil idari işlemin hazırlık işlemi niteliğinde olduğundan söz konusu karara ilişkin olarak tek başına iptal davası açılmayacaktır. “Kamu yararı kararı, bir düzenleyici idari işlem olmadığı gibi, kazanılmış bir hak da yaratmaz”²³⁹.

Kamu yararı kararının tek başına bir idari işlem olmaması bu işleme ilişkin kararın alınmasında bir idarenin rol almadığı anlamına gelmemektedir. Danıştay tarafından belirtildiği üzere; kamu yararı kararı her ne kadar kamulaştırma işleminin hazırlık safahatı ise de söz konusu kararda bir idari otorite tarafından alınmaktadır. İşte kamu yararı kararını almaya yetkili olan organlar 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu’ nun 6. maddesinde belirtilmiştir.

“2942 sayılı Kanun’un 6. maddesinde kamu yararı kararını alacak organlara ilişkin;

MADDE 6: Kamu yararı kararı;

a-) Köy ihtiyar kurulları ve belediye encümenleri kararları, ilçelerde kaymakamın, il merkezlerinde valinin

b-)İlçe idare kurulları, il daimi encümenleri ve il idare kurulları kararları, valinin,

c-)Üniversite yönetim kurulu kararları, rektörün,

d-)Yükseköğretim Kurulu kararları, Kurul başkanının,

e-)Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu yönetim kurulu kararları, genel müdürün,

f-)Atatürk Kültü, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Yönetim kararları, Yüksek Kurum Başkanının,

g-)Kamu kurumları yönetim kurulu veya idare meclisleri veya yetkili idare organları kararları, denetimine bağlı oldukları bakanın,

h-)Gerçek kişiler veya özel hukuk tüzelkişileri yararına; köy, belediye veya özel idarece verilen kararlar, valinin,

²³⁹ Gözler ve Kaplan, 2011, s.723.

Onayı ile tamamlanır.

Cumhurbaşkanı veya bakanlıklar tarafından verilen kamu yararı kararlarının ayrıca onaylanması gerekmez.

Onaylı imar planına veya ilgili bakanlıklarca onaylı özel plan ve projesine göre yapılacak hizmetler için ayrıca kamu yararı kararı alınmasına ve onaylanmasına gerek yoktur. Bu durumlarda yetkili icra organınca kamulaştırma işlemine başlanıldığını gösteren bir karar alınır²⁴⁰.

Kamulaştırma Kanunu ilgili maddesinde, bentlerde yer alan kamu yararı kararını alacak makamları belirtmiş aynı zamanda kamu yararı kararını alacak makamlara ilişkin olarak ise onayı yine bu makamların hiyerarşik olarak amiri tarafından yapılabileceğini ifade etmiştir. Kanun koyucunun bu maddeye ilişkin lafzı hem kamu yararı kararını alacak makamı hem de kamu yararı kararının alınmasının akabinde bu kararı onaylayacak makamı da gösterdiğinden iki yönlü olarak değerlendirilmelidir. Ancak burada gözden kaçırılmaması gereken husus şudur. Bazı kanunlarda, o kanunun ilgilendirdiği alana ilişkin olarak kamulaştırma işleminin nasıl ve ne şekilde yapılacağı ve bu işleme ilişkin olarak kamu yararı kararının hangi makam tarafından alınacağı açıkça belirtilmiştir. Bu kanunlardan en önemlisi Petrol Kanunu'dur. Konuya ilişkin olarak Danıştay tarafından verilen örnek karar şu şekildedir.

...6326 sayılı Petrol Kanunu'nun 87. maddesinde:

1-) Bir petrol hakkı sahibi; arama işletme veya belge sahasında veya civarında petrol ameliyatı için lüzumlu olan arazinin kullanma hakkını, arazi özel mülkiyet konusu ise anlaşma veya kamulaştırma yolu ile; arazi sahipsiz ise arama ruhsatnamesine işletme ruhsatnamesine veya belgeye kaydedilmek suretiyle iktisap edebilirler. Anlaşmaya dayanan kullanma hakkı 3 yıldan fazla sürdüğü takdirde petrol hakkı sahibi özel mülkiyet konusu arazinin sahibi ile anlaşmak suretiyle mülkiyetini de iktisap edebilir.

2-)

a) Kamulaştırma kararı talep üzerine Genel Müdürlükçe verilir. Bu kamu yararına ilişkin bir karar hükmünde olup müteakip işlemler İstimlak Kanunu hükümleri dairesinde cereyan eder.

b) İstimlak edilen arazinin mülkiyeti Hazineye, kullanma hakkı istimlak bedelini ödeyen petrol hakkı sahibine ait olur.

3-) Bu madde hükümleri dairesinde elde edilen kullanma hakları arama veya işletme ruhsatnamesi veya belgenin bir cüzü olup bunların meriyet müddetlerince devam eder.

kurallarına yer verilmiştir.

Petrol Kanunu, kamulaştırma kararının Petrol İşleri Genel Müdürlüğü'nce verileceği, bu kararın aynı zamanda kamu yararı niteliği taşıyacağı, diğer işlemlerin Kamulaştırma Kanunu hükümlerine göre yapılacağı, kamulaştırma bedelinin petrol hakkı sahibince ödeneceği ve arama veya işletme ruhsatname süresince taşınmazın kullanma hakkı sahibi olacağı, ancak arazinin mülkiyetinin

²⁴⁰ 2942 sayılı Kanun, m. 6.

Hazine adına kaydedileceği diğer hususlarda Kamulaştırma Kanunu'nun uygulanacağı konusunda düzenleme getirmektedir.

Bakanlar Kurulunun 11.05.1989 tarihli, 89/14111 sayılı kararı ile kabul edilerek Resmî Gazetenin 17.07.1989 tarihli, 20224 sayılı nüshasında yayımlanan Petrol Tüzüğü'nün Resmi Gazeteye ilan başlıklı 27. maddesinde: Kanunun 38. maddesinde yazılanlar dışında aşağıdaki hususlarda Resmi Gazeteye ilan edilir:

A) Bakan veya Genel Müdürün alenen yapılmasına gerek gördükleri inceleme ve soruşturmanın konusu, yapılacağı yer ve tarihi,

B) Arama ve işletme ruhsatnameleriyle belge, kullanma hakkı, arazinin kamulaştırılması, arama ve işletme sahalarına ekleme ve bu sahaların kısmen terkine ilişkin başvuruların nitelik ve tarihleri,

C) Arama ve işletme ruhsatnameleriyle belgelerin terki ve uzatma istekleri için yapılan başvuruların nitelik ve tarihleri,

D) Artırmaya çıkarılacak işletme sahalarına ve itirazlara ilişkin hususlar,

E) Genel Müdürcü yayımlanması uygun görülen diğer hususlar, kuralı yer almıştır.

Tüzüğün 30/İ maddesinde ise;

İ) Kullanma Hakkına konu olacak arazinin kamulaştırılması için,

1. Kamulaştırmanın amacı,

2. Kamulaştırılması istenilen taşınmazın her birinin sınırları, haritası ve kimlere ait olduğu,

3. Anlaşma yoluyla elde edilmesi için yapılan girişimler ve bunların sonuçsuz kalma nedenleri

4. Kamulaştırılacak taşınmazla ilgili arama, işletme ruhsatnamesi ve belgenin hak sıra numarası istenilmektedir.

...Dava konusu edilen acele kamulaştırma olayında, Anayasa ile Petrol Kanunu ve Kamulaştırma Kanunu'nun davalı idareye yüklediği görevlerden hiçbirisi bu idarece gerçekleştirilmemiş, bu süreçteki tüm iş ve işlemler petrol arama ruhsatı sahibi özel hukuk tüzelkişisi tarafından ve davalı idarenin bilgisi dahilinde, zımni/örtülü kabulü davacıların mülkiyet haklarının kısıtlanması, taşınmazlarının kullanımının müdahil şirkete geçmesi şeklindeki hukuki sonuçları da doğurmuştur.

Davalı idarenin bilgisi dahilinde, zımni/örtülü işlemi ve buna dayalı olarak yürütülen ve gerçekleştirilen acele kamulaştırma işlemi, idari işlemin kimliği yönünden de değerlendirilmiştir.

İdare hukukunda, kural olarak, idare işlemin yazılı olması, idarenin iş ve işlemlerinin yazılılık esasına göre yürütülmesi gerekmektedir. Uyuşmazlığın yukarıda aktarılan gelişimi sırasında, sıkı şekilde kanuni usullere tabi tutulan kamulaştırma amacıyla Kamulaştırma Kanununun davalı idarenin verdiği görevler kapsamında davalının tesis ettiği yazılı bir işlemin bulunmamasına karşın, özel hukuk tüzel kişisi tarafından yapılan tüm bu iş ve işlemlerin önce örtülü, daha sonra ise açık bir şekilde davalı idarenin kabulüne dayanılması sonucu, davacıların mülkiyet hakkının, ulusal ve uluslararası hukukta koruma gören, kapsam sınırları çizilen hukuksal güvenlik ilkesini yok sayarak, davacılar ile aynı hukuksal statüde bulunan, kamu gücüne sahip bir gücü bulunan/kullanan idare gibi mülkiyet hakkının kısıtlanması ve sona ermesiyle sonuçlanacak şekildeki iş ve işlemlerin kökeninde

davalı idarenin zımni(kamulaştırma) işlemi olduğu, başka bir ifadeyle kamulaştırmaya yönelik örtülü bir işlemi bulunduğunun kabulünü zorunlu kılmaktadır.

Aksine bir değerlendirme, Devletin mülkiyet hakkı yönünden üstlendiği pozitif ödevin de gereği olarak, bu hakkın somut ve etkin olarak korunmasının sağlanması amacıyla çelişeceği gibi kamu yararının gerekleri ile kişisel hakların korunması arasında hüküm sürmesi gereken adil bir dengenin kurulması ve bu çerçevede ölçülülük ilkesinin yaşama geçirilmesi mümkün olmayacaktır²⁴¹.

İlgili karardan da anlaşılacağı üzere kamu yararına ilişkin kararı almaya yetkili makamlar ve bu makamların ilgili kararların nasıl alınacağını açıkça belirtildiği bazı kanunlar bulunmaktadır. Bu durumda Kamulaştırma Kanunu, kamu yararına ilişkin olarak tamamlayıcı bir kanun olarak görülmüş ve bu kanunlarda Kamulaştırma Kanunu'na da atıf yapılmış bulunmaktadır.

3.2.3. Kamulaştırılacak Taşınmazın Belirlenmesi

Kamulaştırmayı yapacak idare tarafından, kamu yararı kararının alınması ve onaylanmasından sonra üzerinde kamulaştırma işlemi yapılacak taşınmaz ve taşınmazın yüzölçümü ve diğer özelliklerinin belirlenmesi aşamasına geçilir. 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 7. maddesi bu konuyu şu şekilde düzenlemektedir.

MADDE 7: Kamulaştırmayı yapacak idare, kamulaştırma veya kamulaştırma yolu ile üzerinde irtifak hakları kurulacak taşınmaz malların veya kaynakların sınırını, yüzölçümünü ve cinsini gösterir ölçekli planını yapar veya yaptırır; kamulaştırılan taşınmaz malın sahiplerini, tapu kaydı yoksa zilyetlerini ve bunların adreslerini, tapu, vergi ve nüfus kayıtları üzerinden veya haricen yaptıracığı araştırma ile belgelere bağlamak suretiyle tespit ettirir.

İlgili vergi dairesi idarenin isteği üzerine taşınmaz mal ve kaynakların vergi beyan ve değerlerini, vergi beyanı bulunmadığı hallerde beyan yerine geçecek takdir edilecek değeri en geç bir ay içerisinde verir.

İdare kamulaştırma kararı verdikten sonra kamulaştırmanın tapu siciline şerh verilmesini kamulaştırmaya konu taşınmaz malın kayıtlı bulunduğu tapu idaresine bildirir. Bildirim tarihinden itibaren malik değiştiği takdirde, mülkiyette veya mülkiyetten gayri ayni haklarda meydana gelecek değişiklikleri tapu idaresi kamulaştırmayı yapan idareye bildirmek zorundadır. (Değişik cümle:24/4/2001-4650/2 md.) İdare tarafından, şerh tarihinden itibaren altı ay içinde 10. maddeye göre kamulaştırma bedelinin tespitiyle idare adına tescili isteğinde bulunulduğuna dair mahkemeden alınacak belge tapu idaresine ibraz edilmediği takdirde, bu şerh tapu idaresince resen sicilden silinir²⁴².

²⁴¹ Danıştay 6. Dairesinin 24.04.2012 tarihli 2011/8290 Esas 2012/1937 Karar sayılı kararı. <www.sinerjimevzuat.com.tr>

²⁴² 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu, m. 7.

Kamulaştırma Kanunu' nun ilgili maddesinde de belirtildiği üzere; söz konusu taşınmazın belirlenmesi kamu yararı kararını alan idare tarafından belirlenecektir. İdare ilgili taşınmaz üzerine, kamulaştırmaya ilişkin kararını şerh ettirmek zorundadır. Yasa bu durumu açıkça belirtmiş olduğundan bu şerhin verilmesi takdir yetkisi sınırları içerisinde sayılamaz. Söz konusu şerhin tapuya tescilinden itibaren altı ay içerisinde Kamulaştırma Kanunu'nun 10. maddesi gereğince bedel tespiti ve tesciline ilişkin olarak Asliye Hukuk Mahkemesi'nde dava açılması gerekmektedir.

3.2.4. Kamulaştırma Kararının Alınması

Kamulaştırma Kararının alınması, hem kamu yararı kararının alınması hem de kamulaştırılacak taşınmazın belirlenmesi aşamalarını tamamlayan idari aşama olarak görülebilir. *“Kamulaştırmaya ilişkin karar, daha önce soyut olarak alınmış kamu yararı kararının somutlaşması, kamulaştırılacak taşınmazın açıkça belirlenmesidir. Bu aşamada, kamu yararını alan aynı makamlar, somut olarak hangi taşınmazın da kamulaştırılacağına karar verir”*²⁴³. Kamulaştırma kararı, kamu yararı kararının alınmasının akabinde taşınmazında belirlenmesi suretiyle son bulan aşamadır.

3.2.5. Kamulaştırmaya İlişkin Satın Alma Usulü

İdari aşamalara ilişkin bu aşamaya kadar anlattığımız, ödeneğin hazırlanması, kamu yararı kararının alınması, kamu yararı kararının onaylanması, kamulaştırılacak taşınmazın belirlenmesi ve kamulaştırma kararının alınmasına ilişkin aşamalar, idare tarafından henüz vatandaş kamulaştırma işlemine dahil edilmeden iç işleyiş ile yapılan aşamalardır. Bu aşamaların akabinde gelen aşama olan satın alma aşamasında ise, idare ilk kez kamulaştırılacak taşınmazın maliki ile temasa geçmekte ve söz konusu taşınmaza ilişkin olarak takdir komisyonu tarafından belirlenen bedel üzerinden pazarlık suretiyle taşınmazı satın almak istediğini, bildirmektedir.

Kamulaştırma Kanununda 2001 yılında yapılan değişikliklerle eklenen satın alma usulünün esas amacının davaları azaltmak ve kamulaştırmaya ilişkin süreci kısaltmak olduğu söylenebilir. Kanun' un 8. maddesi şu şekildedir.

MADDE 8: İdarelerin, bu Kanuna göre, tapuda kayıtlı taşınmaz mallar hakkında yapacağı kamulaştırmalarda satın alma usulünü öncelikle uygulamaları esastır.

Kamulaştırma kararının alınmasından sonra kamulaştırmayı yapacak idare, bu Kanunun 11. maddesindeki esaslara göre ve konuyla ilgili uzman kişi, kurum veya kuruluşlardan da rapor alarak,

²⁴³ Nohutçu, Ahmet, İdare Hukuku, Savaş Kitap ve Yayınevi (14. Basım), Ankara 2015, s. 435.

gerektiğinde Sanayi ve Ticaret Odalarından ve mahalli emlak alım satım bürolarından alacağı bilgilerden de faydalanarak taşınmaz malın tahmini bedelini tespit etmek üzere kendi bünyesi içinden en az üç kişiden teşekkül eden bir veya birden fazla kıymet takdir komisyonunu görevlendirir.

Ayrıca idare, tahmin edilen bedel üzerinden pazarlıkla satın alma ve trampa işlemlerini yürütmek ve sonuçlandırmak üzere kendi bünyesi içinden en az üç kişiden teşekkül eden bir veya birden fazla uzlaşma komisyonunu görevlendirir.

İdare, kıymet takdir komisyonunca tespit edilen tahmini bedeli belirtmeksizin, kamulaştırılması kararlaştırılan taşınmaz mal, kaynak veya bunların üzerindeki irtifak haklarının bedelinin peşin veya bu Kanunun 3. maddesinin ikinci fıkrasına göre yapılıyor ise, bu fıkradaki usullere göre taksitle ödenmesi suretiyle ve pazarlıkla satın almak veya idareye ait bir başka taşınmaz malla trampa yoluyla devralmak istediğini resmi taahhütlü bir yazıyla malike bildirir.

(Değişik beşinci fıkra:20/8/2016-6745/31 md.) Malik veya yetkili temsilcisi tarafından, bu yazının tebliğ tarihinden itibaren on beş gün içinde kamulaştırmaya konu taşınmaz malı pazarlıkla ve anlaşarak satmak veya trampa isteği ile birlikte idareye başvurulması halinde; komisyonca tayin edilen tarihte pazarlık görüşmeleri yapılır, tespit edilen tahmini değeri geçmemek üzere bedelde veya trampada anlaşmaya ilişkin bir tutanak düzenlenir ve anlaşma konusu taşınmaz malın tüm hukuki ve fiili vasıfları ile kamulaştırma bedelini, malikin kimlik bilgilerini ve taşınmazların tapuda tesciline veya terkinine dair kabul beyanlarını da ihtiva eden tutanak, malik veya yetkili temsilcisi ve komisyon üyeleri tarafından imzalanır. Bu tutanak malikin ferağ beyanı ve tapuda idare adına yapılacak tescilin hukuki sebebi sayılır.

(Değişik altıncı fıkra: 20/8/2016-6745/31 md.) İdarece, anlaşma tutanağının tanzim tarihinden itibaren en geç kırk beş gün içinde, tutanakta belirtilen bedel hazır edilerek, idarenin anlaşma tutanağı ve kamulaştırma öncesi taşınmaz üzerindeki tüm takyidat ve haklardan arındırıldığını bildiren yazıya istinaden tescil veya terkin edilir. Tapuya resen tescil veya terkinden sonra kamulaştırma bedeli kendilerine ödenir.

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

Anlaşma olmaması veya ferağ verilmemesi halinde bu Kanunun 10. maddesine göre işlem yapılır ²⁴⁴.

Kamulaştırma Kanunu'nun ilgili maddesinde de açıkça anlaşılabacağı üzere; kamulaştırma işlemini gerçekleştiren idare öncelikle, satın alma usulünü denemelidir. Konuya ilişkin olarak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından verilen 2007/5-716 Esas 2007/739 Karar sayılı 17.10.2007 tarihli kararın ilgili kısmı şu şekildedir.

²⁴⁴ 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu m. 8. <www.sinerji.mevzuat.gov.tr>

...Kamulaştırma Kanununun açıklanan 8.maddesinin 4650 sayılı Kanunla değiştirilmeden önceki metninde, Kamulaştırmayı yapacak idarenin, kamulaştırma kararının alınmasından sonra kamulaştırmanın her safhasında mal sahibi ile anlaşarak taşınmaz mal veya kaynağı yada bunlar üzerinde bulunan irtifak haklarını satın alabileceği öngörülmüş ve bu suretle idareye satın alma usulü ile kamulaştırma yapma zorunluluğu getirilmemiş iken; 8. maddenin 4650 sayılı Kanunla değiştirilen metninde yer alan idarelerin, tapuda kayıtlı olan taşınmaz mallar hakkında yapacağı kamulaştırmalarda satın alma usulünü öncelikle uygulamaları esastır hükmü ile, satın alma usulüyle kamulaştırma için idarenin anlaşma yolunu denemesi yasal bir zorunluluk haline getirilmiş ve ayrıca mal sahibi ile anlaşmanın nasıl yapılacağı hususu kapsamlı olarak düzenlenmiştir. Bu noktada; 8. maddede, idarenin uzlaşma davetiyesini resmi taahhütlü bir yazıyla malike bildirir hükmü yer almasına karşın, tebligatın(bildirim) hangi kanuna göre yapılacağına dair açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir. O halde bu yönün; Kamulaştırma Kanunu'nun genel yapısı, ruhu ve öngördüğü ilkeler çerçevesinde, genel hukuk kuralları da dikkate alınarak, yargısal içtihatlarla açıklığa kavuşturulması; bu noktadan hareketle, Kamulaştırma Kanunundaki hükümler Tebligat Kanunu hükümlerine göre özel hükümler niteliğinde olduğundan öncelikle bu hükümlerin uygulanması, burada açıklık bulunmayan durumlarda Tebligat Kanununun ilgili hükümlerinin uygulanması, Tebligat Kanunu hükümlerinde yer almayan gönderi türlerinin de, Posta Kanunu hükümlerine göre değerlendirilmesi gerektiğinde duraksama bulunmamaktadır.

Bu itibarla mahkemece, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 10.maddesine göre açılmış bedel tespiti ve tescil davasında taraf teşkili sağlanmadan ve işin esasına girilmeden önce, davanın aynı Kanunun 7 ve 8. maddelerinde öngörülen uzlaşma şartlarına uyulmadan açıldığının saptanması durumunda davanın reddine karar verilmesi gerektiği; aksi takdirde, taraf teşkili tamamlanıp işin esasına girilerek, kamulaştırma bedelinin keşfen tespit ve idarece mal sahipleri adına bankaya bloke edilmesinden sonra, artık bu eksiklik nedeniyle davanın reddine karar verilemeyeceği açıktır”²⁴⁵.

Karardan da açıkça anlaşılacağı üzere, Kamulaştırma Kanunu'na 2001 değişikliği ile eklenen satın almaya ilişkin madde, aslında idare ile vatandaşın uzlaşması esasına dayanan maddedir. Söz konusu idari işlem şartı gerçekleşmeden, idarece dava açılması durumunda dava şartı yerine getirilmediği dikkate alınarak mahkemece davanın dava şartı yokluğundan reddine karar verilmektedir. Yani Kamulaştırma Kanunu'nda 2001 yılında yapılan değişiklikle aslında kamulaştırma davası açılması öncesinde idarece yapılması gereken zorunlu bir dava şartı olan, satın alma usulü getirilmiştir.

Satın alma usulü, aslında kamulaştırma işlemi açısından idare tarafını daha güçlü kılan bir aşama gibi görülmekteyse de, aslında kamulaştırma davasına dahi gerek kalmadan malike bir bedel ödenmesi durumu, malikin mülkiyet hakkına ilişkin var olan hak kaybının önüne

²⁴⁵ Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 17.10.2007 tarihli 2007/5-716 Esas 2007/739 Karar sayılı kararı. <www.sinerjimevzuat.com.tr>

daha hızlı geçilmesini sağlamaktadır. Ancak burada şu durumun da dikkate alınması gerekmektedir. Kamulaştırma işlemi için dava açılmadan, satın alma usulü yoluyla ilgili taşınmaza bedel biçilmesi durumunda idarenin takdir komisyonlarının belirlediği bedelin geçerli olacağı ortadadır. “*Ortada anlaşma çerçevesinde yapılan bir devir söz konusu olduğundan tarafların dava yoluna gitmeleri zaten beklenemez.*”²⁴⁶ Bu durumda malikin hak kaybına sebebiyet veren bir durum doğurabileceğinden, idarece belirlenen satın alma bedelinin de hangi kriterler dikkate alınarak hesaplandığının açıkça belirtilmesi mülkiyet hakkı ihlallerinin önüne geçmek açısından önemlidir.

3.2.6. Asliye Hukuk Mahkemesinde Bedel Tespiti ve Tescil Davası Açılması

Kanuna 2001 yılında getirilen satın alma usulünün uygulanmasının akabinde tarafların anlaşma sağlayamaması üzerine, idare tarafından kamulaştırılacak taşınmazın bulunduğu yerdeki Asliye Hukuk Mahkemesinde bedel tespiti ve tescili davası açılması gerekmektedir.

2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu’nun 10. maddesinin madde başlığı “*Kamulaştırma Bedelinin Mahkemece Tespiti ve Taşınmaz Malın İdare Adına Tescili*” dir.

MADDE 10: Kamulaştırmanın satın alma usulü ile yapılamaması halinde idare, 7. maddeye göre topladığı bilgi ve belgelerle 8. madde uyarınca yaptırmış olduğu bedel tespiti ve bu husustaki diğer bilgi ve belgeleri bir dilekçeye ekleyerek taşınmaz malın bulunduğu yer asliye hukuk mahkemesine müracaat eder ve taşınmaz malın kamulaştırma bedelinin tespitiyle, bu bedelin, peşin veya kamulaştırma 3. maddenin ikinci fıkrasına göre yapılmış ise taksitle ödenmesi karşılığında, idare adına tesciline karar verilmesini ister²⁴⁷.

Kamulaştırma Kanunu’nun 10. maddesinde kamulaştırmaya ilişkin olarak bedel tespiti ve tescil davasının nasıl açılacağı belirtilmiş ve yine aynı madde de idarenin Kamulaştırma Kanunu’nun 7. ve 8. maddeleri uyarınca topladığı bilgi ve belgelerinde dava dilekçesine eklenmesi gerektiği belirtilmiştir. İdare bu belgeleri bir dilekçeye ekleyerek taşınmaz malın bulunduğu yer asliye hukuk mahkemesinde bedel tespiti davası açar. İdarece bu davada sadece kamulaştırma bedelinin tespiti değil aynı zamanda kamulaştırılacak taşınmazın da idare adına tescili istenilmelidir.

Mahkeme, idarenin başvuru tarihinden itibaren en geç otuz gün sonrası için belirlediği duruşma gününü, dava dilekçesi ve idare tarafından verilen belgelerin birer örneği de eklenerek taşınmaz malın malikine meşruhatlı davetiye ile veya idarece yapılan araştırmalar

²⁴⁶ Çağlayan, Ramazan, Kamulaştırma İşleminin İptali ve Mülkiyetin Akıbeti, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C.1 XIX, S.1-2, 2011, s.453-466.

²⁴⁷ 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu, m. 10.

sonucunda adresleri bulunmayanlara, 11.2.1959 tarihli ve 7201 sayılı Tebligat Kanunu'nun 28. maddesi gereğince ilan yoluyla tebligat suretiyle bildirerek duruşmaya katılmaya çağırır. Duruşma günü idareye de tebliğ edilir.

Kamulaştırma Kanunu 10. maddenin ikinci fıkrası ise; Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından taşınmaz malın duruşma gününe ilişkin olarak 30 gün sonrasına duruşma günü belirleneceğini ve bu duruşma gününün meşruhatlı davetiye²⁴⁸ ile taşınmaz malın malikine gönderileceğini belirtmektedir. Adresleri tespit edilemeyenlere ise ilan yoluyla tebligat yapılacağı yine ayın fıkra da belirtilmiş ve fıkranın son cümlesinde ise duruşma gününün davayı açan idareye de bildirileceği ifade edilmiştir. Bu fıkra da belirtilmesi gereken en önemli ayrıntı, tebligatın usulüne ilişkin ayrıntıdır. Kamulaştırma Kanunu, tebligata ilişkin olarak meşruhatlı davetiye ile tebligat yapılacağını belirtmiştir. “Tebligatın resmi taahhütlü yazıyla yapılmasıyla; Kamulaştırma Kanunu’nun 8. maddenin beşinci fıkrasındaki 15 günlük sürenin ne zaman dolduğu idarece öğrenilebilecek, kısmi kamulaştırmada artan kısmın yararlanmaya elverişli olmadığı yönündeki malik taleplerinin süresinde yapılıp yapılmadığı anlaşılabilecek ve kamulaştırma bedelinin tespiti ve tescili davası açıldığında, idarece öncelikle satın alma usulünün uygulanıp uygulanmadığı mahkemece tespit edilebilecektir”²⁴⁹. Burada bahsedilen kamulaştırma davası açılmadan önce Kamulaştırma Kanunu’nun 7. ve 8. maddesine göre satın alma usulünde yapılacak olan tebligattır. Ancak, mahkemede bedel tespiti ve tescil davasında gönderilecek tebligat, idari yargıda kamulaştırma işlemine ilişkin, kamulaştırma işleminin iptali açısından gereklidir. Bu sebeple bu tebligatın usulüne uygun olarak titizlikle yapılması gerekmektedir.

Mahkemece malike doğrudan çıkarılacak meşruhatlı davetiyede veya ilan yolu ile yapılacak tebligatta;

Kamulaştırılacak taşınmaz malın tapuda kayıtlı bulunduğu yer, mevkii, pafta, ada, parsel numarası, vasfı, yüzölçümü,

b) Malik veya maliklerin ad ve soyadları,

c) Kamulaştırmayı yapan idarenin adı,

d) 14. maddede öngörülen süre içerisinde, tebligat veya ilan tarihinden itibaren kamulaştırma işlemine idari yargıda iptal veya adli yargıda maddi hatalara karşı düzeltim davası açabilecekleri,

e) Açılacak davalarda husumetin kime yöneltileceği,

f) 14. maddede öngörülen süre içerisinde, kamulaştırma işlemine karşı idari yargıda iptal davası açanların, dava açtıklarını ve yürütmenin durdurulması kararı aldıklarını belgelendirdikleri

²⁴⁸ Basit yargılama usulünde taraflara gönderilecek duruşma davetiyesine, taraflar duruşmaya gelmezlerse yokluklarında da karar verileceği ihtar yazılır. Bu ihtar içeren davetiyeye uygulamada meşruhatlı davetiye denilmektedir. Taraflardan biri duruşmaya gelmezse, yargılamaya gelmeyen tarafın yokluğunda devam edilir.

²⁴⁹ Hayta, Mehmet Ali, Kamulaştırma Davalarında Tebligat, Ankara Barosu Dergisi (Sayı:3), 2009, s. 77.

takdirde, kamulaştırma işleminin kesinleşeceği ve mahkemece tespit edilen kamulaştırma bedeli üzerinden taşınmaz malın kamulaştırma yapan idare adına tescil edileceği,

g) Mahkemece tespit edilen kamulaştırma bedelinin hak sahibi adına hangi bankaya yatırılacağı,

h) Konuya ve taşınmaz malın değerine ilişkin tüm savunma ve delilleri, tebliğ tarihinden itibaren on gün içinde mahkemeye yazılı olarak bildirmeleri gerektiği,

Belirtilir.”

Kamulaştırma Kanunu’nun konuyu düzenleyen maddesinde tebligata ilişkin olarak ayrıntılı şekli bilgilerden bahsedilmiş olup; söz konusu maddede kamulaştırılacak taşınmaza ilişkin ayrıntılardan (ada, pafta, yer ve mevki) bahsedilmesi gerektiği, husumetin kime yöneltileceğinin belirtilmesi, kamulaştırmayı yapan idarenin belirtilmesi, belirlenecek olan bedelin hangi bankaya yatırılacağına belirtilmesi” gerektiğine ilişkin ayrıntılı bilgilerinde yer alacağı açık bir şekilde belirtilmiştir.

Mahkemece, kamulaştırılacak taşınmaz malın bulunduğu yerde mahalli gazete çıkıyor ise, bu mahalli gazetelerden birisinde ve Türkiye genelinde yayımlanan gazetelerin birisinde kamulaştırmanın ve belgelerin özeti en azından bir kez yayımlanır.

Mahkemece belirlenen günde yapılacak duruşmada hakim taşınmaz malın bedeli konusunda tarafları anlaşılmaya davet eder. Tarafların bedelde anlaşması halinde hakim, taraflarca anlaşılan bu bedeli kamulaştırma bedeli olarak kabul eder ve sekizinci fıkranın ikinci ve devamı cümlelerince işlem yapar.

Mahkemece yapılan duruşmada tarafların bedelde anlaşamamaları halinde, hakim en geç on gün içinde keşif ve otuz gün sonrası için de duruşma günü tayin ederek, 15. maddede sayılan bilirkişiler marifetiyle ve tüm ilgililerin huzurunda taşınmaz malın değerini tespit için mahallinde keşif yapar. Yapılacak keşifte, taşınmaz malın bulunduğu yerin bağlı olduğu köy veya mahalle muhtarının da hazır bulunması amacıyla, muhtara da davetiye çıkartılır ve keşifte hazır bulunması temin edilerek, muhtarın da beyanı alınır.

Bilirkişiler, taraflar ve diğer ilgililerin beyanını da dikkate alarak, 11. maddedeki esaslar doğrultusunda taşınmaz malın değerini belirten raporlarını onbeş gün içinde mahkemeye verirler. Mahkeme bu raporu, duruşma günü beklenmeksizin taraflara tebliğ eder. Yapılacak duruşmaya hakim, taraflar veya vekillerini ve bilirkişileri çağırır. Bu duruşmada tarafların bilirkişi raporlarına varsa itirazları dinlenir ve bilirkişilerin bu itirazlara karşı beyanları alınır.

Kamulaştırma bedelinin tespiti için açılan dava 2001 yılında kanun değişikliği ile getirilmiş bir düzenleme olmasına rağmen bugün kamulaştırma yapmak için kullanılan en yaygın yoldur. Asliye Hukuk Mahkemesince tebligat aşamaları tamamlandıktan sonra malik ya da hak sahibi tarafından idari yargıda yürütmenin durdurulması talepli olarak kamulaştırma

işleminin iptaline ilişkin dava açılabilir. Bu dava Asliye Hukuk Mahkemesinde görülen bedel tespiti ve tescil davası açısından bekletici mesele yapılması gerekmektedir. Eğer malik ya da hak sahibi tarafından kamulaştırma işleminin iptaline ilişkin olarak bir dava açılmazsa söz konusu bedel tespiti davasında, diğer tüm Asliye Hukuk davalarında olduğu gibi tarafları; sulhe davet eder. Taraflar arasında (idare ve malik ya da hak sahipleri) sulh gerçekleşmezse, Asliye Hukuk Mahkemesi hakimince on gün içinde keşif günü verilir ve duruşma en geç otuz gün sonraya bırakılır. Keşif mahallinde taşınmazın niteliğine göre seçilecek bilirkişi heyeti yani Kamulaştırma Kanunu'nun 15. maddesinde sayılan nitelikteki (en az 3 kişi) kişilerle keşif yapılır.

Bilirkişiler keşif sırasında edindikleri bilgi ve dosya kapsamına ilişkin alınan tanık beyanlarını da dikkate alarak on beş gün içinde raporlarını oluşturarak mahkemeye sunarlar. Mahkeme raporu taraflara tebliğ eder, taraflarca rapora karşı varsa beyan ve itirazların on beş gün içinde mahkemeye sunulur. Taraflarca yapılan itirazlar mahkemece haklı bulunursa, hakim mahkemeye on beş gün içinde yeni bir rapor sunacak şekilde yeni bir bilirkişi heyeti seçebilir. *“Hakim tarafların ve bilirkişilerin rapor veya raporları ile beyanlarından yararlanarak adil ve hakkaniyete uygun bir kamulaştırma bedeli tespit eder. Mahkemece tespit edilen bu bedel, taşınmaz mal, kaynak veya irtifak hakkının kamulaştırılması bedelidir”*²⁵⁰.

Dördüncü Yargı Paketi çerçevesinde 11. 4. 2013 tarihli 6459 sayılı Kanun ile²⁵¹ kamulaştırmaya ilişkin önemli yenilikler getirilmiştir. Kamulaştırma bedeli için açılan davanın dört ay içinde sonuçlandırılmaması halinde, tespit edilen bedele bu sürelerin bitiminden itibaren kanuni faiz işletilir²⁵².

Kamulaştırma Kanunu' na getirilen bu yenilik malikin, mülkiyet hakkına ilişkin olarak koruma sağlamakta ve bedelin gerçek karşılık hakkına yaklaşmasına bir adım daha yaklaşılmaktadır. Zira her ne kadar malik kamulaştırma davası süresince malından yararlanmaya devam edebilecekse de öngörülmez bir sürecin olması malikin şevkini kırmakta ve taşınmazın değerinde kayıplara sebebiyet vermektedir. Yine kamulaştırma yapılacak taşınmaza ilişkin sürecin uzaması kamulaştırma bedelinin kamulaştırma kararı verildiği tarihteki değeri ile dava sonucunda verilecek tarihteki değer arasında farklılıklar arz edecek ve

²⁵⁰ Nohutçu, 2015, s. 438.

²⁵¹ 11.4.2013 tarih ve 6459 sayılı İnsan Hakları ve İfade Özgürlüğü Bağlamında Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 6. maddesi.

²⁵² Nohutçu, 2015, s. 439.

davanın dört ay içinde bitirilmemesi durumunda, aynı zamanda mülkiyet hakkının bir nevi dava yoluyla zedelenmesine sebebiyet verilmiş olacaktır.

Kanun koyucu tarafından Kamulaştırma Kanunu'nun 10. maddesinde düzenlenen Kamulaştırma Bedelinin Mahkemece Tespiti ve Tescil Davasına ilişkin madde altında, davanın erken sonuçlanamaması halinde mülkiyet hakkı sahibine faiz ödenmesini öngörmesi maliki koruyan yeni bir düzenleme olarak görülmektedir.

Kamulaştırma Kanunu'nun 10. maddesi gereğince bilirkişilerce tespit edilen bedel için mahkeme, bedelin bankaya yatırılması ve yatırıldığına dair makbuzun ibraz edilmesi için idareye on beş gün süre verir. Gereken hallerde bu süre bir defaya mahsus olmak üzere mahkemece uzatılabilir²⁵³.

İşte kamulaştırma bedelinin depo edilmesine ilişkin olarak kanunda öngörülen bu sürelerde faiz depo edilmesine ilişkin mevzuatta tam ve açık bir hüküm bulunmamaktadır. Tezcan konuyu merhumu muhalifinden yorumlayarak; ilk derece mahkemesi tarafından tespit edilen kamulaştırma bedelinin daha düşük bir bedelle tespitinde ve davalı eski malik tarafından fazla çekilen bedel idareye mevduat faizi ile geri ödenecektir, şeklinde ifade etmektedir²⁵⁴.

Konuya ilişkin Yargıtay 18. Hukuk Dairesi'nin 2012/4922 Esas, 2012/5950 Karar sayılı karar ise şu şekildedir.

...idarece davalılar adına bankaya yatırılan bedel, bozma sonrası hüküm altına alınan bedel arasındaki farkın davalı tarafça bankadan çekilmesine kadar varsa işlemiş mevduat faiziyle birlikte davacı idareye geri ödenmesine karar verilmesi' ifadeleriyle somutlaşmaktadır. Bu ve buna benzer kararların amacı paranın kullanılamama maliyetinin karşılanmaya çalışılmasıdır²⁵⁵.

Kanunda faizin hangi tarihten başlayacağı da açıkça belirtilmiş olup; davanın dört aylık süre içerisinde sonuçlandırılmaması halinde, dava sonucunda kamulaştırma bedeli olarak belirlenen bedele bu dört aylık sürenin bitiminden itibaren işleyecek kanuni faiz olduğu ifade edilmiştir. Konuya ilişkin Yargıtay tarafından verilen kararın ilgili kısmı şu şekildedir.

²⁵³ M. Tezcan, "Kamulaştırma Hukukunda Faiz, <<http://www.ghgazete.com/kamulastirma-hukukunda-faiz>>(04.01.2019)

²⁵⁴ M. Tezcan, "Kamulaştırma Hukukunda Faiz,< <http://www.ghgazete.com/kamulastirma-hukukunda-faiz>> (04.01.2019)

²⁵⁵ M. Tezcan, "Kamulaştırma Hukukunda Faiz,<<http://www.ghgazete.com/kamulastirma-hukukunda-faiz>>(04.01.2019)

“...tespit edilen bedele 4 aylık süreninin bitimi tarihinden ilk karar tarihine kadar kanuni faiz işletilecektir”²⁵⁶.

Başvurucu dava tarihine göre belirlenen bedele faiz ödenmemesi nedeniyle alması gereken bedelin değerinde azalma olduğundan şikayet etmekte ve geç ödenen kamulaştırma bedeline Anayasa’nın 46.maddesinde yer alan kamu alacaklarına uygulanan en yüksek faizin (gecikme faizinin) uygulanması gerektiğini iddia etmektedir.

Anayasa’nın 46. maddesindeki düzenlemeye göre, kamulaştırma bedeli nakden ve peşin olarak ödenmelidir. Ancak tarım reformunun uygulanması, büyük enerji ve sulama projeleri ile iskan projelerinin gerçekleştirilmesi, yeni ormanların yetiştirilmesi, kıyıların korunması ve turizm amacıyla kamulaştırılan toprakların bedellerinin ödenmesi taksitlendirilebilmektedir. Kanunun taksitle ödemeyi öngörebileceği bu hallerde ve herhangi bir sebeple ödenmemiş kamulaştırma bedellerinde devlet alacaklarına uygulanan en yüksek faiz işletilebilir. Yargıtay’ın istikrar kazanan içtihatlarına göre de, Anayasa’nın 46.maddesinde öngörülen faiz oranı ancak kesinleşip de ödenmeyen kamulaştırma bedelleri için işletilebilir. (Bkz. Yargıtay 18. Hukuk Dairesi, E.2002/7971, K.2002/9752,15/10/2002). Dolayısıyla dava sonunda tespit edilen kamulaştırma bedelinin dava tarihinden itibaren devlet alacaklarına uygulanan en yüksek faizle ödenmesi talebinin yasal bir dayanağı veya yargı kararlarıyla oluşmuş ve istikrar kazanmış bir uygulaması bulunmaktadır.

Başvuru konusu davada Ermenek Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından belirlenen kamulaştırma bedeli mahkeme kararıyla başvuru adına banka hesaplarına kararı müteakip peşin olarak yatırılmıştır. Bu durumda başvuru kamulaştırma bedeline devletin alacakları için öngörülen en yüksek faizin uygulanması talebinin Anayasa’nın 46. Maddesi kapsamında yasal dayanağı bulunmamaktadır.(Benzer yönde AİHM kararı için bkz. Yetiş ve diğerleri/Türkiye , B.No:40349/05,6/7/2010)

2942 sayılı Kanun’un 10.ve 11. maddeleri uyarınca tarafların kamulaştırma kararı sonrasında bedel hususunda anlaşamamaları halinde dava tarihine göre taşınmazın adil ve hakkaniyete uygun bir şekilde bedeli mahkemece tespit edilmelidir. Değer tespitinin dava tarihine göre yapılması, Kanun gereği olduğu gibi dava tarihinde taşınmazın değerinde meydana gelecek artış ve azalışların bedele etki etmemesi ve bu şekilde bedel tespitine belirlilik kazandırmanın da gereğidir. Aksi halde taşınmazın değeri uzun süren davalarda artabileceği gibi azalabileceğinden idare veya vatandaşlara olumsuz etkide bulunabilir. Ancak bu durum taşınmazın gerçek değerinin enflasyon karşısında korunması için dava tarihine göre belirlenen bedele faiz işletilmesine mani değildir.

...Bir eşyanın devir tarihindeki bedelinin daha sonra ödenmesi durumunda arada geçen sürede enflasyon nedeni ile paranın değerinde oluşan aşınma ile mülkiyetin gerçek değeri azaldığı gibi bu bedelin tasarruf veya yatırım aracı olarak getirisinden yararlanmak imkanı da bulunmamaktadır. Bu şekilde kişiler mülkiyet haklarından mahrum edilerek haksızlığa uğratılmaktadır.

²⁵⁶Yargıtay 5. Hukuk Dairesi’nin 19.11.2013 tarihli 2013/12813 Esas ve 2013/20012 Karar sayılı kararı. <www.sinerjimevzuat.com.tr>

Bu durumda taşınmazı kamulaştırılan kişilere ödenen kamulaştırma bedelinin kişinin uğradığı zararı telafi edebilmesi için taşınmazın gerçek karşılığının olması yanında ayrıca, bedelin tespitiyle ödenmesi arasında geçen dönemde gözlemlenen enflasyona nispetle hissedilir derecede değer kaybetmemiş olması gerekir²⁵⁷.

Anayasa Mahkemesi bu kararında mülkiyet hakkına ilişkin olarak enflasyon oranının malike yük getirip getirmemesinin de dikkate alınarak hak ihlali konusunda karar verileceğini belirterek faize ilişkin olarak farklı bir boyuttan yaklaşmaktadır. Kanun koyucunun faizi getirmesinin en önemli amacının malikin mülkiyet hakkının karşılığını gerçek bedel üzerinden almasını sağlamaktır. Yine bahsedilen Anayasa kararında Anayasa Mahkemesi tarafından da belirtildiği üzere; kamulaştırma bedelinin taksitle ödenmesi durumunda faize ilişkin oran Anayasa da ve Kamulaştırma Kanunu'nda 'devlet borçlarına uygulanacak en yüksek faiz' olarak belirtilmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2005/12-462 Esas 2005/454 Karar sayılı kararında faize ilişkin şu şekilde açıklama yapılmaktadır.

...Gerek Kamulaştırma Kanunu'nun 3. maddesinde ve gerekse Anayasa'nın 46. maddesinin son fıkrasında düzenlemeye konu edilen ve kamu alacakları için öngörülen en yüksek faizin uygulanacağı ifade olunan bedel; Kanun gereği taksitlendirmeye konu olan ve herhangi bir nedenle ödenmemiş olan ihtilafsız kamulaştırma bedeli ile kesin hükme bağlanan artırım bedelidir²⁵⁸.

Kamulaştırılan taşınmazın mülkiyetinin idareye geçmesi, asliye hukuk mahkemesi tarafından dava sonunda verilen tescil kararı ile olur. Söz konusu kararın tescile ilişkin kısmının kesin olduğu Kamulaştırma Kanunu'nun 10. Maddesinde de açıkça belirtilmiştir. Tescile ilişkin karar her ne kadar kesin ise, yani bu karara ilişkin olarak üst yargı yollarına başvurulamazsa da, kararın bedele ilişkin kısmı için üst mahkemelere başvurulabilir. Yine Kamulaştırma Kanunu'nun 25. Maddesinin birinci fıkrasında da tescile ilişkin olarak yasa koyucu tarafından şu ifade belirtilmektedir. "*...Mülkiyetin idareye geçmesi, mahkemece verilen tescil kararı ile olur.*" Görüldüğü üzere Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından tescile ilişkin kararın verildiği andan itibaren taşınmaz sahibinin mülkiyet hakkı tamamıyla ortadan kalkmaktadır. Bu aşamada kamulaştırmaya ilişkin işlemin yargılama aşaması sona ermektedir.

3.3. Kamulaştırmadan Vazgeçme

Kamulaştırma Kanunu'nun 'Vazgeçme, iade ve devir' başlığını taşıyan 22. maddesi şu şekildedir.

²⁵⁷ Anayasa Mahkemesi'nin 06.02.2014 tarihli 2012/1246 Başvuru Numaralı Bireysel Başvuru Kararı (Tahsin Erdoğan)

²⁵⁸ Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 13.07.2005 tarihli 2005/12-462 Esas 2005/454 Karar sayılı kararı. <www.sinerjimevzuat.com.tr>

MADDE 22: (Değişik birinci fıkra: 24/4/2001-4650/13 md.) Kamulaştırmanın kesinleşmesinden sonra taşınmaz malların kamulaştırma amacına veya kamu yararına yönelik herhangi bir ihtiyaca tahsisi lüzumu kalmaması halinde, keyfiyet idarece mal sahibi veya mirasçılarına 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümlerine göre duyurulur. Bu duyurma üzerine mal sahibi veya mirasçıları, kamulaştırma bedelini aldıkları günden itibaren işleyecek kanuni faizi ile birlikte üç ay içinde ödeyerek taşınmaz malı geri alabilir. İade işleminin kamulaştırmanın ve bedelinin kesinleşmesinden sonra bir yıl içinde gerçekleşmesi halinde kamulaştırma bedelinin faizi alınmaz.

Bu madde hükümlerine göre taşınmaz malı geri almayı kabul etmeyen mal sahibi veya mirasçılarının 23. maddeye göre geri alma hakları da düşer.

Bu madde hükümleri, kamulaştırmanın kesinleşmesi tarihinden itibaren beş yıl geçmiş olması halinde uygulanmaz.

Ancak, kamulaştırılan taşınmaz mala kamulaştırmayı yapan idare dışında başka bir idare, kamulaştırma yoluyla gerçekleştirilebileceği bir kamu hizmeti amacıyla istekli olduğu takdirde, yukarıdaki fıkra hükmü uygulanmayarak bu Kanunun 30. veya 1050 sayılı Muhasebeci Umumiye Kanununun 23. maddesine göre işlem yapılır.

Kamulaştırma Kanunu'nun vazgeçmeye ilişkin ilgili maddesi çok açık hükümler ihtiva etmemekle birlikte eski malike koruma sağlayan maddeler olarak düşünülebilir. Malikin malının gerçekten satmak istemediği durumlarda, malike bu maddenin koruma sağladığı düşünülebilirse de söz konusu maddede malike külfetlerin de yüklendiği ortadadır. Zira kanun maddesi, kamulaştırmadan idarenin tek taraflı vazgeçmesi durumunda satın alacak olan eski malike taşınmazı satın almak için önerilen bedelin temerrüt faiziyle ödenmesi gerektiğini ifade etmektedir.

Kamulaştırmadan vazgeçilmesi, idare tarafından 'her safhada gerçekleştirilebildiğine göre' söz konusu kanunun bu ifade ile ne anlattığını da açıklamak gerekmektedir.

...Burada 'kamulaştırmanın her safhası' tabirinden anlaşılması gereken taşınmazın idare adına tescili veya tescil gerekmeyen taşınmazların sicil kaydının terkinine kadar ki süreç olarak anlaşılmalıdır. Çünkü bedelin kesinleşmemesi, mülkiyetin idareye geçmesini ve taşınmazın idare tarafından kullanılmasını önlememektedir²⁵⁹.

Bu durumda mülkiyetin Medeni Kanunu'nun ilgili maddelerince nasıl geçtiği hususu da dikkate alınarak yorumlama yapılması gerekmektedir. Medeni Kanun, mülkiyetin 'tescil' ile geçebileceğini açıkça belirtmiş ve bu durumlara çeşitli istisnalar öngörmüşse de kamulaştırmadan vazgeçme durumu bu maddeler arasında yer almamaktadır. Ancak Medeni

²⁵⁹ Yıldırım, Turan, Kamulaştırmadan Vazgeçme, Hakemli Makaleler, s. 9. < www.acarindex.com > (14.05.2019)

Kanun'dan kaynaklanan mülkiyet ve kamulaştırmaya ilişkin olarak Yargıtay 18. Hukuk Dairesi tarafından verilen karar da şu şekildedir.

...4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 705. (önceki 743 sayılı yasanın 633.) maddesi gereğince kamulaştırma ile taşınmazın mülkiyeti tescilden önce idareye geçtiği gibi, bunun tersi bir oluşumla vazgeçme ile kamulaştırma ortadan kalktığından ve bunun için idarenin tek yanlı iradesi yeterli olduğundan mülkiyet hakkı eski malike döner. Böylece idarenin, kamulaştırma nedeniyle taşınmaz sahibine ödemiş olduğu bedeli geri isteme; taşınmaz malikinin de tapuda idare adına kayıtlı olan taşınmazın kendi adına tescilini isteme ve dava açma hakkı doğmuş olur. Somut olayda, davacı idarenin 2942 sayılı Yasanın 21. maddesi uyarınca kamulaştırmadan vazgeçmiş olmasıyla taşınmazın mülkiyeti eski maliklere geçmiş bulunduğundan, davacı idarenin bu taşınmazda paydaş olan davalı'e ¼ pay karşılığı ödemiş olduğu kamulaştırma bedelini geri iteme hakkı vardır. Açıklanan tüm nedenlerle taşınmaz mal sahibinin idare aleyhine açtığını ileri sürdüğü tapu iptali ve tescil davasının sonucunu beklemeden mahkemece davanın kabulüne karar verilmiş olmasında da bir isabetsizlik yoktur²⁶⁰.

Yine kanun vazgeçmeye ilişkin malik tarafından yapılacak olan ödemenin temerrüt faizi ile birlikte geri ödeneceğini belirtmişse de söz konusu temerrüdün hangi tarihten itibaren başlayacağı da önemlidir. İdarenin kamulaştırmaya ilişkin depo kararını verdiği tarihten mi yoksa tek taraflı olarak vazgeçtiğini malike bildirdiği tarihten itibaren mi kamulaştırma bedeline faiz ödettilereceği de açıkça kanunda belirtilmemiştir. Yargıtay 18. Hukuk Dairesi'nin konuya ilişkin verdiği emsal karar şu şekildedir.

Kamulaştırılan idarenin kamulaştırmadan vazgeçmesi üzerine davacı eski malikin bedelini ödeyerek taşınmaz malını geri almak istediğine göre; mahkemece öncelikle davalı idarenin kamulaştırma bedeli olarak davacıya ödediği tutarın karar verilebilecek tarihe kadar olan işleyecek faizi hesap ettirilip bu miktarla birlikte kamulaştırma bedelinin idareye geri verilmesi veya mahkeme veznesine depo ettirilmesi için davacı hissesinin tapusunun iptaline karar verilmesi gerekirken, doğrudan doğruya taşınmaz malın tapusunun iptali ve davacı adına tescili yolunda hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

Görüldüğü üzere Yargıtay Kararında da taşınmaz bedelinin malike ödenen kısmı için temerrüt faizinin karar geri alma davasında karar verilecek tarihe kadar hesaplanması gerektiği belirtilmişse de söz konusu faizin başlangıç tarihi konusunda net bir açıklama yapılmamıştır. Ancak hukuk mantığı gereği bu durumun sebepsiz zenginleşme benzeri bir durum olduğu da dikkate alındığında, idareye geri ödenmesi gereken bedelin temerrüt faizinin

²⁶⁰ Yargıtay 16. Hukuk Dairesi'nin 14.06.2005 tarihli 2005/3565 Esas 2005/6251 Karar sayılı kararı. <www.sinerjimevzuat.com.tr>

mülkiyet hakkı sahibine kamulaştırma bedelinin ödendiği tarihten itibaren olması gerektiği düşünülebilir.

Kamulaştırmadan vazgeçme kurumunun tek taraflı olarak idareye tanınması ve kamulaştırma işleminin kesinleşmesinin akabinde de yapılabilmesi durumu dahi göstermektedir ki, kamulaştırma konusunda olduğu gibi kamulaştırmadan vazgeçme konusunda da idareye tanınan yetkiler geniş kapsamlı olarak yorumlanmaktadır. Dava sürecinden sonra dahi idarenin kamulaştırmadan vazgeçmesinin mümkün olması, idarenin mülkiyet hakkı konusunda vatandaşın karşısında daha güçlü bir konumda olduğunu ve mülkiyet hakkının aslında diğer temel haklardan daha kolay ortadan kaldırılabileceğini açıkça göstermektedir.

3.4. Malikin Kamulaştırılan Taşınmazı Geri Alma Hakkı

Kamulaştırma Kanunu'nun 23. maddesi malike de kamulaştırmaya konu edilen taşınmazı geri alma hakkı tanıyan maddedir. “*Mal sahibinin geri alma hakkı*” başlıklı madde şu şekildedir:

MADDE 23: Kamulaştırma bedelinin kesinleşmesi tarihinden itibaren beş yıl içinde, kamulaştırmayı yapan idarece veya 22. maddenin dördüncü fıkrası uyarınca devir veya tahsis yapılan idarece; kamulaştırma ve devir amacına uygun hiçbir işlem veya tesisat yapılmaz veya kamu yararına yönelik bir ihtiyaca tahsis edilmeyerek taşınmaz mal olduğu gibi bırakılırsa, mal sahibi veya mirasçıları kamulaştırma bedelini aldıkları günden itibaren işleyecek kanuni faiziyle birlikte ödeyerek, taşınmaz malı geri alabilir.

Doğmasından itibaren bir yıl içinde kullanılmayan gerim alma hakkı düşer.

(Ek fıkra: 10/9/2014-6552/100 md.) Birinci ve ikinci fıkrada belirtilen süreler geçtikten sonra kamulaştırılan taşınmaz malda hakları bulunduğu iddiasıyla eski malikleri veya mirasçıları tarafından idareden herhangi bir sebeple hak, bedel veya tazminat talebinde bulunulamaz ve dava açılmaz.

Aynı amacın gerçekleşmesi için birden fazla taşınmaz mal birlikte kamulaştırıldığı takdirde bu taşınmaz malların durumunun bir bütün oluşturduğu kabul edilerek yukarıdaki fıkralar buna göre uygulanır.

Özel kanunlarda bu maddenin uygulanmayacağına ilişkin hükümler saklıdır. 1164 sayılı Arsa Ofisi Kanunu'na dayanılarak yapılan kamulaştırmalarda ve bu Kanunun 3. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen hallerde yapılacak kamulaştırmalarda bu madde hükmü uygulanmaz.

İdare tarafından kamulaştırılan taşınmaz kanun tarafından belirtilen sürede kamulaştırma amacına uygun olarak kullanılmazsa malikin söz konusu taşınmazı idareden kamulaştırma bedelini geri ödeyerek alma hakkı bulunmaktadır. “*Eğer kamulaştırılan*

taşınmaz belli bir süre içinde kamu yararı kararında belirtilen amaca tahsis edilmemiş ise, söz konusu taşınmazın boşu boşuna kamulaştırıldığı sonucu ortaya çıkar”²⁶¹.

Konuya ilişkin olarak Yargıtay tarafından verilen ilgili karar şu şekildedir.

...Yasada belirlenen 5 yıllık dava açma süresi ve bunu takip eden süre, hak düşürücü sürenin başlangıç ve bitimine ilişkin olup kamu düzenindendir. Bu sürelerin yorum yolu ile değiştirilmesi mümkün değildir. Ayrıca dava hakkının doğumu için aynı amaçla kamulaştırılan taşınmaz malların kamulaştırma bedellerinin kesinleşmesinden itibaren 5 yıl geçmesi gerekir. Mahkemece bu konuda da bir inceleme yapılmamıştır. Diğer taraftan davaya konu teşkil eden taşınmazdaki yapının eski hali ile bırakılması eski eser kaydından ileri gelmektedir. Eski eser niteliğindeki yapı Anıtlar Kurulu’nun müsaadesi çerçevesinde restore de edilmiştir. Binnetice davalı idarenin ihtiyarında olarak herhangi bir işlem veya tesisat yapılmaması unsuru da mevcut değildir. Açıklanan nedenlerle davanın reddi yerine kabulüne karar verilmesi doğru değildir²⁶².

İlgili Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararından da anlaşılacağı üzere, malikin kamulaştırılan taşınmazı geri almasına ilişkin süre kamulaştırma bedelinin kesinleştiği tarihten itibaren beş yıllık süreden sonra başlayacak olan bir yıllık hak düşürücü süredir. Kanun koyucu söz konusu süreleri hak düşürücü süre olarak belirlemekle söz konusu davada bu sürelerin hakim tarafından resen gözetilmesi gerekir, söz konusu süreler kamu düzenindendir. Yine kamulaştırılan taşınmazın hangi durumlarda geri alınacağını da kanun koyucu açıkça belirtmiştir. Söz konusu taşınmazın geri alınması için kamulaştırma kararı alınan taşınmaz üzerinde idare tarafından herhangi bir işlem ya da tesisat yapılmamış olması gerekmektedir. Burada idare tarafından yapılmamış olan işlem den anlaşılması gerekenin tam olarak ne olduğu belirtilmemiştir. Zira idare tarafından alınan kamu yararına uygun işlem tesis edilmemiş olması ancak idarece söz konusu taşınmaz üzerinde başkaca işlem gerçekleştirilmesi durumunda malikin geri alma hakkını kullanıp kullanamayacağına ilişkin olarak tam ve net bir ayırım yapılmamıştır. Kanun her ne kadar amaca uygun kullanımdan bahsetmişse de idare tarafından aynı taşınmazın başka bir amaçla kullanılması durumunda da söz konusu taşınmazın malik tarafından geri alınması mümkün olmamaktadır. Bu durum uygulamada da sorunlara sebebiyet vermeye devam etmekte, mülkiyet hakkının ortadan kalkması sonucunu doğurmaktadır.

²⁶¹ Gözler ve Kaplan, 2011, s. 730.

²⁶² Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’ nun 05.11.1997 tarihli ve 1997/5-654 Esas 1997/878 Karar sayılı kararı. <www.sinerjimevzuat.com.tr>

3.5. İdarenin Kamulaştırmadan Doğan Sorumluluğu

3.5.1. İdarenin Sorumluluğu Türleri

İdarenin sorumluluğunun ortaya çıkmasının idarenin sorgulanabilmeye başlanması ile yakın bir ilişkisi vardır. Zira devletin ya da gücü elinde bulunduran erkin sorgulanmadığı dönemlerde idarenin sorumluluğundan bahsedilemeyeceği de açıkça ortadadır.

Devletin sorumsuzluğu ilkesinin terk edilerek, devletin sorumluluğu ilkesine geçilmesinde Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi tarafından verilen 1 Şubat 1873 tarihli Blanco Kararı'nın²⁶³ büyük bir etkisi vardır. Bu karar ile devletin sorumsuzluğu ilkesi terk edilerek, yerine devletin sorumluluğu ilkesi kabul edilmiştir. Türkiye de ise; bu durum 1876 Kanun-i Esasisinden beri hukuk dünyasına girmişse de idari yargının sorumluluğunu denetleyen mekanizma olan Danıştay'ın 1961 Anayasası'na girmesi ile ivme kazanmıştır²⁶⁴.

Hukukun üstünlüğünü kabul eden her devlet, tüm faaliyetlerini devlet önünde hesap verebilir doğrulukta ve daha dikkatli icra etmek zorundadır. İdare eylem ve işlemlerini kamu hizmetinin niteliği gereği kesintisiz ve sürekli olarak yerine getirmeli ve bunu idare edilenlere sunmalıdır²⁶⁵.

İdarenin sorumluluğunun kabulü ile birlikte bu sorumluluğun dayanağının ve koşullarının ne olduğu tartışılmaya başlanmıştır. İdarenin sorumsuzluğu ilkesinden idarenin sorumluluğu ilkesine geçilirken özel hukukun etkisinde kalınarak, idarenin sorumluluğu önceleri kusura dayandırılmıştır. Ancak kamu adına işlem yapan idarenin çoğu zaman bu işlemi yerine getirirken kusurunun dahi bulunmaması zamanla kusursuz sorumluluğun da idarenin sorumluluk türleri arasında değerlendirilmesine neden olmuştur²⁶⁶.

²⁶³ Blanco Kararı'na konu olayda; “ Beş yaşındaki Anges Blanco, devlete ait Bordeaux tütün fabrikasında çalışan dört işçi tarafından yönlendirilen vagonun devrilmesi nedeniyle ağır bir şekilde yaralanır. Çocuğun babası, Fransız medeni Kanununun istihdam edenin sorumluluğu hakkındaki hükümlerine dayanarak adliye mahkemeleri önünde uğradığı zararın tazmini için devlete karşı tazminat davası açmıştır. Giriyonde Valisi tazminat istemiyle devlete karşı adli yargıda dava açılmayacağını ileri sürerek bu davaya karşı görev uyuşmazlığı kararı almıştır. Çıkan görev uyuşmazlığı üzerine dava , uyuşmazlık mahkemesine taşınır. Uyuşmazlık mahkemesi verdiği kararda gerçekleşen zararın bir kamu hizmetinin yürütülmesinden kaynaklandığını ve bunun genel mahkemelerin yetkisine girmediğini, davanın kamu hukuku esaslarına göre Devlet Şurası tarafından çözülmesi gerektiğini söyler. Karardaki en önemli husus, idari sorumluluk rejiminin otonomisini vurgulamasının yanında idarenin sorumluluğuna gidebileceğinin vurgulanmış olmasıdır.” Bkz. Balcı, Muharrem, vd. „Devletin (İdarenin) Hukuki Sorumluluğu, s. 6,7. <<http://www.muhammedbalci.com/hukukdunyasi/makaleler/birikimler/66.pdf> >

²⁶⁴ Gözler ve Kaplan, 2011, ss.742-743.

²⁶⁵ Şaşmaz, A. Pelin, İdarenin Sorumluluğu ve Danıştay Kararlarındaki Görünümüne Genel Bakış, Ekonomi İşletme ve Uluslararası İlişkiler Dergisi (Jebpir) (2), 2, 2016, s. 213.

²⁶⁶ Gözübüyük ve Tan, 2013, s. 646.

1982 Anayasası'nda da idarenin sorumluluğu ile ilgili çeşitli maddelere yer verilmiş olması, idarenin yaptığı faaliyetler sırasında ayrıca denetlenmesi mekanizmasının varlığını pekiştirerek vatandaşın aynı zamanda idare karşısında güçlenmesi sonucunu doğurmuştur. Nitekim 1982 Anayasası'nın 40. maddesi, *“Kişinin resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgiliye rücu hakkı saklıdır.”* şeklinde bir belirleme yaparak devletin yaptığı faaliyetler sırasında bireyin uğradığı zararlardan devletin mesul olacağını belirtmiştir. Yine 1982 Anayasası'nın 125. maddesinin 7. fıkrasında ise; *“İdare kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.”* denilmek suretiyle idarenin sorumluluğu bir kez daha vurgulanmıştır. Anayasa ilgili hükümlerinde idarenin mali ve hukuki sorumluluklarından bahsetmekle birlikte, bu çalışmada kamulaştırmanın bir idari işlem olması durumu da göz önüne alınarak idarenin kusur sorumluluğu ve kusursuz sorumluluğu incelenmiştir.

3.5.1.1.İdarenin Kusur Sorumluluğu

İdare hukuku, doktrin ve içtihatlarında, idarenin kusurlu sorumluluğunun sebebi olarak belirtilen *“kusur”* kavramı *“hizmet kusuru”* olarak algılanmış ve tanımlanmıştır²⁶⁷.

Hizmet kusurunun tam ve kapsamlı olarak bir tanımını yapmak zor olmakla birlikte genel olarak doktrinde hizmet kusuru, idarenin ifa ile mükellef olduğu herhangi bir kamu hizmetinin kuruluşunda, düzenlenmesinde veya teşkilatında, bünyesinde, personeline yahut işleyişinde bir takım aksaklık, hukuka aykırılık, eksiklik ve ihmalin ortaya çıkması şeklinde tanımlanmaktadır²⁶⁸.

Danıştay ise verdiği bir kararında hizmet kusurunu şu şekilde ifade etmiştir.

...idarenin yürütmekle yükümlü bulunduğu kamu hizmetinde, kuruluş işleyiş ya da personel açısından gereken emir ve talimatların verilmemesi, denetimin yetersiz olması hizmete tahsis edilen araç ve gereçlerin hizmet gereklerine uygun ve yeterli olmaması, gereken tedbirlerin alınmaması veya geç veya zamansız alınması gibi nedenlerle bir aksaklık, bozukluk, düzensizlik, eksiklik veya sakatlık meydana gelmiş ve oluştuğu ileri sürülen zararın da bundan kaynaklanmış olması gerekir²⁶⁹.

²⁶⁷ Gözler ve Kaplan, 2011, s. 749.

²⁶⁸ Bozdağ, Ahmet, İdare Hukukunda İdarenin Hizmet Kusuru ve Danıştay Uygulaması, Türk İdare Dergisi, Sayı 468, Eylül 2010, s. 36.

²⁶⁹ Danıştay 10. Dairesi' nin 17.10.1983 tarihli ve 1982/185 Esas ve 1984/83 Karar sayılı kararı. <www.sinerjimevzuat.com.tr>

Yargıtay ise hizmet kusurunu, “...*hizmetin olağan işleyişi içerisinde idarenin bir ya da daha çok görevlisine düşen ve fakat salt kişisel kusur olarak tanımlanmayan yanlışlıklar*”²⁷⁰ olarak ifade etmiştir.

Danıştay tarafından hizmet kusuruna ilişkin olarak kamulaştırma konusunda verilen bir karar ise şu şekildedir.

...Kanun koyucu kamulaştırma bedelinin doğrudan hak sahiplerine ödenmesi amacıyla düzenleme yapmıştır. Dostane çözüm yoluyla üzerinde uzlaşılan kamulaştırma bedelinin, davalı idarece taşınmazı kamulaştırılan hak sahibinin (davacının) adına ilgili bankaya yatırılması gerekmektedir. Davalı idarece, bu yasal zorunluluğa rağmen kamulaştırma bedeli davacı adına ilgili bankaya yatırılmamış, davacı avukatının kişisel banka hesabına yatırılmıştır. Böylece yasal zorunluluğun gereğini yerine getirmemiş olan davalı idarenin olayda hizmet kusuru bulunmaktadır. Kamulaştırma bedelinin bu şekilde avukatın kişisel banka hesabına yatırılmış olması nedeniyle doğan zararın davalı idarece tazmin edilmesi gerekir. Kamulaştırma bedelinin avukatın kişisel banka hesabına yatırılmış olması, bedelin davacıya ödendiği anlamına gelmeyeceği gibi idarenin hukuki sorumluluğunu da ortadan kaldırmayacaktır²⁷¹.

Görüldüğü üzere Danıştay Kamulaştırma bedelinin kanuna uygun olarak belirlenen hesaba yatırılmamasını hizmet kurusu olarak değerlendirmiş ve bunun sonucunda idarenin sorumluluğunun doğacağını belirtmiştir.

Yargıtay tarafında ise hizmet kusuruna ilişkin olarak kamulaştırma konusunda verilen bir karar ise şu şekildedir.

...Bu durumda mahkemece, konusunda uzman bilirkişi heyeti ile mahallinde keşif yapılarak, akarsu yatağındaki değişikliğin niteliği, kapsamı, etkileri ile sürekli nitelikte olup olmadığı tereddüde mahal bırakmayacak şekilde saptanarak, akarsu yatağındaki değişikliğin sürekli nitelikte olması durumunda, özel mülkiyete konu olamayacağı da göz önünde bulundurularak, taşınmazın kalıcı olarak su altında kalan bölümünün bedelinin 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu hükümlerine göre tespiti ile bedelinin davacıya verilmesine, yatak değişikliğinin geçici nitelikte olması durumunda ise idarenin hizmet kusurunun bulunduğu kabulü ile uyuşmazlığın idari yargıda çözülmesi gerektiğinden mahkemenin görevsizliğine karar vermek gerekirken eksik araştırmaya dayalı olarak yazılı gerekçe ile davanın reddine karar verilmiş olması doğru görülmemiştir²⁷².

²⁷⁰ Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 11.03.1997 tarihli ve 1996/12172 Esas ve 1997/6014 Karar sayılı kararı. <www.sinerjimevzuat.com.tr>

²⁷¹ Danıştay 10. Dairesi'nin 25. 06. 2010 tarihli ve 2009/8945 Esas ve 2010/5607 Karar sayılı kararı. <www.sinerjimevzuat.com.tr>

²⁷² Yargıtay 18. Hukuk Dairesi'nin 08. 05. 2014 tarihli ve 2014/2357 Esas ve 2014/8570 Karar sayılı kararı. <www.sinerjimevzuat.com.tr>

Söz konusu yüksek mahkemeler tarafından hizmet kusuruna ilişkin verilen kararlarda dikkate alındığında söz konusu değerlendirmenin somut olayın niteliğine göre ve somut olayda idarece yapılması gereken şeyin ya idarenin hareketsiz kalması suretiyle hiç yapılmadığı ya da kanuna idarece aykırı davranılması sebebiyle kişilerin zararının doğduğunun belirlenmesi suretiyle yapıldığı ortadadır.

İdarenin kusurlu sorumluluğunda yer alan kusur, hizmet kusuru olarak algılanmakla genel olarak üç halde hizmet kusurunun varlığı kabul edilir. Bunlar hizmetin kötü işlemesi, hizmetin geç işlemesi ve hizmetin hiç işlememesi halleridir²⁷³.

Yargıtay ise bu üç durumun hizmet kusuru olarak değerlendirilmesini bir kararında şu şekilde belirtmiştir. “...*Demiryolu yapmak ve işletmek davalı idareye kanun ile verilmiş bir görevdir. Bu işin yanlış düzenlenmesi, kötü yürütülmesi, kusurlu tertibi ve bunun sonucunda zarar doğması hukuki nitelikçe hizmet kusurundan doğan bir zarar niteliği taşımaktadır*”²⁷⁴.

3.5.1.1.1. Hizmetin Kötü İşlemesi

Hizmetin kötü işlemesi kavramı idarenin eylem ve işlemlerini gereği gibi yerine getirmemesidir. Esasen diğer hizmet kusur halleri olan hizmetin geç işlemesi ve hizmetin hiç işlememesi halleri de aslında hizmetin kötü işlemesi olarak değerlendirilebilir²⁷⁵.

Hizmetin kötü işlemesi ile ilgili olarak Danıştay tarafından verilen bir karar şu şekildedir.

... İdari eylem, idarenin işlemi sırasında bir hareketi, bir davranışı, bir tutumu veya hareketsizliği, idari karar veya işlemle ilgisi olmayan salt maddi tasarrufları ifade etmektedir. Söz konusu eylemlerin idariliği ve doğurduğu zarar bazen eylemin yapılmasıyla birlikte ortaya çıkarken, bazen de çok sonra ortaya çıkabilmektedir. Özellikle kamu görevlilerinin idari bir tasarruf yaparken, mevzuatın, üstlendiği ödevin ve yürüttüğü hizmetin kural, usul ve gereklerine aykırı olarak, kendisine izafe edilebilecek boyutta ve biçimde, ancak yine de resmi yetki, görev ve olanaklardan yararlanarak, onları kullanarak hareket ettiği bu nedenle de idaresinden tamamen ayrılmasını önleyen ve engelleyen görev kusurlarıyla doğan zararların tazmini istemiyle açılacak tam yargı davalarında eylemin idariliği, bazen ceza davalarıyla personelin şahsi kusuru sonucu mu yoksa görev kusuru sonucu mu zararın ortaya çıktığının belirlenmesinden sonra saptanabilmektedir²⁷⁶.

²⁷³ Evren, Ç. Can, Hizmet Kusuru- Haksız Fiil Ayrımı ve Yargı Düzeni, Türkiye Barolar Birliği Dergisi (95), 2011, s. 182.

²⁷⁴ Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 06.02.2006 tarihli ve 2005/3352 Esas 2006/3429 Karar sayılı kararı. <www.sinerjimevzuat.com.tr>

²⁷⁵ Şaşmaz, 2016, s. 218

²⁷⁶ Danıştay 15. Dairesi' nin 31.05.2016 tarih ve 2016/4241 Esas 2016/3896 Karar sayılı kararı. <www.sinerjimevzuat.com.tr>

Danıştay verdiği kararlarda, her somut olayı kendi içinde değerlendirerek hizmetin kötü işleyip işlemediğine karar vermektedir²⁷⁷. Yukarıda Danıştay tarafından verilen kararda aynı zamanda hizmet kusuru kişisel kusur ayrımı yapılmışsa da konunun idari bir işlem olan kamulaştırma işlemi olduğu da dikkate alınarak bu çalışmada kişisel kusur açısından herhangi bir değerlendirme yapılmamıştır.

3.5.1.1.2. Hizmetin Geç İşlemesi

İdarenin yürüttüğü kamu hizmetini tam olarak ve hukuka uygun olarak yürütmesi yeterli olmayıp idarenin aynı zamanda yürüttüğü hizmetleri zamanında ve gerekli hızda yapması zorunludur²⁷⁸. “*Hizmetin geç ya da yavaş işlemesi bir hizmet kusurudur*”²⁷⁹.

Konuya ilişkin olarak Danıştay tarafından verilen karar şu şekildedir.

...Kamu idarelerinin, görmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerini, yasalara, hukuka uygun hareket ederek ve yürütülen hizmetin özelliğine göre, makul sayılabilecek süre içerisinde yapmaları gerekir. Yürütmekle görevli olduğu hizmeti makul sayılabilecek süre içinde yapmayarak geciktiren idarenin hizmeti kusurlu işlediğinin kabulü zorunlu olup, hizmetin geç yürütülmesi sonucu kişilerin uğradığı zararın hizmet kusuru olan idarece tazmini gerektiği açık bulunmaktadır²⁸⁰.

İdarenin hizmeti görmesi için belirtilen kriterlerin kanunlarda açık düzenleme olarak yer aldığı durumlarda idarece belirtilen kriter ve belirtilen sürelerde işlemin yerine getirilmesi yoksa makul süreler içerisinde işlemin yerine getirilmesi gerekmektedir. İşlem eğer geç işlemişse hizmet kusurunun varlığı kabul edilir.

İşlemin geç işlemesine kamulaştırmada özellikle imar planı uygulaması çerçevesinde yapılan imar kamulaştırmalarında rastlanmaktadır. İdare söz konusu imar kamulaştırmasında, imar kamulaştırması iradesini açıklamakta ancak uzun yıllarca söz konusu imar uygulaması neticesinde meydana getirmesi gereken tesisi yapmamaktadır. İşte bu durum kamulaştırmada idare tarafından yapılan hizmetin geç işlemesi sebebine dayalı hizmet kusurudur.

²⁷⁷ Yine Danıştay tarafından ; “...yol çalışması sırasında gerekli uyarıcı işaret ve levhaların konulmamasını, gerekli tedbirlerin alınmamış olmasını, hastanede yapılan ve sonucu pozitif çıkan HIV Testinin sonucunun ikinci bir testle doğrulanmadan hastaya açıklanması vb. durumları” hizmetin kötü işlemesi durumları olarak değerlendirilmiştir. Bkz. Bozdağ, 2010, s. 40, 41.

²⁷⁸ Bozdağ, 2010, s. 43.

²⁷⁹ Gözübüyük ve Tan, 2013, s. 43.

²⁸⁰ Danıştay 10. Dairesi’ nin 01.05.1984 tarihli ve 1984/1041 Esas ve 1984/910 Karar sayılı kararı.

3.5.1.1.3. Hizmetin Hiç İşlememesi

Kamu hizmetlerini yürütmekle görevli olan idare, bu görevi yerine getirebilmek için birtakım yetkiler ile donatılmıştır. Bu durumda idarenin bağlı yetkisi²⁸¹ vardır denilir. İdare kendisine verilen bu yetkiyi kullanmamak ve harekete geçmemek suretiyle bireylere zarar verdiğinde bu zararlı sonuçtan sorumlu tutulur²⁸².

Danıştay'ın kamu hizmetinin hiç işlememesine yönelik olarak verdiği ilgili karar ise şu şekildedir.

...Kamu idareleri yapmakla yükümlü oldukları kamu hizmetlerini yürütürken hizmetin işleyişini düzenli olarak denetlemek ve hizmetin yürütülmesi sırasında gerekli önlemleri almakla yükümlüdür. İdarenin kendisine yüklenilen görevleri ve yetkileri ayrıcalık ve araçları kullanmayarak, bilerek ve düzenli bir şekilde zarara neden olması halinde; bu zararın idare hukukunun genel ilkelerinden olan açık hizmet kusuruna göre tazmini gerekmektedir²⁸³.

Hizmetin hiç işlememesi durumunda ilgili Danıştay kararında da görüldüğü üzere söz konusu idarece yapılması mecburi olan bir hizmetin hiç yapılmadığı görülmektedir. Kamulaştırmada hizmetin hiç işlememesine benzer en yakın hizmet kusuru, idare tarafından kamulaştırma kararı alınması gerekirken hiç kamulaştırma kararı alınmadan bireyin özel mülkiyetinde bulunan taşınmaz mala el atılması yani kamulaştırmasız el atma olarak düşünülebilir. Zira idare her türlü teknik yeterliliğe ve ödeneğe sahip olduğu halde herhangi bir kamulaştırma kararı almaksızın bireyin taşınmazına el atmakla hizmet kusuruna sebebiyet vermektedir. Ancak burada belirttiğimiz kamulaştırmasız el atma sırasındaki el atma fiilinden önceki kamulaştırma ve kamu yararı kararı alınmaması durumları hizmetin hiç işlememesi durumu olarak değerlendirilebilir. Zira idare kamulaştırdığı taşınmaza fiilen el attığı andan sonra artın idarenin sorumluluğu açısından kusurun aranması dahi genel hukuk uygulamaları çerçevesinde gereksiz hale gelmektedir.

3.5.1.2. İdarenin Kusursuz Sorumluluğu

İdare hukukunda asli ve birincil sorumluluk, idarenin kusurlu sorumluluğudur. İdarenin faaliyetlerinden doğan zararların, idare tarafından karşılanması için kusurun

²⁸¹281 İdarenin Bağlı Yetkisi: Bazı konularda hukuk düzeni, idareye belirli şart ve durumların gerçekleşmesi halinde belli bir çözüm şeklini uygulama ödevi yükler, Bu durumda idarenin bağlı yetkisinden söz edilir. İdareye bir tercih imkanı sağlanmamışsa idarenin bağlı yetkisi bulunmaktadır. Bkz. Seçkin, Sinan ve Üstün Gül, “İdari İşlemlerde Takdir Yetkisi ve Gerekçe İlkesi”, Mehmet Akif Aydın’a Armağan, s. 510. < <https://dergipark.org.tr> >

²⁸² <<https://www.anayasa.gov.tr/berberoğludevletin hukukisorumluluğu>>

²⁸³ Danıştay 10. Dairesi’ nin 13.09.1993 tarihli ve 1993/724 Esas ve 1993/3146 Karar sayılı kararı. <www.sinerjimevzuat.com.tr>

aranmaması durumunda idarenin kusursuz sorumluluğundan bahsedilir. İdarenin kusursuz sorumluluğu, idarenin kusur sorumluluğundan farklı olarak; idari işlem veya eylem sırasında idarenin kusurunu dahi aramadan sorumlu olması sonucunu doğurmaktadır ki, bu durumda kusuru dahi ispatlaması gerekmeyen bireyin daha lehinedir²⁸⁴.

Kusursuz sorumluluğun başlıca özellikleri arasında bu sorumluluğun prensip değil istisna olması ile yine bu sorumlulukta kusur kavramının dahi aranmaması gelmektedir. Zarar gören birey bu sorumlulukta kusuru ispatlamadan dahi tazminata hak kazanabilir. Yine kusursuz sorumluluk kamu düzenine ilişkin olduğundan her aşamada ileri sürülebileceği gibi mahkeme tarafından da resen gözetilmelidir²⁸⁵.

Kusursuz sorumlulukta kendi içerisinde çeşitli ayrımlara tabi tutulmaktadır. Bunlar risk ilkesi ve fedakarlığın denkleştirilmesi ilkeleridir. Danıştay tarafından kusursuz sorumluluk ilkesinden yola çıkılarak verilen kararlarda “*adalet, risk, hakkaniyet ve nesafet ve kamu külfetleri karşısında eşitlik*” gibi ilkelere yer verildiği görülmektedir. Dolayısıyla Danıştay da kusursuz sorumluluk konusunda net bir belirleme yapmamıştır²⁸⁶.

3.5.1.2.1. İdarenin Risk Sorumluluğu

İdarenin bazı faaliyetleri tehlike içermektedir. Burada söz konusu olan idarenin tehlike taşıyan faaliyeti ve kuruluşu dolayısıyla sorumluluğudur. Böyle durumlarda idarenin dahi engelleyemeyeceği çeşitli zararlar ortaya çıkabilir²⁸⁷.

Risk sorumluluğunun doğabilmesi için ortada bir tehlikenin varlığı şarttır. Yine risk sorumluluğuna yol açan eylemin herkesin karşılaması gereken muhtemel bir risk olmaması, belli kişilere yönelmiş olması gerekmektedir²⁸⁸.

Risk ilkesi de kendi içerisinde mesleki risk ilkesi ve sosyal risk ilkesi olarak çeşitli ayrımlara tabi tutulmaktadır.

Sosyal risk ilkesi, insanların birlikte yaşamalarından kaynaklanan kaçınılmaz tehlikeye dayandırılmaktadır. Sosyal risk sorumluluğunun özelliği diğer kusursuz sorumluluk

²⁸⁴ Dilaveroğlu, Arzu, İdarenin Kusursuz Sorumluluğu Çerçevesinde Tehlike ve Sosyal Risk İlkesi, Tarih Kültür ve Sanat Araştırmaları Dergisi (6) 3, Karabük 2017, s. 1365, 1366.

²⁸⁵ Gözler ve Kaplan, 2011, s. 761, 762.

²⁸⁶ Çağlayan, Ramazan, Risk İlkesi Gereğince İdarenin Kusursuz Sorumluluğu Bağlamında Sosyal Risk İlkesi, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, 2009, s. 453, 454.

²⁸⁷ Gözübüyük ve Tan, 2013, s. 666.

²⁸⁸ Dilaveroğlu, 2017, s. 1373.

ilkelerinden farklı olarak zarar ile idari faaliyet arasında illiyet bağının aranmaması olarak belirtilebilir²⁸⁹.

Mesleki risk ilkesi, kamu görevlilerini ilgilendiren bu risk grubunda kamu görevlilerinin yürüttükleri hizmet dolayısıyla çeşitli zararlara uğrayabilecekleri genel görüş olarak kabul edilir²⁹⁰. Konuya ilişkin olarak Danıştay tarafından verilen karar ise şu şekildedir.

...İdare kamu hizmetinin yerine getirilmesi sırasında hizmetin işleyişinden ve düzenlenişinden kusuru olmasa bile kamu ajanının kendi kişisel kusurundan doğmamış olmak koşuluyla kamu ajanının çalışma gücündeki eksilme nedeniyle ortaya çıkan maddi zararı kusursuz sorumluluk ilkesine göre gidermekle yükümlüdür²⁹¹.

3.5.1.2.2. Kamu Menfaatleri Karşısında Eşitlik (Menfaatlerin Denkleştirilmesi)

Bu ilke idarenin kamu yararı düşüncesiyle yaptığı hizmetler dolayısıyla, idareye yükletilecek bir kusur olmadan ya da bünyesinde bir tehlike taşımadan kimilerinin özel bir zarara uğramasına sebep olabilir²⁹².

Bu ilke nimetlerinden tüm toplum tarafından yararlanılan idarenin eylem ve işlemlerinden doğan külfetlerin sadece belli kişi ya da kişilerin üstüne kalması durumunda bu kişi ya da kişilerin üstüne kalması durumunda bu kişi ya da kişilerin uğradıkları zararlardan idarenin kusuru olmasa bile sorumlu tutulmasıdır. Örneğin kamulaştırmanın ancak taşınmaz malın gerçek karşılığının peşin ödenmesi şartıyla gerçekleşmesi altında bu ilke yatmaktadır.

Mesela idare şehirlerarası bir karayolu yapımı sırasında bir vatandaşın taşınmazına kamu yararı gereğince kamulaştırma yapmadan el dahi el koyabilir ve buna taşınmaz malikinin kamu menfaatine katlanması gerektiği düşünülebilirse de bu durum hakkaniyetten uzak olur. Zira belirtilen yoldan tarla sahibi dışında herkes de geçecektir. Bu durumda yolun nimetinden herkes yararlanacak ancak külfetine tek kişi katlanacaktır. İşte bu durum hakkaniyet ve nesafetle bağdaştırılamayacağından taşınmaz sahibinin taşınmazına ilişkin olarak gerçek bedelin tarafına ödenmesi gerekmektedir²⁹³.

Danıştay'ın ise konuya ilişkin verdiği bir karar şu şekildedir.

²⁸⁹ Çağlayan, 2009, s. 470.

²⁹⁰ Gözler ve Kaplan, 2011, s.

²⁹¹ Danıştay 10. Dairesi'nin 23.06.1999 tarihli 1997/2596 Esas ve 1999/3650 Karar sayılı kararı. <www.sinerjimevzuat.com.tr>

²⁹² Gözübüyük ve Tan, 2013, s. 667.

²⁹³ İdarenin Kusursuz Sorumluluğu, <www.aghukuk.org>

...Kamu hizmetlerinin yürütülmesi sırasında bu hizmetle ilgili olarak genel külfetlere ve özel mülkiyete verilen zararların eylem ve zararlı sonuç arasında nedensellik bağının bulunması ile ayrıca idarenin hizmet kusuru aranmadan hizmet sahibi idarelerce tazmin edilmesi hukukun genel ilkeleri hakkaniyet ve nesafet kuralları gereğidir²⁹⁴.

3.5.2. Kamulaştırma İşleminin İdarenin Sorumluluğu Açısından Değerlendirilmesi

Sorumluluk ilkesi gereğince idare tarafından yapılan kamulaştırma işlemi neticesinde, idarenin sorumluluğunun olduğu açıktır. Ancak bu sorumluluğun hangi tür sorumluluk olduğuna ilişkin ne Kamulaştırma Kanunu'nda ne de Anayasa da herhangi bir açık hüküm yer almamaktadır.

Kamulaştırma yukarıda açıkça belirtilen sorumluluk türlerinden kural olarak kusursuz sorumluluk ilkesinin kamu külfetleri karşısında eşitlik (menfaatlerin denkleştirilmesi) içinde yer almaktadır. Kamulaştırma işleminin kamu yararı düşüncesiyle yapılması bu durumun en önemli kanıtıdır. Kamu kurumu söz konusu kamulaştırma işlemini toplumun yararına yapmakta ve bu işlem neticesinde mülk sahibine belli bir bedel ödemekte olduğundan menfaatlerin iki taraf içinde denkleştirildiği söylenebilir²⁹⁵. Malikin hukuken korunan değerlerinde azalma meydana getiren idare, kaybı gidermek zorunda olduğu gibi malike de uğradığı zararı giderebilme için talep yetkisi verilmiştir. Burada denkleştirme sadece hukuka aykırı ve zarar verici fiillerle sınırlanmamış sosyal yaşamın zorunlu kıldığı tehlikeli faaliyetleri yürütenler de tehlikeli davranışlarından doğan zararlardan kusurları bulunmasa dahi sorumlu tutulmuşlardır²⁹⁶. Kamu menfaatleri karşısında eşitlik ilkesinden kaynaklanan sorumlulukta aslında kamu yararı amacıyla yapılan bir faaliyetin (yol, bina, köprü, baraj vb.) olumsuz sonuçlarına belirli kişi veya kişilerin katlanmak zorunda kalması adil olmayacağı için idare kusursuz olmasına rağmen sorumlu tutulur²⁹⁷.

Ancak yine de idarenin kamulaştırma işleminden kaynaklanan sorumluluğunu her olay için farklı değerlendirmek gerekmektedir. Kamulaştırılan taşınmazın, eski malik tarafından

²⁹⁴ Danıştay 10. Dairesi'nin 22. 05. 1985 tarihli ve 1982/3322 Esas ve 1985/1065 Karar sayılı kararı. <www.sinerjimevzuat.com.tr>

²⁹⁵ Tahtalı, M. Buğra, Kamulaştırılan Taşınmazın Geri Alınmasında Eski Malikin Bedel Ödeme Yükümlülüğünün İdare Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, 2. Uluslararası Battalgazi Multidisipliner Çalışmalar Kongresi Tam Metin Kitabı, 2019, s. 593, 594.

²⁹⁶ Oğuz, Cemal, Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi Uyarınca Taşınmaz Malikin Sorumluluğu, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, 2009, s. 209. <http://webftp.gazi.edu.tr/mwinternal/de5fs23hu73ds/progress?id=jMWrr3aEkUtRGblsZitWM5jZusdkWsav_Mm0NUFOE-A8> (15.01.2019)

²⁹⁷ Gürgöz, Oğuzcan, İdarenin Bayındırlık Hizmetleri Sebebiyle Zarar Verdiği Kişilere Karşı Kusursuz Sorumluluk Yükümlülüğü, <<http://www.ozgunlaw.com/tr-TR/HDetay/idarenin-bayindirlik-hizmetleri-sebebiyle-zarar-verdigi-kisilere-karsi-kusursuz-sorumluluk-yukumlulugu-334.html>> (12.09.2019)

geri alınabilmesinde, idare tarafından yıllarca kamulaştırma işlemine başlanmaması durumu da dikkate alındığında idarenin söz konusu hizmetin işlemesi yönünde olumlu bir çaba sarf etmediği ve bu sebeple hizmetin hiç işlememesi türünde idarenin hizmet kusurunun doğduğu açıktır²⁹⁸.

Yine kamulaştırma yapması gereken idarenin, taşınmaza fiilen el atması durumunda meydana gelen kamulaştırmasız el atma işleminde idarenin sorumluluğunun kamu yararı kararı alınması bakımından hizmetin hiç işlememesi niteliğinde olduğu düşünülebilir.

İdare söz konusu kamulaştırma işleminden kaynaklanan sorumluluğunu mülkiyet hakkı elinden alınan mülk sahibine bir bedel ödemekle giderme yoluna gitmekte ise de; söz konusu bedelin belirlenmesi konusunda halen ortak bir uygulamanın olmaması mülkiyet hakkının ihlaline sebebiyet vermeye devam etmektedir.

²⁹⁸ Tahtalı, Kamulaştırılan Taşınmazın Geri Alınmasında Eski Malikin Bedel Ödeme Yükümlülüğünün İdare Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, 2019, s. 593.

SONUÇ

Çalışmamızın ilk bölümünde mülkiyet hakkı terminolojisi, mülkiyet hakkı tanımı ve mülkiyet hakkının tarihsel gelişimi incelenmiştir. Tarihsel olarak mülkiyet hakkı ise; çalışmamızın ilk bölümünde hem Türk Hukuku hem de yabancı hukuk sistemlerinde incelenmiş olup; söz konusu bölümde yine hukuk sistemleri arasındaki farklılıklar belirtilmiştir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde ise, kamulaştırma terminolojisi, kamulaştırma hakkı kavramı ve kamulaştırmanın tarihsel süreç içerisindeki gelişimi incelenmiş olup; söz konusu incelemelerde özellikle yargı kararlarından yararlanılmıştır. Kamulaştırmanın bu başlık altında özellikle yargı kararları ile ele alınmasının nedeni kamulaştırma hukukunun özellikle içtihatlar vasıtası ile gelişmiş olmasıdır.

Çalışmamızın son bölümünde ise, kamulaştırma işleminin yine unsurlarından bahsedilmiş ve söz konusu işlemin bir idari işlem olması sebebiyle hangi unsurları taşıması gerektiği açıklanmaya çalışılmıştır. Bu bölümde verilen yargı kararlarında ise özellikle mülkiyet hakkının bir idari işlem olan kamulaştırma işleminden ne surette etkilendiği belirtilmiştir. Kamulaştırma kararının bu bölüm altında nasıl ve ne şekilde kim tarafından alındığı belirtilerek, yine bu işlemin ne surette mülk sahibine ulaştığı açıklanmaya çalışılmıştır. Zira çalışmamızda da özellikle belirtildiği üzere, kamulaştırma işlemi, idari olarak her ne kadar uzun bir süreci kapsamaktaysa da bu işlemin mülkiyet hakkına etkisi ancak bu işlemin malike bildirilmesi ile başlamaktadır.

Çalışmamamızın asıl amacı malikin kamulaştırma adı altında el atılan taşınmazına ilişkin olarak malike tam bir tatmin olanağı sunulup sunulmadığının tespitidir. Ancak taşınmaz sahibinin taşınmazının karşılığında taşınmazının gerçek bedeline kavuşup kavuşmadığına ilişkin tam ve net bir belirleme yapılamamaktadır. Bu durumu aslında kamulaştırma kurumunun bir noktadan sonra içtihat hukuku ile gelişmesi ile açıklayabiliriz. Yine kamulaştırmaya ilişkin içtihat hukukunun önemli yer tutmasının yanı sıra ayrıca söz konusu kavramın ön koşulu niteliğinde bulunan kamu yararı kavramının her somut olayda farklı değerlendirilmesi idarenin malikin mülküne el atmasını meşrulaştırmasını da kolaylaştırmaktadır. İşte bu noktada malikin mülküne ilişkin temel hakkının bir idari tasarrufla ortadan kaldırılabilirdiği söylenebilirse de, Anayasa'nın mülkiyet hakkına ilişkin düzenlemesinden bu hakkın ancak kanun yolu ile sınırlanabileceği belirtilmiştir.

Kamulaştırma işleminin özellikle içtihat hukukundan faydalanılarak geliştirilmeye çalışılması yine söz konusu somut olaylarda bilirkişiler tarafından farklı değerlendirmelerin ortaya konulması uygulamada birlik yaratılmasını engellediği gibi malikin mülk kaybının da nasıl ve ne şekilde giderileceğine ilişkin olarak aklında soru işaretleri yaratmaktadır. Devlet karşısında mülkiyet gibi bir temel hakkın nasıl ve ne şekilde kısıtlanabileceğinin ve bu kısıtlama karşısında malike nasıl bir tatmin sağlanabileceğinin kamulaştırma işlemi gerçekleştirilmeden malik tarafından bilinmesi gerekmektedir. Ancak bu konuda hem Anayasa’da hem de Kamulaştırma Kanunu’nda tam ve net bir belirleme yapılmadığı gibi objektif kriterler de öngörülmemiştir. Kamulaştırma davalarında ise her bir somut olayda bilirkişilerin farklı değerlendirme ölçütlerinden yararlanması ve yine söz konusu bilirkişilerin bu konuda yeterli ve teknik özelliklere sahip olmaması bireyin mülkiyet hakkının ortadan kalkmasına sebebiyet vermektedir.

Türk Hukuk Sisteminde ve karşılaştırmalı hukukta kamulaştırma yolu ile mülkiyet hakkı sınırlandırılması yoluna gidilmektedir. Hatta bu durum Türk Hukukunda olduğu gibi bir çok hukukta en yüksek norm olarak kabul edilen Anayasalara da konu edilmiştir. Bu sebeple yaşama hakkından sonra en temel hak olarak görülen ‘Mülkiyet Hakkı’ nın yine yasalarca kısıtlanması doktrin tarafından eleştirilmiş ve kamulaştırma yapan idarenin yetkisini nasıl kullanması gerektiğine ilişkin çeşitli görüşler ortaya çıkmıştır. Konuya ilişkin olarak en yüksek mahkeme niteliğinde görülen İHAM tarafından da herhangi net bir belirleme yapılamamış olup bu duruma ilişkin söz konusu yüksek mahkeme belirleme yetkisini üye devletlerin iç hukukuna bırakmıştır. Ancak gelinen noktada kamulaştırma ve mülkiyet hakkına ilişkin olarak üye devletlerce de tam bir pazar değeri belirlemesi yapılamamış olup; devletler de söz konusu duruma ilişkin olarak çeşitli kriterler belirleme yoluna gitmektedirler.

Türk hukukunda ise Anayasa’ya özellikle ‘gerçek karşılık hakkı’ kavramının girmesiyle kamulaştırma bedeline ilişkin olarak yeni ve soyut bir kavram oluşturulmuş ancak kavramın içi hala doldurulamamıştır. Bu sebeple kamulaştırmanın mülkiyet hakkına etkisinde Türk Hukuk sistemi içtihat hukukundan yararlanmaya devam etmekte ve içtihatlar ile gerçek karşılık hakkının nasıl ortaya konulacağını belirlemeye çalışmaktadır. Zira mülkiyet hakkının ortadan kalkması durumunda malikin zararının giderilmesi, bir temel hakkın ortadan kaldırılmasını yumuşatacak ve temel haklara ilişkin olan korumayı devam ettirecektir. Asıl amaç malikin mülkiyetinden doğan bedelin karşılanması olmamalıdır, asıl amaç malikin bir temel hak olan mülkiyet hakkının ortadan kaldırılması karşısında malike bu hakka ilişkin tam bir koruma sağlamak olmalıdır. Bu sebeple Amerikan Hukukunda kamulaştırma bedeli

belirlenmesi yapılırken manevi olarak malikin zararının giderilip giderilmeyeceği bir olay üzerinden tartışılmışsa da, manevi bir zarar belirlenmesi yapılması pek de m¼mk¼n g¼z¼kmemektedir. Gelineen noktada içtihat hukukuluğunun kamulaştırmanın m¼lkiyet hakkı kısıtlaması bağlamında bu kadar gelişmesi durumu dahi konuya ilişkin yeni yasaların yapılmasını ve bu sebeple somut ölç¼tlerin oluşturulması gerektiğinin açık bir göstergesidir. Kamulaştırma ile yok edilen sadece m¼lk değil aynı zamanda bir temel hak olduğundan bu temel hakkın mutlaka korunması ve malike bu koruma karşılığında tam bir tazmin belirlenmesi yapılması gerekmektedir.



KAYNAKÇA

Akad, Mehmet ve Dinçkol, Abdullah, 1982 Anayasası ve Anayasa Mahkemesi Kararları, Der Yayınları, İstanbul 2007.

Akça, Kürşat, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Mülkiyet Hakkı”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı*, 2015, (1), s. 543-596.

Akgüner, Tayfun ve Erman, Hasan, “Kamulaştırmada Son Gelişmeler ve Malikin Geri Alma Hakkı”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, (1), s. 233-241.

Aktan, C. Can, Hak ve Özgürlükler Antolojisi, Hak İşçi Sendikaları Konfederasyonları Yayınları, Ankara 2000.

Akyılmaz, Bahtiyar, vd., Türk İdare Hukuku, (1. Baskı), Seçkin Yayınları, Ankara 2011.

Aydoğan, Metin, Selçuklu ve Osmanlılarda Toprak Düzeni-1,

<http://www.guncelmeydan.com/pano/selcuklu-ve-osmanlilarda-toprak-duzeni-1-2-metin-aydogan-t38721.html> > 17.09.2019.

Aydoğdu, Murat, “Orta Çağ Feodal Mülkiyet Anlayışı ve Osmanlı Hukukundaki Toprak Sisteminin Türk Hukukundaki Tarımsal İşletmelerin Mirasçılara Özgülenmesine Etkileri”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016/17, (2), s.1-26.

Başpınar, Veysel, “Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Mülkiyet Hakkı Teminatı”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016/65, (3), s. 633-658.

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

Beydoğan, Ayhan, “Türk Hukukunda İmtiyaz Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği: 406 ve 5809 Sayılı Kanunlar Açısından Değerlendirilmesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2011/4, s. 113-135.

Bozdağ, Ahmet, “İdare Hukukunda İdarenin Hizmet Kusuru ve Danıştay Uygulaması”, *Türk İdare Dergisi*, , 2010, (468), s. 33-48.

Böke, Veli, Kamulaştırmaz El Atma Davaları, Seçkin Yayınları, Ankara 2006.

Çağlayan, Ramazan, “Kamulaştırma İşleminin İptali ve Mülkiyetin Akıbeti”, *İstanbul*

Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 2011/1, (1-2), s. 453-466.

Çağlayan, Ramazan, “Risk İlkesi Gereğince İdarenin Kusursuz Sorumluluğu Bağlamında

Sosyal Risk İlkesi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi sorumluluk ve tazminat hukuku sempozyumu (28-29 Mayıs 2009)*, Ankara: Gazi Üniversitesi, Ankara 2009, s. 451-495.

Çelebican, Özcan Karadeniz, Roma Hukuku, (15. Baskı), Yetkin Yayınları, Ankara 2012.

Çelik, M. Sıtkı, “Mülkiyet Hakkı ve Kamulaştırma- Türk İdari Yargı Uygulamasının

Mülkiyet Hakkı ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında İrdelenmesi”,

http://www.imarkadastro.com/userfiles/file/Dokuman/MSCelik_kamulastirma_idari.pdf.> 02.02.2019.

Demir, Mustafa, “Türk-İslam Medeniyetinde Şehirleşme”, *İslami Araştırmalar Dergisi*,

2003/16, (1), s. 156-165.

Dilaveroğlu, Arzu, “İdarenin Kusursuz Sorumluluğu Çerçevesinde Tehlike ve Sosyal Risk

İlkesi”, *Tarih Kültür ve Sanat Araştırmaları Dergisi*, 2017/6, (3), s. 1365-

1380.

Doğan, İlyas, Sivil Toplum Anlayışı ve Siyasal Sistemler, (4. Baskı), Astana Yayınları,

Ankara 2015.

Doğan, İlyas, Anayasa Teorisi, (1. Baskı), Lale Yayıncılık, Ankara, 2014.

Ersoy, Melih, İmar Planı Uygulamalarında Düzenleme İşlemi- Mekan Planlama Ve Yargı

Denetimi, Yargı Yayınevi, Ankara 2000.

Ejder, Yılmaz, Öğrenciler İçin Hukuk Sözlüğü, (4. Basım), Yetkin Yayınları, Ankara 2010.

Engindeniz, Sait vd., Tarım Arazilerinin Kamulaştırma Bedellerinin Saptanmasında Gelir

- Yönteminin Uygulanmasıyla İlgili Anlaşmazlıklar, TMMOB Harita ve Kadastro Mühendisleri Odası 15. Türkiye Harita Bilimsel ve Teknik Kurultayı, Ankara 2015.
- Erdem, J. Gül, “Ölçülülük İlkesinin İdarenin Takdir Yetkisinin Kullanımındaki Yeri”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013/62, (4), s. 971-1005.
- Eren, Fikret, Mülkiyet Kavramı-A. Recai Seçkin’e Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1976.
- Evren, C. Çınar, Hizmet Kusuru- Haksız Fiil Ayrımı ve Yargı Düzeni, “*Türkiye Barolar Birliği Dergisi*”, 2011, (95), s. 175-196.
- Gemalmaz, Burak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı, Beta Yayınları, İstanbul 2009.
- Gemalmaz, Burak, Mülkiyet Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-6, <<https://docplayer.biz.tr/117456089-Mulkiyet-hakki-anayasa-mahkemesine-bireysel-basvuru-el-kitaplari-serisi-6-doc-dr-h-burak-gemalmaz.html>> 05.03.2019.
- Gişi, M. Burcu, “İdare Hukukunda Yorum ve İdari Uyuşmazlıkların Çözümünde ve Yorumlanmasında Hukuk Devleti İlkesinin Yeri ve Önemi”, *Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 2016/9, (2), s.215-231.
- Gözler, Kemal, Hukukun Temel Kavramları, (7. Baskıdan 2. Ek Baskı), Ekin Yayınları, Bursa 2010.
- Gözler, Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Esasları, (2. Baskıdan Tıpkı Ek Baskı), Ekin Yayınları, Bursa 2011.
- Gözler, Kemal, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2011.
- Gözler, Kemal ve Kaplan, Gürsel, Türk İdare Hukuku Dersleri, (11. Baskıdan Tıpkı Ek

- Baskı), Ekin Yayınları, Bursa 2011.
- Göven, Yusuf, “Kamulaştırma İşlemlerinde Kamu Yararı”, *Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 1999, (1) ,s.247-262.
- Gözübüyük, Şeref ve Tan, Turgut, İdare Hukuku- İdari Yargılama Hukuku, (6. Baskı), Turhan Kitabevi, Ankara 2013.
- Gözübüyük, Şeref ve Kili, Suna, Türk Anayasa Metinleri, (2. Baskı), Ankara 1982.
- Grgic, Aida vd., Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları-Numara 10, çev. Abdülcelil Kaya, İnsan Hakları ve Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü, Belçika 2007.
- Gül, İbrahim, “Danıştay Kararlarında Kamu Yararı Kavramı”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2014, (2), s. 535-550.
- Günday, Metin, İdare Hukuku, İmaj Yayınları, (10. Baskı), Ankara 2011.
- Gürgöz, Oğuzcan, İdarenin Bayındırlık Hizmetleri Sebebiyle Zarar Verdiği Kişilere Karşı Kusursuz Sorumluluk Yükümlülüğü, < <http://www.ozgunlaw.com/tr-TR/HDetay/idarenin-bayindirlik-hizmetleri-sebebiyle-zarar-verdigi-kisilere-karsi-kusursuz-sorumluluk-yukumlulugu-334.html>> 12.09.2019.
- Güriz, Adnan, Teorik Açıdan Mülkiyet Sorunu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1969.
- Güriz, Adnan, Hukuk Başlangıcı, (13. Baskı), Siyasal Kitabevi Yayınları, Ankara 2011.
- Hacak, Hasan, “İslam Hukuk Düşüncesi Özel Mülkiyet Anlayışı”, *Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 2005/2, (29), s.99-120.
- Hasoğlu, Aynur, “Danıştay Kararları Işığında İdare Hukukunda Sebep İkamesi Kavramı”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019/14, (1), s.147-173.
- Hayran, Seyit, “Kamulaştırma Bedelinin Takdirinde Arsa Arazi Ayrımı”, *Yaklaşım Dergisi* 2012/1, (230), s.635-643.

Hayta, M. Ali, “Kamulaştırma Davalarında Tebligat”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2009, (3), s. 73-92.

Kabasakal, Pelin, Mülkiyet Hakkı, Kamulaştırma ve Kamulaştırmaz El Atma,

<<http://www.pykhukuk.com/mulkiyet-hakki-kamulastirma-ve-kamulastirmasiz-el-atma>> 11.01.2019.

Kalabalık, Halil, İmar Hukuku Dersleri, (7. Baskı), Seçkin Yayınları, Ankara 2015.

Karabağ, Emel, Kamulaştırmaz El Atma Davaları ve Yargıtay İçtihatları,

< <http://www.turkhukuksitesi.com/showthread.php?t=62863>> 13.11.2017.

Karagöl, Ömer, *Kamulaştırma Davalarında Bedel Tespiti Esasları* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2009.

Kaya, Cemil, İdarenin Takdir Yetkisi ve Denetimi, Onikilevha Yayınları, İstanbul 2011.

Kucur, S. Sadi, Türkiye Selçuklularında Devlet Yönetimi

<https://www.academia.edu/34735706/KUCUR_Sadi_S._T%C3%BCrkiye_Sel%C3%A7uklular%C4%B1nda_Devlet_Y%C3%B6netimi_2015.pdf> 15.04.2019.

Küçükbaşakçı, Erdem, *Roma Hukukunda Mülkiyet Hakkının Sınırları* (Yayımlanmamış

Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2010.

Kılıç, Osman, “Kamulaştırma Davalarında Arsa Arazi Ayrımı”, *Akdeniz Üniversitesi Ziraat Fakültesi Dergisi*, 2011/24, (1), s.15-18.

Mengi, Ayşegül ve Duru, Bülent, Kamulaştırmanın Çevreye Etkileri Üzerine Bir

Değerlendirme, Kamu Yatırımları İçin Arazi Edinimi ve Kamulaştırma Sempozyumu-

Uluslararası Katılımlı, 14-18 Haziran 2010, Ankara,

<https://www.academia.edu/3382239/Ay%C5%9Feg%C3%BCl_Mengi_B%C3%BClent_Duru_Kamula%C5%9Ft%C4%B1rman%C4%B1n_%C3%87evreye_Etkileri_%C3%9Czerine_Bir_De%C4%9Ferlendirme> 18.03.2019.

Nohutçu, Ahmet, İdare Hukuku, (14. Basım), Savaş Kitap ve Yayınevi, Ankara 2015.

Oğuz, Cemal, Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi Uyarınca Taşınmaz Malikinin

Sorumluluğu, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, 2009, s. 209-217,

<http://webftp.gazi.edu.tr/mwinternal/de5fs23hu73ds/progress?id=jMW3aEkUtRGblsZitWM5jZusdkWsav_Mm0NUFOE-A8, > 15.01.2019.

Onar, S. Sami, İdare Hukukunun Temel Esasları, (3. Baskı), Hak Yayınevi, İstanbul 1966.

Örücü, Esin, Taşınmaz Mülkiyetine Bir Kamu Hukuku Yaklaşımı, İstanbul Üniversitesi

Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1976.

Özdemir, Gürbüz, “Batıda ve Türklerde Egemenlik Kavramı”, *Dumlupınar Üniversitesi*

Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 2009, (23), s. 123-137.

Özel, Sadullah, Mülkiyet Kamulaştırma ve Gerçek Karşılık Hakkı, Yetkin Yayınları, Ankara

2013.

Özel, Sadullah, “Tarımsal Arazilerde Kamulaştırma Bedelinin Tespitine Yönelik Yasal

Ölçütlerin Mülkiyet Hakkı Açısından İncelenmesi”, *Batman Üniversitesi Yaşam*

Bilimleri Dergisi, 2015/5, (1), s. 162-181.

Özel, Sadullah, “Kamulaştırma Gerçek Karşılık Hakkı ve Pazar Değeri”, *Türkiye Barolar*

Birliği Dergisi, 2013, s. 93-128, < <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2013-109-1323>> 05.05.2019.

Pilon, Robert, “Mülkiyet Haklarının Anayasal Korunması Amerika ve Avrupa”, çev. Ulvi

Altınışik, *Küresel Bakış Dergisi* (1/1), < <http://www.acarindex.com/kuresel-bakis/vol/1888> > 03.04.2019.

Saraç, Osman, “Kamu Yararı Kavramı”, *Maliye Dergisi*, Ankara, 2002, (139), s. 16-26, <

<https://dergipark.org.tr/tr/pub/auhfd/issue/42461/511453>> 11.03.2019.

Sarı, Gürbüz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ek 1. Protokole Göre Malvarlığı Haklarının

- Korunması, (2. Baskı), Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2010.
- Seçkin, Sinan ve Üstün, Gül, “İdari İşlemlerde Takdir Yetkisi ve Gerekçe İlkesi”, *Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Ankara, 2015/21, (2), s. 509-533.
- Sert, Gazi, Kamulaştırma İşlemleri, Mevzuat Takip Sistemi,
<<https://mevzuattakip.com.tr/mevzuat/imar-barisi-imar-affi>>04.02.2019.
- Seyhan, Serkan, “Roma Hukuku’nda Kamulaştırma”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2017/23, (3), s. 323-341.
- Şakir, Berki, “1961 Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Toprak Davası ile İlgili Esasları”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1970/27, (3) s. 159-172.
- Şaşmaz, A. Pelin, “İdarenin Sorumluluğu ve Danıştay Kararlarındaki Görünümüne Genel Bakış (JEBPİR)”, *Ekonomi İşletme Siyaset ve Uluslararası İlişkiler Dergisi*, 2016/2, (2), s. 211-235.
- Şeşen, Ramazan, İslam Coğrafyacılarına Göre Türkler ve Türk Ülkeleri, Bilge Kültür Sanat Yayınları, Ankara, 1985.
- Şimşek, Suat, “Kamulaştırmanın Anayasal İlkeleri ve Bu İlkelerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesiyle Karşılaştırılması”, *Adalet Dergisi*, 2012, (44), s. 143-176.
- Şimşek, Suat, “Mülkiyet Hakkının Kapsamı, Sınırları, Nedenleri ve Şartları Açısından 1982 Anayasası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi: Karşılaştırmalı Analiz-1”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2010, (92), s. 181-228.
- Şimşek, Suat, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında Kamu Yararı Kavramı ve Devletlerin Takdir Hakkı”, *Adalet Dergisi*, 2012, (42), s. 177-201.
- Tahiroğlu, Bülent ve Erdoğan, Belgin, Roma Hukuku Dersleri, (8. Baskı), Der Yayınları, İstanbul 2012.

Tahtalı, Murat Buğra, *Türk İmar Hukukunda Düzenleme Ortaklık Payı*

Uygulaması (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Akdeniz Üniversitesi Sosyal

Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, Antalya 2012.

Tahtalı, Murat Buğra, *Kadının Yaşam Hakkının Korunmasında İdari Kolluğun Rolü ve*

Önemi (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler

Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, Kırıkkale 2018.

Tahtalı, Murat Buğra, “Kamulaştırılan Taşınmazın Geri Alınmasında Eski Malikin Bedel

Ödeme Yükümlülüğünün İdare Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, 2. *Uluslararası*

Battalgazi Multidisipliner Çalışmalar Kongresi Tam Metin Kitabı, 2019, s. 583- 597.

Tezcan, Murat, Kamulaştırma Hukukunda Faiz < <http://www.ghgazete.com/kamulastirma-hukukunda-faiz>> (04.01.2019)

Teziç, Erdoğan, Anayasa Hukuku, (13. Baskı), Beta Yayınları, İstanbul 2009.

Teziç, Erdoğan, Anayasa Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul 1986.

Tombaloğlu, Nermin, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Yararı Kavramı”, *İnönü*

Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2014/5, (1), s. 353-388.

Toroslu, Nevzat, Ceza Hukuku Özel Kısmı, (7. Baskı), Savaş Yayınevi, Ankara 2013.

Turhan, Mehmet, “Anayasamız ve Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri”, *Anayasa*

Yargısı Dergisi (29. Yıl), Ankara 1991, (8), s. 401-420.

Tutal, Erhan, “Kamulaştırmatsız El Atma Davalarında Yargılama Sürecindeki Son

Gelişmeler”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlar Dergisi*, 2016, (7), s. 1107-1132.

Yıldırım, Turan, Kamulaştırmadan Vazgeçme, Hakemli Makaleler,

< <http://www.acarindex.com/dosyalar/makale/acarindex-1423872226.pdf> >

14.05.2019.

Yılmaz, Mustafa, “İmar Kanunun 18. maddesi Çerçevesinde Düzenleme Ortaklık Payı

Kavramı ve Uygulamaları”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk*

Araştırmaları Dergisi, 2010/16, (3-4), s. 37-83.

Zevkliler, Aydın, “Kamulaştırma Satımın Özel Bir Çeşidi Midir?”, Prof. Dr. Osman F.

Berki’ye Armağan”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1977.

İNTERNET KAYNAKLARI

<https://www.mevzuat.gov.tr> (11.03.2019)

<https://www.sinerjimevzuat.com.tr> (10.03.2019)

<https://hdl.handle.net/11413/4446> (18.03.2019)

<https://academia.edu.tr> (18.03.2019)

<https://dergiler.ankara.edu.tr> (10.03.2019)

<http://akremengin.av.tr> (02.03.2019)

<http://www.hukukihaber.net> (11.01.2019)

www.anayasa.gov.tr (13.11.2018)

<https://tarihiolaylar.com> (04.04.2019)

<https://acikerisim.tbmm.gov.tr> (06.06.2019)

<https://www.researchgate.net> (06.06.2019)

<https://dergiler.sgb.gov.tr> (11.03.2019)

<http://hudoc.echr.coe.int> (23.02.2019)

<http://www.yayin.adalet.gov.tr> (01.12.2018)

<http://swarb.co.uk.web> (10.03.2019)

http://www.coe.int/human_rights (10.03.2019)

<https://inonu.dergipark.gov.tr> (11.03.2019)

www.ziraatdergi.akdeniz.edu.tr (04.04.2019)

www.aghukuk.org (17.03.2019)

<https://www.anayasa.gov.tr/berberoğludevletinhukukisorumluluğu> (05.06.2019)

www.ghgazete.com (03.03.2019)

<http://www.muharrembalci.com/hukukdunyası/makaleler/birikimlerI/66pdf> (05.06.2019)

<https://www.guncelmedya.com> (17.09.2019)

www.sinerjimevzuat.com.tr (01.05.2019)

www.tarihinbilinci.com (06.06.2019)



ÖZGEÇMİŞ

1993 yılında Malatya'nın Hekimhan ilçesinde doğdum. İlköğretimi Hekimhan Atatürk İlköğretim Okulunda, liseyi Turgut Özal Anadolu Lisesinde tamamladım. Aynı sene Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesini kazanarak bu fakülteden 2015 yılında mezun oldum. Avukatlık stajımı 2016 yılında Malatya Barosunda tamamladım. Bir sene özel avukatlık yaptıktan sonra 2017 yılından itibaren Malatya Muhakemat Müdürlüğünde Hazine Avukatı olarak görev yapmaktayım. Yine 2016 yılından beri İnönü Üniversitesi Kamu Hukuku Anabilim Dalında yüksek lisans eğitimime devam etmekteyim.

SEHER TUNCEL

