

63688

T.C.
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU YÖNETİMİ ANABİLİM DALI
DOKTORA TEZİ

**TÜRK VE ALMAN KAMULAŞTIRMA HUKUKUNDA
KAMU YARARI KARARI**

İbrahim HASGÜR

Danışman
Yrd. Doç. Dr. Süleyman AKDEMİR

**T.C. YÜKSEKÖĞRETİM KURULU
DOKÜMANTASYON MERKEZİ**

**İZMİR
1997**

YÜKSEK ÖĞRETİM KURULU DÖKÜMANTASYON MERKEZİ
TEZ VERİ FORMU

Tez No:

Konu Kodu:

Üniv. Kodu:

Tezin yazarının

Soyadı: HASGÜR

Adı: İBRAHİM

Tezin Türkçe adı:

TÜRK ve ALMAN KAMULAŞTIRMA HUKUKUNDA KAMU YARARI
KARARI

Tezin yabancı dildeki adı:

PUBLIC INTEREST DECISION IN TURKISH AND GERMAN
EXPROPRIATION LAW

Tezin yapıldığı

Üniversite: Dokuz Eylül Üniv.

Enstitüsü: Sosyal Bilimler Ens.

Yılı: 1997

Diğer kuruluşlar:

Tezin Türü: Doktora

Dili: Türkçe

Sayfa sayısı: 215

Referans sayısı: 92

Tez Danışmanlarının

Ünvanı: Yardımcı Doçent

Adı: Süleyman

Soyadı: AKDEMİR

Ünvanı:

Adı:

Soyadı:

Türkçe anahtar kelimeler:

- 1- Kamulaştırma
- 2- Kamu Yararı
- 3- Mülkiyet Hakkı
- 4- Kamulaştırma Şartı
- 5-

İngilizce anahtar kelimeler:

- 1- Expropriation
- 2- Public Interest
- 3- Right of private property
- 4- CondiTion of Expropriation.
- 5-

Tarih: 24/12.1997

İmza: ?



ÖZET

Kişinin mülkiyet hakkına devlet kamu yararı şartıyla bazı sınırlamalar getirebilir. Kamulaştırma, bunların içinde en çok uygulananıdır. Kamulaştırma; devlet ve kamu tüzel kişilerinin sahip bulundukları kamu kudretine dayanarak kamu yararının gerektirdiği durumlarda özel kişilerin mülkiyetindeki taşınmazlara, değer pahasını peşin ödemek suretiyle zorla sahip olmasıdır. Bu işlemin gerek Türk ve gerekse Alman kamulaştırma hukukundaki temel şartı kamu yararıdır. Her iki hukuk sistemi ve kamu yönetiminde, kamu yararı kararının kavram ve içeriğinin incelendiği bu çalışmada, ortak ve farklı noktalar araştırılmış, bulunan önemli değerler “sonuç ve öneriler” kısmında ifade edilmiştir.



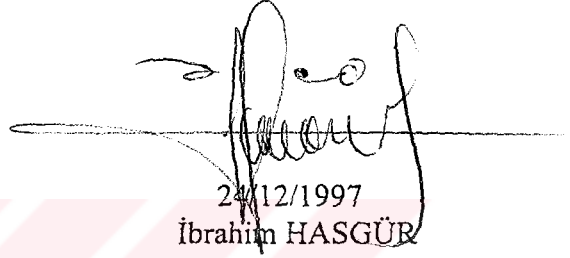
PUBLIC INTEREST DECISION IN TURKISH AND GERMAN EXPROPRIATION LAW

(ABSTRACT)

Upon the conditions of public interest, government can limit the right of private property through certain measures. The most widely implemented of these measures is expropriation. Expropriation is acquisition of private property via force majeure for public use under the right of eminent domain. The fundamental condition of this procedur both in Turkish and German law is public interest. In this study, there two legal systems were investigated, the common and differing issues were searched, and findings were presented in “Results and Suggestions” section.



Doktora tezi olarak sunduğum "TÜRK ve ALMAN KAMULAŞTIRMA HUKUKUNDA KAMU YARARI KARARI" adlı alışmanın, tarafımdan, bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı dőşecek bir yardıma başvurmaksızın yazıldığını ve yararlandığım eserlerin bibliyografyada gősterilenlerden olduğuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğuğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.



24/12/1997
İbrahim HASGÜR

TUTANAK

Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsünün/...../1997 tarih ve sayılı toplantısında oluşturulan jüri, Lisansüstü Öğretim Yönetmeliği'nin maddesine göre Kamu Yönetimi Anabilim Dalı doktora öğrencisi İbrahim HASGÜR'ün "TÜRK ve ALMAN KAMULAŞTIRMA HUKUKUNDA KAMU YARARI KARARI" konulu tezi incelenmiş ve aday 13.12.1998 tarihinde, saat 13.00' da jüri önünde tez savunmasına alınmıştır.

Adayın kişisel çalışmaya dayanan tezini savunmasından sonra 90..... dakikalık süre içinde gerek tez konusu, gerekse tezin dayanağı olan anabilim dallarından jüri üyelerince sorulan sorulara verdiği cevaplar değerlendirilerek tezin olduğu..... olduğuna oy ile karar verildi.

Günümüz
BASKAN
Prof. Dr. Bilal Eryılmaz

ÜYE

Doç. Dr. Evrol Akın
Evrol Akın

ÜYE

Doç. Dr. Süleyman Akdemir
Süleyman Akdemir

İÇİNDEKİLER

- İçindekiler -----	i
- Kısaltmalar -----	viii
- Giriş -----	I

BİRİNCİ BÖLÜM

TÜRK KAMULAŞTIRMA HUKUKUNDA KAMULAŞTIRMAYA GENEL

BİR BAKIŞ VE KAMU YARARI KARARI----- 1

I.1. KAMULAŞTIRMA KAVRAMI, TANIMI VE HUKUKİ MAHİYETİ----- 1

I.1.1. Kavram----- 1

I.1.1.1. Kamulaştırma Kavramının Genel Olarak Gelişimi----- 1

I.1.1.2. Türk Hukukunda Gelişimi ----- 1

I.1.2. Tanım----- 2

I.1.3. Hukuki Mahiyeti ve Niteliği ----- 4

I.1.3.1. İlgili Mevzuat ve Tarihi Gelişim ----- 5

I.1.3.2. Kamulaştırmanın Varlık Nedeni ----- 7

I.1.4. Kamulaştırmanın Benzer Kavramlarla Karşılaştırılması ve Mülkiyet Hakkı ----- 8

I.1.4.1. Devletleştirme ----- 8

I.1. 4.2. İstimval----- 9

I.1.4.3. Trampa----- 10

I.1.4.4. Dolayısıyla Kamulaştırma----- 11

I.1.4.5. İki İdare Arasında Taşınmaz Mal Devri----- 11

I.1.4.6. El Koyma ----- 12

I.1.4.7. Satım Sözleşmesi----- 12

I.1.4.8. Millileştirme -----	14
I.1.4.9. Sosyalleştirme-----	14
I.1.4.10. Kamulaştırmanın Mülkiyet Hakkı ile İlişkisi -----	15
I.1.5. Kamulaştırmanın Şartları -----	18
I.1.5.1. Kamulaştırmanın Kamulaştırma Yetkisine Sahip Kurumlarca Yapılması -----	18
I.1.5.2. Kamulaştırmanın Kamu Yararı Amacıyla Yapılması -----	23
I.1.5.3. Kamulaştırmanın Kamulaştırmaya Yetkili Kuruluşun Görev Alanına Giren Konular İçin Yapılması -----	26
I.1.5.4. Kamulaştırmanın Kamulaştırmaya Uygun Mallar Üzerinde Yapılması -----	27
I.1.5.4.1. Kamulaştırılacak Mallar Açısından -----	27
I.1.5.4.2. Taşınmazları Kamulaştırılacaklar Açısından-----	28
I.1.5.5. Kamulaştırma Bedelinin Nakden ve Peşin Ödenmesi -----	29
I.1.5.5.1 Nakden ve Peşin Ödeme -----	30
I.1.5.5.2. Eşit Taksitle Ödeme -----	30
I.1.5.5.3. Tranpa Yolu ile Ödeme -----	31
I.1.5.6. Kamulaştırmanın Kanunla Gösterilen Esas ve Usullere Göre Yapılması -----	32
I.2. TÜRK KAMULAŞTIRMA HUKUKUNDA KAMU YARARI VE KAMU YARARI KARARININ ALINMASI -----	33
I.2.1. Kamu Yararı Kavramına Genel Bakış -----	35
I.2.1.1. Kamu Yararı Kavramının İçeriği-----	36
I.2.1.1.1. Kamu Yararı Kavramının Benzer Kavramlarla Karşılaştırılması -----	40
I.2.1.1.2. Batı'da Kamu Yararı Kavramının Gelişimi -----	42
I.2.1.2. Kamu Yararı Kavramının Önemi -----	44
I.2.1.2.1. Kamu Yararı Kavramına Anayasal Açidan Bakış -----	44

I.2.1.2. Kamu Yararı Kavramının Mülkiyet Hakkı ile İlişkisi-----	47
I.2.1.3. Kamu Yararı ve Kamu Hizmeti İlişkisi -----	50
I.2.1.4. Özel Hukuk Kişileri Lehine Yapılan Kamulaştırmalarda Kamu Yararı-----	53
I.2.1.5. Kamulaştırma İşleminin Sebeb Unsuru Olarak Kamu Yararı-----	64
I.2.1.6. Kamulaştırma'nın Amaç Unsuru Olarak Kamu Yararı -----	66
I.3. GENEL DEĞERLENDİRME-----	71

İKİNCİ BÖLÜM

ALMAN KAMULAŞTIRMA HUKUKUNDA KAMU YARARI KARARI -----	73
II.1. Kamulaştırma Şartı Olarak Kamu Yararı Kararının Tarihi Gelişimi -----	74
II.1.1. 19. Yüzyılın Liberal Hukuk Devletinin Kamulaştırma Hukukundaki Kamu Yararı Kararları -----	77
II.1.1.1. Kamulaştırmanın Anayasal Temelleri -----	77
II.1.1.1.1. Orta ve Güney Almanya Anayasa Garantileri-----	77
II.1.1.1.2. Prusya'daki Anayasanın Olaya Bakışı -----	79
II.1.1.2. Kanun Koyucunun Kamulaştırma ve Kamu Yararı Anlayışı -----	80
II.1.1.2.1. Kamulaştırma Hukukuyla İlgili Özel Düzenlemeler -----	81
II.1.1.2.2. Kamulaştırma Hukukunun Bavyera ve Prusya Genel Kamulaştırma Kanunları Aracılığıyla Standartlaştırılması -----	84
II.1.1.2.2.1. Bavyera Cebri Devir ve Temlik Kanununun Kamulaştırma Görünümü ----	85
II.1.1.2.2.2. 1874 Yılındaki Prusya Kamulaştırma Kanunu -----	87
II.1.1.3. Klasik Kamulaştırma Kavramı -----	89
II.1.2. WEİMAR CUMHURİYETİNİN KAMULAŞTIRMA HUKUKUNDAKİ KAMU YARARI KAVRAMI-----	91
II.1.2.1. Kamu Yararı Kararının Anayasa Hukukuna Bağlı Olarak	

Standartlaştırılması-----	92
II.1.2.1.1. Weimar İmparatorluk Anayasasının Kamulaştırma Hukukuyla İlgili Kamu Yararı Görüntüsü -----	92
II.1.2.1.2. Eyalet Anayasalarında Kamu Yararı Kararı -----	95
II.1.2.2. İmparatorluk ve Eyaletlerin Kamulaştırma Kanunlarındaki Kamu Yararı Unsurlarının Somutlaştırılması -----	97
II.1.2.2.1. Savaş Etkilerinin Doğrudan Giderilebilmesi İçin Kamulaştırma Düzenlemeleri-----	99
II.1.2.2.2. Şehir Yapılaşması ve Konut İhtiyacı Alanındaki Kamulaştırmalar -----	101
II.1.2.2.2.1. Konut Vesika Yöntemi Çerçevesindeki Mülkiyet Müdahaleleri-----	102
II.1.2.2.2.2. Konutlar ve Kentsel Yerleşim Kanunu Çıkarılması -----	103
II.1.2.2.2.3. İnşaat Hukukuyla İlgili Kamulaştırma Düzenlemeleri -----	108
II.1.2.3. Mahkeme İçtihatlarında Kamu Yararı Kararı -----	110
II.1.2.3.1. Kanun Hazırlama Komisyonunun Mülkiyet Müdahaleleri Karşısında Hukuku Koruma Gayreti -----	111
II.1.2.3.2. Bu Gelişmelerin Sonucunda Kamu Yararı Kararı -----	114
II.1.3. KAMULAŞTIRMA HUKUKUYLA İLGİLİ KAMU YARARININ TARİHİ ANA ÇİZGİSİ-----	117
II.2. GÜNÜMÜZ ALMANYA’SINDA KAMULAŞTIRMA HUKUKUNDA KAMU YARARI KARARININ TEMEL PROBLEMLERİ-----	119
II.2.1. MODERN KAMULAŞTIRMA HUKUKUNDA KAMULAŞTIRMA ŞARTI OLARAK KAMU YARARININ YERİ -----	119
II.2.2. FEDERAL ALMAN ANAYASASINDA KAMULAŞTIRMANIN UYGUNLUK ŞARTLARINA GENEL BİR BAKIŞ-----	122

II.2.2.1. Kamulaştırma Kavramı ve Kamulaştırmanın Sosyal Yönü -----	123
II.2.2.2. Müdahalenin Şartları-----	126
II.2.2.3. Kamulaştırmanın Kamu Yararı Şartı -----	128
II.2.2.3.1. Kamu Yararı Şartı ile İlgili Genel Kısıtlar-----	129
II.2.2.3.2. Özel Şahıslar Lehine Kamulaştırmada Kamu Yararı -----	130
II.2.2.3.3. Kamu Yararında Oranlılık İlkesi-----	134
II.2.2.3.4. Kamulaştırmanın İadesi ve Kamu Yararı İlişkisi -----	135
II.2.3. ÇEŞİTLİ ALMAN KANUNLARINDA KAMULAŞTIRMA VE KAMU YARARINA GENEL BAKIŞ -----	136
II.2.4. KİŞİ YARARINA KAMULAŞTIRMA -----	140
II.2.4.1. Ekonomiye Himaye Eden Kamulaştırmalar-----	142
II.2.4.1.1. Resmi Müesseselerin Lehine Olan Kamulaştırmalar -----	144
II.2.4.1.1.1. Resmi Ulaşım Kurumları İçinde Demiryolu Ulaşımıyla İlgili Kamulaştırmalar -----	144
II.2.4.1.1.2. Resmi Şehir İçi Ulaşım Kurumlarının Lehine Olan Kamulaştırmalar ----	148
II.2.4.1.1.3. Sivil Havacılık Amaçları İçin Yapılan Kamulaştırmalar-----	149
II.2.4.1.2. Ekonomiye Himaye Eden Kamusal Kurumlar Yararına Olan Kamulaştırmalar -----	153
II.2.4.1.2.1. Enerji Sanayisi ile İlgili Kamulaştırma -----	153
II.2.4.1.2.2. Kamusal Su Temini Amacıyla Yapılan Kamulaştırmalar-----	157
II.2.4.1.2.2.1. Kamusal Su Temini Müesseselerinin Lehine Olarak Arazi Hukukuyla İlgili Kamulaştırma Düzenlemeleri -----	159
II.2.4.1.2.2.2. Kamusal Üretim Müesseselerinin Lehine Olan İdari Yapılanma ve Cebri Haklar-----	161

II.2.4.1.3. Ekonomiye Himaye Eden Özel İktisadi Teşebbüslerin Lehine	
Olan Kamulaştırmalar -----	164
II.2.4.1.3.1. Özel İktisadi Faaliyetin Kamusal Anlamı ve Kamulaştırma Hukukuyla	
İlgili Önemi-----	164
II.2.4.1.3.1.1. Özel İktisadi Teşebbüslerin Kamu Yararı Anlamı -----	165
II.2.4.1.3.1.2. Kamulaştırma Hukukuyla İlgili Sonuçlar -----	166
II.2.4.1.3.2. Yasal Yarara Önem Verme ve Kanun Koyucu'dan Ekonomiye Himaye	
Eden Kamulaştırmalar -----	168
II.2.4.1.3.2.1. Kömür İntibah Kanununun Yapıyı İyileştiren Kamulaştırması -----	169
II.2.4.1.3.2.2. Ekonomiye Yararlı Kamulaştırmanın Özel Formu Olarak Zorunlu	
Ruhsat -----	173
II.2.4.1.3.3. Özel İktisadi Teşebbüslerin Lehine Olan Bir Kamulaştırmanın Anayasa	
Hukukuyla İlgili Hususları -----	176
II.2.4.1.3.3.1. Anayasa Hukukuyla İlgili Genel Çerçeve -----	176
II.2.4.1.3.3.1.1. Kamulaştırmanın Ekonomiye Yönlendirme Fonksiyonu -----	176
II.2.4.1.3.3.1.2. Anayasa Hukukuyla İlgili Sonuçlar-----	177
II.2.4.1.3.3.2. İncelemeye Değer Özel Hususlar-----	179
II.2.4.1.3.3.2.1. Mevcudiyeti Muhafaza Eden “Özel” Hususlar-----	179
II.2.4.1.3.3.2.2. Ekonomide Kamulaştırma İçin Önemli Olan Kamu Yararları-----	180
II.2.4.1.3.3.2.2.1. Müesseseleri Himaye Eden Kamulaştırmanın Genel Ekonomiye	
İlgili Hedef Belirlemeleri-----	181
II.2.4.1.3.3.2.2.1.1. Fiyat İstikrarı, Dış Ekonomi Dengesi, Yüksek İş Kapasitesi -----	182
II.2.4.1.3.3.2.2.1.2. Ekonomik Gelişmenin Güvenliği -----	183
II.2.4.1.3.3.2.2.2. Sektörel ve Bölgesel Yapı Politikasının Bir Aracı Olarak	

Kamulaştırma -----	186
II.2.4.1.3.3.2.2.1. Bölgesel ve Sektörel Ekonomi Yapılarının Korunması ve İyileştirilmesi-----	188
II.2.4.1.3.3.2.2.2. Bölgesel ve Sektörel İşsizliğin Giderilmesi-----	191
II.2.4.1.3.3.3. Kamulaştırma Sayesinde Himaye Edilen Özel Kuruluşların Kamu Sorumlulukları -----	193
II.2.4.1.3.3.3.1. Güvenlik Aracı-----	194
II.2.4.1.3.3.3.2. Özel Tipik Güvenlik Amaçları -----	197
II.3. Alman Kamulaştırma Hukukunda Kamu Yararı Kararının Genel Değerlendirilmesi-----	198
SONUÇ -----	201
YARARLANILAN KAYNAKLAR-----	209

KISALTMALAR

Abs: Absatz (Fıkra)

Acp: Archiv für die civilistische Praxis

age: adı geçen eser

agm: adı geçen makale

Allg. Eisen b G.: Allgemeine Eisenbahnges etz,

AÖR: Archiv des öffentlichen Rechts

Art: Artikel (Madde)

Aufl: Auflage (baskı)

AY: Anayasa

AYM: Anayasa Mahkemesi

AYMKD: Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi

Bay VBI: Bayerische Verfassungsblaetter

B Bau G: Bundes Baugesetz

Bd. :Band (Cilt)

BGB: Deutsches Bürgerliches Gesetzbuch

BGBH: Bundesgerichtshoff

BGHZ: Bundersgerichtshoffszeitung

Bkz. : bakınız.

BVerfGE: Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts

BVerfGE: Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts

C. :Cilt

D.D : Danıştay Dergisi

DKD: Danıştay Kararlar Dergisi

DÖV: Die öffentliche Verwaltung

dn: dip not

DVBI: Deutsches Verwaltungsblatt

E. :Entscheidung

Energ G: Energiewirtschaftsgesetz

Enteig G: Enteignungsgesetz

Entw : Entwurf

Fischers Z: Fishers Zeitschrift

Fluchtl G: Fluchtliniengesetz

G: Gesetz

Gew Arch: Gewerbearchiv

Gewos: Gesellschaft für Wohnungs -und Siedlungswesen c.V.

Ges Bl: Gesetzesblatt

GG: Grundgesetz

GRUR: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht

GS: Gesetzessammlung

GVBI: Gesetz - und Verordnungsblatt

H: Heft

Hambg: hamburger

HdDStR: Handbuch des Deutschen Staatsrechts

HdwbKommWiss: Handwörterbuch der Kommunalwissenschaften

HdwbR: Handwörterbuch der Rechtswissenschaften

HdwbStaatsWiss: Handwörterbuch der Staatswissenschaften

HdwbSVR: Handwörterbuch des Sächsischen Verwaltungsrechts

hess: hessisch

h.M. : herrschende Meinung

İBK: İçtihadları Birleştirme Kararı

İÜHFM: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası

i.V.m. : in Verbindung mit

JÖR: Jahrbuch des öffentlichen Rechts

JR: Juristische Rundschau

JuS: Juristische Schulung

JW: Juristische Wochenschrift

JZ: Juristenzeitung

K: Karar sayısı

Karş: Karşılaştırınız.

Komm. Entw. BBauG= Entwurf eines Bundesbaugesetzes.

krit: kritisch

LM.: Nachschlagewerk des BGH, hrsg. von Linder maier, Nöhring ua

Luft: VG: Luftverkehrszulassungsordnung

Luft VZG: Luftverkehrszulassungsordnung

LWG: Landeswassergesetz

m.: madde

MDR: Monatsschrift für deutsches Recht

Minbl: Ministerialblatt

Mitt. Pat: Mitteilungen vom Verband Deutscher Patentanwälte

nds.: niedersächsisch

NJW: Neue Juristische Wochenschrift

NW, nw: Nordrhein - Westfalen, nordhein - westfälisch

O.J: ohne Angabe des Erscheinungsjahres

OLG: Oberlandesgericht

OVG: Oberverwaltungsgericht

OVGE: Entscheidungssammlung des Oberverwaltungsgerichts

Pat G.: Patentgesetz

PBeg G: Personenbeförderungsgesetz:

Pr. gr: Preußen Preußisch

Pr VBI: Preußisches Verwaltungsblatt

Rdnr: Randnummer

Reg - Bez: Regierungsbezirk

Reg. Entw: Regierungsentwurf

RG: Reichsgericht

RGZ: Entscheidungen des Reichsgericht in Zivilsachen

RHG: Reichsheimstättengesetz

reichsArbBI: Reichsarbeitsblatt

rhgf: rheinland - pfälzisch

Rspr: Rechtsprechung

s. :sayfa

SBFD: Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi

schl-holst. : schleswig - holsteinisch

SKV: Staats- und Kommunalverwaltung

sog: sogenannt

Stab G: Stabilitätsgesetz (Alman İstikrarı Kanunu)

St Bau FG: Städtebauförderungsgesetz

std. Rspr. : Ständige Rechtsprechung

St GH: Staatsgerichtshof

Sten. Prot: Stenographische Protokolle

Urt: Urtell

vd: ve devamı

VerfGH: Verfassungsgerichtshof

VerwArch: Verwaltungsarchiv

Verw R: Verwaltungsrecht

Verw Rspr: Verwaltungsrechtssprechung

VG: Verwaltungsgericht

VGH: Verwaltungsgerichtshof

VO: Verordnung

Vorbem: Vorbemerkung

VR: Vermessungsrecht

VVDStRL: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer

VwGO: Verwaltungsgerichtsordnung

WHG: Wasserhaushaltsgesetz

WiR: Wirtschaftsrecht

WM: Wertpapiermitteilungen

WRV: Weimarer Reichsverfassung (Weimar Anayasası)

ZfB: Zeitschrift für Bergrecht

ZfW: Zeitschrift für Wasserrecht

ZStW: Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft

ZLW: Zeitschrift für Luftfahrt und Weltraumrechtsfragen

GİRİŞ

Çağımızın gerektirdiği hayat düzeninin kurulması, modern anlamda; imar, sağlık, güvenlik ve diğer teknik alt yapıların yapılmasını gerektirir. Bu alt yapılar oluşturulmadan, çağdaş toplumsal hayat ve düzenin kurulması mümkün değildir. Devlet hedeflediği bu düzeni tesis edebilmesi için pek çok kaynak yanında, taşınmaz mülkiyetlere de ihtiyacı vardır.

Devletin bu ihtiyacının karşılanması değişik yollarla mümkün olabilir. Kimi zaman, devlet, bir Alıcı gibi özel hukuk ilişkileri için de taşınmaz malların mülkiyetini sahiplerinden satın alır. Kimi zaman yerine başka taşınmaz verir, kimi zaman da bugünlerde hayli yaygın olduğu gibi bağışlarla, kamu, taşınmaz ihtiyacını gidermeğe çalışır. Bazı durumlarda da özel kişi ve kuruluşlar kendi mülkiyetlerindeki taşınmazları, idareye bırakmakta veya satmakta soğuk davranırlar. İşte böyle durumlarda, kamunun muhakkak gereksinmesinin olduğu taşınmazları, kişilerin rızası olmadan da alabileceği bir yol daha vardır, o da kamulaştırmadır.

Kamulaştırma; kamu yararı amacıyla, özel mülkiyet içinde bulunan taşınmazların devlet veya kamu tüzel kişilerinin duydukları ihtiyaç sonucu başvurdukları bir yoldur. Bu yolla, tek taraflı irade ile ve bir bedel ödemek suretiyle, idare kendisine lazım olan taşınmaz malların mülkiyetini kazanmış olur.

Devlet yahut kamu tüzel kişileri, kamulaştırma yaparlarken gerek Anayasanın 46. maddesinde ve gerekse Kamulaştırma kanununun birinci maddesinde ifade edilen “kamu yararı” şartına uymak zorundadırlar. Burada ifade edilen “Kamu Yararı” kavramı kamulaştırma kurumunun hem sebep hem de amaç unsurunu oluşturmaktadır. Kamulaştırma kısaca kamu yararı sebebiyle yapılır. Ayrıca kamulaştırmanın gerçekleştirilmesiyle kamu yararı amacına da ulaşılacağı kabul edilir. Bu durumda kamu yararı kavramının belirlenmesi, sınırlarının çizilmesi büyük önem taşımaktadır. Kamu yararı kararı ise, bir süreçtir ve kamulaştırma kararından farklıdır. Kamulaştırma kararı tamamen somut nitelikte olmasına karşın, kamu yararı kararı soyut kavramları da içerir. Ve bunların içinde en önemlisi de Kamu yararı kavramıdır.

Kamu yararı kararının ne olduğu, nasıl ve kimler tarafından alınacağı kanunlarda açık ve net biçimde ifade edilmiştir. Fakat, Kamu yararı kavramı hakkında kanun ve diğer mevzuatımızda her hangi bir tarif söz konusu değildir. Gerek anayasa koyucu ve gerekse kanun koyucu sanki bilerek bu kavramı tarif dışı bırakmışlardır. Gerçekten, zamanın geçmesi, teknolojinin ilerlemesi ve modern hayatın gerekleri kamu yararı kavramı ve uygulamasına değişik boyutlar getirmiş, onun bir tek tarifinin yapılmasını imkansız hale getirmiştir.

Biz, bu çalışmamızda Türk ve Alman kamulaştırma hukukunda Kamu yararı kararını inceledik. Tezimiz esas olarak iki ana bölümle sonuç ve öneriler kısmından meydana gelmektedir: Türk kamulaştırma hukukunda kamu yararı kararı ve Alman Kamulaştırma hukukunda kamu yararı kararı.

Birinci ana bölümde Türk Kamulaştırma Hukukunda kamu Yararı Kararı iki alt bölümde incelenmiştir. Bunlardan birincisinde, Türk Kamulaştırma hukukuna genel bir bakış yapılmış, bugüne kadar, kamulaştırma hukukumuzdaki gelişmeler; kamulaştırmanın anlam ve önemi, kamulaştırmanın diğer benzer kavramlardan farkı ve Kamulaştırmanın şartları üzerinde durulmuştur.

İkinci alt bölümü ise Kamulaştırmanın en önemli şartı olan kamu yararı kararının alınması oluşturmaktadır. Bu kısımda kamu yararı kavramının içeriği, benzer kavramlarla karşılaştırılması, anayasalardaki yeri ve önemi, mülkiyet hakkı ile ilişkisi, özel kişiler yararına kamulaştırmada kamu yararı, kamulaştırma içinde kamu yararının sebep ve amaç unsuru olarak oynadığı rol ifade edilmeye çalışılmıştır.

Alman Kamulaştırma Hukukunda “Kamu Yararı kararı”nın sefahatını incelediğimiz ikinci bölümde itiraf edelim ki Türk doktrinine nazaran bu konuyu araştıran çok kaynağın varlığına şahit olduk. Hemen hemen Türk hukuku bölümündeki benzer kısımların yer aldığı bu bölümde bilhassa özel kişiler yararına kamulaştırmada kamu yararı konusu üzerinde ayrıca durmak zorunluluğunu hissettik. Bizde bu konuda tek tük kamulaştırma işlemleri yapılır ve bunlar da çok tenkit alırken, Almanya’da bu konuda alabildiğine bir genişlik ve rahatlığın olduğunu tesbit ettik.

Sonuç ve öneriler kısmında, gerek Türk ve gerekse Alman kamulaştırma hukukunda tesbit edebildiğimiz önemli noktaları ifade etmeye çalıştık. Ortak noktalar ve farklılıkları dile getirmeğe gayret ettik. Tezimizin amacının da ortaya konduğu bu kısımda ilginç sonuçların çıkması, bizim yorgunluğumuzun hafiflemesine sebep oldu. Bu bakımdan çalışmamızın Türk Kamu yönetimine faydalı olacağı ümidini taşımaktayım.



BİRİNCİ BÖLÜM

TÜRK KAMULAŞTIRMA HUKUKUNDA KAMULAŞTIRMAYA GENEL BİR BAKIŞ VE KAMU YARARI KARARI

I.1. KAMULAŞTIRMA KAVRAMI, TANIMI VE HUKUKİ MAHİYETİ

I.1.1. Kavram

I.1.1.1. Kamulaştırma Kavramının Genel Olarak Gelişimi

Devletler varoluş amaçlarına uygun olarak bazı kamu hizmetlerini yerine getirmektedir. Toplumların yada diğer bir deyişle teb'aların değişken durumu dolayısıyla da onların isteklerinin değişkenliği kamu hizmeti kavramında da zaman içinde farklılıklara yol açmaktadır. Bu süreç içerisinde toplumun yani kamunun yararı ile şahıs yada şahısların menfaatleri çatışabilmektedir. İşte bu durumda yeri geldiğinde kamu yararı, şahısların menfaatine tercih edilerek ama şahıslar mağdur edilmeden gerçekleştirilmeye ve bu ikisi arasında bir muvazene meydana getirilmeye çalışılır.

Bazı durumlarda da kamu yararı, bu şahıslara ait gayrimenkullerin, mülkiyet hakkının dokunulmazlığı ilkesine rağmen idareye geçirilmesini gerektirebilir. Ancak bu durum mülkiyet hakkının kullanımının sınırsız olmamasından kaynaklanmakta ve gerektiğinde idare, gayrimenkule el koyabilmektedir. Yukarıda da belirttiğimiz gibi kamu yararı ile şahısların çıkarları arasındaki muvazene korunmakta ve mülkiyet hakkı sahibine fedakarlığının karşılığı olarak bir bedel ödenmektedir. Böylece “kamulaştırma kendine” özgü bir süreç ve kavram olarak karşımıza çıkmaktadır.

I.1.1.2. Türk Hukukunda Gelişimi

Türk hukukunda kamulaştırma kavramı ile ilgili olarak mevzuatta bir tanım bulunmamasına rağmen doktrinde kavram hakkında çok çeşitli tanım ve yorumlar yapılmıştır.

1982 Anayasası'nın 46. Maddesi devlet ve kamu tüzel kişilerinin kamulaştırma yetkisini kabul etmekle beraber kamulaştırma ile ilgili herhangi bir tanım getirmemiştir. Yürürlükten kaldırılan eski 6830 Sayılı kanun gibi 4.11.1983

tarıhli ve 2942 Sayılı Kamulaştırma Kanununda da herhangi bir tanım yapılmamıştır. 1924 Anayasası'nın 1945 yılında sadeleştirilmesinden sonra "iştimlâk" terimi yerine "Kamulaştırma" terimi kullanılmaya başlandı ve o günden bu yana Türk hukuk literatürüne yerleřti¹. Onar, İştimlak terimini kullanmayı tercih ederken², Özyörük, İştimlak terimi ile kamulaştırma terimi arasında hiçbir anlam benzerliği olmadığını, iştimlak kelimesinin mülk kökünden çıktığını, kamulaştırmanın ise mülk ve mülkiyet terimleriyle hiç bir alakası olmayan kamu kökünden türetildiğini ifade etmiřtir³.

I.1.2. Tanım

Daha önce de ifade ettiğimiz gibi mevzuatta kamulaştırma ile ilgili bir tanım yapılmamıştır. 1961 Anayasası'nın 38 ve önemsiz değişiklikle 1982 Anayasası'nın 46. Maddelerinde:

"Devlet ve kamu tüzel kişileri, 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"

denilmek suretiyle devletin ve kamu tüzel kişilerinin kamulaştırma yetkisini kabul etmiş ancak herhangi bir tanım getirilmemiştir. 2942 sayılı kanunun 1.maddesinde de paralel bir hüküm getirilmiştir. Bu madde ile gayrimenkul mal, kaynak ve irtifak haklarının kamulaştırılabileceği düzenlenmiştir. Doktrinde ise çeşitli tanımlar yapılmıştır.

Dönmezer'e göre, "İştimlak, amme kudretinin, umumi menfaat dolayısıyla, fertlere ait gayrimenkullerin mülkiyetini, âdil ve mukaddes bir bedel tediyesi suretiyle, cebren iktisap ettiği bir usuldür⁴. Önar'a göre kamulaştırma, "idarenin umumi menfaatler düşüncesi ile ve amme kudretine dayanarak amme emlakine kalbetmek veya amme menfaatinin icap ettirdiği hususlara tahsis etmek veyahut bu hususlarda kullanılmak üzere bedel mislini, değer bahasını vermek şartıyla bir gayrimenkulu iktisap etmesidir"⁵.

¹ Kutlu M., Kamulaştırma ve İptal Davası, s.6.

² Onar S.S., İdare Hukukunun Umumi Esasları, 3.Bası C.3, İstanbul 1966, s.1513.

³ Özyörük, M., Kamulaştırma Hukuku, Ankara 1948, s.17.

⁴ Dönmezer S. İştimlak Hukuku, İstanbul 1941, s.41.

⁵ Onar, S.S. C III, s.1513.

Özyörük ise “Kamulaştırma bir gayrimenkul üzerindeki mülkiyet hakkının kamu faydası için ve muadili olan ekonomik kıymet peşin ödenmek suretiyle idarece ref’idir” demektedir⁶.

Zevkliler, tanımı M.K. 633/ I-II maddelerini dikkate alarak yapmakta ve kamulaştırmayı, “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 yada kısmen ilgili kamu tüzel kişisine geçirilmesidir ki, burada mülkiyet, tescile gerek kalmadan kamulaştırılan şeyin karşılığının ödenmesiyle geçer” şeklinde ifade etmektedir⁷.

Görüldüğü gibi kamulaştırmanın tanımına genel olarak benzer şekillerde yaklaşılmaktadır⁸.

Bu tanımlardan yola çıkarak kamulaştırma kavramında yedi tane unsurun varlığından sözedilmektedir. **Birinci unsur**, kamulaştırma yetkisi Devlet veya diğer kamu tüzel kişilerine aittir. **İkinci unsur**, kamu yararının kamulaştırmayı gerektirecek nitelikte olmasıdır. Kamulaştırma, ancak kamu yararının bulunduğu hallerde sözkonusu olabilecektir. **Üçüncü unsur**, kamulaştırılan gayrimenkulün bedelinin peşin ödenmesi esastır. Taksitle ödeme Anayasanın getirdiği sınırlamalar dahilinde mümkündür. **Dördüncü unsur**: kamulaştırılan mal gayrimenkul olmalıdır. **Beşinci unsur**: Sözkonusu gayrimenkul özel mülkiyete konu olmalıdır. Dolayısıyla Devlet malları kamulaştırılamaz. **Altıncı unsur**: Keyfiliğe sebebiyet vermemek için kamulaştırmanın esasları, kanunla düzenlenmelidir. Yedinci unsur: Gayrimenkul malikinin rızasına bakmadan, gayrimenkulün Devlet tarafından zorla alınmasıdır. Bu açıklamalar ışığında Kamulaştırma şu şekilde tarif edilmiştir. “Kamulaştırma, devlet ve diğer kamu tüzel kişilerin kamu yararının gerektirdiği hallerde, karşılıklarını

⁶ Özyörük M., Kamulaştırma Hukuku, Ankara 1948, s.17

⁷ Zevkliler, A., “Kamulaştırma Satımın Özel Bir Çeşidi midir? . , Prof.Dr. Osman Fazıl Berki’ye Armağan, Ankara 1977, s.938.

⁸ Tanım için ayrıca bkz. Azrak, Ü, Millileştirme ve İdare Hukuku, İstanbul 1976, s. 56-57, Karagözoğlu, H.F., Kamulaştırma, İstanbul 1983, s.36, Giritli, İ., -Bilgen P., İdare Hukuku, İstanbul 1968, s.43., Düren, A, İdare Hukuku Dersleri, Ankara 1979, s.143; Arcak, A, Yeni Kamulaştırma Yasası, CI, Ankara 1984, Düren A, Devletin Mülkiyete El Atmasından Doğan Tazmin Yükümlülüğü, Ankara 1977, s.15, Dönmezer S. İstimlak, İstanbul Borosu Mecmuası, Yıl:1940, s.1-3, s.277, Eroğlu, H. İdare Hukuku, Ankara 1985, s.324, İnceoğlu S., Anayasa ve Kanunlarda Kamulaştırmanın Düzenlenişi, Argumentum, Aralık 1990, C.I, Sayı 5, s.70, Gözübüyük, A.Ş., Yönetim Hukuku, Ankara 1983, s.152, Arktumaç S., Kamulaştırma Hukuku, Ankara 1977, s.11, Osten N, İdare Hukuku Dersleri, Ankara 1968, s.256.

peşin ödemek koşuluyla, özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların, kanunla gösterilen esas ve usullere göre zorla alınmasıdır⁹.

I.1.3. Hukuki Mahiyeti ve Niteliği

Genel olarak, bu konu ile ilgilenenlerce kamulaştırma işlemini açıklayan çeşitli teoriler ileri sürülmüştür.

Zorla Satın Alma Teorisi: Bu teoriye göre kamulaştırma, tarafların serbest iradelerinin uyuşmadığı bir alım satım ilişkisidir. İradelerin uyuşmasının Devlet vasıtası ile sağlandığı savunulan bu görüş, kamulaştırmanın bir kamu hukuku işlemi olması, dolayısıyla özel hukuk ayırımına yer verilmemesi bakımından eleştirilmiştir¹⁰.

Hazine Teorisi: Bu teoride devletin, kamulaştırmada özel hukuk kişisi gibi davranması ve bireyle devlet arasında kamulaştırma bedeli ve buna ilişkin talepler sebebiyle, kamulaştırmanın mahiyeti özel hukuk ilişkisi şeklinde yorumlanmaktadır¹¹.

Sözleşme Benzeri Teorisi: Bu görüş kamulaştırmayı salt bir özel hukuk sözleşmesi olarak mütalaa etmektedir¹².

Karma Hukuki İlişki Teorisi: Bu teoriye göre, kamulaştırmayı yapan kamu tüzel kişilerinin veya kurumlarının tek taraflı kararıyla giriştikleri kamulaştırma işleminin kamu hukuku nitelikli olması, buna karşın gayrimenkul malikinin tazminat ödenmesine ilişkin talabının özel hukuk nitelikli olması hasebiyle kamulaştırmanın niteliği iki yanlıdır¹³.

Tek İşlem Teorisi: Bu teoriye göre, kamulaştırma işlemi, mülkiyet hakkına genellik ve eşitlik ilkesine aykırı olarak getirilen bir sınırlamadır¹⁴.

⁹ Köroğlu, Ö. Kamulaştırma s.7, Seçkin Yayınevi, Ankara 1995.

¹⁰ Düren, İdare Hukuku Dersleri, Ankara 1979, s.146, Zevkliler, Kamulaştırma, s.943.

¹¹ Zevkliler, kamulaştırma, s.944'den naklen Bugman, Die Enteignung Für die Fortleitung und Verteilung Elektrischer Energie, Aarau 1943, s. 6-7, BGE 43 II 721, BGE 49 II 414, BGE 52 I 37, BGE 55 II 111, BGE 62 II 295; Düren, Tazmin yükümlülüğü s.18, Düren, İdare Hukuku s.147.

¹² Zevkliler, kamulaştırma, s.944'den naklen STEPHEN, S., Das Enteignungsrecht des Kantons Gräubünden, Lungern 1952, s. 12; Düren, Tazmin yükümlülüğü s.17; Düren İdare Hukuku s.146-147.

¹³ Zevkliler, Kamulaştırma, s.944'den naklen Meyer, G., Das Recht der Expropriation, Leipzig 1968, s. 183 v.d., 210; TREİCHLER, Über die Zwangsweise Abretung Van Eigentum und Anderer Rechten, Zeitschrift, für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft, Bd. 12 , s.129 v.d.; Düren, Tazmin Yükümlülüğü s.17; Düren İdare Hukuku s.147.

¹⁴ Zevkliler, Kamulaştırma, s.947'den naklen, Forsthoff, s.315.; Düren, Tazmin Yükümlülüğü s.20; Düren İdare Hukuku s.149.

Korunmanın Gerekliliği Teorisi: Bu teoriye göre ise, kamulaştırma mülkiyet hakkının korunmasını gerektiren bir işlem durumundadır¹⁵.

Özün Azaltılması Teorisi: Bu görüşe göre, kamulaştırma, mülkiyet hakkının özüne dokunmakta ve bu haktan doğan yetkilerin önemli bir kısmını ortadan kaldırmaktadır¹⁶.

Bu gün hakim görüş ise kamulaştırmanın, kamu hukukuna ait idari bir işlem olduğu yolundadır. Buna göre, mülkiyet hakkına müdahale edilen kişinin iradesi, Devlet iradesine dayanan kamulaştırma işlemi karşısında pasiftir. Ayrıca, kamulaştırmanın, işlemin meydana gelmesini belirleyen irade açısından tek taraflı, ancak doğurduğu hak ve yükümlülükler açısından iki taraflı olduğu ifade edilmektedir¹⁷.

1.1.3.1 İlgili Mevzuat ve Tarihi Gelişim

Türk hukukunda kamulaştırmaya fetvalarda rastlamaktayız. Şeyhülislâm Ebussuûd Efendi “Bir kasabada vaki olan cami’i atik harab olup, Zeyd mezkûr cami-in yerine bir dahi bina etmeğe istizân edip, izin verildikten sonra kasabanın ehli kesir olmağın Zeyd vasi bina etmek murad edip, lâkin eski cami’in yerinde müsa’ade olmayıp kurbunda bir âharyere bina eylese meşru olur mu? Şeklindeki bir mesele karşısında, şu şekilde fet va beyan etmiştir: “İzn-i Sultansız olmaz, amma eski cami yerinin darlığı, etrafında evler olmak ile ise, ol evler bahası verilip, cebr ile alınmak meşrû’dur¹⁸”.

Uygulamalarda bu şekilde devam ederek gelen kamulaştırma, 4 Recep 1274 (1855) tarihi “Menafii Ummumiyyeye Dair Şeylerin Tanzimi Halinde Lüzumu Olup Kıymeti Lâykasıyla Sahiplerinden Mubayaa Edilecek Arazi Vesaire Hakkındaki Nizamname”de ilk kez hukuki bir metin olarak düzenlenmiştir¹⁹. Daha sonra yürürlüğe giren (1858) Mecellenin 1216. Maddesi İslâm Hukukundaki kamulaştırmanın hukuki bir metinde vücut bulmuş halidir. 1285 (1869) tarihli Dersaatet İdare-i Belediye Nizamnamesi ise, Kamulaştırmadan doğan

¹⁵ Zevkliler, Kamulaştırma, s.947’den naklen, Jellinek, W., (Forsthoff, s.315, dpn.4); Düren, Tazmin Yükümlülüğü s.21; Düren İdare Hukuku s.150’den naklen Bender s.174.

¹⁶ Düren, Tazmin Yükümlülüğü s.21 ve Düren İdare Hukuku s.150’den naklen SCHELCHER, AOR NF Bd. 18, s.350.

¹⁷ Düren, İdare Hukuku s.590, Meriç O, Belediye ve Köy Kamulaştırma Mevzuatımızda Kamu Menfaati Anlamı, İdare Dergisi, 1951, s. 16.

¹⁸ Düzdağ, M.E., Şeyhülislâm Abussuûd Efendi Fetvaları, İstanbul 1983, s. 73.

¹⁹ Dönmezler, a.g.e., s. 278.

uyuşmazlıkların çözüm yerini göstermektedir. 1876 Anayasasının 21. Maddesinde “Herkes, usulen mutasarrıf olduğu mal ve mülkünden emindir. Menafii umumiye için lüzumu sabit olmadıkça ve kanunu mucibince değer bahası peşin verilmedikçe kimsenin tasarrufunda olan mülk alınamaz” ifadesi yer almaktadır. Dersaadet Belediye Kanunu ve Vilayet Belediye Kanununda (1876) ilk defa istimlâk kelimesi kullanıldı. 1879 tarihli Menafi-i Umumiye için İstimlâk Kararnamesi o dönem için kamulaştırma ile ilgili genel bir kanun niteliğindeydi. 1913 tarihli İstanbul’da ve Vilâyatta Daireyi Belediye Namına İstimlâk Olunacak Mahallenin Suret-i İstimlâki Hakkındaki Kanun-u Muvakkat ise belediyeler yapacakları kamulaştırma işlemleri hakkındaki daha özel bir kanundu²⁰. 1913 tarihli kanun 2947 sayılı ve 1934 tarihli “Belediyece Yapılacak İstimlâk Hakkında Kanun” ile bu kanun da 1939 tarih ve 3710 sayılı Belediye İstimlâk Kanunu” ile yürürlükten kaldırılmıştır. 31.8.1956 tarih ve 6830 sayılı İstimlâk Kanun da daha önceki kamulaştırma ile alâkalı kanunları yürürlükten kaldırmıştır. Nihayet halen yürürlükte olan 8.11.1983 tarih ve 2942 Sayılı Kamulaştırma Kanunu da 6830 sayılı Kanunu yürürlükten kaldırmıştır. Anayasalarda ise kamulaştırmaya ilişkin hükümler yer almıştır. 1876 Anayasasının 21. maddesi, 1924 Anayasasının 74. maddesi 1961 Anayasasının 38. maddesi ve nihayet 1982 Anayasasının 46. maddesi Kamulaştırma ile ilgili hükümler içermiştir. “Sosyal ve ekonomik Haklar ve Ödevler” başlıklı üçüncü bölüm 46. Maddesinin ilk fıkrasında şu hüküm yer almaktadır: “Devlet ve Kamu tüzel kişileri kamu yararının gerektirdiği hallerde karşılıklarını peşin ödemek şartıyla, özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların tamamını veya bir kısmını, kanunda gösterilen esas ve usullere göre, kamulaştırmaya ve bunlar üzerinde idari irtifaklar kurmaya yetkilidir” . İkinci fıkrada ise tahdidi olmayan örneklerle kamulaştırma bedelinin hesaplanma tarz ve usullerinin kanuna bırakıldığı ifade edilmektedir. Üçüncü fıkrada, ödemenin esas itibariyle nakden ve peşin olduğu ifade edilmiş ancak bunun istisnaları da sayılmıştır. Dördüncü fıkraya göre de kamulaştırılan toprağın küçük çiftçiye ait olması halinde bedelinin herhalükarda peşin ödeneceği hükme bağlanmıştır. Anayasa kamulaştırma ile ilgili temel ilkeleri benimsemiş ayrıntıları kanuna bırakmıştır. 2942 Sayılı kanunla da bu düzenleme yapılmıştır. Kanunun birinci kısmında kamulaştırmanın amacı, kapsamı, koşulları, kamu yararı verecek ve onaylayacak merciler belirtilmiş, ikinci

²⁰ Özyörük, Kamulaştırma, s. 65.

kısımında ise kamulaştırma bedeli, tebligat, dava hakkı ve bilirkişilere ilişkin hükümler yer almıştır. Sonraki kısımlarda ise kamulaştırmanın ilerki aşamalarıyla alakalı konular düzenlenmiştir. Kanun, kamulaştırma hakkında temel bir metindir. Ancak bazı kanunlarda da kamulaştırmayla alakalı özel hükümlere yer verilmiştir²¹.

I.1.3.2. Kamulaştırmanın Varlık Nedeni

Nüfus artışı, teknolojik sebepler, toplumların sürekli değişmesi gibi nedenlerle devletin diğer kaynaklarla beraber gayrimenkul mallara da ihtiyacı olmaktadır. Devlet bu gayrimenkul ihtiyacını alım-satım sözleşmesi şeklinde gerçekleştirmek isteyebilir. Şahıs ve devletin eşit konumda olduğu bu durumda, şahsın rızası arandığı için bazı problemler doğabilir. Örneğin, iradeler uyuşmayabilir ve bedel konusunda ya da gayrimenkulün satılıp satılmaması yolunda anlaşmazlık olabilir. Doğaldır ki bu durumda idare kamu hizmetlerini yerine getirmekte zorlanacak, gecikecek ve hatta bu hizmetleri hiç yapamaz bir duruma gelebilecektir. İşte böyle bir durumun meydana gelmesi için idarenin ihtiyacı olan gayrimenkul malların mülkiyet hakkını elde etmek için kamu gücünden yararlanabileceği kabul edilmektedir. Bu yüzden bir çok ülke anayasalarında kamu yararının ağırlık kazandığı durumlarda hukuki çerçevesi belirli olmak şartıyla idareye kamulaştırma yetkisi verilmektedir²². 1982 Anayasasının 46.maddesi de 35.madde ile düzenlenen mülkiyet hakkının, kamu yararı amacıyla kamulaştırma yoluyla sınırlandırılabilirliğini hükme bağlamıştır. Dolayısıyla kamu hizmetlerinin sürekliliği için, kamu yararı, şahsi menfaatlere üstün tutulmuştur. Böylece idare, özel mülkiyet hakkı sahibi malikin iradesini dikkate almadan tek yanlı iradesi ile, bir bedel karşılığında ihtiyacı olan gayrimenkul malların mülkiyet veya kullanma hakkını kazanabilmektedir.

Kamulaştırma, keyfi kullanıldığı takdirde mülkiyet hakkını ciddi şekilde tehlikeye sokabilecek bir yetki olduğu için Türk Hukukunda da temel ilkeleri anyasal düzenlemelere tabi olmuştur (1924 Ay. md. 74, 1961 Ay.md.38, 1982 Ay. md.46) Bu yüzden kamulaştırmanın temel ilkeleri şöyle belirlenebilir:

- 1- Kamulaştırılacak malların özel mülkiyete konu ve gayrimenkul mal olması gerekmektedir.

²¹ Köroğlu, Ö., Kamulaştırma, s.11,

²² Günümüzde anayasalarında kamulaştırma kavramına yer veren batı ülkeleri hakkında genel bilgi için bkz.. Kutlu M., a.g.e., s. 30-32.

- 2- Kamu yararı dışında idare, kamulaştırma yoluna gidemez.
- 3- Anayasal istisnalar dışında kamulaştırılan gayrimenkul malların bedelleri nakdi ve peşin olarak ödenmelidir.
- 4- Kamulaştırma, ancak temel esasları kanunda ayrıntılı olarak belirtilen kurallar dahilinde yapılabilir.

1.1.4. Kamulaştırmanın Benzer Kavramlarla Karşılaştırılması ve Mülkiyet Hakkı İle İlişkisi

1.1.4.1. Devletleştirme

Kamulaştırma gibi devletleştirmede de kamu yararı ve zor alım gibi kavramlar dolayısıyla iki kurum birbirine benzetilmektedir. Ancak yine de aralarında önemli farklar vardır. Devletleştirmede kamu hizmeti niteliğinde olabilecek özel teşebbüsler, kamu yararının gerektirdiği hallerde devlete geçirilebilmektedir. Burada amaç direkt olarak ekonomik bir işletmenin mülkiyetinin el değiştirmesidir. Kamulaştırmadan farklı olarak hedef, bir işletmeye, iktisadi teşebbüse yada teşebbüsler grubuna yöneliktir.

Devletleştirme 1982 Anayasasının 47.maddesinde düzenlenmiştir: “Kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüsler kamu yararının zorunlukıldığı hallerde devletleştirilebilir. Devletleştirme gerçek karşılığı üzerinden yapılır. Gerçek karşılığın hesaplanma tarzı ve usulleri kanunla düzenlenir” hükmü ile devletleştirmenin esasları belirtilmiştir. Ayrıca bu madde doğrultusunda çıkartılan ve 20.11.1984 tarih ve 3082 sayılı “Kamu Yararının Zorunlu Kıldığı Hallerde Kamu Hizmeti Niteliği Taşıyan Özel Teşebbüslerin Devletleştirilebilmesi Usul ve Esasları Hakkında Kanun” devletleştirmeyi düzenlemektedir.

Devletleştirme ve Kamulaştırma arasında, mülkiyetin özünü, malikle şey arasındaki ilişkiyi ortadan kaldırma açısından ortak bir yön vardır. Ancak devletleştirmede amaç sadece mülkiyetin ele geçirilmesi olmamaktadır²³.

Devletleştirme kanun çıkartılmak suretiyle gerçekleştirilir. Kamulaştırma da ise ayrıca bir kanuna gerek kalmaksızın anayasa ve kamulaştırma kanunu çerçevesinde bu yola gidilebilmektedir. Devletleştirmenin KHK ile yapılıp yapılamayacağı sorununa Anayasa Mahkemesi, 3082 sayılı kanunun 3.maddesinin iptali için “Devletleştirmenin kanunla yapılmasının, devletleştirmeyi zorlaştırmak

²³ Tokner, s.Millileştirme ve Milletlerarası Hukuk, İstanbul 1968, s.11.

amacıyla getirildiğini ileri süren bir başvuruyu,” Anayasanın kişilerin temel haklarından olan mülkiyet hakkına , çalışma ve özel teşebbüsler kurma hürriyetine sınırlamalar getiren devletleştirme yetkisinin yasama organınca kullanılmasının kişiler için çok daha güvenceli olduğu sonucuyla red ederek duruma açıklık getirmiştir²⁴.

Bunun yanında kamulaştırma ile devletleştirme arasında amaçları bakımından farklılıklar vardır. Kamulaştırmada, devletin veya diğer idari tüzel kişilerin olağan kamu hizmetlerini yürütebilmek için ihtiyaç olan özel mülkiyet konusu gayrimenkul mallara el konulurken, devletleştirme yerine Millileştirme kavramını kullanan Azrak’a göre devletleştirmenin amacı daha çok ideolojik ve radikal niteliktedir²⁵.

Kamulaştırma ile devletleştirme arasındaki farkların en önemlilerinden birisi ise işleme konu olan mal bakımındandır. Kamulaştırma bir eşyaya yani gayrimenkula yönelik iken devletleştirmede ise daha geniş kapsamlı olarak teşebbüs ya da teşebbüsler grubuna yöneliktir ki buna menkul ve gayrimenkul mallar da dahildir.

Bu iki kavram arasında şekli ve organik bakımdan da bazı farklar sözkonusudur. Kamulaştırma usulü, idari ve adli aşamaları havi olmak üzere karma niteliktedir. İdarenin kamulaştırma kararının malik ve gayrimenkul mal üzerinde bir etki meydana getirebilmesi için adliye mahkemesinin kararı gerekmektedir. Ayrıca kamulaştırma süreci, bütün kamulaştırmaları içerecek şekilde genel bir kanunla düzenlenmiştir. Buna rağmen devletleştirme doğrudan doğruya kanuna dayanır ve konusuna göre birbirinden farklı yöntemleri içeren özel yasaları gerektirir. Ayrıca devletleştirme için 3082 sayılı kanunun 2. maddesindeki 3 şartın birlikte gerçekleştirilmesi gerekir.

Nihayet, istisnalar dışında kamulaştırma bedelinin peşin iken devletleştirmede bunun peşin olması genellikle sözkonusu değildir.

I.1.4.2. İstimval

“İstimval idarenin olağanüstü ve geçici nitelikte kollektif ihtiyaçların karşılanması amacıyla ve mevzuatta öngörülen usule uygun olarak, fertlere ya bir

²⁴ Anayasa Mahkemesi, 27.9.1985, E.1985/2, K.1985/16, AMKD, Ankara 1986, s.21,s.224.

²⁵ Azrak, A.Ü., Millileştirme ve İdare Hukuku, İstanbul 1976, s.85, ÇelebiCan, G,”Anayasanın 38.maddesine ilişkin iptal kararı üzerine”, Bülent Nuri Esen’e Armağan, Ankara 1977, s.149.

hizmet ifa etmek ya da taşınmaz malının kullanılmasını, taşınabilir malının da mülkiyetini veya sadece kullanılmasını idareye terk etmek hususunda, yüküm altına sokması” olarak tanımlanmıştır²⁶.

İdare istimval²⁷, yoluyla ihtiyacı olan malları, kamulaştırmadaki gibi kamu gücüyle elde edebilir. İstimval’de idare taşınır malların mülkiyetini ve kullanma hakkını, gayrimenkulların ise yalnız kullanma hakkını kazanabilir. Halbuki kamulaştırmada gayrimenkul malların mülkiyetine de sahip olabilmektedir.

Benzerliklere rağmen, iki kavram arasında bazı önemli farklar vardır. Öncelikle istimvâle olağanüstü ve geçici durumlarda başvurulur. Bunlar seferberlik, doğal afet, kıtlık vb. durumlardır. Bu olağanüstü durumlarda ya daha önce olmayıp da bu dönemler sebebiyle ortaya çıkan, ya da önceden mevcut olup da tatmini imkansızlaşmış ya da çok zorlaşmış olan kollektif ihtiyaçların tatmini amaçlanır²⁸.

İstimval, istisnai ve idari bir kazanma yoludur. Olağanüstü hallerde ve onun doğurduğu ihtiyaçlar için belirli bir kanuna dayanılarak uygulandığı halde, kamulaştırmada mülkiyetin geçmesi ve kullanılması, idari ve adli bir işlemle, doğrudan bir kanuna dayanmadan uygulama sözkonusudur²⁹. İstimval , tali bir yoldur. İdare, ihtiyacı olan malları sahiplerinin, rızaları ile kendisine devretmemesi halinde bu yola başvurabilir³⁰. Ayrıca kamulaştırmada” farklı olarak peşin ödeme sözkonusudur.

Türk hukukunda istimvalin Anayasal dayanağı 1982 Anayasası’nın 122/5. Maddesidir. İstimvaller, sivil ve askeri istimvaller olarak ikiye ayrılmaktadır. Askeri istimvaller, askeri ihtiyaçlarla, hizmetler, savaş yerlerindeki halkın gıda ihtiyacını karşılamak için yapılır. Hukukumuzda askeri istimvaller, 3634 sayılı Milli Müdafaa Mükellefiyeti Kanunu ile belirlenmiştir³¹.

I.1.4.3. Trampa

2886 Sayılı Kanunun 1.maddesinde, genel bütçeli dairelerle katma bütçeli idarelerin, il özel idareleri ve belediyelerin trampa işlerinin Devlet İhale Kanunu’na göre yürütüleceği hükme bağlanmıştır. Bu kanun, trampa konusunda

²⁶ Azrak, A.Ü., Millileştirme ve İdare Hukuku, İstanbul 1976, s.59’dan naklen

²⁷ Ayrıca Bkz. Kutlu Meltem, a.g.e., s.13.

²⁸ Azrak Ü. Millileştirme, s.60.

²⁹ Onar, S.1547-1579.

³⁰ Giritli-Akgüner İdare Hukuku Dersleri, I. II., İstanbul, 1987, s.71.

³¹ Giritli-Bilgen s.147.

Borçlar Kanunu'na atıf yapmıştır. Trampa ise en basit ifade ile malın malla değişilmesidir. Borçlar Kanununun 232. Maddesi ise, satıma ilişkin kuralların trampada da uygulanacağını hükme bağlamıştır. Devlet, kamu hizmetinde kullandığı bir malını gerçek ya da özel hukuk tüzel kişilerinin mallarıyla trampa edebilir. Daha önce de belirttiğimiz gibi trampa 2886 Sayılı Kanun kapsamı içinde düzenlenmiştir. Kanunun ihale konusunda öngördüğü prosedür trampa için de geçerlidir. Dolayısıyla kamulaştırmadan farklı olarak zorlım yerine ihale prosedürü söz konusu olacaktır. Ayrıca kamulaştırma kanununun 26.maddesinde sözedilen trampa, teknik anlamdaki trampadan farklıdır. Çünkü burada trampa yoluyla kamulaştırmada değiştirilen mal, kamulaştırılmış mal olduğu için bunun sonuçlarını doğurur.

1.1.4.4. Dolayısıyla Kamulaştırma (Kamulaştırmaz el koyma)

İdare, özel mülkiyete konu bir gayrimenkulü, kamulaştırma yapmaksızın, hukuka uygun olmadan fikri olarak işgal etmiş ve bir kamu hizmetine tahsis ederek bazı bayındırlık işleri gerçekleştirmiş ise dolayısıyla kamulaştırmadan sözedilir. Kamulaştırma tüm süreci boyunca hukuka uygun yapıldığı halde, dolayısıyla kamulaştırma aykırı bir el koyma sonucu gerçekleştiği için bir idari işlem sebebiyle değil fakat hukuka aykırı bir eylem sonucu meydana gelir. Ayrıca gayrimenkul malikine bir bedel ödenmemekte sadece kamulaştırma bedeli olarak değerlendirilebilecek bir bedeli tazminat şeklinde almaktadır.

1.1.4.5. İki İdare Arasında Taşınmaz Mal Devri

2942 Sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 30. Maddesinde, bir kamu tüzel kişisinin veya kurumunun g.menkul malı, kaynağı veya irtifak hakkı diğer bir kamu tüzel kişisi veya kurumu tarafından kamulaştırılamayacağı, hükme bağlanmıştır. Aynı Kanunun 1. Maddesinde kamulaştırmanın, gerçek ve özel hukuk tüzel kişilerinin mülkiyetinde bulunan gayrimenkul mallar üzerinde olabileceği hükme bağlandığından idarenin özel malları kamulaştırma konusu olmamaktadır. Danıştay, hem 6830 sayılı ve hem de 2942 sayılı kanun döneminde, kamu tüzel kişilerine ve kurumlarına ait özel malların kamulaştırması yoluna başvurulduğunda, bu işlemlerin yoklukla hükümsüz olduğunu karara bağlamıştır³².

Görüldüğü üzere, bir idareye ait taşınmazın diğer bir idareye devri, kamulaştırma vasıtasıyla değil, 2942 Sayılı Kanunun 30.maddesine uygun olarak

³² D.6.D., 25.11.1987 gün, E: 1987/56, K:1987/1156 sayılı karar.

devredilmesi gerekir³³. İki idare arasındaki gayrimenkul mal devri şekil açısından kamulaştırmadan farklıdır. Gayrimenkul gereksinimi olan, ödeyeceği bedeli belirterek, mal sahibi idareye yazılı olarak başvurarak devir talebinde bulunacaktır. Eğer idare 60 günde cevap vermez ya da olumsuz cevap verirse, talepte bulunan idare Danıştay 1.dairesine başvurur. Dairenin vereceği karar kesindir³⁴. Bununla birlikte bedel konusundaki anlaşmazlıklar kamulaştırmadaki adliye mahkemelerinde görülecektir. Görüldüğü gibi iki idare arasındaki taşınmaz mal devri kamulaştırma kanununda düzenlenmiş olsa da, kamulaştırma işlemi sayılmaz. İdareye ait gayrimenkullerde kamu malı, özel mal ayırımı yapılsa da, bunlar kamulaştırma işlemine konu olamaz.

I.1.4.6. El Koyma

Gayrimenkulün zilyetliğinin idarece ele geçirilmesi el koymadır. Kamulaştırmada olduğu gibi El koymada da özel mülkiyet konusu gayrimenkuller sözkonusudur³⁵.

Ancak kamulaştırmanın tersine, gayrimenkulün zilyetliğinin kazanılması el koyma için yeterlidir. Bazı yazarlar ise el koymanın menkuller üzerinde de olabileceğini ifade etmektedir³⁶.

Kamulaştırmada olduğu gibi şahsın uğradığı zarar tazmin edilir. Bu konudaki davalar adliye mahkemelerinde görülür.

Kamulaştırma kanununa göre acele işlerde el koyma da mümkündür. Belirli şartların varlığı durumunda, idareye kamulaştırma konusu gayrimankule, kamulaştırma ile ilgili davalar neticelenmeden el koyma yetkisi verilmektedir. Buradaki el koyma gayrimenkulün zilyetliğinin kazanılması yanında, idare adına tapuya tescilini de gerektirmektedir.

I.1.4.7. Satım Sözleşmesi

Rızai bir sözleşme olan satım sözleşmesi bir özel hukuk ilişkisi olduğu için, tarafların karşılıklı serbest iradelerinin birbirine uygun olması lazımdır. Tarafların tek yanlı olarak sözleşmeden dönmeleri bazı sorumlulukları gerektirir³⁷.

³³ Giritli-Bilgen, s.127, Arcak A. Kamulaştırma ve Devletleştirme Kanunları, C.II, Ankara 1987, s.1886.

³⁴ D.1.D.25.2.1988 günü E:1987/185, K:1988/58 Sayılı Karar, D.D.1989, S.72/73, S.55.

³⁵ Onar, İdare, C.III, s.1251, 1675.

³⁶ Özyörük, Kamulaştırma, s.25.

³⁷ Tandoğan, H., Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C1/1, Ankara 1984, s.90 vd.

Halbuki kamulaştırma işlemi bir kamu hukuku işlemin ve idari bir tasarruftur ve tarafların iradelerinin uyuşması şart değildir. İdare, kamulaştırmadan, işlem tamamlayıncaya kadar tek yanlı olarak vazgeçebilir³⁸. Kamulaştırmada, satımda olduğu gibi mülkiyet devredilmekte, malike de bir bedel ödenmektedir. Ancak burada mülkiyetin devrinde ve bedel konusunda tarafların karşılıklı iradelerinin uyuşması sözkonusu değildir.

Bu yüzden doktrinde ödenen paranın bedel değil de tazminat olduğu yönünde görüşler vardır³⁹. Satım sözleşmesinde ödenecek bedel tarafların serbest iradeleri ile belirlenirken, kamulaştırmada bu, Kamulaştırma Kanuna göre oluşturulan Kıymet Takdir Komisyonunca belirlenir. Satımda belirlenen bedel sözleşmedeki miktardır ve bunun değiştirilmesi için mahkemeye müracaat edilemez. Ancak Kamulaştırmada, Kamulaştırma bedelinin artırılması için Adliye Mahkemesine başvurulabilir. Kamulaştırma Kamu yararının gerektirdiği durumlarda ancak kamulaştırmaya başvurulabilirken, satım sözleşmesinde ise kamu yararı gibi bir durum sözkonusu olmadan taraflar serbestçe tasarruf yetkilerini kullanırlar.

Ayrıca Kamulaştırma Kanununun 23. Maddesine göre şartların gerçekleşmesi halinde eski malik bedelini iade etmek suretiyle taşınmazı geri alabilir. Ancak satım sözleşmesinde eski malikin sözleşme tamamlandıktan sonra artık böyle bir hakkı yoktur. M.K. 633 maddeye göre mülkiyetin geçtiği an da farklıdır. Kamulaştırma ile tescilden önce mülkiyet idareye geçmektedir. Satımda ise ancak tescille beraber yeni malike geçecektir.

Son olarak Kamulaştırma Kanununun “Satın Alma Usulü” başlıklı 8. maddesine göre, Kamulaştırmayı yapacak olan idare, kamulaştırma kararından sonra, Kamulaştırma işleminin her aşamasında, gayrimenkul maliki ile anlaşarak, onu satın alabilir. Bu maddede BK 182. Madde anlamında bir satım sözleşmesi olmadığı ifade edilmektedir⁴⁰. Çünkü burada işlemin kamu hukuku işlemi ve idari tasarruf niteliği değişmemektedir. Zira, gayrimenkul maliki, böyle bir karar olmasaydı, gayrimenkulü idareye devretmeyebilecekti. Burada şahsın serbest iradesinden de söz edilemez. Nasıl olsa her halükârda gayrimenkulü idare devralacaktır. Ayrıca Kanunun tasarı

³⁸ Anayasa Mahkemesi, 23.6.1964, E. 1963/141, K.1964/50, R.G., 5.10.1964, s.11824.

³⁹ Özyörük, Kamulaştırma s.99 Zevkliler Kamulaştırma s.950.

⁴⁰ Zevkliler, Kamulaştırma, s.952-953

gerekçesinde ve 8/2. Maddesinde de ifade edildiği gibi, bu şekilde satın alınan gayrimenkulde kamulaştırma ile alınmış sayılmaktadır.⁴¹

I.1.4.8 Millileştirme:

“Bir özel iktisadi teşebbüsün veya teşebbüsler grubunun mülkiyet veya yönetiminin siyasi, iktisadi ve sosyal nedenlerle ve üstün aşamada bir kamu yararının gerçekleştirilmesi amacıyla devlete geçirilerek, hangi hukuki şekli alırsa alsın, kamunun yararına tahsis edilmesi olarak tanımlanan millileştirmede amaç sadece mülkiyetin geçirilmesi değil, kamu yararının gerçekleştirilmesidir⁴². Millileştirmenin konusunu, Özel bir iktisadi teşebbüs veya teşebbüsler grubunun mülkiyet ve yönetiminin kamu yararına tahsisi oluştururken, kamulaştırmanın konusunu, sadece taşınmazlar meydana getirmektedir.

Anayasamızda millileştirme kavramı kullanılmamış onun yerine aynı anlama geldiği ileri sürülen devletleştirme kavramı kullanılmıştır. Ancak doktrinde Millileştirmede, devredilen iktisadi teşebbüslerin devletten ayrı bir tüzel kişilik ve idari özerklik kazanması açısından iki kavram arasında fark olduğunu ileri süren görüşler ağırlık kazanmaktadır⁴³.

Kamulaştırmadan ayrı olarak millileştirme yasama işlemi niteliğindedir. Çünkü millileştirilecek teşebbüsün hangisi olduğuna karar verme yetkisi yasama organına aittir. İdarenin görevi bu yasayı uygulamaktır. Bütün kamulaştırma işlemleri ise genel bir yasada düzenlenmiştir. Ayrıca kanun ile yapıldığından dolayı şekil bakımından da kamulaştırmadan farklıdır. Bunun yanında, hakimnin millileştirmede mülkiyetin geçmesine karar verme yetkisi yoktur⁴⁴.

I. 1.4.9. Sosyalleştirme:

Alman Anayasasının 15. Maddesine göre “toprak ve arazi, doğal kaynaklar ve üretim araçları, sosyalleştirme amacıyla, tazminatın mahiyet ve ölçüsünü gösteren bir kanunla, kolektif mülkiyet ya da diğer kolektif ekonomi şekillerine dönüştürülebilir”⁴⁵. Daha ziyade millileştirme kavramı yakından ilgili olan

⁴¹ M.G.K Tutanak Dergisi, 1983 C. 11, B.175-189, s.683, 10.10.1983 (Kamulaştırma Kanunu Tasarısı gerekçesi)

⁴² Azrak, Millileştirme. S.85, Toluner, Millileştirme ve Milletlerarası Hukuk, İstanbul 1968 s.113.

⁴³ Azrak Millileştirme s.76 vd.

⁴⁴ Azrak Millileştirme s.40-58,

⁴⁵ Gürbüz Y, Anayasalar, İstanbul, 1981, s. 52.

bu kavram; kamulaştırma kavramına uzaktır. Sosyalleştirme ile, üretim araçlarının mülkiyetinin özel mülkiyetten çıkarılarak kamu sektörün geçirilmesi ve belli iktisadi teşebbüslerin idare şeklini değiştirmek ve bu teşebbüsleri yerinden yönetim birimi haline getirmek amaçlanmaktadır⁴⁶.

1.1.4.10. Kamulaştırmanın Mülkiyet Hakkı İle İlişkisi:

En basit anlatımıyla mülkiyet hakkı, sahip olunmaya elverişli her çeşit şey ile malik arasındaki soyut bir ilişkidir. Medeni kanuna göre, aynı hakların en başta olanı, en güçlüsü ve en geniş mülkiyet hakkıdır. Medeni kanunun 618. Maddesine göre, bir şeye malik olan kişi o şeyde, hukuki sınırlar dairesinde istediği gibi tasarruf edebilir. Haksız şekilde o şeye el koyan herkese karşı, istihkak davası açabilir ve her türlü müdahaleyi engelleyebilir.

Mülkiyet, mülkiyete konu olan eşyalar bakımından,

a) Gayrimenkul mal mülkiyeti

b) Menkul mal mülkiyeti,

Mülkiyet hakkının sahibi olan kişiler (suje) bakımından

a) Kişisel mülkiyet

b) Toplu mülkiyet olarak ayrılır.

2942 sayılı kanunun 1. Maddesinde gerçek ve tüzel özel kişilere ait gayrimenkul malların kamulaştırılabileceği ifade edildiğinden konumuz açısından gayrimenkul mülkiyetine değinmekte fayda vardır. Bilindiği üzere gayrimenkul mallar, bir yerden bir yere taşınamayan, yerinde sabit olan ve misli olmayan mallardandır.

M.K.nun 632. Maddesine göre ise gayrimenkul mal mülkiyetinin konusunu

a) Arazi

b) Tapu kütüğüne müstakil ve daimi olarak kaydedilen (üst, kaynak hakkı gibi) haklar.

⁴⁶ Toluner, s.10-11, Azrak, Millileştirme s. 70-71.

c) Madenler, teşkil eder. Ayrıca 634 sayılı kat mülkiyeti kanununa göre kat mülkiyetine konu olan her bağımsız bölüm, kat mülkiyeti kütüğünün ayrı bir sayfasına kaydedilmek şartıyla gayrimenkul olarak kabul edilmektedir. Bunun yanında, gayrimenkul mal mülkiyetinin kapsamına, o gayrimenkulün mütemmim cüzleri (M.K. m. 619/2), teferruatı (M.K. m. 621) ve tabii semereleri (M.K. m. 620) dahildir. Ayrıca gayrimenkul üzerinde gerçek veya tüzel tek bir kişi mülkiyet sahibi olabileceği gibi, birden fazla kişiyle de olabilirler. Bu halde birinci durumda “tek mülkiyet”, ikinci durumda “birlikte mülkiyet” söz konusudur.

Malkiyet hakkı, sahibine en geniş yetkileri tanıyan bir haktır. Mülkiyete konu olan şeye “sahip olma ve elinde bulundurma” yetkisi, malikin mülkiyeti altında bulundurduğu şeyi müdahalelerden koruması anlamında “engel olma” hakkı, şey üzerinde tasarrufta bulunma, onu fiilen kullanma, ondan yararlanma anlamında “kullanma yetkisi”, şeyin gelirini veya mahsulünü toplama şeklinde “yararlanma yetkisi”, mülkiyet konusu şeyi maddi ve hukuki muamelelere konu yapabilme anlamında “tasarrufta bulunma yetkisi”, şeyi bağışlama, tahrip etme şeklinde “elden çıkarma yetkisi” genel olarak bu geniş yetkilerden sayılabilir.

Ancak günümüzde mülkiyet hakkı sahibine bu hak ve yetkilere karşılık bazı ödevler de yüklenmektedir. Anayasada da bu hak toplum yararına kullanıldığı müddetçe güvence altındadır. Bu hakka getirilen sınırlar ancak kamu yararı amacıyla ve kanunlardır. Mülkiyet hakkının kullanılmasının sınırı ise toplum yararına aykırı kullanılmamasıdır⁴⁷.

Kamu hukukunda mülkiyet hakkından doğan yetkilerin gayrimenkule yönelmiş özel sınırlama yolları arasında muvakkat işgal, el koyma, kamulaştırma, dolayısıyla kamulaştırma, idari irtifak tesisi ile inşaat vergisi, emlak alım vergisi gibi vergiler sayılabilir. Genel sınırlamalara ise imar planı, genel olarak ruhsata bağlı işler, zoning (bölgeleme) örnek gösterilebilir.

Günümüzde modern mülkiyet anlayışında, mülkiyet hakkının kapsamına, yetkilerin yanında ödevler de girer. Bu ödevlerin ilk ve genel olanı, mülkiyet hakkını toplum yararına kullanmaktır. Kanun koyucu, bu yüzden malikin bu hakkını

⁴⁷ Örucü, E, Taşınmaz Mülkiyetine Bir Kamu Hukuku Yaklaşımı, Mülkiyet Hakkının Sınırlanması, İstanbul, 1976, s. 41.

sınırlayabilir. Yasama, yürütme ve yargı organları, malikin mülkiyet hakkını toplum yararına kullanmasını sağlamakla görevlidirler⁴⁸.

1961 Anayasasının 36. Maddesinde modern mülkiyet anlayışı vücut bulmuş, herkesin mülkiyet hakkının varlığı kabul ile birlikte, bu haktan dolayı ödevleri de olduğu benimsenmiştir⁴⁹. Anayasa Mahkemesi de bir kararında modern mülkiyet anlayışını vurgulamıştır⁵⁰. Artık mülkiyet hakkı sosyal bir karakter taşımakta, haksahibi, mülkünü kendisi için, kendi yararına, ama aynı zamanda, toplum yararına, içinde yaşadığı toplumun ihtiyaçlarına uygun olarak kullanma durumundadır⁵¹.

1982 Anayasasının 35. Maddesi ise, herkesin mülkiyet hakkına sahip olduğunu, bunun ancak kamu yararı maksadıyla ve kanunla sınırlanabileceğini, hakkın kullanılmasının toplum yararına ters olamayacağı, hükmünü getirmiştir.

Kamulaştırma, mülkiyet konusu gayrimenkul üzerinde “elde bulundurma yetkisi”ne son veren bir işlemdir. Genel olarak kamu yararı amacı ile, kamu düzeni, etkin yerleşme politikası, şehirleşme, sağlık gibi sebepler dolayısıyla, gayrimenkulün amaca uygun kullanılmaması durumunda malikin elde bulundurma yetkisine son verilmektedir. Kamulaştırma işlemi ayrıca “elden çıkarma yetkisi”ni de oldukça sınırlamaktadır. Gayrimenkulü hakkında kamulaştırma kararı verilen malik, artık taşınmazı (örneğin satma, bağışlama gibi) başka şekilde elden çıkaramamaktadır. Dolayısıyla, kamulaştırma, gerek elde bulundurma halini, gerekse elden çıkarma iradesini ortadan kaldırması sebebiyle, mülkiyet hakkından doğan yetkilere son vermekte, bu açıdan da sınırlamadan da öte sonuçlar doğurmaktadır.

Mülkiyet hakkı, eşya ile malik arasındaki soyut bir ilişkidir. Hakkın özü ise, malikle eşya arasında somut planda bir ilişkidir. Bu özün paraya çevrilebilir olması, mülkiyet hakkının özelliklerinden biridir. Bu, öze dokunma, hak açısından ilişkiyi işlemez hale getirir. Şeyle malik arasındaki ilişkiyi kesen, bunu yaparken de tazminat ödemeyen, mülkiyet hakkından doğan yetkilerin kullanılmasını kamu yararı, kamu düzeni, sağlık gibi herhangi bir nedenin haklı gösteremeyeceği bir şekilde

⁴⁸ Onar, S.S., Türkiye’de Mülkiyet Hakkının Takydileri ve Neticeleri, Siyasi İlimlerde Fikir Dünyası, Mayıs, 1987, s. 17 (Cumhuriyet Gazetesi, 15 Mayıs 1957).

⁴⁹ Düren, s. 135.

⁵⁰ A.M.K.D., 2.6.1964 günlü, E: 1964/13, K: 1964/43 sayılı karar.

⁵¹ Akın, s. 399.

engelleyen her eylem, işlem ya da müdahale mülkiyet hakkının özüne dokunur. Diğer bir deyişle, bu özel dokunma; ilişkinin temel unsurları olan edinme ve elde bulundurma, kullanma, yararlanma, hukuki işlemlere konu yapabilme ve elden çıkarma yetkilerinin bazısını ya da hepsini sınırlamayı da aşan bir şekilde ortadan kaldırmaktadır. Dolayısıyla, kamulaştırmada gerekli usullere uyulmadığında ve karşılık ödenmediğinde öze dokunma söz konusu olur. Anayasa mahkemesi bu yüzden konuyla ilgili durumlar önüne geldiğinde öncelikle sınırlamanın amaç ve nedenlerinin varlığını araştırmakta, bunlar varsa, öze dokunulup dokunulmadığını incelemektedir⁵².

Sonuç olarak konumuzla alakalı şunları özetleyebiliriz:

- 1) Mülkiyet hakkı, sınırsız bir hak değildir. Malike toplum yararına bir takım ödevler yükleyen sosyal bir haktır.
- 2) Mülkiyet, kamu yararı amacıyla ve ancak kanunla sınırlandırılabilir.
- 3) Bu hakkın kullanılması toplum yararına ters olamaz.
- 4) Kanun koyucunun mülkiyet hakkı üzerinde yaptığı sınırlamalar hakkın özüne dokunmamalıdır.

I. 1. 5. KAMULAŞTIRMANIN ŞARTLARI

I.1.5.1.Kamulaştırmanın Kamulaştırma Yetkisine Sahip Kurumlarca Yapılması :

Kamulaştırma, Kamu gücünü kullanma yöntemlerinden olduğu için sadece kamu tüzel kişileri bundan faydalanabilirler. Nitekim 1982 Anayasasının 46. Maddesi ile (2942 sayılı) Kamulaştırma Kanunun'un 1. maddesi, özel mülkiyete önemli bir etkide bulunması nedeniyle, kamulaştırma yapma yetkisini, Devlet ve Kamu tüzel kişilerine vermiştir. Bu kavramın içine kimler girdiği, kamulaştırma yetkisinin kimler tarafından kullanılacağını ise Kamulaştırma Kanunu'nun 5. maddesi göstermiştir. Bu maddeye göre bakanlıklar, il özel idareleri, belediye, köy, üniversiteler, Yüksek Öğretim Kurumu, Türkiye Radyo ve Televizyon Kurumu, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu, Kamu Kurumları. Bu noktadan, nelerin kamu kurumu olduğunun tespiti gerekmektedir.

⁵² Özü, E., 1961 Anayasası ve Anayasa Mahkemesine Göre Hakkın Özü Kavramı ve Mülkiyet Hakkının Öz, İ.Ü.H.F.M. 1975, Sayı: 41, s. 145-161.

Bilindiği üzere kamu kurumları üç grupta toplanmaktadır.

- I. Devlet Dairesi, genel müdürlük şeklindeki kurumlar (Katma Bütçeli Daireler)
- II. Belirli mesleklerin korunması kurulan için kurumlar (Barolar, Ticaret ve Sanayi Odaları, Menkul Kıymetler ve Kambiyo Borsası gibi)
- III. İktisadi Devlet Teşekkülleri

233 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 61. Maddesine göre Sümerbank, Etibank, Ziraat Bankası, Türkiye Demir ve Çelik işletmeleri, Petkim, Türkiye Elektrik Kurumu gibi İktisadi Devlet Teşekkülleri kamulaştırmadan faydalanabilirler.

Bu noktadan Danıştayın önemli bir kararına değinmek gerekmektedir:

“... Dava, Edirne, Merkez Kirişhane mevkiinde bulunan 4 pafta, 110 parsel sayılı taşınmazın süpürge ve canlı hayvan alım satım borsası yapılmak amacıyla kamulaştırılmasına ilişkin 2.5.1985 günlü, 21-1 sayılı Edirne Ticaret Borsası Meclisi kararının iptali istemiyle açılmış, Edirne İdare Mahkemesinin 3.12.1985 günlü, E. 195/203; K. 1985/265 sayılı kararıyla, Anayasanın 135. Maddesinin 1. Bendinde kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve üst kuruluşlarının kamu tüzel kişileri oldukları, 5590 sayılı Yasanın 32. Maddesinde de Ticaret Borsalarının yasa da gösterilen esaslar çerçevesinde borsaya dahil maddelerin alım ve satımı ve fiyatlarının tespit ve ilanı işleriyle meşgul olmak üzere kurulan tüzel kişiliği haiz kamu kurumları olduğunun belirtildiği, Anayasa ve 5590 sayılı Yasadaki bu hükümler karşısında Ticaret Borsasının kamulaştırma yetkisinin varlığının açık olduğu, bu nedenle imar planında canlı hayvan ve süpürge borsası olarak belirlenen taşınmazın bu amaçla kullanılmak üzere Edirne Ticaret Borsası Meclisi kararı ile kamulaştırılmasında mevzuata aykırılık bulunması gerekçesiyle dava reddedilmiş, bu karar davacılar tarafından temyiz edilmiştir.

Anayasanın 46. maddesinde, Devlet ve kamu tüzel kişilerinin kamu yararının gerektirdiği hallerde, karşılıklarını peşin ödemek koşuluyla, özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların tamamını veya bir kısmını yasayla gösterilen esas ve usullere göre kamulaştırmaya ve bunlar üzerinde idari irtifaklar kurmaya yetkili

oldukları, 2942 sayılı Yasanın 3. Maddesinde de idarelerin yasalarla yapmak yükümlülüğünde bulundukları kamu hizmetlerinin yürütülmesi için gerekli olan taşınmaz malları kamulaştırabilecekleri hükme bağlanmıştır.

Anayasa ve kamulaştırma kanunu'nda belirtildiği üzere Kamulaştırma, Devlet ve kamu tüzel kişilerinin kamu yararı düşüncesiyle kamu gücüne dayanarak kamu malına dönüştürmek veya kamu yararının gerektirdiği hususlara tahsis etmek yada bu hususlarda kullanmak üzere karşılıklarını peşin ödemek koşuluyla özel mülkiyette bulunan bir taşınmazı cebren iktisap etmesidir.

Anayasanın kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları başlıklı 135. maddesinde, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve üst kuruluşları; belli bir mesleğe sahip olanların ortak ihtiyaçlarını karşılamak, mesleki faaliyetlerini kolaylaştırmak, mesleğin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak, meslek mensuplarının birbirleri ile ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hakim kılmak üzere meslek disiplinini ve ahlakını korumak maksadı ile kanunla kurulan kamu tüzel kişilikleridir.

Kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüslerinde asli ve sürekli görevlerde çalışanların meslek kuruluşlarına girme mecburiyeti aranmaz...”

“Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, kanunda gösterildiği şekilde Devletin idari ve mali denetimine tabidir....” hükmü yer almaktadır.

Bu tür kuruluşların kanunlarında tüzel kişiliği haiz meslek kuruluşu niteliğinde kamu kurumları oldukları belirtilmiş, buna paralel olarak da 5590 sayılı yasanın 32. Maddesine Ticaret Borsalarının kanunda yazılı esaslar dairesinde borsaya dahil maddelerin alım ve satımı ve fiyatların tesbit ve ilan işleriyle meşgul olmak üzere kurulan tüzel kişiliği haiz kamu kurumları oldukları açıklanmıştır.

Öte yandan 2942 sayılı Yasanın 5. Maddesinde kamu yararı verecek merciler sıralanmış, bunların arasında kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına yer verilmemiştir.

Yukarıda belirtilen yasal düzenlemeler kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının, meslek hizmetlerini görmek, mesleki ahlak ve tescinüdü korumak ve mesleğin gelişmesini sağlamak ve bu amaçla üyeleri hakkında disiplin

cezaları vermek; bir takım resim ve harçlar almak; kayıt para cezası tahsil etmek gibi sınırlı bazı kamu yetkileriyle donatılmış, kamu kurumlarından ayrı kendine özgü kuruluşlar olduğunu ortaya koymaktadır. Bu itibarla kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının kamulaştırma gibi sadece Devlet ve kamu tüzel kişilerine taşınan ve yukarıda tanımlandığı gibi bir zorallım olan kamulaştırma yetkileri bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle temyize konu Edirne İdare Mahkemesinin 3.12.1985 günlü, E. 1985/203; K. 1985/265 sayılı kararının karar verme yeterli görüldüğünden, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. Maddesinin 2. Bendi uyarınca işin esasının incelenmesine geçilerek yukarıda belirtilen nedenlerle dava konusu işlemin yetki yönünden iptaline ⁵³karar verilmiştir.

Görüldüğü gibi, Danıştay bu kararı ile Kamu Kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının kamulaştırma yetkisi olmadığını kabul etmiştir.

Bazı istisnai durumlarda Kamulaştırma Kanunun ½ maddesine göre gerçek ve özel hukuk tüzel kişileri adına kamulaştırma yapılabilmektedir. Bunun için, adına kamulaştırma yapılacak alanların gördükleri hizmet açısından denetime tabi oldukları köy, belediye, özel idare veya bakanlığa başvurmaları gerekmektedir. Kamulaştırma prosedürüne bu kişilerin özel kanunlarında düzenlemeler olsa bile 2942 Sayılı Kanunun hükümleri uygulanır. 6830 Sayılı Kanunun yürürlükte bulunduğu sırada, bu hükmün Anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle açılan davalardan mahkeme hükmün anayasaya aykırı olmadığı kararını vermiştir⁵⁴.

Kural olarak kamulaştırma Devlet ve Kamu tüzel kişileri yararına yapıldığı için, Özel kişilerce verilen kamu yararı ve kamulaştırma kararı, Danıştayca geçersiz bulunmuştur⁵⁵.

Gerçek ve Özel hukuk tüzel kişileri adına kamulaştırma yapma genel bir yetki değildir. Bazı özel kanunlarda öngörülen bazı özel durumlarda, ilgililerin lehine

⁵³ D. 6.D. 26.3.1986 günlü, E: 1986/212, K: 1986/321 sayılı karar.

⁵⁴ Karahacıoğlu, A.H. Kamulaştırma Kanunu, Ankara 1992, s.47-52.

⁵⁵ D. 6. D, 21.2.1968 günlü, E: 1966/2621, K:1996/524 Sayılı Karar.

tanınmaktadır. Bu tür kamulaştırmalarda, kamulaştırma yetkisi veren bir kanun bulunması zorunluluğu Danıştayın bir kararında vurgulanmıştır⁵⁶.

Çeşitli kanunların özel hükümleri de, kamulaştırma usulünden faydalanan kurum ve kişileri belirtmektedir. Örneğin, 1164 sayılı Arsa Ofisi Kanununa göre (m.9), Arsa Ofisi Genel Müdürlüğü, 233 sayılı Kanun Hükmünde Karamamenin 61. Maddesine göre, Sümerbank, Etibank, Türkiye Elektrik Kurumu gibi iktisadi devlet teşekküleri, 6200 sayılı Devlet Su İşleri Umum Müdürlüğü, Teşkilat ve Vazifeleri Hakkında Kanunun 2/2 maddesine göre DSİ Umum Müdürlüğü Kamulaştırma Usulünden yararlanabilecektir. Ayrıca başvuruları halinde, lehine kamulaştırma yapılacak özel hukuk kişileri çeşitli kanunlarda yer almaktadır⁵⁷. Söz konusu başvuru üzerine, ilgili idare tarafından uygun görülmesiyle, kamulaştırmanın kanunun aradığı tüm şartları gerçekleştirdikten sonra, taşınmazın mülkiyeti veya kullanım hakkı bazı koşulların yerine getirilmesiyle özel kişilere devredilmektedir. Fakat bu yöntemden yararlanma sınırsız olmayıp, yalnız kendi görev alanlarına giren konularda yararlanma söz konusudur.

Kamu tüzel kişilerinin ve kurumlarının kuruluş, görev ve yetkileri hakkındaki kanunlar, o tüzel kişi ve kurumun hangi kamu hizmetlerini yürüteceğini, hangi görevleri yerine getirmekle sorumlu olduklarını belirtir. 2942 sayılı kanuna göre hangi kamu hizmetinin veya teşebbüsünün yürütülmesi hangi idareye görev olarak yüklenmişse, ancak o idare kamulaştırma yapabilir. Dolayısıyla yapılan kamulaştırmanın, ilgili idarenin görev alanına girip girmediği araştırılmaktadır. Örneğin Türkiye Elektrik Kurumu, Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğünün faaliyet alanında bulunan bir hizmet için kamulaştırma yapamaz⁵⁸.

⁵⁶ D. 6. D, 25.2.1975 günlü, E: 1973/6042, K:1975/4891 Sayılı Karar.

⁵⁷ 1326 tarihli Menafii Umumiyye Mütcellik İmtiyazat Hakkında Kanuna göre (Md.2) kamu hizmeti imtiyazcısı özel kişi, 6747 sayılı Şeker Kanununa göre (Md 4) Şeker fabrikası kurma müsadese sahibi. 6326 sayılı Petrol kanunu göre 1973 tarih ve 1702 sayılı Kanunla değişik 87. Md.) petrol hakkı sahibi, 5516 sayılı Bataklıkların Kurutulması ve bundan elde edilecek Topraklar Hakkındaki Kanununa göre (Md. 10) Bataklığın kurutulması yetkisine sahip müteşebbis kamulaştırma yönteminden yararlanabilecek özel hukuk kişilerindendir. Geniş bilgi için. Bkz. Köroğlu Ö., Kamulaştırma s. 54.

⁵⁸ Bu konuda belediyelerin kamulaştırma ile ilgili konulardan görev ve yetkileri hakkında kararlar için bkz. D.6.D., 11.10.1991 günlü, E: 1991/1115, K:1991/2872 sayılı karar, D.6.D. 21. 5.1990 günlü, E: 1989/480, K: 1990/1017 sayılı karar

İdare genel olarak görev ve yetkilerini belirli coğrafi sınırlar içinde kullanabilmektedir. Ancak Örneğin Danıştay, 1580 sayılı kanunun gerekçesinden hareketle, belediyelerin belde sınırları içinde ihtiyaca yetecek derecede su sağlayamaması durumunda, sınırları dışındaki yerleri de kamulaştırabileceğini belirtmiştir⁵⁹.

Danıştay, son zamanlarda verdiği bazı kararlarla günün ihtiyaçlarını gözönünde bulundurarak kamu idarelerinin görev ve yetkilerini daha esnek hale getirmekte⁶⁰, bazende kanunu dar yorumlamaktadır⁶¹.

Görüldüğü gibi, Kamu idarelerinin görev ve yetkilerini belirleyen kanunlar bakımından konunun değerlendirilmesi gerekmektedir.

1.1.5.2. Kamulaştırmanın Kamu Yararı Amacıyla Yapılması

Kamulaştırmanın sebep ve amaç unsuru, Kamu yararı kavramı içinde değerlendirildiğinden, kamu yararı şartı kamulaştırmanın mülkiyet hakkı üzerinde meşruiyet kazanmasını sağlayacak en önemli unsurdur. Bu durum, Danıştay kararlarında da belirtilmektedir. 1986 yılında verilmiş bir danıştayın kararında “Anayasa’nın 46. Maddesinde ve 2942 sayılı kamulaştırma yasasının 1. Maddesinde...” Özel mülkiyette bulunan taşınmazların kamulaştırılacağı kuralının yer alması, kamulaştırma işlemlerinde esas ilkenin ve önemli olan yönün kamu yararı olduğunu açıkça ortaya koymaktadır⁶². Bir başka Danıştay kararında da aynı husus vurgulanmaktadır.⁶³

Kamulaştırmada sebep ve amaç unsurları birbirine çok yakındır. Kamulaştırma, sadece kamu yararı amacıyla yapılır. Kamulaştırmanın sebebi ise

⁵⁹ D.6.D 6.6.1990 günlü, E: 1989/ 835, K: 1990/1216 sayılı karar konuyla ilgili olarak belediye sınırları dışında yol yapımı amacıyla belediyenin kamulaştırma yetkisi olduğuna cevaz veren Danıştay kararı için bkz. D.6.D., 14.5.1990 günlü, E: 1989/2128, K:1990/904 sayılı karar

⁶⁰ Örneğin D.6.D., 5.2.1991 günlü, E: 1990/1978, K:1991/84 sayılı karar, D.6.D., 12.5.1987 günlü, E: 1986/1326, karar

⁶¹ Örneğin D.6.D., 16.2.1983 günlü, E: 1982/3028, K:1983/697 sayılı karar

⁶² D.6.D., 18.11.1986 günlü, E: 86/659, K:86/978 sayılı karar

⁶³ D.6.D., 25.5.1986 günlü, E: 1986/310, K:1986/559 sayılı karar

doğrudan kamu yararı değil örneğin, bir okul yapımında olduğu gibi artan sayıda ortaya çıkan eğitim hizmetinin yürütülebilmesi için okul yapımı oluşturur.

Kamu yararı kavramı herkesin üzerinde anlaştığı bir kavram değildir. Doktrinde kanun yararını, idarenin görevlerini yerine getirebilmesi için tek tek bireylerin dışında, bütün toplumu veya belirli halk topluluklarını gözönünde bulundurmanın zorunluluğu şeklinde oluşan bir kavram, bazen de daha geniş olarak, toplum yararı ile eş anlamda, ideolojik ilkeleri yansıtan bir kavram olarak kullanıldığını görüyoruz.⁶⁴

Önceleri, özel kişilere ait bir gayrimenkulün kamu malı haline getirilmesi veya mülk üzerinde bayındırlık işi yapılması halinde kamu yararı amacının gerçekleşeceği kabul ediliyordu. Zira 1295 tarihli Menafii Umumiye için İstimlak Kararnamesi (m.1), 21 Kanunusani 1329 tarihli Belediye İstimlakine Dair Kanunu Muvakkat (m.1) ve 4 Haziran 1939 tarihli ve 1710 sayılı Belediyece Yapılacak İstimlak Hakkında Kanun'da (m.15) bu durumu açıkça görebilmekteyiz. 6830 sayılı İstimlak Kanununda (m.1) “umumi menfaatler için lüzumlu işlere tahsis’ten söz edilerek, kamu yararı kavramına daha da genişlik kazandırılmıştır.⁶⁵

1956 yılında 7341 sayılı Kanun ile eklenen bir maddede belediyelere imar için daha geniş yetki verilmiş ve kamu yararı kavramı daha genişletilmiştir.

Günümüzde 1982 Anayasası’nın 46 ve 2942 sayılı kamulaştırma Kanunu’nun 1. Maddelerinde, sadece “Kamu yararının gerektirdiği hallerde” idareye kamulaştırma yapma imkanı tanınmış, bunun dışında herhangi bir koşul aranmamıştır. Dolayısıyla kamu yararı kavramı daha geniş tutularak zaman ve şartlara göre değişkenlik kazandırılmıştır.

Ancak, kamulaştırma kanunun 3. Maddesindeki, kamu yararı kavramını tanımlamaya, sınırlarını çizmeye müsait ölçüler taşımaktadır. Bu maddeye göre, “İdareler, kanunla yapmak yükümlülüğünde bulundukları kamu hizmetlerinin veya teşebbüslerinin yürütülmesi için gerekli taşınmaz malları kamulaştıracabilecekleri için

⁶⁴ Girilli-Bilgen s.14 ve 146, Öricü, s.67, Karahacıoğlu A.H. - Nazaroğlu Y, İdari ve Adli Yargıda Kamulaştırma, Ankara 1984, s.64, Doğanay Ü, Toplum Yararı ve Kamu yararı Kavramları, Mimarlık, (Mimarlar Odası Aylık yayın Organı), Temmuz, 1974, yıl :11, s.129

⁶⁵ Köroğlu Ö. Kamulaştırma s.51

kamulaştırmanın ön şartı olan kamu yararı ile kamu hizmetlerinin kurulması ve devamlı ve düzenli bir şekilde işlemesi suretiyle amaçlanan kamu yararı arasında bir paralellik vardır⁶⁶.

Artık, kamu hizmeti kavramının zamanla genişlemesi sonucu yalnız kamu malına dönüştürmek veya bayındırlık işi yapılması amacıyla yapılan kamulaştırmalarda, kamu yararının varlığı anlayışından uzaklaşarak, kamu hizmet ve teşebbüslerinin kurulması ve işletilmesi için gerekli olma, kamu yararı koşulu için yeterli sayılmaya başlanmıştır. Mülkiyet hakkının sosyal bir fonksiyon kazanmasıyla, gayrimenkul mallar, bir kamu hizmetinin konusunu teşkil edebildiğinden, kamu yararı şartı da gerçekleşmiş olmaktadır.

Kamulaştırmayla ilgili hükümler ihtiva eden özel kanunlar incelendiğinde, kamu yararı kavramının daha genişlik kazandığını söyleyebiliriz.

Örneğin, 6747 sayılı Şeker Kanunu (m.4), 3213 sayılı Maden Kanunu (m.46), 6326 sayılı Petrol Kanununa (m.87) göre bu faaliyetlerin getirdiği ekonomik fayda, kamu yararı gibi değerlendirilmektedir. Benzer durum, 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu (m.8) ile 3218 sayılı Serbest Bölgeler Kanununda da (m.5) geçerlidir. 5516 sayılı Bataklıkların Kurutulması ve Bundan Elde Edilecek Topraklar Hakkında Kanuna (m.10) göre, hizmet özel kişilerce gerçekleştirilse de, bu, kamu yararının varlığı için yeterli sayılmıştır⁶⁷.

Bunlardan başka 2985 sayılı Toplu Konut Kanunu (m.4), 775 sayılı Gecekondu Kanunu (m.5 ve 25), 2981 sayılı İmar ve Gecekondu Mevzuatına Uygulanacak Bazı İşlemler ve 6785 sayılı İmar Kanununun Bir Maddesinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun (m.9), 7269 sayılı Umumi Hayata Müessir Afetler Dolayısıyla Alınacak Tedbirlerle Yapılacak Yardımlara Dair Kanun (m.21), 3083 sayılı Sulama Alanlarından Arazi Düzenlemesine Dair Tarım Reformu Kanununu (m.4) gibi tüm bu örneklerde, kamulaştırılan gayrimenkuller bir kamu hizmetine ayrılmaktadır. Konut ihtiyacını karşılamak, toplu konut girişimlerini destekleme ve küçük çiftçi koruma gibi Anayasadan doğan yükümlülükler kamu yararı kavramı içinde

⁶⁶ Bilgen, P., İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul 1988, s.43

⁶⁷ Köroğlu, Ö. Kamulaştırma, s.52.

değerlendirilmektedir. Devletin görev alanlarının genişlemesi, kamu hizmeti olgusunun, dolayısıyla kamu yararı kavramının genişlemesine yol açmaktadır⁶⁸.

I.1.5.3. Kamulaştırmanın Kamulaştırmaya Yetkili Kuruluşun Görev Alanına Giren Konular İçin Yapılması:

Kamulaştırma Kanunu'nun 3. maddesindeki koşulların bir diğeri, idarelerin, kanunlarla yapmak zorunda oldukları kamu hizmetlerinin ya da teşebbüslerinin devam ettirilmesi için kamulaştırmanın yapılması gereğidir. Kamu hizmetinin kaynağı toplumsal ihtiyaçlar olduğu için, nelerin kamu hizmeti olarak tespit edileceği sorunu da kanun koyucuya aittir⁶⁹. Kamu hizmetlerinin yürütülebilmesi, duruma göre kamu kesimince veya Özel kesimce olabilir. İşte kamulaştırmayı yapan idarenin, bu faaliyetinde kendisinin görev ve yetkilerini düzenleyen ilgili yasa ile görevlendirilmiş olması gerekmektedir⁷⁰. Nitekim Danıştay'ın da bu konu ile ilgili çeşitli kararları vardır⁷¹.

Bunlardan birinde belediyenin turistik otel yapma amacıyla kamulaştırma yapması dava konusu yapılmış; Her ne kadar 1580 sayılı Belediye yasasının 15. maddesi belediyelere belediye oteli yapma yetkisi vermekte, turistik otel yapma yetkisinden bahsetmemekte ise de günümüzdeki sosyal ve ekonomik gelişmeler karşısında turistik otel yapımının da madde kapsamına girdiğinin kabulü gerektiği hususunda Danıştay karar vermiştir⁷². Buna karşılık bir diğer kararında Danıştay üst geçit ve kavşak yapma hususunda YÖK'ün kamulaştırma yetkisi olmadığına, çünkü YÖK'ün görevleri arasında üst geçit ve kavşak yapma gibi konunun bulunmadığına hükmetmiştir⁷³.

⁶⁸ Köroğlu, Ömer. Kamulaştırma, s.53.

⁶⁹ Yayla, Y, İdare Hukuku, İstanbul 1985, s.62, Gözübüyük Ş., Yönetim Hukuku, Ankara 1988, s.182 v.d.

⁷⁰ Artukmaç, s. Kamulaştırma Hukuku, Ankara 1977, s.12, Düren Tazmin Yükümlülüğü, s.29; Düren, İdare, s.160; Nazaroğlu/Karahacıoğlu, s.61-64, Karatepe, s.184, Kutlu M, A.g.e s.35

⁷¹ D.6.D 13.11.1984, E:1984/195, K:1984/3035, D.D. 1985 s.58. sf.20; D.6.D., 8.12.1982, E: 1981/2794, K:1983/4129 E:1986/781, K:1986/813, D.D.1987, s.60/67 sf.277.

⁷² D.6.D. Karar No:90-382, Esas No:88.1908, 14.03.1990 tarihli

⁷³ D.6.D 13.11.1984, E: 1984/195, K:1984/3035, D.D. 1985. 558 s.20.

I.1.5.4. Kamulaştırmanın Kamulaştırmaya Uygun Mallar (Gayrimenkul, Kaynak, İrtifak Hakları) Üzerinde Yapılması:

Kamulaştırma K. 1. Maddesine göre kamulaştırılacak şeyin,

1. Gayrimenkul mal
2. Kaynak niteliğinde olma
3. Özel kişinin malı olmak üzere 3 ögesi vardır.

I.1.5.4.1. Kamulaştırılacak Mallar Açısından

Anayasanın 46. maddesine göre, ancak gayrimenkul mallar kamulaştırılabilir. Kamulaştırma Kanununun 3. Maddesine göre ise gayrimenkuller, kaynaklar ve irtifak hakları kamulaştırılabilmektedir⁷⁴.

Daha öncede ifade ettiğimiz gibi, MK'nun 632. Maddesine göre; gayrimenkul mal mülkiyetinin konusu yerinde sabit olan şeylerdir. Buna, arazi, tapu siciline müstakil ve daimi olmak üzere kaydedilebilen haklar(üst hakkı (mk.652), inşaat hakkı (mk.751) ve madenler girmektedir. Ayrıca Kat Mülkiyeti Kanununun 15. Maddesine göre,⁷⁵ bir binanın bağımsız bölümleri taşınmaz mal kavramı içindedir. Yine M.K'na göre mütemmim cüzler ve teferruatlar da gayrimenkul mülkiyetine dahidir. Dolayısıyla kamulaştırma, gayrimenkul üzerindeki bina ve ağaç gibi mütemmim cüzleri de kapsar.

Teferuatlarda gelince, özel bir hüküm bulunmadıkça bunlar kamulaştırmanın kapsamı dışındadır. Çünkü kamulaştırmada amaç, taşınmaz mal ve mütemmim cüzlerine sahip olmaktır. Dolayısıyla bir arazinin kamulaştırılıp üzerindeki enkazın eski malikine bırakılabilmesi mümkündür⁷⁶. Menkul mallar ise ancak istimval edilebileceğinden kamulaştırılamazlar. Nitekim Danıştay'da tabloların menkul mal olduğu gerekçesiyle kamulaştırılamayacağına karar vermiştir⁷⁷.

⁷⁴ Köroğlu, Ö. A.g.e, s.58.

⁷⁵ Kutlu, M, s.41

⁷⁶ Giritli-Akgüner, s.45, Onar, s.1924

⁷⁷ D.6.D, 12.3.1985 günlü, E:1984/1156, K:1985/471 sayılı karar

Gerek Anayasada, gerekse Kamulaştırma Kanunun'da idareye, amaç için yeterli olması halinde, mülkiyetini kamulaştırma yerine, gayrimenkulün belirli bir kesimi, yüksekliği, derinliği veya kaynak üzerinde kamulaştırma yoluyla irtifak hakkı kurulması imkanı sağlanmıştır. İrtifak hakkı, sahibi yararına, gayrimenkul malikinin mülkiyetle ilgili yetkilerinden bazılarının kullanımını yasaklayan sınırlı bir ayni haktır. Bu sınırlamalar kamu hizmetinin yerine getirilmesi için yeterliyse mülkiyeti kamulaştırma yoluna gidilmez. İdarenin, elektrik direği, su borusu, petrol boru hattı ve yüksek gerilim hattı geçirmek gibi durumlarda mülkiyeti ele elde etme yerine irtifak hakkı kurması kamu yararına daha uygundur. Nitekim danıştay, enerji nakil hattı tellerinin altına isabet eden kısım üzerinde irtifak hakkı kurulabileceği görüşündedir⁷⁸. Yine Danıştay, irtifak hakkından geriye kalan, mal sahibinin malı kullanma imkanını yok ediyorsa, bu durumda irtifak kamulaştırması yerine, tam kamulaştırma yapılması gerektiği görüşündedir⁷⁹.

Ayrıca Danıştay, Kamulaştırma eğer geçici nitelikteyse ve kamulaştırılan gayrimenkul, bir süre kullanılacaksa, öncelikle irtifak hakkı tesisi suretiyle, kamulaştırmanın amacına ulaşip ulaşmayacağını incelenmesi gerektiğini belirtmiştir⁸⁰.

Son olarak 1-meralar, 2-yaylaklar, 3-kışlaklar, 4-Kömür havzası içindeki araziler, 5-Özel Kanun ile Kamulaştırılması yasak olan mallar, 6-Önceden kamulaştırılmış mallar kamulaştırılmaz⁸¹.

1.1.5.4.2. Taşınmazları Kamulaştırılacaklar Açısından:

Eski 6380 sayılı Kanunun 1.maddesi gibi, 2942 Kanunun 1. Maddesi de, “gerçek ve özel hukuk tüzel kişilerinin mülkiyetinde bulunan gayrimenkullerin” kamulaştırılabileceğini hükme bağlamıştır. Dolayısıyla, Devlet’e veya kamu kurumuna ait gayrimenkuller, kamulaştırılmaz. Bu durum yani sadece özel mülkiyet konusu gayrimenkullerin kamulaştırılabileceği çeşitli yargı kararlarında da

⁷⁸ D.6.D, 26.2.1974 günlü, E:1974/3688, K:1974/824 sayılı karar, A.H. Karahacıoğlu, Kamulaştırma Kanunu, Ankara 1992, s.91

⁷⁹ D.6.D, 3.11.1971 günlü, E:1970/3078, K:1971/3206 sayılı karar, A.Arcak, Kamulaştırma Yasası, Ankara 1978, s.206. D.6.D, 20.11.1986 günlü, E:1986/832, K:1986/897 sayılı karar.

⁸⁰ D.6.D, 22.10.1986 günlü, E:1986/830, K:1986/869 sayılı karar.

⁸¹ Arcak, s.120 ve ayrıca bkz. Kırbaş S. Devlet Malları, Ankara 1988 s.51-52 ve Köroğlu Ö. s.59-69.

vurgulanmıştır⁸². Kamu malının kamu yararı amacıyla da olsa kamulaştırılması mümkün değildir⁸³. Belirttiğimiz gibi, kamulaştırılan gayrimenkulün mülkiyetinin gerçek ve özel hukuk tüzel kişilerine ait olması gerekir. Ancak, bir idareye ait olan gayrimenkul, kaynak ve irtifak hakkına başka bir idarenin ihtiyacı varsa, bu durumda 2942 sayılı kanunun 30. Maddesindeki usullere uygun olarak idareler arasında, gayrimenkul mal devri anlaşma yoluyla yapılabilir. Bu işlem bir kamulaştırma sayılmaktadır. Danıştay, aksi durumda, iki idare arasındaki kamulaştırma işleminin hükümsüz (yok hükmünde) olduğunu karara bağlamaktadır. Mal sahibi idare devire muvafakat etmez veya 60 gün içinde cevap vermez ise taşınmaza ihtiyacı olan idarenin müracaatı üzerine, konu Danıştay 1. Dairesi tarafından incelenerek iki ay içinde kesin karara bağlanır.

Kamulaştırma işlemine konu olan gayrimenkul malikinin yabancı uyruklu olması durumunda, bunun kamulaştırmaya kural olarak etkisi yoktur. Bunun tek istisnası 3083 sayılı Sulama Alanlarında Arazi Düzenlemesine Dair Tarım Reformu Kanununun 18. Maddesindedir. Buna göre, Danıştay kararında da vurgulandığı gibi yabancı uyruklara ait arazinin kamulaştırılmasına Bakanlar Kurulu karar verecektir.⁸⁴

I.1.5.5. Kamulaştırma Bedelinin Nakden ve Peşin Ödenmesi:

Kamulaştırmada, şahsın mülkiyet hakkından doğan “korunmaya layık” ve “meşru” yararı zorla elinden alınmakta, ancak, “gayrimenkul mal” olan çıkarı yerine, o gayrimenkulün “değer pahası” konmaktadır. Şahsın çıkarı, gayrimenkul mal biçimindeki somut şeklinden, para biçimindeki başka bir somut şekle çevrilmektedir⁸⁵. Günümüzün modern sosyal hukuk devletinde, kamulaştırılan gayrimenkulün değer karşılığının malikine ödenmesi gerektiği, tazminatsız kamulaştırma yapılmasının düşürülemeyeceği, günün şartlarına göre tutarlı, geçerli, adil bir bedelin takdir edilmesi kamulaştırmanın en önemli unsurlarından biri haline gelmiştir. Çünkü fedakarlıkların denkleştirilmesi gerekmektedir. Ödemelerin nasıl yapılacağı sorunu ise aşağıda incelenecektir.

⁸² Bkz. Y.S.H.D., 6.12.1984 günlü, E:1984/9762, K:1984/10537 sayılı karar; D.G., 17-1,1989 günlü, E:1988/1400, K:1989/42 sayılı karar

⁸³ Köroğlu, Ö. s.61

⁸⁴ D.6.D., 19.1.1988 günlü, E:1987/405, K:1988/52 sayılı karar, D.D. 1989, s.72-73, s.352 ve Kutlu M, s.42

⁸⁵ Özyörük, a.g.e., s.2

I.1.5.5.1. Nakden ve Peşin Ödeme:

1982 Anayasasının 46. Maddesi, kamulaştırma bedelinin peşin ve nakden ödenmesi zorunluluğunu getirmiştir. Bu durum yargı kararlarıyla da açıkça vurgulanmıştır⁸⁶. Danıştay da benzer kararlar vermiştir. 6.Daire, bir kararında, takdir edilen bedelin tamamının bankaya yatırılmasının mevzuata aykırı olduğunu belirterek dava konusu işlemin iptaline karar vermiştir⁸⁷. Ayrıca benzer biçimde Danıştay kamulaştırma bedelinin, taşınmazın tapudan ve diğer dairelerden hiçbir borcu olmadığından kesinleşmesinden sonra ödenmesi yolundaki işlemi mevzuata aykırı bulup iptal ederken⁸⁸, buna karşılık ödemenin tapu tescil işlemleri tamamlanmasından sonra yapılması için bankaya kamulaştırma bedelinin yatırılıp bloke edilmesini mevzuata aykırı bulmamıştır⁸⁹. Kanımızca bu kararın, ne olursa olsun kamulaştırma bedelinin peşin ödenmesi ilkesine aykırılık teşkil ettiğinde şüphe bulunmamaktadır.

I.1.5.5.2. Eşit Taksitle Ödeme:

Anayasanın 46. Maddesinin üçüncü fıkrası ödeme şartına istina getirmiştir. Buna göre; tarım reformu, iskan projelerinin gerçekleştirilmesi, yeni orman yetiştirilmesi kıyıların korunması turizm ve büyük enerji ve sulama tesisleri amacıyla kamulaştırılan toprakların bedellerinin ödenme şekli kanunla gösterilir, ifadesine yer verilerek yasanın taksitle ödemeyi öngördüğü hallerde bu sürenin 5 yılı geçemeyeceği hükme bağlanmıştır. Kamulaştırma bedeli, böyle durumlarda o yıl bütçe kanununda gösterilen miktar üzerinden nakden ve peşin olarak ödenir, bu miktar toplam bedelin 1/6'sından az olamaz. Geri kalanı ise, peşin ödenen miktardan az olmamak üzere, en çok 5 yıl içinde devlet borçları için öngörülen en yüksek faiz uygulanarak eşit taksitlere bağlanır. (2942 sayılı Kanun, m.3/2) Kamulaştırma Kanununun 3.md.sinin son fıkrasında da Kamulaştırılan topraktan o toprağı doğrudan doğruya işleten küçük çiftçiye ait olanların bedelinin peşin olarak ödeneceği, yani bu durumlarda taksitlendirmeye gidilemeyeceği ifade edilmiştir. Gelir Vergisi Kanunu,

⁸⁶ Yargıtay 5. Hukuk Dairesinin 25.10.1990 günlü, E:1990/25778, K:1990/103200 sayılı kararıyla, peşin para verilmeden kamulaştırma yapılmasının mümkün olmadığı ifade edilmiştir.

⁸⁷ D.6.D. 5.11.1990 günlü, E:1989/3136, K:1990/2008 sayılı karar.

⁸⁸ 27.9.1990 günlü D.6.D. E.1989/437, K:1990/1559

⁸⁹ 8..2.1993 günlü D.6.D. E:1992/1808 ve K:1993/265

küçük çiftçiyi işletme büyüklüğü ve yıllık satış tutarı belli hadlerin altında kalan çiftçiler olarak saymıştır⁹⁰.

I.1.5.5.3. Trampa Yolu İle Ödeme:

Kamulaştırma Kanununun 26. Maddesine göre, mal sahibinin kabul etmesi halinde, kamulaştırma bedeli yerine İdarenin kamu hizmetine tahsis edilmemiş olan gayrimenkul mallarından, bu bedeli kısmen veya tamamen karşılayacak miktarının kamulaştırılan gayrimenkul malın sahibine verilebilmesi de mümkündür. Ancak, iki taşınmazın değerinin birbirinin aynısı olmaması halinde 26/2. Maddeye göre, değer farkı taraflarca nakit olarak ödenir. Ayrıca, idarenin kamulaştırma karşılığı olarak vereceği gayrimenkulün değeri, kamulaştırma bedelinin %120'sini aşamaz. İdarenin vereceği gayrimenkul ile, kamulaştırılan gayrimenkul arasındaki diğer farkının %20'den fazla olması durumunda idare bu gayrimenkulü veremez.

I.1.5..6. Kamulaştırmanın Kanunla Gösterilen Esas ve Usullere Göre Yapılması

Anayasanın öngördüğü kamulaştırma şartlarından biri de “özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların, Kanunla gösterilen esas ve usullere göre, tamamını veya bir kısmını kamulaştırmaya...” ifadesinde belirtildiği gibi bu işlemin kanunla gösterilen esas ve usullere uygun şekilde yapılmasıdır. Söz konusu esas ve usullerin neler olduğu kamulaştırma kanunu ile gösterilmiştir. Bunlar; Kamu yararı kararı alınması (Md.5), Kamu yararı kararının onaylanması (Md.6), Taşınmaz mal sahibinin, sahibi yoksa zilyedinin tapu, vergi ve nüfus kayıtları üzerinden veya haricen yaptırılacak araştırma ile belgelere bağlanmak suretiyle tespit ettirilmesi (Md.7) gibi ön hazırlık işlemleri, kamulaştırılacak mala değer takdiri (Md.10-11), idari yargıda iptal (adli yargıda bedel arttırmayla ilgili dava açılması (Md.14), Acele hallerde el koyma (md.16), Tapuya Tescil (md.17); Kamulaştırmadan vazgeçme

⁹⁰ Daha geniş bilgi için bkz, Özbalcı Y., Gelir Vergisi Kanunu, Ankara, 1984, s.73

(Md.21), Kamulaştırılan malın sahibince geri alınması (Md.23), Acele kamulaştırma (Md.27)dır. Bütün bunlardan anlaşılacağı üzere kamulaştırma, pek çok işlem den farklı olarak tek bir işlem den ibaret olmayan, bünyesinde pek çok işlem i barındıran bir sürecin adıdır. Aynı zamanda bütün idari işlemlerde olduğu gibi sıkı şek il şartlarına uygun olarak oluşturulması gereken bir idari işlemdir. Tabiatıyla geçerliliği kanunda gösterilen ve yukarıda ifade edilen esas ve usullere göre yapılmasına bağlıdır. Değ ilse işlem sakatlanacaktır. Kamulaştırma, hem kamu yararı için çeş itli kamu hizmetlerinin gerçekleştirilmesini hedef aldığı nda idari boyuta, hem de bir gayrimenkul üzerindeki mülkiyet hakkını hedeflemesiyle adli boyuta sahiptir. Dolayısıyla kamulaştırma idare ve adliyenin ortaklaş a şek illendirdikleri bir işlem biçimidir. Genellikle kamulaştırma üç aş amada incelenmektedir. Bunlar, idari, adli ve kıymetin belirlenmesini içine alan evrelerdir⁹¹. Kamulaştırmayı yapacak idare, kanunda belirlenmiş olan yön teme uygun şek ilde hareket etmek zorundadır. Bunlara uyulup uyulmadığ ının denetimi yargı organlarına aif bir yetkidir.

⁹¹ Bu konuda bkz. ONAR, s.1526, Giritli - Bilgen, a.g.e., s.49.

I-2. TÜRK KAMULAŞTIRMA HUKUKUNDA KAMU YARARI VE KAMU YARARI KARARININ ALINMASI

Kamulaştırma işlemi kamu düzeni ile ilgili olmasıyla hem kamu hukukunu, mülkiyet hakkının özüne ilişkin olmasıyla da özel hukuka ilişkin işlemleri içerir. Kamulaştırma işleminin nasıl yürütüleceğini gösteren bir kamulaştırma yasası mevcut olmakla birlikte, kamulaştırma işleminin gerçekleştirilmesinde idare hukukunun prensiplerinin geçerli olduğu, birden çok idari işlemin yapılması ile oluşan bir kompleks işlemler zincirinin varlığı söz konusudur. Önceden de ifade edildiği gibi, kamulaştırma, devlet ve kamu tüzel kişilerinin, sahip bulundukları kamu gücüne dayanarak, özel kişilerin mülkiyetindeki bir taşınmazı kamu yararına, değerini peşin ödemek suretiyle zorla edinmesi demektir. Gerek tarifden, gerek anayasanın 46. maddesinde ifade edilen kamulaştırma kavramından gerekse kamulaştırma yasasından ortaya çıkan sonuca bakılırsa kamulaştırma işleminin gerçekleştirilmesinin temelini kamu yararı kararının alınması oluşturmaktadır. Kamu yararı kararı, adeta kamulaştırmanın ‘olmazsa olmaz’ şartıdır. Kamu yararının bulunmadığı hallerde kamulaştırma kararı vermek, mülkiyet hakkının çiğnenmesi demek olur ki anayasaya aykırı olan bu durumun teklif edilmesi ve savunulması kesinlikle düşünülemez.

Kamu yararı kararının alınması sonucunda kamulaştırma işleminin amaç ve sebep yönünden hukuka uygunluk denetiminin yapılması da kolaylaşmış olacaktır. Dolayısıyla kamu yararı kararı kamulaştırma kararının ilgili veya ilgililere tebliğ edilmesinden itibaren belli bir süre içinde idari yargıda hukuka uygunluk yönünden dava konusu yapılabilir. Buradan da anlaşılacağı üzere, kamu yararı kararı ile kamulaştırma kararı birbirinden farklı olan iki kavramdır⁸⁵.

Kamu yararı kararı, idarenin kamulaştırma yapmasına imkan tanıyan, idareyi bu yetki ile donatan ve nihayet kamulaştırma işlemini başlatan bir karar olmasına karşılık, kamulaştırma kararı ise kendisini hazırlayan kamu yararı kararından sonra ortaya çıkan, kamu yararı kararıyla başlayan zincirin adeta son halkasını oluşturan bir nihai işlemdir. Denebilir ki kamulaştırma kararı verilebilmesi için öncelikle kamu yararı kararının alınmış olması gereklidir veya Kamulaştırma kararının verildiği bir kamulaştırma olayında kamu yararı kararının evleviyetle alınmış olması

⁸⁵ Kutlu, M., s. 47.

gerekir. Zira kamu yararı kararı maddi bakımdan bir şart işlem veya durum işlem niteliğindedir.⁸⁶ Bir idareyi yapacağı hizmetler için kamulaştırma yapmaya yönelten etken kamu yararadır. Bu sebeble kamulaştırma işleminde bulunacak bir kuruluş, kamulaştırma öncesi yapılması gereken ve kanunun 7/1 ve 2’de öngördüğü işleri tamamladıktan sonra kamu yararı kararı almak ve bunu onaylamak (ya da onaylatmak) zorundadır. Bazı eserlerde kamu yararı kararı soyut niteliklidir, sadece bir yerin yol, park, otopark, okul, hastane vb. yapılmasının düşünülmesi kamu yararı kararı, bu kararın yetkili makamlarca onaylanmış ve böylece tamamlanmış hali de kamulaştırma kararı olarak ifade edilmişse de ⁸⁷, bizce, daha kamu yararı kararı alınmadan kendisi için kamulaştırma yapılması düşünülen hizmetin ne olduğu, bunun için kamulaştırılacak yerin durumu (yüzölçümü, sınırları, konumu, alternatifleri vb) belirlenmesi ve bütün bunlar göz önünde tutularak bir karara varılması ve bunun onayı kamu yararı kararını oluşturmaktadır. İdare, yapacağı hizmet için hangi G.menkulün uygun olduğunu tesbit etmeden nasıl kamu yararı kararı verecektir? Veyahut kanunda sayılan kamu yararı kararı vermeğe ve onaylamaya yetkili merciler, yapılacak hizmetin boyutunu ve bunun için uygun olan G. Menkulü bilmeden nasıl bu kararı tasdik edeceklerdir? Kamu yararı kararından sonra kamulaştırılacak yerin kıymet takdiri ve kamulaştırma bedelinin tesbiti safhası başlar. Bağımsız komisyonlarca kamulaştırılacak g.menkulün kıymet takdiri yapıldıktan sonra idare isterse ve uygun görürse kamulaştırma kararı verir, isterse, kamulaştırma bedeline itiraz eder, isterse kamu yararı kararını veren ve onaylayan yetkili merciin kararı ile kamulaştırmadan vazgeçebilir. Bize göre kamulaştırma kararı ancak kıymet takdiri yapıldıktan sonra söz konusu olacak, idare kıymet takdirini gördükten sonra kamulaştırma kararını isterse kanunun 5. maddesinde sayılan makamlar tarafından kendi karar alma usullerine göre ve yazılı şekilde alacak ve bu karar yine kanunun 6. Maddesinde gösterilen makamlar tarafından onanacaktır. Bundan sonra bedelin ödenmesi ve tapuya şerh verilmesi işlemleri başlayacaktır.

Kamulaştırma kanununun 6. maddesinin son fıkrasında “Onaylı imar planına göre yapılacak hizmetleri için ayrıca kamu yararı kararı alınmasına ve onaylanmasına gerek yoktur.” İfadesine yer vererek bu durumlarda adeta kamu yararı

⁸⁶ Bilgen. P.; İdare Hukuku Ders Notları, İ.Ü.S.B.F. Yayınları, 1995, İstanbul, s. 57

⁸⁷ Köroğlu, Ö., s. 82

kararını otomatiğe bağlamış bulunmakta, yeniden kamu yararı kararı almağa ihtiyaç duymamaktadır. Bu durumda yetkili icra organınca kamulaştırma işlemine başlanıldığını gösteren bir karar alınması ve görevlilere gereği için talimat verilmesi kamulaştırma için yeterli olacaktır. Burada yetkili icra organı tabirinden, kanunun 5. maddesinde sayılan kamu yararı kararını almağa yetkili mercileri anlamak gerektiği ve bunun için ayrıca onaya ihtiyaç olmadığı doktrinde ifade edilmiştir.⁸⁸

Son olarak kamu yararı kararının alınması ve onaylanması idari bir işlem olduğundan idari bir işlem olduğundan idari yargının denetimine tâbidir. Kamulaştırma kararı ise birden fazla işlemin yapılmasıyla ortaya çıkan bir nihai işlem olup, bu karar da yargısal denetime tabi bulunmaktadır. Kişiler kamulaştırma kararının tebliği üzerine isterlerse hem kamulaştırma kararını, hem de kamu yararı kararının iptalini isteyebilecekleri gibi, kamu yararı kararı bir hazırlık işlemi ve kamulaştırma kararından bağımsız olduğundan yalnız başına da iptalini dava edebileceklerdir. Burada Kamulaştırmayla ilgili olarak bazı yasaların idari yargı denetimini kapattığını söylemekte de yarar bulunmaktadır. 2634 Sayılı Turizmi Teşvik Kanununun 8. Maddesi, maalesef kamulaştırma kararına karşı idari yargıya başvurma yolunu kapatmaktadır. Her bakımdan anayasaya ve evrensel insan haklarına aykırı olan bu kanun maddesinin ivedilikle iptal edilmesi temennimizdir.

1.2.1. Kamu Yararı Kavramına Genel Bakış

Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi kamulaştırmanın esasını ve özünü teşkil eden kamu yararı kararıdır. Kamu yararının bulunmaması halinde kamulaştırmadan bahsedilemez. Bu durumda her şeyden önce kamu yararı kavramının belirgin bir şekilde ortaya konması ve açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Kamu yararının ne olduğu, sınırlarının nereden başlayıp nerede bittiği, benzer kavramlardan farklılığı, doktrin, yasa ve içtihatlarda nasıl değerlendirildiği bilinmeden ve üzerinde anlaşılmadan kamulaştırma işlemlerinde alınan kamu yararı kararları her zaman tartışmaya açık olacaktır. Bu bakımdan kamulaştırma için kamu yararı kararı ne kadar

⁸⁸ Bkz. Kutlu, M., s. 48

önemliyse, kamu yararı kararı için de kamu yararı kavramı aynı öneme sahiptir. Zaten kamu yararı kavramı ortaya konduktan sonra, herhangi bir kamulaştırma işlemi için kamu yararı kararının alınması sadece basit bir yasal prosedür ve bir yöntemin parçası olmaktadır. Kamu yararı kararının alınış yöntemi yasada açıkça belirlenmiştir. Fakat kamu yararı kavramının ne olduğu hakkında yasa veya yasalarda bir tanıma rastlanmamaktadır.

I.2.1.1. Kamu Yararı Kavramının İçeriği

Osmanlı İmparatorluğundan devren gelen kanunlarda olduğu gibi, cumhuriyet döneminde kabul edilen bir çok kanunda yer almasına rağmen eski adıyla “âmme menfaati”, yeni adıyla “kamu yararı” deyiminin bir tarifi bulunmamaktadır. Bu kavramı, kanunların, içtihatların ve hukuk bilimcilerinin görüşlerinden yararlanarak belirlemek gerekmektedir.⁸⁹ Çünkü kamu yararı, hem bir teknik hukuk terimi; hem de hukukun sınırlarını aşan, felsefe, sosyoloji siyaset ve ahlak alanlarına giren bir kavramdır.

Türk Hukuk Kurumunca 1944 yılında yayınlanan Türk Hukuk Lügatı adlı eserde âmme menfaati (=kamu yararı) şöyle tanımlanmaktadır: “Halk ihtiyaçlarıyla veya milli birliğin, devletin ihtiyaçlarıyla ilgili olan ve bunları karşılayan, halka, millete, devlete istifadeler temin eden menfaatler. Bunların takdir ve tâyini hukuki olmaktan ziyade siyasi bir meseledir ve kanun vazı ile mahkemelerin takdirine bağlıdır. Ancak amme menfaatlerinin hususi menfaatler karşısındaki üstünlüğü ve hususi hiç bir menfaat ve hak karşısında amme menfaatlerinin ihmal edilemeyeceği ve böylece hususi hak ve menfaatlerin amme menfaati namına yapılacak hukuki veya fiili bir tasarrufa mani olamayacağı bugünkü idare hukukunun en esaslı bir prensibidir.”

Büyük Larousse’a göre, kamu yararı; kamunun gereksinmelerini karşılayan, ulusun ve devletin çıkarlarıyla ilgili olan yarar’dır. Bilim adamları ve uygulamacıların ekserisi kamu yararının tanımını yapmaktan kaçınmışlar, onun hukuki

⁸⁹ Aytaç, F., T.İ.D. Sayı 375, 1994, s. 10

bir kavram ve bir tercih sorunu olduğunu belirtmişlerdir.⁹⁰ Kamu yararının daha çok toplumda dengeyi sağlayan fonksiyonu bulunmaktadır. Bu durum kamu yararının adil davranma çabası olarak nitelendirilmesinden kaynaklanmaktadır. Ayrıca kavramın sınırlarını bir yasa kuralı ile tanımlayarak çizmek kavramın mahiyetine ters düşer. Çünkü kamu yararı kavramı statik bir kavram olmayıp, dinamik bir kavram niteliğindedir.⁹¹ Buna rağmen bazı bilim adamları kamu yararının sınırlarını çizmeğe gayret göstermişlerdir. Mesela bunlardan, Tarık Zafer Tunaya “Siyasi müesseseler ve Anayasa Hukuku” adlı eserinde “Kamu yararı, tanımı zor bir kavramdır. Çünkü hem bir teknik hukuk terimidir, hem de hukukun sınırlarını aşan; felsefe, ahlâk ve sosyoloji alanlarına giren bir terimdir.

Anayasa Mahkemesi’nin bir çok kararlarında kamu yararı bazen dar idare hukuku kavramı olarak, bazen geniş kapsamlı olarak toplum yararı anlamında; bazen, geniş ve diğer düzen, adalet, eşitlik gibi kavramları da içeren bir biçimde, bazen ise, yalnızca “kamu yararına olduğu aşikârdır” gibi bir hukukilik kalıbı olarak kullanılmaktadır.

Münci Kapani “Kamu Hürriyetleri” adlı eserinde “Bu anlamda kamu yararı içinde her amacın bağdaştığı ve herkesin paylaştığı bir hedef değildir. Kamu yararı adil davranma çabasıdır. Kamu yararı somut bir kavram değildir. Bir prosedürdür. Kamu yararı, siyasal karar mekanizmasına verilmiş belirli bir yaklaşım direktifidir. Bu kavramın içine neyin girip neyin girmediğini kesin olarak tesbite imkan olmadığını söyleyen Münci Kapani, geniş takdir yetkisine yer veren bu alanda bu yetkiyi kullanacak olan gene yasama organıdır, demektedir.

Bilge Umar, Türk Kalkınma Hukuku eserinde; “kamu yararı, kesinlikle tayini için değişmez bir ölçü bulunmasına imkan olmayan, değişmez ve daima geçerli bir tarifi verilemeyen bir kavramdır. Şartlara göre değişebilir. Önce kanun koyucu takdir eder. Bu kamu yararı telakkisinin yerinde olup olmadığını kesinlikle tayin ve takdir edecek olan Anayasa Mahkemesidir” der.

Lütfü Duran “İdare Hukuku Ders Notlarında”:

⁹⁰ Pirler, O: Köylerde Kamulaştırma İşleri, Amme İdaresi Dergisi, Ekim, 1988, s. 48

⁹¹ Kutlu, M, s. 49

Kamu yararı, çok geniş, hukukî ve öznel olması dolayısıyla herkesin üzerinde anlaştığı ve birleştiği bir kavram değildir... “İdarenin görevini yerine getirebilmesi için, teker teker bireyleri değil, bütün toplumu veya yerine ve görevine göre belli halk topluluklarını gözönüne alması zorunludur; işte bu amaç kamu yararı diye adlandırılmakta ve özel çıkarlara üstün ve yeğ tutulmaktadır.”

S. S. Onar: Kamu yararına esas teşkil eden sebeplerin “mevzuatın tekamül seyri içinde” örneğin istimlak için kabul edilen sebepler tetkik edilince umumi menfaate esas sayılan sebeplerin günden güne çoğaldığı görülmektedir. Bu genişleme, mülkiyet hakkındaki telakkilerle yani mülkiyetin mutlak hak mahiyetinden çıkarak içtimai bir vazife sayılması ve mülkiyet hakkı üzerine konulan takyitlerin çoğalmasıyla denk bir seyir takip etmektedir.” 6830 sayılı İstimlak Kanunundan önceki çeşitli istimlak kanunlarında umumi menfaatlerin neler olabileceği tek tek sayılmakta idi.

Halbuki 6830 sayılı Kanun ise istimlak sebebi için sadece “umumi menfaat için lüzumlu işlere tahsis edilmek”ten bahseder. Sebep unsurunun takdiri bir mahiyet aldığı söylenebilir” demektedir.⁹²

Kamu yararı kavramı bizde çeşitli aşamalardan geçerek bugünkü anlayış içine girmiştir:

1. 1295 tarihli menafii umumiye için istimlâk kararnamesinin birinci maddesine göre; kamu yararı, sâdece bayındırlık işlerinin yapılması gereken hallerde veya özel kişilere ait taşınmazların kamu emlâki hâline getirilmesi için var sayılıyordu.

2. Belediye istimlakine ait 1329 tarihli kanunu muvakkatin birinci maddesinde de aynı görüş kabul edilmiş bulunuyordu.

3. 7/7/1939 günlü ve 3710 sayılı belediye istimlak kanununda ise, “Belediye Kanununda yazılı, belediyenin ve belde sakinlerinin medeni, sıhhi ve bedii ihtiyaçlarının tanzim ve tesviyesi ve tehlikeden korunması için tesisat yapmak maksadı ile binalı ve binasız gayrimenkulleri... istimlake belediye selahiyetlidir.” denilmek suretiyle, kamu yararı kavramı biraz daha genişletilmiş bulunuyordu.

⁹² Karahacıoğlu. A. Haydar. Nazaroğlu Y., İdari ve Adli Yargıda Kamulaştırma, Ankara, 1984, s. 64-65

4. Bugün yürürlükte olan 6830 sayılı İstimlak Kanununun birinci maddesinde sadece “umumi menfaatler”den bahsedilmiş ve fakat umumi menfaatten (kamu yararından) neyin kastedildiği açıklanmamıştır. Böylelikle, önceki mevzuattaki kamu emlaki veya bayındırlık işi için kamulaştırma gibi dar bir anlam yerine daha geniş bir anlam getirilmiştir. Gerçekten, bu deyim gereği, sadece bayındırlık ve kamu emlaki için değil sağlık, estetik, spor, imar.. gibi çeşitli amaçlarla da kamulaştırma yapılabilecektir. Örneğin, 6785 sayılı İmar Kanununun 43. Maddesinde, maliklerin inşaat yaparak imar edemedikleri yangın yerlerinin kamulaştırılarak imar planlarının icaplarına uydurulması, yani şehrin güzelliğinin ve imar edilmesinin sağlanması gözönünde tutulmuştur. Başka bir söyleyişle, böyle bir durumda kamu yararı var sayılmıştır.

Görülüyorki önceleri dar bir alan içinde kalan kamu yararı anlamı, zamanla geniş ve önemli değişiklikler geçirmiş ve çok genişlemiştir. Gerçekten, bugün uygarlık yaşamının gerektirdiği ihtiyaçlara göre kamulaştırma yapılabilmektedir. Bu nedenle de kamulaştırma tasarrufunun sebep ve maksat unsurları da çok genişlemiş bulunmaktadır.

6830 sayılı kamulaştırma yasamızın birinci maddesine göre, kamulaştırmanın sebep ve maksadı, “umumi menfaatler için lüzumlu işlere tahsis edilmek”dir. Ancak kamu yararının nelerden ibaret olduğu kanunda belirtilmemiş ve böylelikle durumun takdiri işin gereğine bırakılmıştır.⁹³

Görüldüğü kamu yararı kavramı bir zamanlar sadece bayındırlık, daha sonraları sağlık, spor ve güvenlik için sözkonusu iken, artık bugün her türlü (kara, deniz, hava) ulaşım hizmetlerinin getirilmesinde, topraksız çiftçinin topraklandırılması, kıyıların, tabiat ve kültür varlıklarının korunması, ormanların yetiştirilmesi, her türlü enerji tesis ve nakil hatlarının kurulması, turizmin geliştirilmesi, yeşil bir çevrenin kazanılması ve korunması, her türlü doğal kaynağın en verimli bir şekilde değerlendirilmesi gibi konularda kamu yararının mevcudiyeti ve bu tür amaçlarla şartları gerçekleştiğinde kamulaştırmanın yapılabileceği kabul edilmektedir. Geniş anlamıyla kamu yararı, ideolojilerle, ideojilemiş etikle sıkı sıkıya bağlıdır. İdeolojiler arasında bir tercihe dayanır. Bütün fedakarlıklar, “kemerleri sıkmalar”, kamu yararı

⁹³ Artukmaç, S, Kamulaştırma Hukuku, Ankara, 1977, s. 31-32

adına istenir. Kamu yararı, haklarımızın ve hürriyetlerimizin düzenlenmesinde ve sınırlandırılmasında bir ölçü olur. Bu ölçüyü, genellikle, siyasi iktidar uyguladığı için, önemli rolü oynar.⁹⁴ Tabiatıyla siyasi iktidar, bu konuda anayasadaki prensipleri çiğnememelidir. Siyasi iktidar, demokratik hukuk devleti olarak bu hususta başı boş bırakılmamalı, yaptığı her icraat ve idari işlem kamu yararı açısından yargısal denetime tabi tutulduğu gibi, meclisten çıkaracağı her yasa da anayasa mahkemesinin inceleme ve denetiminden uzak olmamalıdır.

I.2.1.1.1. Kamu Yararı Kavramının Benzer Kavramlarla Karşılaştırılması

Gerek 1961 ve gerekse 1982 anayasaları kamu hakları ve hürriyetlerinin sınırlandırılmasında ve kamu hizmetlerinin yerine getirilmesinde iki ayrı kavramdan bahsetmektedir. Bunlar kamu yararı ve toplum yararı kavramlarıdır. Anayasaların kullandığı bu terim ikiliği dar ve geniş anlamları ifade bakımından ilgi çekicidir. Kamu yararı, teknik ve dar anlamı belirttiği toplum yararının da geniş ve ideolojik anlamı ifade ettiği söylenebilir. “Mülkiyet hakkı, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir ve bu hakkın kullanılması toplum yararına aykırı olamaz” (1961/36, 1982/35). Ayrıca isbat hakkı bakımından isbat isteminin kabulünde (1961/34, 1982/39) ve kamulaştırmada (1961/38, 1982/46) olduğu gibi kamu yararı şartı dar anlamda teknik bir hukuk terimidir. Bu terimin ideolojik yönü olduğunu söylemek zordur. Kamu yararı kararını kanunda ifade edilen yetkili merciler alır, gerekirse bunlara karşı itiraz ve yargı yolu açıktır. Fakat anayasanın toplum yararı terimini kullandığı alanlarda ise, anayasaya hakim ideolojik prensipleri aramak gerekir. Sözgelimi mülkiyet hakkından bahseden her iki anayasa maddesi “mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz” derken, artık sosyal açıdan böyle bir hakkın mutlaklığını yitirdiğini, nisbileştiğini ifade etmektedir. Yine 1961 anayasasının 41/2 maddesinde “devletin milli tasarrufları artırmak, yatırımları toplum yararının gerektirdiği önceliklere yöneltmekle görevlendirilmesi ile 1982 anayasasının 165. md.sinde “planda... yatırımlarda toplum yararları ve gerekleri gözetilir” ifadeleri yer

⁹⁴ Tunaya, T. Z., Siyasi Müesseseler ve Anayasa Hukuku, İstanbul, 1969, s. 334

almaktadır. Bunlarla anayasanın öngördüğü sosyal devletin, temel prensipleri ortaya konmuş, siyasi iktidara da uygulaması gereken ekonomik ve sosyal politikalar için bir nevi direktif verilmiştir. Yukarıda verilen örnekler de göstermektedir ki kamu yararı ile toplum yararı arasında belirgin bir fark söz konusudur. “Kamu yararı kurulu düzenin korunmasındaki çıkarıdır. Kurulu düzen özel mülkiyete dayanıyorsa kamu yararı özel mülkiyetin korunmasındaki çıkar anlamına gelir. Toplum yararı ise ülkede yaşayan tüm insanların ortak çıkarlarını ifade eder. Düzenin ortak çıkarı koruyucu niteliği, alt yapıyı oluşturan mülkiyet anlayışına bağlıdır. Alınacak bir tedbir, kamu yararı gereği olduğu halde, toplum yararına olmayabilir. Örneğin otopark yeri olarak bir yerin kamulaştırılması kamu yararı gereği sayılır. Fakat bunda toplum yararı gereği bir işlem yoktur. Park yeri, özel oto sahipleri için, özel mülkiyeti koruyucu bir olanaktır. Buna karşılık arsa üzerine yapılacak yapının sosyal konut tipinde olmasını emreden bir yasa hükmü toplum yararınadır.”⁹⁵ Bunlarla beraber doktrinde iki kavram arasında böyle bir çelişkinin zorunlu olmadığı ve gerçeklere uymadığı, özde her iki kavramın da toplumun ortak çıkarlarını yansıttığı öne sürülmüştür.⁹⁶

Ayrıca geniş anlamda kamu yararının, toplum yararı anlamında kullanıldığı ve bu durumda anayasanın ideolojik anlamını yansıttığı da görülmektedir. Örneğin (1961/11/2) de ve (1982/13) deki hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması ölçütlerinden birisi de kamu yararındır. Buradaki kamu yararını, toplum yararı şeklinde anlamak hatta toplum yararı olarak düzeltmek daha doğru olacaktır. Aksi takdirde zaten daraltılmış olan hak ve özgürlükler daha da dar bir çerçeve içine oturtulmuş olacaktır. Aynı şekilde (1982/35) maddesinde mülkiyet sınırlamasını ve (1982/46) daki (kamulaştırma) ile (1982/47) maddesinde (devletleştirme) bahsedilen kamu yararını da toplum yararı anlamında geniş olarak anlamak gerekecektir.

Kamu yararı kavramı yanında “toplum yararı”, “ortak iyilik”, “toplumsal refah/esenlik”, “genel yarar” gibi çoğu birbirinin yerine kullanılan çeşitli kavramlar bulunmaktadır. Bu kavramların ortak noktası, tümünün “bireysel çıkar”dan farklı, onun üstünde veya dışında bir yarar/çıkarı ifade etmesidir. Dolayısıyla gerçek ayrım kamu yararı ile toplum yararı arasında değil, kamu yararı ile bireysel çıkar arasındadır, denebilir.

⁹⁵ Doğanay Ü, Toplum Yararı ve Kamu Yararı Kavramları, Mimarlık/Sayı 7/1974.s.5.

Ancak kamu yararı/bireysel çıkar farklılığı kadar ve belki daha fazla kamu yararı/toplum yararı ayrımı yapıldığı da bir gerçektir. Tarihsel gelişme bunu gösterdiği gibi anayasalarımız da bu ayrımı yapmış bulunmaktadır.⁹⁷

Bütün bu görüşleri bağdaştırarak hukuki yönden kamu yararı, kamuya yararlı hizmet görmek için var olan kamu kurum ve kuruluşlarının üstlendikleri kamu hizmetini yürütürken ferde (veya ferdleri) değil, fertlerin içinde yer aldıkları toplumu ya da toplumun bir kesimini dikkate alma, toplumsal çıkarla kişisel çıkar çatışıyorsa toplumsal çıkarı objektif davranış içinde tercih etme zorunluluğudur.⁹⁸ Kişisel çıkar ile toplumsal çıkar çatışması söz konusu olduğunda bunları birbirinden ayırt etmede problem yoktur. Çünkü tüm 19. yüzyıl kamu hukuku tartışmaları bu ikilem üzerinde meydana gelmiş ve olay çözülmüştür. Fakat birbirinden ayırt edilmesi hayli zor olan kamu yararı ve toplum yararı kavramlarını birbirine karıştırmamak ciddi gayret gerektirmektedir.

I.2.1.1.2. Batıda Kamu Yararı Kavramı'nın Gelişimi

Kamu yararı kavramı esasen bize batıdan aktarılmış bir kavramdır. Bu bakımdan onun batıdaki gelişimine özetle bile olsa temas edilmesi konunun anlaşılması bakımından yararlı olacaktır.

Kamu yararı kavramına ilk defa eski yunanda Aristotaleste rastlarız. Aristo, insanın yeryüzüne gelir gelmez bütün gücünü daha iyi bir hayatı sağlamaya verdiğini, fertler gibi toplumunda iyiliğe ulaşmağa çabaladığını, iyiliğin son amaç olduğunu, böylece ortak yararın (kamu yararı) ortaya çıkacağını, ortak yararın gerçekleşmesinin ise örgütlü, düzenli bir toplumun kurulmasına bağlı olduğunu söyler. Daha sonra bu görüş, orta çağda Aquino'lu Thomas tarafından da paylaşılır. O'da toplumsal yaratık saydığı insanın yararını tek başına sağlayamayacağını, iyi yaşamak için her kişinin toplumca desteklenmesi gerektiğini, dolayısıyla kişilerin kendilerini

⁹⁶ Keleş, R.: "Kentleşme ve Kamu Yararı" Ekonomi Hukuk Kongresi, 1975. s. 16.

⁹⁷ Akıllıoğlu T; Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler, Amme İdaresi Dergisi, Sayı 2, Haziran 1991, s. 7.

⁹⁸ Aytaç, F.; Mülki İdare Amirleri ve Kamulaştırma, Türk İdare Derg. sayı 375, 1994. s.11.

destekleyecek bir topluma katılmaları gerektiğini ifade eder. Thomas'a göre; kişi iyi yaşamak, toplumdan tam yararlanmak için bir devletin kurulması gereklidir. Aristo'nun toplumda, bütün haklardan yararlananların sadece vatandaşlar olabileceği, köleler ve konukların bunlardan yoksun tutulması gerektiği ifadesine karşı, Aquino'lu Thomas toplumun çeşitli katmanlarındaki kişiler için bir ayrım yapmaz, ortak yarar kavramı derken, herkesin yararını ifade eder. O'na göre ortak yarar, toplumla birlikte insanoğlunun insansı değerinden doğmakta, kuşaktan kuşağa sürüp gitmektedir. Ortak sözüyle, bu yarardan, her kişinin payına düşeni alacağını anlatmak ister. Bu payın ölçülmesi ise her kişinin yeteneğine, sağladığı şartlara bağlıdır. Thomas, ortak yararın tek yönlü olmadığını, insanoğlunun madde alanında yararlandığı gibi ruh alanında da yararlanacağını, bu dünya ile ilişkisini kestikten sonra da devam eden bir takım erdemler kazanacağını da ifade eder.⁹⁹

Bu düşünceler Roma kamu hukukuna da egemen olmuş, kamunun yararı için bireylerin haklarından feragat ve fedakarlık etmeleri gerektiği ifade edilmiştir. Hatta, bilhassa kamulaştırma kurumundaki kamu yararı kavramını Roma'da, toplumun zorunlu maddi gereksinimleri yanında estetik ve artistik vb. duygularını da kapsayacak ölçüde geniş tutulduğu görülmektedir.¹⁰⁰ Daha sonraları Fransız devrimi ile gelişen hür düşünceler, kamu yararını toplumsal sözleşme ile ortaya konan hak ve menfaaatlerin sonucu saymaktadır. Bunlara göre bireysel yararlar, toplum yararı ile çelişebilirler. Bireyin yararı, toplumun yararı ile aynı olmak zorunda değildir. Toplum yararı, bireysel yararların toplamından ibaret değil kendi tözü olan ayrı bir şeydir. Dolayısıyla kendisini oluşturan yararlardan farklı bir yapıya sahiptir.

Bir başka özelliği de, kamu yararının (genel yarar ya da toplum yararı) yasa koruyucunun iradesi ile belirlenmesidir. 1789 bildirgesinde ifade edildiği gibi haklar kamu yararı amacıyla yasa ile sınırlandırılabilir. Kamu yararı yasa ile belirlenir¹⁰¹.

⁹⁹ Bu konuda geniş bilgi için Bkz. Akın İ, Kamu Hukuku, İstanbul, 1987, s. 12-54.

¹⁰⁰ Karadeniz, Ö, Roma'da Kamulaştırma ve Kamu Yararı Kavramı, Ankara, 1975, s. 33.

¹⁰¹ Akıllıoğlu T.;s.9.

I.2.1.2. Kamu Yararı Kavramının Önemi:

Kamu yararı kavramının önemi, toplumsal bir takım ortak ihtiyaçların karşılanması için bireyin çıkarının feda edilmesi sonucunu doğurmasında görülür. Bireyin temel haklarından mülkiyet hakkı ancak kamu yararı amacıyla sınırlanabilecektir. Dolayısıyla bu sınırlama sonucunda elde edilecek menfaat üstün bir menfaat olmaktadır. Artık bir veya birkaç bireyin yararlandığı bir taşınmaz, toplumun bir ihtiyacının karşılanması için bu amaca uygun bir konuya tahsis edilecektir.¹⁰² Böylece kamu yararının bulunması, kişinin hak ve menfaatlerinden fedakarlıkta bulunmaya onu mecbur etmektedir. Zira kamu yararının bulunduğu yerde, bir çok kişinin ya da bir topluluğun özel yararı aşan üstün menfaati söz konusudur. Ancak bu halde özel kişinin mülkiyeti (veya başka bir hakkı) karşısında bu üstün menfaat tercih edilir. Bu bakımdan kişiden kişiye, toplumun, sosyal, ekonomik ve politik bünyesine göre değişen “kamu yararı” konusunda karar verme durumunda olan makamların, toplum içinde yaşayanların genel anlayış ve kanaatini sarsmayacak biçimde ölçülü ve dikkatli olmaları ve objektifliği düstur edinmeleri gereklidir.¹⁰³

I.2.1.2.1. Kamu Yararı Kavramına Anayasal Açıdan Bakış:

1982 anayasasında, 1961 anayasasında da olduğu gibi kamu yararı bir sınırlama ve düzenleme ölçüsü olarak temel haklar ve ödevler bölümünde yer almıştır. Buradaki anlamı daha çok toplum yararı anlamını çağrıştırmaktadır. Çünkü toplum yararının içinde, genel ahlak, kamu düzeni, sosyal adalet, milli güvenlik ölçütleri de vardır. Toplum yararı, kamu yararının geniş anlamlısı olarak düzen ve adalet manevi unsurlarına sahiptir. Düzen, statik bir unsurdur. Ve bir istikrar sağlama fonksiyonuna sahiptir. Belli bir yapının, değişmez ya da zor ve yavaş değişerek kalmasını ve devamını ifade eder. Bunun yanında dünya kadar eski, değişmez ve evrensel bir fazilet sayılmış olan adalet her siyasi rejimin kalkış ve varış noktaları olmuştur¹⁰⁴. Diğer bir

¹⁰² Kutlu, M., age, s. 52.

¹⁰³ Kızıl, N.: Kamulaştırma Fenomeni, İ.Ü.H.F. Dergisi, ...s. 211.

¹⁰⁴ Tunaya, T.Z., A.g.e., s.336.

açından her kişinin belli bir topluma katıldıktan sonra, o toplumun kendisine sağladığı çıkara geniş anlamda kamu yararı denir, yani topluma katılan her bireyin kendiliğinden bir iktisapta da bulunması, bir kazanç sağlamasıdır. Kamu yararı. Bunun devamı, yürütülmesi ve düzenlenmesi kamu yararına düşer, dolayısıyla da toplumun ortak ruhu olan adalet düzeni ortaya çıkar. Bu düzenin etkisi, sürekliliği yasalarla güvenlik altına alınmasına, başka bir deyimle anayasa düzeninin kurulmasına bağlıdır¹⁰⁵.

1982 anayasasının 39. Md.sinde anlatılan ispat hakkı bakımından, ispat talebinin kabulünde de kamu yararı yine toplum yararı anlamında kullanılmıştır.

35. madde ise mülkiyet ve miras haklarını düzenlemekte, bu hakların ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabileceğini ifade etmektedir. Ayrıca, anayasa bu maddenin devamında mülkiyet hakkının kullanımının toplum yararına aykırı olamayacağını da belirtmiştir. Gerçekten mülkiyet hakkının her ferde dilediği tasarrufta bulunma imkanı vermeyeceği, fertlerin birbirine uygarlık ilerledikçe daha fazla bağlanmaları sonucu, mülkün kullanılmasının toplum yararına aykırı olmaması kaidesine varılmıştır. Ferd, mülkiyet hakkını kullanırken, tasarrufunun toplumun yararına olmasına da dikkat etmek zorundadır¹⁰⁶. Söz gelimi, ev sahipleri alabildiklerine kiralari yükseltemezler Muhakkak evleri herkesin öz malıdır, fakat kiracılar da korunmalıdır. Burada sosyal devletin fonksiyonelliği ortaya çıkmaktadır.

36. Anayasasının 43,46 ve 47. Maddelerinde de kamu yararı söz konusu edilmektedir. Bunlardan 43'te sahil şeritlerinden yararlanmada öncelikle kamu yararının gözetileceği;46'da kamulaştırmanın ancak kamu yararının gerektirdiği hallerde yapılacağı ve 47'de de kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüslerin kamu yararının zorunlu kıldığı hallerde devletleştirilebileceği ifade edilmektedir.

Bu sınırlamalarla mülkiyet hakkı ve kullanılışı hedef alınmıştır. Böylece klasik mülkiyet kavramının mutlaklık, inhisarilik ve devamlılık unsurları silinmekte ve toplum yararına bağlanılmaktadır. Tabiatıyla bu durum, özel mülkiyet müessesesinin yok edilmesi anlamına gelmektedir. Mülkiyet hakkına yapılan bu müdahalelerde özellikle "kamu yararı" kavramının muhtevasının iyi tesbit edilmesi önem taşımaktadır. Gerek Anayasa ve gerekse yasalar "kamu yararı" kavramına bir tarif getirmemişlerdir.

¹⁰⁵ Akın, İ., Kamu Hukuku, s.54

¹⁰⁶ Aldıkaçtı O.: Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası, İstanbul, 1978, s.247

Bu durumda mülkiyet hakkının anayasa sınırları içinde korunması anayasa mahkemesine aittir. Anayasa mahkemesi, “toplum yararı”, “kamu yararı”, “kamu hizmeti niteliğini taşıyan özel teşebbüsler” terimlerine kazandıracağı anlamlarla mülkiyet hakkının sınırlarını da çizmiş olacaktır

Son olarak 1982 anayasası tıpkı 1961'deki gibi Ekonomik hükümler bölümünde planlı kalkınma modelini anlatırken “yatırımlarda toplum yararları ve gerekleri gözetilir” demektedir (Md.166). Burada bahsedilen toplum yararı, genişletilmiş kamu yararı anlamındadır. Anayasa böylece, siyasi iktidarı planlı kalkınma konusunda yönlendirmekte, bir nevi direktif vermektedir. Görülen odur ki 1982 anayasası, kamu yararını, yargısal denetime tabi hallerde ideolojik yönü olsa da teknik anlamda kabul etmiş, sosyal devlete yüklediği görevler, verdiği direktifler bakımından da toplum yararı terimini tercih etmiştir. İster toplum yararı, ister kamu yararı kullanılmış olsun, her iki terimle de, düzenleme ve sınırlama şartları kastedilmiştir. Kamu yararı adına yapılacak sınırlamalar soyut ve subjektif esaslara dayandırılmaz. Ayrıca 166. Madde de ifade edilen “ülkenin, ekonomik sosyal ve kültürel kalkınmasının plana bağlanması ve bu yolla yapılacak yatırımlarda toplum yararlarının gözetilmesi” konusu sosyal devlete kalkınma ve gelişme için planlar yapma direktifini vermektedir. Bu anlatım plan ve yıllık programların “kamu yararını” simgeleyen belgeler olduğunu göstermektedir. Plan, anayasanın ifadesiyle toplum yararı ile kamu yararının birarada yer aldığı bir işlemdir. Diğer bir ifadeyle, planda ve buna bağlı olarak yapılan öteki işlemlerde kamu kuruluşları için olduğu kadar özel hukuk öznelere için de geçerli ya da etkisi olan amaçlar sıralanmaktadır¹⁰⁷, Burada, kamulaştırma kanununun 6. Maddesinin son fıkrasında ifade edilen “onaylı imar planına veya ilgili bakanlıklarca onaylı özel plan ve projesine göre yapılacak hizmetler için ayrıca kamu yararı kararı alınmasına ve onaylanmasına gerek yoktur” cümlesini hatırlatmakta fayda vardır. Demek ki, kanundaki bu madde gücünü anayasadan almakta, plan yapılmış olmakla, kamu yararının gerçekleşmesi adeta bir tutulmaktadır.

¹⁰⁷ Akıllıoğlu, T.; a.g.m., s.11

1.2.1.2. Kamu Yararı Kavramının Mülkiyet Hakkı İle İlişkisi:

Mülkiyet hakkı, çeşitli ilimlere inceleme konusu olmuş ve sonuçta farklı ve değişik çözümlere ulaşılmıştır. Mülkiyet, kişi ile mal arasındaki sıkı hukuki ilişkiye ilişkin bir olgudur. Roma hukukunda mülkiyet hakkı “şey¹⁰⁸ üzerinde en umumi hakimiyet” olarak görünmekteydi. Kaide olarak, fert mal üzerinde dilediği tasarrufta bulunabilirdi. Bu durum islam hukukunda da aynıydı. Mülkiyet hakkı mutlak olup, herkese karşı korunurdu. Bunun içinde devlet de vardı. Daha sonra, mutlakiyetçi idareler topluma hakim olmasıyla, önceleri herkese karşı savunabilinen bu haktan tavizler verilmeye başlandı. Sonunda ferdin mülkiyet hakkı devlete karşı savunulamaz hale geldi. 1789 Fransız İhtilali mülkiyet hakkında da bir inkılap yaptı. İnsan hakları bildirgesinin 17. Maddesinde mülkiyet hakkı hem “dokunulmaz kutsal bir hak”¹⁰⁹ mertebesinin çıkarılırken, hem de bu haktan mahrum edilmenin tek yolu” kanunla belirlenen zaruretlerin açık biçimde gerekli kılması” hali olarak gösterildi. Tabiatıyla bu “kamusal zorunluluk” halinin yanısıra, mülkiyet sahibine, mülkiyetini devretmesi için adil ve peşin bir tazminatın ödenmesi de söz konusuydu. Bugün de mülkiyet hakkı temel haklardan olup, hem ulusal hem de uluslararası metinlerde özel mülkiyet hakkının kamu yararı amacıyla kanunla sınırlanması hüküm altına alınmıştır. Bizdeki 1876 kanunu Esasisi de mülkiyet hakkını 21. Madde de düzenlerken aynen Fransız insan hakları bildirgesinin 17. Maddesini esas almış ve kamu yararı amacıyla sınırlamıştır. Kabul etmek gerekir ki 1924 anayasası, 1876 kanunu Esasisinden bu noktada daha geriye düşmüş, kamulaştırma müessesesini ancak 1937 yılında kabul edebilmiştir. 1961 anayasasında mülkiyet hakkı, 1948 İtalyan Anayasasında olduğu gibi Sosyal ve İktisadi Haklar ve Ödevler bölümünde düzenlenmiştir. Mülkiyet hakkının sosyal niteliği Roma hukukundan beri belirmekte idi. Mülkiyet hakkının mülk sahibinin iradesi dışında kullanılmasını sağlayan, kamulaştırma ve devletleştirme hükümlerinin sosyal nitelikleri tartışılmayacak kadar açıktır¹⁰⁹.

Anayasa 36/2 maddesiyle, mülkün kullanımının toplum yararına aykırı olamayacağını ve mülkiyetin kamu yararı amacıyla kanunla sınırlandırılacağını ifade

¹⁰⁸ Kızıl, N.: Kamulaştırma Fenomeni, s.210

¹⁰⁹ Aldıkaçtı, O., A.g.e., S.247

etmiştir. Böylelikle, ferdin mülkü üzerinde toplumun bir hakkı olduğu gösterilmekte, anayasa komisyonunun gerekçesinde de ifade edildiği gibi asıl amacın “Terbiyetkar bir tesire sahip olacak nitelikte” düzenleme yapmak olduğu belirtilmektedir¹¹⁰.

1982 anayasası ise mülkiyet hakkını “kişinin hak ve ödevleri” arasında düzenlemiştir. Bu değişikliğin sebebi mülkiyet hakkının aynı zamanda bir ödev niteliği taşıdığı inancından kaynaklanmış olabilir. Zira ilgili madde, mülkiyet hakkının kullanımının toplum yararına aykırı olamayacağını ifade ederek adeta mülk sahibine bir sorumluluk yüklemiştir. Fakat bu durumun çağdaş mülkiyet anlayışına aykırı olduğu da ifade edilmektedir¹¹¹ Kamulaştırma, kamu yararı amacıyla mülkiyetin sınırlanması olup, mülkiyet hakkından doğan bir ödev niteliğinde değildir. Doktrinde bu husus çok tartışılmış, Anayasa da mevcut haliyle, kamulaştırmanın, diğer mülkiyetten doğan ödevlerden (komşuluk hakkından doğan ödevler, imar ve yapı düzeninden doğan ödevler, sağlık ve benzeri nedenlere dayanan ödevler gibi) farklı olduğunu, çünkü sadece kamulaştırmada mül sahibine tazminat ödendiği ifade edilmiştir¹¹².

Mülkiyet hakkı, kamulaştırma ve devletleştirme kurumları ile sınırlandırılmıştır. Bu durumda mülkiyet hakkının özelliği, bireyciliği, kişiselliği ortadan kalkmamış, fakat kalkınma şartlarının gerektirdiği oranda bu hususlar kısımlabilir bir değer kazanmışlardır. Bununla beraber, kalkınma şartlarının gerektirmesi ile sürülerek özel mülkiyetin kurumsallığı ortadan kaldırılamaz. Mülkiyet hakkı, kamulaştırma ile, sosyal değeri oranında fonksiyonellik kazanmıştır. Böylece mülkiyet, “klasik liberal görüşten” biraz sıyrılma, aksine tüm katılımı kaybetmiştir¹¹³

MK. 618. Maddesi “Mülkiyet, hak sahibine....” İfadesiyle klasik liberal anlayışı benimseyerek anayasanın gerisinde kalmıştır. Her ne kadar, mülkiyet hakkının kamu hukukundan doğan sınırlamalarına açık olsa da sosyal devletin ve hızlı kalkınmanın şartlarından doğabilecek ölçüler ele alınmamıştır. Ayrıca toplum yararı ölçüsüne yer vermemiş olan medeni kanunumuzcada, bu ölçünün karşılığı maalesef

¹¹⁰ Tunaya, T.Z., A.g.e, s.733

¹¹¹ Kutlu, M, A.g..e, s.53.

¹¹² Bu konuda geniş bilgi için Bkz. Zevkliler A. Kamulaştırma, A.g.m, s.935-958

¹¹³ Tunaya, T.Z., A.g.e, s.736

araştırılmamıştır ¹¹⁴ Nasıl bugün 1924 anayasası ile 1961 ve 1982 anayasaları arasında mülkiyet hakkı bakımından paralellik kurulamaz ise, aynı hal 1982 anayasasının 46 ve 47. Maddeleriyle Medeni Kanunun 618. Md. si esnasında da geçerlidir. Medeni Kanun I. Dünya Savaşı şartlarında hazırlandığından, bireyci karakteri sosyal niteliğine üstün gelmektedir. Buna rağmen anayasa tarafından konulan kuralların (sınırlandırmaların) özel hukukça kabul ve uygulanması, medeni kanunla kabul edilen mülkiyet hakkına da bir esneklik kazandıracaktır. Söz gelimi kamu hukukundaki sınırlamaları kapsayan kamu yararı (veya toplum yararı) özel hukukta objektif hüsnüniyet veya hakkın kötüye kullanılması müesseseleriyle karşılanabilir. Hakkın kötüye kullanımı toplum yararına aykırılık olarak yorumlanıp kötüye kullanma müessesesine sosyal bir nitelik kazandırılabilir. ¹¹⁵

Anayasanın mülkiyet hakkını düzenlediği 35. Madde mülkiyet hakkını sınırlamanın tek şartının kamu yararı olduğunu ifade etmektedir. Kamulaştırma işleminde, kamu yararı objektif ve soyut bir nitelik taşımasına rağmen özel şahsa ait gayrimenkule ilişkin statüde değişiklik öngörerek, özel yararı aşan bir genel yararın varlığını saptayarak taşınmazı, idarece kamulaştırılacak taşınmazların arasına sokmaktadır ¹¹⁶ .

Bilindiği gibi M.K. 633/1 maddesi taşınmaz mülkiyetinin tapu kütüğüne tescille kazanılabileceğini ifade ettikten sonra bu kuralın bazı istisnalarını sayar. Bunlardan biri de kamulaştırmadır. Kamulaştırma, mülkiyeti sicil dışı bir nedenle geçirilebilmektedir. Ne var ki mülkiyetin, kamulaştırmayı yapan idareye hangi anda geçtiği, gerek doktrinde ve gerekse uygulamalarda görüş ayrılıklarına sebep olmuştur. Tekinay'a göre, kamulaştırma, taşınmaz üzerindeki mülkiyeti idareye kazandırmayabilir. Bir taşınmaz, yeşil alan, yol veya meydan için kamulaştırılmışsa mülkiyetin idareye geçmesi söz konusu olmaz. Böyle hallerde mülkiyet sadece eski malik bakımından kaybolmakla kalmamakta, mutlak olarak sona ermiş olmaktadır. Bu durumda malikin kamulaştırılan taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkının ne zaman son bulacağını belirleme işini MK. 643. Md. Özel kanuna bırakmıştır. Bu özel kanun

¹¹⁴ Bu konuda geniş bilgi için Bkz. Özüçü, Mülkiyet Hakkının sınırlanması, s.26; Eren Mülkiyet Kavramı, s.186; Özüçü, Taşınmaz Mülkiyeti Sınırlarına İlişkin Öneriler, s.52

¹¹⁵ Tunaya, T.Z. A.g.e, s.742

¹¹⁶ Kızıl, N., A.g.m., s.211

Tekinay'a göre kamulaştırma kanunu olup, ilgili hüküm aynen şöyledir: "Kamulaştırılan gayrimenkul tahsis edildiği kamu hizmeti itibarıyla sicile kaydı gerekmeyen bir niteliğe dönüşmüş ise, istek halinde sicil kaydının terkinine karar verilir (Md.17)¹¹⁷ .

I.2.1.3 Kamu Yararı ve Kamu Hizmeti İlişkisi

Kamulaştırma kanununun 3. maddesi, "idareler, kanunlarla yapmak yükümlülüğünde bulundukları kamu hizmetlerinin veya teşebbüslerinin yürütülmesi için, gerekli olan taşınmaz malları, kaynakları, bedellerini nakden ve peşin olarak ödemek suretiyle kamulaştırma yapabilirler" demek suretiyle kamu yararı ile kamu hizmetinin ilişkisini ortaya koymuş, aynı zamanda kamu yararı kavramının sınırlarını da çizmeye çalışmıştır. Bu maddenin kanunun, kamulaştırma şartları başlığını taşıyan 2. bölümde yer alması, kamu yararının aynı zamanda kamu hizmeti ile paralellik içinde olması gereğini ortaya koymaktadır. Bir bakıma, kamu yararı, kamu hizmetleri veya teşebbüslerinin tanzim, teşkil ve yürütülmesiyle ortaya çıkacak yarar olmalıdır. Bu suretle bugün kamulaştırmanın ön şartı olan kamu yararı ile kamu hizmetlerinin arasında aynılık bulunduğu kabul edilmelidir.¹¹⁸ Bu durumda kamu hizmeti kavramının bilinmesi önem taşır. Mevzuatımızda kamu yararı gibi Kamu hizmetinin de tanımı yapılmamıştır. Doktrinde ise, çeşitli kamu hizmeti tanımları mevcuttur. Sözgelimi Türk Hukuk Lugatinde kamu hizmeti "Bir kamu idare ve kuruluşu tarafından doğrudan doğruya veya böyle bir idarenin nezareti altında genel ihtiyaçları ve menfaatleri tatmin ve temin maksadıyla girişilen teşebbüsler ve gösterilen faaliyetler" olarak tarif edilmektedir. Ayrıca "bir kamu kurumunun ya kendisi tarafından ya da yakın gözetimi altında özel girişim eliyle kamuya sağlanan hizmet" olarak doktrinde kamu hizmeti ifade edilmiştir.¹¹⁹ Bir hizmetin kamu hizmeti sayılıp sayılmaması, toplumun içinde bulunduğu şartlarla da yakından ilişkilidir. Bazı durumlarda idarenin yapacağı kamu hizmetleri kanunlarda gösterilmiştir. Bazen de bire hizmetin kamu hizmeti sayılması ve kabul edilmesi kanunla düzenlenmemiş olsa bile. Siyasi veya yargısal kararlar da

¹¹⁷ Bu konuda Bkz. Tekinay, S.S, Mülkiyetin Kamulaştırma ile Geçmesi ve sona erdirilmesi İHİD, 1982, S.1/3, s.197.

¹¹⁸ Bilgen, P.: İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul, 1988, s. 43.

mümkün olabilir. Devletin görevlerindeki artış ve değişimler, kamu hizmeti kavramını da etkilemiş ve kamu hizmetlerinin alanı genişlemiştir. Doktrinde kamu hizmetlerinin pek çok özellikleri sayılmış olmasına rağmen ¹²⁰ bunlardan ikisi tüm kamu hizmetleri için geçerli ve zorunlu kabul edilmiştir. Buna göre bir hizmetin kamu hizmeti sayılabilmesi için, hizmetin kamuya yöneltilmiş ve kamuya yararlı olması diğeri ise hizmetin ya kamu kuruluşlarınca, ya da ilgili kamu kuruluşunun sıkı denetimi altında özel kişilerce yürütülmesi gerekmektedir¹²¹. Kamulaştırma konusunda ise, taşınmaz mala duyulan ihtiyaç, kamu hizmetinin yürütülmesi için zorunlu olduğu takdirde kamulaştırılmaya izin verilebilir. İdari Yargı, bazı durumlarda, kamulaştırmada, kamu hizmetinin, kamulaştırmayı yapan idarenin görev alanına girip girmediğini araştırırken, bazen de kamu hizmeti için zorunlu şartları yeterli görerek, kamu yararı varlığına hükmetmiş ve idarenin görevleri arasında yer almamasına rağmen kamulaştırmaya onay vermiştir. Sözgelimi, Köy kanununda, köy konağı ve Atatürk heykelinin çerçevesinin görünüşünü engelleyen yapıların kaldırılması yolunda köylüye görev verilmediğinden, ortada kamu yararı bulunmadığından, bu amaçla yapılan kamulaştırma kanuna aykırı bulunmuş¹²² fakat yine Köye fırın yaptırmak için yapılan kamulaştırmada, fırın yapmak köy idareleri için kamu hizmeti olmadığı halde olayda kamu yararı görülerek özel mülkiyet kamulaştırılmıştır. İdare mahkemesi, köyde ekmek fırını yapmayı 442 sayılı kanunun 13 ve 14. maddelerinde gösterilen köyün yapmakta zorunlu olduğu veya isteğe bağlı görevleri arasında yer olmadığı gerekçesiyle işlemi iptal etmiş, temyiz üzerine Danıştay *“her ne kadar köy kanununda fırın yapımı köyün zorunlu ve isteğe bağlı işleri arasında sayılmamış ise de, insanların temel gıdasını teşkil eden ekmeğin düzenli ve sağlıklı biçimde üretilip köylüye iletilmesinde kamu yararı bulunduğunu kabul ederek”* idare mahkemesi kararını iptal etmiş ve kamulaştırmayı haklı görmüştür.¹²³ Bize göre bu ve benzeri durumlarda, yargının gelişmeleri gözönüne alarak amaçsal bir yorum yapmasına katılmak mümkün değildir. Kamulaştırma gibi, mülkiyet hakkının ağır bir şekilde ihlal edildiği durumlarda yargının bir nevi yasamanın yerine geçerek, kanunla verilmemiş bir

¹¹⁹ Balta. T., İdare Hukuku I, 1972, s. 18; Özey, İ.H; Gün ışığında yönetim, 1992, s. 110.

¹²⁰ Bu konuda geniş bilgi için Bkz: Balta, T, İdare Hukukuna Giriş, 1970, s. 15; Duran, L, İdare Hukuku, s. 301; Onar. S.S., İdare Hukukunun Umumi Esasları, 1966, s. 307.

¹²¹ Gözübüyük A.Ş., Yönetim Hukuku, Ankara, 1996, s. 244.

¹²² D. 6. D. 16. 12. 1986 gün E. 1986 / 1047, K. 1986 / 1132

¹²³ D. 6. D. 17. 4. 1985 gün, E: 1986 / 310, K. 1986 / 559.

görevi kamu hizmeti olarak değerlendirip hüküm vermesi adalete olan güveni sarsmaktadır.

Bize göre Danıştay, daha önceki içtihadı birleştirme kararlarında da hüküm altına aldığı gibi, idarelerin görevlerini düzenleyen özel yasalara yollama yapıp, söz konusu hizmetin ilgili idarenin görev alanına girip girmediğini belirleyerek buna göre karar vermelidir¹²⁴.

¹²⁴ D. İcti. Bir. Kur., 19. 12. 1975 E. 1972 /7, K. 1975 /16, Danıştay İctihadı Birleştirme Kararları III, Ankara, 1985, s. 56 vd.; Kutlu, M; A.g.e.'den naklen s. 55.

I.2.1.4. Özel Hukuk Kişileri Lehine Yapılan Kamulaştırmalarda Kamu Yararı

4 Kasım 1983 tarihli 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu kamulaştırmanın amaç ve kapsamını belirlediği birinci maddesinde “özel kanunlarına dayanılarak gerçek ve özel hukuk tüzel kişileri adına yapılacak kamulaştırmalarda da bu kanun hükümleri uygulanır”, ikinci maddesinde, “idare tanımının içine yararına kamulaştırma hak ve yetkisi tanınan....., gerçek ve özel hukuk tüzel kişileri, girer, beşinci maddesinde, “kamu yararı kararı verecek merciler içine “Gerçek kişiler yararına kamulaştırmalarda bu kişilerin, özel hukuk tüzel kişileri yararına kamulaştırmalarda ise; yönetim kurulları veya idare meclislerinin, yoksa yönetim organlarının başvuruları üzerine gördükleri hizmet bakımından denetimine bağlı oldukları köy, belediye, özel idare ve bakanlık” girmekte ve altıncı maddesinde ise, h fıkrasında “Gerçek kişiler veya özel hukuk tüzel kişileri yararına; köy, belediye veya özel idarece verilen kararların valinin onayıyla tamamlanacağı” ifadelerine yer vermek suretiyle gerçek ve özel hukuk tüzel kişilerinin yararına kamulaştırma yapılabileceği hususunu bugünkü hukukumuzda yerleştirmiş bulunmaktadır. Gerçi özel kişiler yararına kamulaştırma yapılabilmesiyle ilgili hüküm 31 Ağustos 1956 tarihli 6830 sayılı İstimlak kanununda da mevcuttu. Bu kanunun birinci maddesinde İstimlak işleminin konusu düzenlenirken, “Amme Hükmi şahısları ile müesseseleri tarafından umumi menfaatler için lüzumlu işlere tahsis edilmek üzere hususi şahıslara ait gayri menkullerin ve kaynakların istimlakı ile hususi şahıslar lehine mahsus kanunlarına müsteniden yapılacak istimlakler bu kanun hükümlerine tabidir” ve yine beşinci maddesi, istimlak kararı verecek mercilerden bahsederken “umumi menfaat kararının mevcudiyetine ... hakiki şahıslar lehine istimlaklerde bu şahısların ve hususi hükmi şahıslar hakkında da idare meclislerinin müracaatları üzerine gördükleri hizmet bakımından mürakabesine tabi oldukları köy, hususi idare ve vekaleti” yetkili kılmaktadır. Gerek eski yasa ve gerekse yeni yasa hükümlerinden çıkarılabilecek sonuç şudur: Özel kişi ve kuruluşlar yararına kamulaştırma, istisnai bir kamulaştırma tipidir. Bu yetkinin kullanılabilmesi için özel gerçek ve tüzel kişilerin faaliyet alanlarıyla ilgili olarak özel kanunlarında kamulaştırma

yapabilecekleri hususu öncelikle yer almalı ve bundan sonra kamulaştırma işleminin gerçekleştirilmesi 2942 sayılı kanun hükümlerine göre yapılmalıdır.

Özel kişiler yararına kamulaştırma ile ilgili 6830 sayılı kanundaki hükmün anayasanın (1961 anayasası) 38. maddesine (bugünkü 46. madde) aykırı olduğu 1963 tarihinde Adalet partisi meclis ve senato gruplarınca ileri sürülerek Anayasa mahkemesinde dava açılmış, fakat Anayasa mahkemesi 28.12.1965 gün 1963 / 66 esas ve 1965 / 76 sayılı kararıyla hükmün anayasaya aykırı olmadığı sonucuna varmıştır. Çoğunlukla alınan bu karara göre, dava konusu hükmün amacının, özel kişiler yararına kamulaştırma yapılabilmesini sağlayan bir kural koymak değil, sadece özel kanunlarda böyle bir yetki özel gerçek ve tüzel kişilere verilmişse bunun usulünün kamulaştırma kanunuyla yürütülmesi gerektiği şeklindedir.¹²⁴ Mahkeme çoğunluk kararında, “Özel kanunu yetki vermiyorsa, özel kişiler yararına, dava konusu hükme dayanılarak kamulaştırmaya gidilmesi düşünülemeyeceği gibi, bu hüküm bulunmasa yahut kaldırılmış veya iptal edilmiş olsa dahi özel kanununun verdiği kamulaştırma yetkisi yürürlükte kaldıkça kamulaştırma hükmünün işleyeceğinde şüphe yoktur. Şu duruma göre özel kişiler yararına kamulaştırma yapılabilmesinde anayasaya aykırılık bulunup bulunmadığının incelenmesi yeri, dava konusu hüküm değil, ancak böyle bir kamulaştırmaya yetki veren özel kanunlardır” demektedir. Nitekim Danıştay da bu esaslardan hareketle, özel kanunlarında kamulaştırmayla ilgili bir yetkinin bulunmadığı özel gerçek ve tüzel kişilerin kamu yararı ve kamulaştırma kararı veremeyeceklerini ve kamulaştırma yapamayacaklarını pek çok kararında hükme bağlamıştır. Örneğin bir danıştay kararında “Taşınmaz malın, motel ve yol yapımı amacıyla kamulaştırılması hakkında şirket idare meclisince verilen kararın, bir özel hükmi şahsiyet olan şirketin, özel kişilere ait taşınmaz malın kamulaştırılmasına karar veremeyeceği, idareye ait yetki gasp edilerek verilen bu kararın yok hükmünde olduğunu ifade ederek” davayı reddetmiştir.¹²⁵ Danıştay, yine bir başka kararında lehine kamulaştırma yapılacak kişi veya kuruluşla ilgili olarak özel kanunla verilmiş bir yetki aramıştır. Buna göre “Lehine kamulaştırma yapılmasına karar verilen yapı kooperatifi bir özel hukuk hükmi şahsı olup murakebesi belediyeye ait olmadığından ve mezkur kooperatif

¹²⁴ Bkz. Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, 1966, sayı 3, sh. 248 - 251.

¹²⁵ D. 6. D. 21. 2. 1968 tarih, E; 1966 / 2621, K: 1966 / 524 sayılı karar.

lehine kamulaştırma yetkisi veren hususi bir kanun hükmü de bulunmadığından belediye ercümenince yetki dışı verilmiş bulunan kararda hukuki isabet görülmemiştir”.¹²⁶ Demek ki, Anayasa mahkemesi ve Danıştay’ın bu konudaki içtihatlarına göre, esas olan kamulaştırmanın anayasa mucibince devlet ve kamu tüzel kişileri yararına yapılacağı, ancak özel kanunlarda yetkili verildiği takdirde özel gerçek ve tüzel kişilerin de kamulaştırma yapabileceklerini fakat bunun usulünün Kamulaştırma kanununa göre belirleneceği hüküm altına alınmıştır. O halde özel kişiler yararına kamulaştırma yapılabilmesi için, bu kişinin öncelikle bir kamu hizmetini yerine getiriyor veya bununla yükümlü olması ve kamulaştırmanın da bu hizmetin yürütülmesi için yapılmış olması gerekmektedir.¹²⁷ Bu durumda kişi lehine yapılan kamulaştırmada, artık kişinin şahsi menfaatinin değil, yaptığı kamu hizmetinden dolayı kamunun yararının söz konusu olduğu kabul edilmektedir. Böyle durumlarda, kamu hizmeti yapan özel kişi veya kuruluş, eğer özel kanununda kendisine kamulaştırma yapma hakkı verilmişse, kendisine gerekli olan taşınmazın kamulaştırılması için denetimi altındaki idari makamlara başvuracak; idare gerekli görürse taşınmazın kamulaştırılması için kamu yararı kararı verecek, yine kamulaştırma kanununda belirtilen yetkili mercilerce bu karar onaylandıktan sonra kamu yararı kesinleşecek kamulaştırma süreci başlayacaktır.¹²⁸ Kişiler lehine kamulaştırma kurumunun, hukukumuzda uygulamasının son derece sınırlı olduğu görülmektedir. Bize göre, bunun sebebini, toplumdaki katı mülkiyet anlayışında aramak gerekir. Daha 1961 anayasasına kadar klasik mülkiyet anlayışının hakim olduğu ülkemizde mülkiyetin toplum menfaatleriyle sınırlandırılabilmesi, mutlak olamayacağı, suje ile obje arasında artık modern devlet anlayışında toplum (kamu) yararının girdiği hususu yeni yeni kabul görmeye başlamıştır. Devlet ve kamu tüzel kişilerinin bile, kamu yararının gerektirdiği hallerde kamulaştırma yapabileceklerini toplum hala kabul etmekte zorlanmakta, bu konuda açılan yüzlerce dava mahkemeleri meşgul etmektedir. Bu bakımdan kamu yararı için bile olsa özel kişiler lehine kamulaştırmayı toplumumuzun hemen kabullenmesi mümkün olamamış, bu konuda tartışmalar süre gelmiş ve halen de devam etmektedir. Daha önce yukarıda zikrettiğimiz Anayasa mahkemesi kararı başta olmak üzere, pek çok yargı kararı ve

¹²⁶ D. 6. D. 25. 2. 1975 tarih, E. 1973 / 6042 K: 1975 / 4891 sayılı karar.

¹²⁷ Kutlu, M, A.g.e. s. 57.

¹²⁸ Bu konuda geniş bilgi için Bkz. Özyörük, M; A.g.e. s. 140; Onar, S.S., İdare III, s. 1516.

doktrinde bu hususta farklı görüş ve kararlar göze çarpmaktadır. Bahsi geçen Anayasa mahkemesinin 1965 / 76 sayılı kararının azınlık kararında, istimlak kanununun bir ana kanun olduğu, bu kanunun ilgili maddelerinde özel kişiler yararına istimlake cevaz verdiğini, cevaz vermese idi, mahsus kanunlarına buna dair hüküm konulamayacağını kabulü gerektiği, öte yandan mahsus kanunla özel bir kişi lehine istimlak yapılması öngörülse dahi, bu hükmün anayasaya aykırı olup olmadığının artık incelenemeyeceğini, zira bu hüküm incelenir ve iptal edilirse, istimlak kanununun aynı nitelikteki bir hükmünün yürürlükte kalması gibi bir garip durumun meydana geleceği” ileri sürülmüş ve adeta özel kişiler yararına kamulaştırma ile ilgili kamulaştırma kanununda yer alan hükümlerin iptal edilmesi en azından tartışılması gerektiği ifade edilmiştir. Nitekim, bu durum daha sonraları verilmiş (22. 9. 1993 günlü Karar) bir anayasa mahkemesi kararında, daha fazla taraftar bulmuş ve özel kişiler yararına kamulaştırma hususunda toplumun bu konudaki hassasiyetinin aynen anayasa mahkemesine de yansıdığı görülmüştür. Sözünü ettiğimiz Anayasa mahkemesi kararı ve bu konudaki tartışmalara girmeden önce, konunun Anayasa mahkemesine intikal safahatının bilinmesinde yarar vardır. Daha öncede ifade ettiğimiz gibi özel kişiler yararına kamulaştırmanın ön şartı o kişi ve kuruluşun faaliyet sahasını düzenleyen kanunla ilgili özel kişi ve kuruluşa kamulaştırma yetkisinin verilmesidir. Bu hususta, çeşitli kanunlar ve kanun hükmündeki kararnamelerde özel kişi ve kuruluşlara kamulaştırma yetkisi veren hükümler bulunmaktadır. Bunların içinde; 1757 sayılı Toprak ve Tarım Reformu Kanununa göre Topraksız veya az topraklı çiftçi lehine yapılacak kamulaştırmalarla ilgili hükümlerini (ki bu yasa 10 Mayıs 1978’de yürürlükten kaldırılmıştır), daha sonra 1984’de çıkarılan 3083 sayılı Sulama Alanlarında Arazi Düzenlemesine Dair Tarım Reformu Kanununun ilgili hükümleri; 6326 sayılı Petrol Kanununun 1702 sayılı yasayla değişik 87 / II - a maddesinin hükümleri, 2981 Sayılı İmar ve Gecekondu Mevzuatına Uygulanacak Bazı İşlemler Hakkında Kanunun 3366 sayılı kanunla değişik 9. / c - 4 maddesinin hükümleri, 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye göre (Md. 61) Sümerbank, Etibank, Türkiye Elektrik Kurumu ile iktisadi devlet Teşekkülleri’nin kamulaştırmadan yararlanmasına imkan veren hükümleri, 6200 Sayılı Devlet Su İşleri Umumi Müdürlüğü Teşkilat ve Vazifeleri Hakkında Kanunun 2 / 2 maddesinin hükümleri ve 1146 sayılı Arsa Ofisi

Kanununun Arsa Ofisi Genel Müdürlüğüne Kamulaştırma usulünden yararlanabilmesine olanak tanıyan 9. maddesinin hükümleri ile 3213 sayılı maden kanununun 46 maddesinin son fıkrasının hükümleri girmektedir. Ayrıca 1326 tarihli Menafii Umumiyye müteallik İmtiyazat hakkındaki kanuna göre (Md 2) Kamu Hizmeti imtiyazcısı özel kişi; 6747 sayılı Şeker Kanununa göre (Md 4) Şeker Fabrikası kurma müsaadesi sahibi, 5516 sayılı Bataklıkların Kurutulması ve Bundan Elde Edilecek Topraklar Hakkında Kanuna göre (Md 10) bataklığın kurutulması yetkisine sahip müteşebbis, kamulaştırma yönteminden yararlanabilecek özel hukuk kişileri arasında sayılmışlardır.¹²⁹ Bunlardan 3213 Sayılı Maden Yasasının 46. maddesinin son fıkrasının iptal ediliş öyküsünü konumuza ışık tutması açısından burada yer vermek gerektiği kanaatindeyiz. Olay şöyle gelişmiştir: Bir Vakfın G. menkulü, bitişiğindeki kömür ocağının işletme ruhsatı sahibi bir şirket tarafından değişik tarihlerde satın alınmak istenmiş, tarafların anlaşamaması üzerine, şirket kamulaştırma yapılması istemiyle Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığına başvurmuş. Bakanlıkça taşınmazın altında bulunan kömür rezervinin ekonomiye katkısı gözetilerek 3213 sayılı maden kanununun 46. ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 5 / c maddeleri uyarınca, işletme ruhsatı sahibi şirketçe kullanılmasında kamu yararı bulunduğu belirtilerek, Bakan onayı ile 6. 11. 1991 tarihinde kamulaştırılmasına ilişkin işlem tamamlanmış, bu işlemin iptali istemiyle Vakıf tarafından Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'na karşı İstanbul 2 No'lu idare mahkemesinde dava açılmış, Maden kanununun 46. maddesinin son fıkrasındaki “işletme ruhsatı safhasındaki işletme sahası özel mülkiyete konu gayri menkul, taraflarca anlaşma sağlanamaması halinde ruhsat sahibinin talebi üzerine Bakanlıkça 2942 sayılı Kanun hükümlerine göre kamulaştırılabilir.” şeklindeki düzenlemenin Anayasa'ya aykırılığı savı idare mahkemesince de ciddi bulunmuş ve anılan kuralın iptali için Anayasa mahkemesine başvurulmasına karar verilmiş ve Anayasa mahkemesi de iptali istenen bu düzenlemeyi Anayasanın 35. maddesi ve 13. maddesinin ikinci fıkrasına aykırı bularak şu gerekçelerle iptal etmiştir: “*Mahkeme, itiraz başvurusunda madenlerin arama ve işletme hakkının devlete ait olduğunu, bu hakkın madenciye belli bir süre için devredildiğini, işletme hakkının ise arzın mülkiyetinin devrini gerektirmediğini, madencinin bu işten kazanç sağladığını, bu*

¹²⁹ Bu konuda Bkz. Kutlu M, A.g.e, s. 58 ve Köroğlu, Ö. A.g.e, s. 38.

nedenle mülkiyet devrinin başka bir kişi yararına sonuç doğurduğunu, maden faaliyeti bittikten sonra ya da kamulaştırma amacı dışında kullanılması durumunda taşınmaz mülkiyetin eski sahibine devredilmemesinin mülkiyet güvencesi kuralını ihlal ettiğini, dolayısıyla itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 35. maddesine aykırı olduğunu ileri sürmüştür.

Anayasa'nın "KİŞİNİN HAKLARI VE ÖDEVLERİ"ni içeren İKİNCİ BÖLÜM'ünde yer alan "Mülkiyet hakkı" 35. maddede şöyle düzenlenmiştir:

"Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir.

Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir.

Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz."

Anayasa mahkemesi'nin yerleşik kararlarında vurgulandığı üzere, mülkiyet hakkı genel olarak, "bir kimsenin, başkasının hakkına zarar vermemek ve yasaların koyduğu sınırlamalara da uymak koşuluyla bir şey üzerinde dilediği biçimde kullanma, ürünlerinden yararlanma, tasarruf etme (başkasına devretme, biçimini değiştirme, harcama ve tüketme hatta yok etme) yetkilerini anlatır."

Anayasanın 35. maddesinin ikinci fıkrası ile 13. maddesinin birinci fıkrası birlikte okunduğunda, mülkiyet hakkının kamu yararı amacıyla, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna uygun olarak yasayla sınırlandırılabileceğine kuşku yoktur. Bu durumda, yasa koyucunun mülkiyet hakkını sınırlayan düzenlemelerinin, Anayasa'nın 46. ve 13. maddelerine ilişkin irdelemelerde de açıklanan nedenlerle, herşeyden önce kamu yararına dayanması zorunludur. Kısacası, kamu yararı amacıyla mülkiyet hakkına getirilecek sınırlamaların Anayasa'ya uygunluğu, bunların hem demokratik toplum düzenlerinin gereklerine aykırı olmamaları, hem de öngörüldükleri amaç dışında kullanılmamaları koşuluna bağlıdır.

Daha önce de belirtildiği üzere, Anayasa Mahkemesi'nin yerleşik kararlarına göre, taşınmaz malikinin kamulaştırma yolu ile değiştirilmesinin nedeni, kamu yararının karşılanması zorunluluğunun, özel mülkiyet hakkının korunmasından daha üstün tutulmasıdır. Buna göre kamulaştırma yapıldıktan ve işin niteliği bakımından belli bir süre içinde taşınmaz malın kamu yararının gerektirdiği yönde kullanılmaya başlanılmamış olması durumunda kamu yararının zorunlu kıldığı gereksinimin kalmamış ya da gerçekleşmemiş olması sonucu doğmakta ve dolayısıyla kamulaştırmayı haklı gösteren neden ortadan kalkmış bulunmaktadır. Bu durumda

özel mülkiyet hakkının korunmasını engelleyen neden ortadan kalkınca taşınmazın önceki malike geri verilerek mülkiyet güvencesi kuralına uyulması zorunluluğu belirlemektedir.

Kamulaştırmada, bir yanda kamunun yararı, diğer yanda kamulaştırılan taşınmaz malikinin hakları vardır. Bundan dolayı mülkiyet hakkının anayasal güvenceye bağlandığı bir hukuk düzeninde kamulaştırma yetkisi kullanırken, karşılıklı hak ve yararların bağdaştırılması gerektiğine kuşku yoktur. Çok ayrık bir yöntem olarak kullanılan gerçek kişi ya da özel hukuk tüzel kişisi yararına kamulaştırmada, özel kişiler arasında el değiştirilmesinin nedeni, işletme ruhsatı sahibi özel girişimcilerin yararlarının taşınmaz maliklerinin kişisel yararlarından üstün tutulması biçiminde algılanamaz. Burada ancak, işletme ruhsatı sahibi kişiler eliyle yürütülen belli süreli maden işletme çalışmaları konusunda gerçekleştirilecek kamu yararının karşılanması gereksiniminin, eski malikin yararından üstün tutulması sözkonusudur. Bu yöntemle kamulaştırılan özel mülkiyete konu taşınmaz, başka bir kamu hizmetine de özgülenemeyeceğinden, taşınmazın işletme ruhsatı sahibi adına kamulaştırılması yapıldıktan sonra kamulaştırma amacının sona ermesiyle ya da daha kârlı görülen amaç dışı kullanıma açılmasıyla, kamu yararı koşulu da hukuksal varlığını yitirmiş olacaktır.

Kamulaştırma Yasası'nın 23. maddesinde öngörülen kimi koşulların gerçekleşmesi durumunda önceki malike tanınan taşınmazı geri alma hakkı, Maden Yasası'nın 46. maddesi gereğince üçüncü kişiler yararına yapılan kamulaştırmalarda da bu tür kamulaştırmanın niteliğine uygun biçimde öncelikle düzenlenmelidir.

İtiraz konusu kuralda, maden işletme ruhsatı sahibi gerçek kişiler ya da özel hukuk tüzel kişileri yararına yapılan kamulaştırma sonunda, taşınmaz özel hukuk kişilerinin adına tescil edilmektedir. Onların mülkü olmaktadır. Bu sonuç, taşınmazın kamu yararı kalmamış olsa da kamulaştırma amacının dışında kullanılmasını olanaklı kılmakta, önceki malikin ve kamu yönetimleri adına yapılan kamulaştırmalarda geçerli olan ölçüde, koşulların yasayla belirlenmesi gereken taşınmazını geri alma hakkının bulunmaması nedeniyle mülkiyet hakkı güvencesinin ihlâlüne yol açmaktadır.

Açıklanan nedenlerle 3213 sayılı Maden Yasası'nın 46. maddesinin son fıkrası, Anayasa'nın 35. maddesine aykırı görüldüğünden iptali gerekmektedir." şeklinde bir sonuca ulaşılmıştır.

Anayasa Mahkemesi Anayasa'nın 13. maddesi yönünden incelemede ise şu yargıya ulaşmış bulunmaktadır:

"Mahkeme yürürlükten kaldırılmış bulunan 6309 sayılı Maden Yasası'nın 125. maddesinde yer alan ve herhangi bir madenin işletilmesi için kamulaştırılan yere daha sonra gerek kalmaması ya da amaç dışında kullanılması durumunda, eski sahibin taşınmazın kendisine geri verilmesini isteyebilme hakkının 3213 sayılı Maden Yasası'nın konuyla ilgili 46. maddesinde öngörülmemiş olmasını, Anayasa'nın 13. maddesine aykırılık oluşturduğunu ileri sürmüştür.

Anayasa'nın 13. maddesinin birinci fıkrasında açıklandığı üzere, temel hak ve özgürlükler, sayılı ve belli temel nedenlere dayalı olduğu kadar kamu yararının korunması amacıyla da, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna uygun olarak yasayla sınırlanabilir. Ancak, Anayasakoyucu bu sınırlamayı belli ve sayılı nedenlere ve yasayla yapılabilmesi koşuluna bağlamakla yetinmemiş, maddenin ikinci fıkrasında sınırlamanın da sınırlarını çizmeyi zorunlu görmüştür. Bu fıkra göre, "Temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz ve öngörüldükleri amaç dışında kullanılamaz."

3213 sayılı Yasa'nın 46. maddesinin son fıkrasındaki itiraz konusu kurala ilişkin ve ilgili bölümlerde irdelemesi yapılan kamu yararı, Anayasa'nın 13. maddesinin "genel ve özel sınırlamalar" dan söz eden ikinci fıkrasının da çekim alanındadır. Başka bir anlatımla, davalı kuralın, maden işletmesi ruhsat sahibi özel girişimciler lehine Kamulaştırma Yasası'na göndermede bulunarak Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınmış "Mülkiyet Hakkı"nı, kamu yararı gerekçesiyle sınırlaması olanaklıdır. Özel mülkiyete yönelik kamu gereksinimi var oldukça, kamulaştırmayla gerçekleşen sınırlamalar da anayasal geçerliliklerini sürdürecektir. Bunun için de kamulaştırma gereksiniminin özünü oluşturan kamu yararı, kaynaklandığı yasa kuralında hukuksallığı kuşku ve kaygılara açık olumsuz öğelerden arındırılmalıdır. Anayasa Mahkemesi kararlarında vurgulandığı üzere, hukuk devletin vazgeçilmez öğeleri içinde yer alan yasaların kamu yararına dayanması ilkesiyle bütün kamusal girişimlerin temelinde bulunması doğal olan

kamu yararı düşüncesinin yasalara egemen olması, yasa koyucunun bu esası gözardı etmemesi zorunludur.

Yapılan bu özet açıklamalara karşın, itirazlı Yasa kuralı, yine önceki bölümlerde üzerinde durulan nedenlerle, kamu gücü kullanılarak ve kamu yararı gerekçesiyle, özel hukuk alanındaki bireyler ya da kuruluşlar arasında taşınmaz mülkiyetinin el değiştirmesine kadar varabilecek bir yolu açık tutmaktadır. Çünkü, kamulaştırma amacının herhangi bir evrede sona ermesi ya da maden işletme ruhsatı kapsam ve konusu dışında daha karlı projelere dönüştürülmesi durumunda, önceki malikin taşınmazını geri alma hakkının, Kamulaştırma Yasası'nın 23. maddesi kapsamında, gerçek kişiler ya da özel hukuk tüzel kişileri adına yapılan kamulaştırmalarda da geçerli olabileceği itirazlı kuralda öngörülmemiştir. Oysa, Anayasa'nın 13. maddesinin ikinci fıkrasına göre, temel hak ve özgürlüklerle ilgili genel ve özel sınırlamalar "öngörüldükleri amaç dışında kullanılmaz." Aksine bir durumda, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna uygun düşmeyen bir sınırlamayla, anayasal güvence altındaki mülkiyet hakkının özüne dokunmuş olur. İtirazlı kural bu sakıncalara açıktır.

Belirtilen nedenlerle 32 / 3 sayılı Maden yasasının 46. maddesinin son fıkrası, Anayasanın 13. maddesinin ikinci fıkrasına aykırı görüldüğünden iptali gerekmektedir.¹³⁰

Bu karardan anlaşılabacağı üzere, Anayasa mahkemesi, mülkiyet hakkıyla ilgili genel ve özel sınırlamaların kamulaştırma bu sınırlandırmalardandır ki. Öngörüldüğü amaç dışında kullanılmasını anayasal güvence altındaki mülkiyet hakkının özüne dokunma olarak kabul etmiştir. Ayrıca, bu kararda dikkati çeken bir diğer husus da, Anayasa mahkemesinin, gerçek kişi ya da özel hukuk tüzel kişisi yararına kamulaştırmada, özel kişiler arasında mülkiyetin el değiştirmesinin nedeninin, işletme ruhsatı sahibi özel girişimcilerin yararlarının g. menkul maliklerinin kişisel yararlarından üstün tutulması biçiminde algılanamayacağı, burada ancak, işletme ruhsatı sahibi kişiler eliyle yürütülen belli süreli maden işletme çalışmaları konusunda gerçekleştirilecek kamu yararının karşılanması gereksiniminin, eski malikin yararından üstün tutulması olarak algılanması

¹³⁰ Anayasa Mahkemesinin 22. 9. 1993 gün, E: 1993 / 8, K: 1993 / 31 sayılı kararı, Köroğlu Ö, A.g.e. s. 39 - 42'den naklen.

gerektiğinin vurgulanmasıdır. Dolayısıyla özel kişi ve kuruluşlar yararına kamulaştırmalarda dikkat edilecek en önemli husus, bu kişiler lehine yapılan kamulaştırma sonunda, kamulaştırılan g. menkulün özel kişilerin adına tescil edilmemesi, onların mülkü olmaması, mülkiyetin hazineye, kullanma hakkının ise kamulaştırma bedelini ödeyen kişi ve kuruluşa geçmesidir. Anayasa mahkemesi, bu kararında haklı olarak mülkiyetin tamamen özel kişi ve kuruluşlara geçmesini, mülkiyet hakkının özünün zedelenmesi olarak görüp karşı çıkması yanında, gerek doktrin ve gerekse kamuoyunda sadece kullanma amacıyla mülkiyetin özel kişi ve kuruluşlara geçmesi bile tartışma konusu yapılmıştır. Literatürde, “2634 Sayılı Turizmi Teşvik Kanununun, 6326 sayılı (1702 sayılı kanunla değişik) Petrol kanununun, özel kişilerden kamulaştırma yoluyla elde edilen taşınmazların turizm yatırımcısına devri, maden ve petrol arama ve işletme ruhsatı sahibine tahsisi gibi olanaklar sağlaması” rahatsız edici bulunmuş ve benzer amaçlı düzenlemelerden bir bölümünün mülkiyet anlayışına ve kamu yararı felsefesine ters düştüğü iddia edilerek, bununla hukuk dışı faaliyetlerin filizleneceği savunulmuştur.¹³¹ Kızıl konuyla ilgili makalesinde, o günlerde gazetelerde çıkan bir haberden etkilenerek, bu makaleyi kaleme aldığını¹³², haberde “özel elektriğe özel fiyat” başlığı altında “Aktaş firması gerekirse kamulaştırma yapacak” şeklinde bir yazının çıktığını ve gazetenin devamla, “1984 yılında çıkarılan 3096 sayılı yasaya dayanılarak¹³³ Bakanlar kurulu kararıyla ihalesiz olarak İstanbul’un Anadolu Yakasındaki elektrik dağıtımı ve ticareti Aktaş şirketine devredileceği ve Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ile Aktaş Elektrik A.Ş. arasında bir de devir sözleşmesi imzalandığı ve bu sözleşmenin adı geçen şirkete kamulaştırma yetkisi tanıdığı” ifade edilmiştir. Adı geçen kanunun kamulaştırma ile ilgili 11. maddesi incelendiğinde, “Görevli şirketlerin yapacağı üretim, iletim ve dağıtım tesislerinin onaylanmış tatbikat projelerine göre, kamulaştırma ihtiyacı ortaya çıktığında, kamulaştırma bedeli görevli şirket tarafından ödenmek kaydı ile Enerji ve tabii Kaynaklar Bakanlığınca genel hükümlere göre kamulaştırma yapılır” dendiği görülmektedir. Kanunun metninde “genel hükümlere göre kamulaştırmanın yapılacağı” ifade edildiğine göre kamulaştırılan gayri menkul

¹³¹ Kızıl, N. A.g.m., s. 214 - 215.

¹³² 5 ocak 1990 tarihli Güneş Gazetesi haberi.

¹³³ 3096 sayılı Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtımı ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun R.G. ile neşir ilanı: 19 Aralık 1984, sayı 18610.

enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının mülküne geçecek, fakat kullanımı şirkete ait olacaktır; ayrıca kullanım amacı sona erdiğinde veya amacına aykırı kullanıldığında G. menkul sahibinin genel kamulaştırma hükümlerine göre geri alım hakkı doğacaktır.

Bize göre bu benzeri özel kişiler yararına kamulaştırmalarda, kamulaştırma işleminin usulüne uygun olarak ve yukarıda ifade ettiğimiz şartlar müvacehesinde yapılması halinde yazarın ifade ettiği ölçüde bir aykırı durumun ortaya çıkacağını düşünmek, biraz fazla kötümserlik olacaktır. Kamu yararını çağdaş boyutlarda ve günün şartlarına uygun düşünecek olursak, kalkınan ve gelişmesini tamamlayan tüm ülkelerin bu duruma gelmelerinde özel sektörün motor görevi yaptığını ve bunun için de devlet tarafından büyük ölçüde desteklendiğini görürüz. Tezimizin ikinci bölümünde de ifade ettiğimiz gibi bugünkü Almanya'nın gelişimde kişi yararına kamulaştırmaların çok önemli bir etkisinin olduğu belirlenmiştir. Özel kişi ve kuruluşların, ekonomik kalkınmanın sağlanması için katkıda bulunmalarını temin etme yolunda gerekli her türlü destek sağlanmış ve özel sektörün ekonomik kalkınmaya sağlayacağı faydalar, çağdaş dünyada toplum yararı olarak kabul edilmeye başlamıştır. Bizde de son yıllarda bu konularda önemli zihniyet değişiklikleri yaşanmaya başlanmış, çeşitli kanunlarla (örneğin Yap - İşlet - Devret Yöntemi , 8. 6. 1994 gün ve 3996 sayılı kanunu, Özelleştirme Kanunu 24. 11. 1994 gün ve 4046 sayılı kanun) özel sektörün dinamik gücünden istifade etmenin yolları aranmaya başlanmıştır. Bu kanunlarla, çeşitli kamu kurum ve kuruluşlarının görev alanına giren bir çok kamu hizmetinin özel sektörcce kurulması ve işletilmesi öngörülmüştür. Devletin, ekonomiden artık elini çekmesi gerektiği, sadece devletin toplum yararına hizmetler yapmayacağı, özel kişi ve kuruluşların da toplum yararına pek çok hizmetleri gerçekleştirdiklerini ve gerçekleştirebileceklerini kabul etmek çağdaşlığın icabı olsa gerektir. Bize göre yanlışlık; kişinin elinden mülkünün yine bir başka kişi veya devlet tarafından kamu yararı amacıyla alınmasında değil, kamulaştırma usul ve yöntemlerindedir. Bu konuya ileride temas edilecektir.

I.2.1.5. Kamulaştırma İşleminin Sebep Unsuru Olarak Kamu Yararı

Genellikle tüm idari işlemler bir “sebebe” dayanır. İdare hukukunda bir idari işlemin sebebi, işlemin dışında, idareyi böyle bir işlem yapmaya yönelten somut etkenlerdir.¹³⁴ Sebebin ne olduğu, bazen hizmeti düzenleyen hukuk kurallarında açıkça gösterilir. Böyle durumlarda idare, işlemi kanunda gösterilen sebebe uygun olarak yapmak zorundadır. İşlemin sebebinin hukuka uygun olması yetmez, gerçeğe de uygun olması gerekir.¹³⁵ İdari bir işlem olarak Kamulaştırma işlemi bir bütün olarak ele alındığında sebep unsurunu kamu yararı kararı oluşturmaktadır. Bu durum kamulaştırma işleminin birden fazla karardan oluştuğunu göstermektedir.¹³⁶ Sözelimi bunlar, kamu yararı kararı, kamulaştırmadan vazgeçme kararı vb. olabilir. Bilindiği gibi idari işlemler sebep yönünden “sebebi mevzuatta gösterilen işlemler”, sebebi idarenin takdirine bırakılan işlemler” ve “sebebi gösterilmesi öngörülmemiş işlemler” olmak üzere üç kategoride incelenmektedir. Kamulaştırma işleminde, işlemin dayanağını oluşturan sebebin, gerek anayasa ve gerekse kamulaştırma yasasında “kamu yararı” olduğu ifade edilmiştir. Bir gayri menkul’e kamulaştırma yoluyla müdahale edilmesi “kamu yararı kararı” alınmış olmadan söz konusu olamaz. Kamu yararı kararı, kamulaştırmanın ön şartıdır. Fakat kamu yararı kararı, kamulaştırmanın tamamı değildir. Kamu yararı kararı, idarenin bu imkandan faydalanmak için verdiği bir karardır. Gerçi 2942 sayılı kamulaştırma kanunumuzda kamu yararı kararı ile kamulaştırma kararının birbirine karıştığı görülmektedir. Fakat bize göre bedel tespitinin yapılmasına kadar yürütülen işlemleri kamu yararı kararı alanına, bundan sonraki işlemleri de kamulaştırma kararının alanına sokmakta fayda vardır. Herşeyden önce kamulaştırma işlemine kamu yararı kararının verilmesiyle başlanmış olur ve bu karar bundan sonraki işlemlerin temelini teşkil eder. Kamu yararı kararının alınmasının bir idari işlem olması, onun da sebeplerinin olduğunu gösterir. Sözelimi bir bölgeye hastane yapma maksadıyla bir şahsın gayri menkulünün kamulaştırılması için öncelikle bir kamu yararı kararı alınması gerekir. Kamu yararı, kamulaştırmanın temel sebebidir. Fakat, alınan kamu yararı kararının da bir veya birkaç sebebi olabilir ve olmalıdır. Sözelimi bu olayda o bölgede sağlık

¹³⁴ Gözübüyük A.Ş A.g.e. s. 361.

¹³⁵ Karatepe, Ş. İdare Hukuku, 1988, İzmir, s. 253.

¹³⁶ Kutlu, M. A.g.e., s. 59.

tesislerine duyulan toplumsal ihtiyaç, kamu yararının sebebini oluşturabilir. Eğer o bölgede yeterince veya daha fazla hastane ve sağlık müessesesi varsa, idare yine de toplumsal ihtiyaç olmadığı halde kamu yararı kararı verebilir mi? Bize göre veremez, idarenin sağlık müessesesine toplumsal ihtiyaç yokken kamu yararı kararı vermesinde isabet yoktur. Bu ve benzeri durumlarda kamu yararı kararı bir hazırlık işlemi olmasına rağmen, kamulaştırma kararından bağımsız olarak tek başına da iptali dava edilebilir. Verdiğimiz örnekte olduğu gibi her kamu yararı kararının altında ya bir hukuki durum, ya bir ihtiyaç veya maddi bir olgu kararın sebep unsuru olarak yer alır.¹³⁷ Kamu yararı kararı idari bir işlem olmakla beraber, bunun alınması idarenin tekelinde değildir. Bazı hallerde yasama organı da bir kanun hükmü ile kamu yararı kararı verebilmektedir. Diğer bir ifadeyle kamu yararı kararı alınmasına lüzum olmayan hallere örnek olarak, mülga 6830 sayılı Kanunun 6. maddesinin son fıkrasına paralel olarak 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 6. maddesinin son fıkrası “Tasdikli imar planına göre veya ilgili bakanlıklar ve onaylı özel plan ve projesine göre yapılacak inşaat ve tesisler için ayrıca kamu yararı kararı alınmasına ve onaylanmasına gerek yoktur”denilmektedir. Yeni kanunda, açıklık getirmek için “bu durumlarda yetkili icra organınca kamulaştırma işlemine başlanıldığını gösteren bir karar alınır” ifadesine de yer verilmiştir. Bunun yanında 1976 yılında Anayasa mahkemesi kararı ile iptal edilerek yürürlükten kalkmış olan Toprak ve Tarım Reformu Kanununun 34. maddesinde “Bu kanunun 13. maddesine göre Toprak ve Tarım Reformu bölgesinin belirtilip yayınlanması, bu kanun gereğince yapılan kamulaştırmalar için (kamu yararı kararı) sayılır. Ayrıca kamu yararı kararı alınması ve onaylanması gerekmez” denilmekteydi. Bu gibi hallerde açıklandığı gibi kamu yararı kararı almaya gerek kalmamaktadır.¹³⁸ Çünkü kamu yararı kararının hem kanunlarda, hem de planlarda kanun koyucu ve planlayıcılar tarafından en iyi şekilde verildiği kabul edilir. Buna rağmen planlarda ve plana dayanarak yapılan kamulaştırmalarda kamu yararı olmadığı iddiası her zaman için usulüne uygun olarak idare mahkemelerinde ileri sürülerek dava edilebilir. Dolayısıyla idarenin kamulaştırma konusunda aldığı her türlü karar, en önemli unsuru olan sebep unsuru bakımından yani kamu yararı bakımından denetime tabi tutulmalıdır. Kamu yararı

¹³⁷ Özay, İ. Devlet II. s. 8.

¹³⁸ Karahacıoğlu, A.H; Nazaroğlu, Y.. İdari ve Adli Yargıda Kamulaştırma, Ankara, 1995, s. 66.

kavramının çok genişlemiş olması, kendisine ekonomik, sosyal ve politik anlamlar yüklenmiş olması, bu kavramı suistimal edilebilir hale de getirmiştir. Bugün idarelerimizin kamu yararı olmayan pek çok durumda kamu yararı kararı alarak insanlarımızı mağdur ve perişan ettikleri de bir gerçektir. Bu bakımdan mahkemelerimize çok iş düşmektedir. Dosyaları üstün körü değil, çok ciddi bir biçimde kendilerini de vatandaşın yerine koyarak incelemeli, bilhassa kamu yararının varlığı konusunda çok hassas davranmalıdırlar.

I.2.1.6. Kamulaştırma'nın Amaç Unsuru Olarak Kamu Yararı

İdari işlemlerde varılmak istenen amaç, kimi kez yasalarla açıkça belirtilmiştir. Bu gibi durumlarda “özel” amaçtan söz edilir. Kuşkusuz yasalarda belirtilen özel amaç belirli bir anlamda kamu yararından başka değildir. Yasalarda özel amacın belirtilmediği durumlarda, genel amaç, başka bir deyişle kamu yararı söz konusudur.¹³⁹ Kamulaştırma işleminde de kamu yararı sebep unsuru ile birlikte amaç unsurunu da oluşturmaktadır. Bir bakıma yapılan idari işlemin hem sebebi, hem amacı kamu yararadır, ayrıca kamulaştırma kanununun varlığı da kamu yararı amacını gerçekleştirmeye matuftur. Yani bir kamu hizmetinin yerine getirilmesi için bir gayri menkulün kamulaştırması hem kamu yararı sebebiyle, hem de kamu yararı amacını gerçekleştirmek için yapılır. Bize göre kamu yararının kamulaştırmanın amaç unsuru olması yönü sebep unsuruna göre; onun varlığı, belirlenmesi ve sınırlarının çizilmesi açısından daha önemlidir. Çünkü idarenin yaptığı tüm işlemler için kamu yararı amacı aranır. İdarenin bu amaç dışında başka bir amaç takip etmiş olması işlemi muhakkak amaç yönünden sakatlar. Bu bakımdan amaç yönünden hukuka aykırılık, diğer aykırılık nedenlerinden farklıdır. Öznel bir nitelik taşır. İşlemi yapanın niyetini araştırmak gerekir. İdare bu işlemi ne amaçla yapmıştır? Gerçekten kamu yararı amacı dikkate alınmış mıdır? Yoksa, kamu yararı dışında başka bir amaç gütmüş müdür? Kamulaştırma işleminde, kamu yararı verilmişse bu soruların cevabının çok iyi araştırılması gerekir. Bu araştırmayı yapması gereken kişiler ise yargıçlardır. Günümüzün gelişen ekonomik, sosyal ve kültürel hayatı kamu yararı kavramının

¹³⁹ Gözübüyük A.Ş., A.g.e, 363.

sınırlarını alabildiğine genişletmiş ve toplumsal hayatta kamu yararı amacıyla yapılabilecek pek çok kamusal hizmet ortaya çıkmıştır. İdare, kamu yararı amacıyla kamulaştırma yaptığını iddia ederken, kişisel bir amaç, veya siyasi bir amaç yahut üçüncü kişileri koruma amacını gütmeyi nereden ve nasıl anlayacaktır? Bu bakımdan idarenin kamu yararı kararlarının ciddi ve sıkı bir denetime tabi tutulmasında fayda vardır.

İdarenin kamulaştırdığı malı kamu yararı amacına tahsis etmemesi durumunda Kamulaştırma kanununun 23. maddesine göre şartları gerçekleşmişse malikin g. menkulü geri alma hakkı doğar. Bu maddedeki geri alma şartı daha önceki kanunda “Kamulaştırma amacına uygun bir tesisat yapılmaması” idi. Yani kanunda ise bu şart, yukarıda da ifade ettiğimiz gibi “İdarenin kamulaştırılan yerde kamu yararı amacını gerçekleştirecek hiç bir tesis yapmaması” şartına dönüşmüştür. Yeni özel şahsın mülkü sözgelimi hastane yapmak için kamulaştırılmış olsa, fakat daha sonra kamuya yararlı başka bir tesis mesela otopark yapılırsa eski malik maalesef geri alma hakkını kullanamayacaktır. Demek ki, mülk sahibi g.menkulünü başlangıçta kamu yararı kararı alınırken idareye kaptırdıktan sonra artık bu durumda onu unutmaması gerekmektedir. Bize göre yeni kanun bu maddesiyle idareye kendisine verilen kamulaştırma yetkisini kötüye kullanma kapısı açmıştır. Halbuki daha önceki kanuna göre g.menkulü kamulaştırılan kişi, objenin kamulaştırma amacına uygun kullanılıp kullanılmadığını takip etme, kullanılmıyorsa geri alma hakkını vermekte ve aynı zamanda idareyi de kamulaştırma amacına sadık kalması hususunda zorlamakta idi. Bununla beraber, başlangıçta verilen kamu yararı kararında ifade edilen amacın hukuka uygun oluşu ve kamulaştırma gerçekleştikten sonra geri alım için gerekli olan g.menkulün tahsis edildiği kamu yararı amacının hukuka uygunluğu denetlenebilmektedir. Yasa hükümlerinin belirlediği amaçtan ayrılarak idareye tanınan yetkinin başka bir amaçla kullanılması (yetki saptırması) ve belli bir işlem için öngörülen yöntemin başka bir işlem için kullanılması örneğin işgal yerine kamulaştırma yönteminin tercih edilmesi (usûl saptırması) durumlarında da, tesis edilen işlemler amaç yönünden hukuka aykırı sayılmalıdır.¹⁴⁰

İdarenin kamulaştırmada kamu yararı amacı dışında sakat bir amaç güttüğü belirlemek oldukça zordur. Amaç unsurunun sübjektif nitelikte oluşu bu

¹⁴⁰ Köroğlu, Ö, A.g.e, s. 173.

unsurdaki sakatlıkların tespitini güçleştirmektedir. Bunu tespit için mahkemenin idarenin gerçek niyetini ciddi biçimde araştırması gerekir. Nitekim Danıştayımız, amaç tespiti yaparken, yapılan kamulaştırmanın hangi amaçla yapıldığının ortaya konmasını istemekte ve bu amaçta kamu yararının var olup olmadığını incelemektedir. Nitekim, bir kararında Danıştay, kamulaştırmanın amacının açık bir biçimde ifade edilmemesini iptal sebebi olarak görmüş ve yerel mahkemenin bu yöndeki kararını onaylamıştır. Karar aşağıdadır:

“Dava, ... parsel sayısı taşınmazın kamulaştırmasına ilişkin belediye encümeni kararının iptali istemiyle açılmış, idare mahkemesinin kararıyla, kamulaştırma kararı ve tebligatta kamulaştırmanın hangi amaçla ve hangi kamu hizmetinin yerine getirilmesi amacıyla yapıldığının belirtilmediği gibi, davalı idarece de savunma verilerek konuya açıklık getirilmediği, kamulaştırmanın ne amaçla yapıldığının, bu amacın belediyenin yasal görevleri arasında bulunup bulunmadığının ve kamulaştırma işleminin kapsamının bilinmesinin yasa gereği olduğu, amacın belli olmamasının kamu idarelerine verilen yetkinin amacına uygun kullanılıp kullanılmadığını denetleme ve amacına uygun kullanılmaması halinde 2942 sayılı Yasanın 23. maddesi ile mal sahibine tanınan taşınmazı geri alma hakkını, kullanma hakkını ortadan kaldıracığından, işlemde mevzuata uyarlık görülmeyerek iptal edilmiş, bu karar davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Dava konusu işlemin bozma istemi yerinde görülmeyerek anılan mahkeme kararının onanmasına karar verildi.”¹⁴¹

Bilindiği gibi imar planına dayalı kamulaştırmalarda kanun ayrıca kamu yararı kararı alınmasına gerek görmemiştir. İmar planına dayalı kamulaştırmalarda taşınmaz hangi hizmet amacına tahsis edilmişse, o amacı gerçekleştirmek için kamulaştırmanın yapılması gerekir. İ.B.K. gereğince, imar planlarında belirtilmiş amaç dışında, kamulaştırma yapılamaz.¹⁴² Eğer böyle bir kamulaştırma yapılacaksa, öncelikle imar planında değişiklik yapılmalıdır. Aksi halde işlem amaç yönünden hukuka aykırı olacaktır.¹⁴³

¹⁴¹ D. 6. D. 26. 6. 1986 gün, E. 1986 / 321, K: 1986 / 683 sayılı karar, Köroğlu, Ö.’den Naklen, s. 174.

¹⁴² D. İçt. Bir. Kar., 29. 1. 1976, E. 1974 / 2, K. 1976 / 2 Danıştay İçtihadları Birleştirme Kararları III., Ankara, 1985, s. 63 vd.

¹⁴³ Kutlu, M. A.g.e., s. 146.

Kamu yararı kararının amaç unsurunun belirlenmesi, kamulaştırılarak taşınmazın tamamının veya kısmının veyahut sadece irtifak hakkı tesisiyle kamulaştırılmasının yeterli olup olmadığının tespiti için de gereklidir. Kamu idaresi, kamu yararı amacını, kanunun verdiği yetkiyle taşınmazın ister tamamını, isterse bir kısmını kamulaştırarak, isterse taşınmaz üzerinde kamulaştırma yoluyla irtifak hakkı kurmak suretiyle gerçekleştirebilir. Bu bakımdan idarenin ifade ettiği kamu yararı amacı kamulaştırılacak mal üzerinde belirtilen yönlerden son derece etkili olacaktır. 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 4. maddesi “Taşınmaz malın mülkiyetinin kamulaştırılması yerine, amaç için yeterli olduğu takdirde taşınmaz malın belirli bir

kesimi, yüksekliği, derinliği veya kaynak üzerinde kamulaştırma yoluyla irtifak hakkı kurulabilir” demekte Anayasanın 46. maddesi de “Devlet ve kamu tüzel kişileri kamu yararının gerektirdiği hallerde idari irtifaklar kurmaya yetkilidir,” ifadesiyle bu işe cevaz vermektedir. Bu durumda, idareler kamu hizmetlerinin yerine getirilmesinde taşınmazın mülkiyetini edinme yerine irtifak hakkı kurmak suretiyle amaçlarını gerçekleştirebileceklerse mülk edinme yoluna gitmemeleri gerekir. Kanun koyucunun maksadı, idarelerin kamulaştırma yetkilerini bir yerde kısıtlamak ve onların gelişmiş kamulaştırma yapımlarına engel olmaktır. Kanun, taşınmazın tamamı için irtifak hakkı gerekli olmadığı zaman, kısmi irtifak hakkı kurulabileceğini de hükme bağlamıştır. Kanun koyucu, idareye burada bir takdir yetkisi bırakmakla beraber, bunun sınırlarını da kamu yararı amacıyla çizmiştir. Kamu yararı amacını gerçekleştirmek için, irtifak hakkı tesisi yetiyorsa, kişinin mülküne daha fazla müdahaleden kaçınmalıdır. Fakat bunun tersi, irtifak hakkı kişinin mülkünden istifadeyi imkansız kılıyorsa, bu takdirde kamulaştırmaya gitmek kamu yararı amacının gereği olarak kabul edilmiştir. Nitekim Danıştay pek çok kararında, bu hususu dile getirmiş, irtifak hakkı kurulabilmesi için malikin taşınmazdan yararlanma hakkının kalkmaması gerektiğini, aksi halde mülkiyetin kamulaştırılması gerekeceğini vurgulamıştır. Bununla ilgili ilginç bir karar aşağıdadır:

Davacı şirkete ait 5 katlı iş hanının 1. bodrum katındaki 59,62 m² lik bağımsız bölümün irtifak hakkı tesisi suretiyle kamulaştırılmasına ilişkin 6. 1. 1983 tarihli, TEK yönetim kurulu kararına istinaden gerçekleştirilen kamulaştırma işleminin iptali istemiyle dava açılmış, ilk derece mahkemesi, “Olay sırasında

yürürlükte bulunan 6785 sayılı imar yasanın 32. maddesinde belirtildiği gibi herhangi bir alanın planda belirtilen amaçlara, bulunduğu bölgenin koşullarına ve imar yönetmeliği hükümlerine aykırı olarak kullanılamayacağı uyuşmazlık konusu taşınmazın imar planında konut alanında kaldığı anlaşıldığından, trafo merkezi için kamulaştırılmasında mevzuata uyarlık bulunmadığı, bu yerin trafo için kamulaştırılmasının ancak planda bu yönde yapılacak bir değişiklik ile mümkün olduğu belirtilerek işlem iptal edilmiştir.” Temyiz üzerine Danıştay şu kararı vermiştir:

“Kamulaştırma konusu taşınmazın bağımsız bölümünün uzun yıllardan beri fiilen trafo yeri olarak kira karşılığı kullanıldığı anlaşılmaktadır. İmar planında konut ve ticaret alanı olarak ayrılan yerlerin elektrik ihtiyacının karşılanması için bu bölgelerde trafo merkezleri kurulması gerektiği tabidir. Bu nedenle taşınmazın imar planında iskan alanında kalması nedeniyle trafo merkezi için kamulaştırılamayacağı yolundaki gerekçede isabet görülmemiştir.

Ancak, davacı şirkete ait 59,62 m² den ibaret bağımsız bölümün trafo merkezi olarak kullanılması ile, mal sahibinin bu yeri kullanma olanağı tümüyle ortadan kalkmış bulunduğundan, taşınmazın mülkiyetinin kamulaştırılması gerekirken, irtifak hakkı tescili suretiyle yapılan kamulaştırma işleminde yasanın amacına uyarlık bulunmamaktadır. Açıklanan nedenlerle sonucu itibariyle yerinde bulunan temyize konu idare mahkemesinin kararının onanmasına karar verilmiştir.”¹⁴⁴

Aynen irtifak hakkı gibi idarelerin kamu hizmetlerini yerine getirmek için kamu yararı amacıyla bir taşınmazın bir kısmını istimlak etmek, hedeflenen hizmetin gerçekleştirilmesine imkan sağlıyorsa tamamının kamulaştırılmasından vazgeçilir. Kamulaştırma Kanununun 12. maddesi bu hususun usul ve esaslarını düzenlemiştir. 12. madde ayrıca “Bir kısmı kamulaştırılan taşınmaz maldan artan kısmı yararlanmaya elverişli durumda değilse, kamulaştırma işlemine karşı, idari yargıda dava açılmayan hallerden mal sahibinin engeç kamulaştırma kararının tebliğinden itibaren otuz gün içinde yazılı başvurusu üzerine, bu kısmın da kamulaştırılması zorunludur.” ifadesine yer vererek, kamulaştırmadan arta kalan kısmın istifade

¹⁴⁴ D. 6. D. 10. 10. 1990 günlü E. 1989 / 1529 ve K: 1990 Nolu karar, Danıştay Dergisi, s. 82 - 83, 1992, s. 493.

kabiliyeti bulunmadığı takdirde mal sahibinin talebiyle o kısmın dahi kamulaştırılması mecburiyetini idareye yüklemiştir. Burada da idarenin, kamu yararı amacını gözetirken taşınmazını kamulaştırdığı kişiye mümkün olduğu kadar az zarar vermesi hedeflenmiştir.

I.3. GENEL DEĞERLENDİRME

Bir kişi veya kuruluş yararına, onların göreceği kamu hizmetini yerine getirmek için ve kamu yararı amacıyla bir şeyin mülkiyetini tam karşılığını peşin ödemek suretiyle, yasalara uygun biçimde ve devlet gücü kullanarak ele geçirmeye veya sınırlamaya kamulaştırma denmektedir. Kamulaştırmanın düzenlendiği bütün ülkelerin yasaları kamulaştırmanın ön şartı olarak kamu yararının mevcudiyetini kabul etmektedirler. Gerek incelediğimiz Türk hukukunda ve gerekse yine bundan sonraki bölümde inceleyeceğimiz Alman hukukunda kamu yararı kamulaştırma için temel ve esas olarak ileri sürülmüştür. Öyle ki kamulaştırmanın, kamu yararının gerektirdiği hallerde ancak geçerli olabileceğini her iki ülke anayasa yapıcıları anayasalarında (TC. Anayasası Md: 46 ve F. Almanya Anayasası Md. 14) yer vermişlerdir. Yine bu ülkelerin kamulaştırma hukuklarında kamu yararı kararı verilmeden kamulaştırma işlemlerine başlanılamaz. Kamu yararı kararı olmadan kamulaştırma işlemi düşünülemez. Adeta kamu yararı kararı, kamulaştırmanın ruhudur. Gerek kamu yararı kararı vermeden önce, gerekse kamu yararı kararı verildikten sonra yapılan, yapılması gerekli olan pek çok işlem vardır. Bunların hepsi kamulaştırmayı oluşturur. Kamulaştırma, ta en başından, gerçekleşmesine kadar devam eden uzun bir süreçtir. Fakat, bu sürecin her halkasına sinmiş sihirli bir kavram vardır. O da kamu yararıdır. Çünkü kamu yararı, kamulaştırmanın hem sebebidir, hem de sonucudur. Yapacağınız kamulaştırmanın başlangıcında, temelinde o yoksa başka ne sebepler bulsanız hepsi nafiledir. Yine, yapacağınız işte kamu yararı amacı gütmüyorsanız, maksadınız, varacağınız sonuç, kamu yararını gerçekleştirmek değilse boşuna kamulaştırma yapıyorsunuz demektir.

Kamu yararı kavramının sınırlarını çizmek son derece zordur. Çünkü kamu yararı; zamana, sosyal ve ekonomik hadiseler ve hatta siyasi rejimlere göre değişik anlamlar taşıyabilen, son derece esnek ve dinamik bir kavramdır. Kamu

yararının belki binlerce tarifi yapılmıştır. Fakat o, hem onlardır; hem de hiçbirisidir. Onun kesin tarifine ulaşmak mümkün değildir. Kamu yararı tarifini, kapsamını ne kadar geniş tutarak yapmaya çalışırsanız çalışın, muhakkak dışarıda birşeyler kalacaktır. Belki böylesi daha iyidir. Kamu yararını, her somut olay için ayrı ayrı değerlendirerek ele almak gerekir. “Kamu yararı kararı” kavramı ise bir prosedürdür. O Danıştay’ın tarifiyle, kamunun ihtiyacının kamu yararı sebebiyle belli bir taşınmaza yöneldiğinin saptanmasına ilişkin karardır.¹⁴⁵ Bu kararı alacak ve onaylayacak makamlar kanunda tek tek sayılmıştır, ama kamu yararı nedir, hangi durumlarda vardır? Kanun bunlardan bahsetmemiştir. Bu kavramın belirlenmesinde, idarenin takdir yetkisi ile yargının denetimi önemli rol oynamaktadır. İdare, şu işte kamu yararı var demektedir, Yargı ise bazen onu desteklemekte, bazen de “hayır”, “o işte kamu yararı yok” demektedir.

Biz bu çalışmamızda, “Kamu yararı kararının” özünü oluşturan “Kamu yararı kavramı” üzerinde durduk. Onu çeşitli yönleriyle irdelemeye, sınırlarını çizmeye çalıştık. O erişilmez kuşu belki tuttuğumuz söylenemez ama, en azından merak edenlere bazen uzaktan, bazen yakınına götürerek göstermeye çalıştık.

¹⁴⁵ D. 6. D. E, 947, K. 1338 (Dalamanlı, L: - Aküzüm: H.C - İstimlak Hukuku ve ilgili Mevzuat, Ankara, 1963, s. 28.

II. BÖLÜM

ALMAN KAMULAŞTIRMA HUKUKUNDA KAMU YARARI KARARI

Almanya’da Kamu Yararı kavramı altmışlı yılların ortasında başlayan yenileşme hareketlerinden itibaren pek çok araştırmanın konusu oldu. Bu kavramı milli ekonomiye bağlı olarak, tarihi ve politik mantığa dayalı biçimde veya felsefi olarak tarif etme çabaları bir tarafa bırakılırsa, kamu yararı alanında pek az dikkat çekici tarif bulunması hukuki bir problem olarak karşımıza çıkmaktadır. Kamu yararını kamulaştırmanın bir ön şartı olarak açıklama denemesi de benzer riskleri içine almaktadır. Modern devletin sürekli artan görevleri kamu hukukuyla ilgili müdahale amaçlarının sayısını da ciddi bir biçimde artırdı. Tabiatı ve çevreyi koruma hakkı olarak belirlenen müdahaleler hakkındaki inşaat ve planlamayla ilgili müdahale çeşitlerinden ekonomik eğilimli tedbirlere kadar ulaşan imkan dahilindeki tüm kamulaştırma unsurlarının renkli bir yelpazesini gösteren “Kimminich”¹’in açıklamaları bugünkü kamu hukukunun etki sahasını ortaya koymaktadır.

Yaptığımız bu çalışma geçerli olan kamulaştırma amaçlarının miktarı içinde kaybolmayı ve bunun dışında malzemenin bolluğundan dolayı zarurete binaen tamamlanmadan kalması gereken bir panoramadan vazgeçmek suretiyle kaçma tehlikesini göze almaktadır. Bunun yerine günümüzde bir sosyal hukuk devletinde bulunması gereken kamu hizmetlerinin yerine getirebilmesi için kaçınılmaz olan kamulaştırmanın Alman Anayasasındaki yeri, önemi ve değişimini yansıttığını düşündüğümüz seçilmiş problemleri dikkate aldık. Anayasa düzeni, böylece kamu yararıyla ilgili olarak bundan sonra ifade edilecek düşüncelerin kaynak noktasını oluşturan 14. maddesiyle sosyal mülkiyet ve kamulaştırma anlayışını tam olarak ortaya koymaktadır.

Tezimizde bir prosedür olarak Alman kamulaştırma hukukunda kamu yararı kararını incelemekten ziyade, kamu yararını bir kavram ve onun yasal ve felsefi anlamı üzerinde durmayı bir kamu yönetimi çalışması olarak daha uygun bulduk. Çünkü kamu yararı kararı alınmasında kamulaştırılacak mülk üzerinde bir kamu yararının ne olduğu konusu meselenin can damarını oluşturmaktadır. Alman

¹ Kimminich, BK, Art. 14 Rdnr. 119 vd.

Anayasasının 14. maddesinin 3. fıkrasında standartlaşan kamulaştırma kurumuyla ilgili olarak anayasa iki yönlü olarak kamu yararından bahsetmektedir. Birinci olarak kamulaştırma tazminatının belirlenmesinde kamulaştırmadan etkilenenlerin ve kamunun yararının adil bir şekilde gözetilmesine bağlamak, ikinci olarak da kamulaştırmayı sadece kamu yararı için kullanmak suretiyle hizmete sunuyor. Tazminat hakkıyla ilgili kamu yararı hükmü defalarca araştırma konusu yapılırken, kamulaştırmada müdahale şartı olarak kamu yararı kararı şimdiye kadar Alman kamu hukukunda çok az araştırıldı.

Bu bakımdan araştırmamızın bu bölümünü iki ana kısım üzerinde bina ettik. Birinci kısımda kamulaştırma hukukuyla ilgili kamu hizmeti anlayışının bugüne kadar tafsilatlı olarak şekillendirdiği tarihi yönetim fikirlerini açıklamaya çalıştık. İkinci kısımda ise “kişiye özel kamulaştırma” genel başlığı altında bir taraftan ekonomiye faydalı kamulaştırmalarda, diğer taraftan sosyal devlet yapısına uygun geçici kamulaştırmada tonunu bulan bir kamulaştırma hadisesi incelenmektedir.

II. 1. KAMULAŞTIRMA ŞARTI OLARAK KAMU YARARI KARARININ TARİHİ GELİŞİMİ

Kamulaştırma şartı olarak kamu yararı kararı kamulaştırma kurumu gibi uzun ve sürekli değişim ve gelişim içinde olan bir seyir göstermiştir². Kamu yararı için temel mülkiyetin, belgeyle sabit, mecburi devir ve temlikî tâ ortaçağın gelişmiş şehirlerine kadar ulaşmaktadır³. Daha sonraki belgeler örgütlenmiş devletlerin olmadığı çağlarda toprağa zorla el konulduğunu ispatlamaktadır⁴. Şu var ki bu zorla el koyma olayları zahiren günümüzdeki kamulaştırmaya benzemektedir. Kilise devletinde, devletin gücü, ferdin hukukunu prensip olarak kendi sınıfında değerlendirmiş olan sübjektif yargının bir dayanağı olarak ortaya çıkıyordu⁵. Bu güç kendi içinde, hükümdarın temel mülkiyette hak tanıdığı toprak sahibinin mülkiyetine

² Kamulaştırma Kurumunun tarihi kökleri hakkında bkz: Layer, principien des Enteignungsrechts, s. 64; Grünhut, Das Enteignungsrecht, s. 12; G. Meyer, Das Recht der Expropriation, s. 91.; Meyer / Thiell Froberg, Enteignung von Grundeigentum, s. 19.

³ Stobbe / Lehmann, Handbuch des deutschen Privatrechts, Bd. 2, s. 608.

⁴ Layer, a.g.e. s. 128.

⁵ Erichsen, Verfassungs - und verwaltungsrechts geschichtliche Grundlagen, s. 20.

dayanıyordu⁶. Böyle bir şahsi ünvana dayalı zorunlu gayri menkul kamulaştırmasının bundan dolayı modern kamulaştırma anlayışıyla hiç bir ortak yanı yoktur.

Ancak 17. yüzyılda devletin gücü kendiyile özdeşleştirilmekten kurtulup, resmi ve hukuki bir statüye kavuştu. Bununla modern kamulaştırma hukukunun gelişmesi için bir temel atılmış oldu. Ancak prenslerin tehdit edici gücü mülkiyetin de kendisinden sayıldığı⁷ yeni, tabii hukuka dayalı sınırlarla kıyaslandığında kamu gücünün ve mülkiyetin çatışması içinde modern kamulaştırma panoramasının gelişmesi için yasal şartlar oluştu.⁸

Bununla beraber geriye doğru bakıldığında, mülkiyetin hüküm sürdüğü çağlarda bir kamulaştırma kurumunun oluşturulamadığı da gözlemlenir⁹. Toprak sahiplerinin mülkiyete yaptıkları cebri müdahaleler, kendilerine tanınan, ferdin kazandığı hakları ihlâl etme imkânının sonucu olarak ortaya çıktı¹⁰. “Ius eminens” mutlak monarşideki iktidar sınıfları zamanında gelişti ve bu sayede de “Kamu Yararını” bu iktidar gücünün gereği olarak kendi refah devleti olgunluğu içerisinde ciddi bir şekilde sınırlandıramadığını¹¹ da ortaya koydu.

Cebri müdahaledeki kamu yararı mutlak devletin devlet hedefi anlayışı kadar kapsayıcıydı. Bunun için sınıflanmadan kaçınıyordu. Mülkiyet müdahalelerinin bu harici sınırsızlığında modern mülkiyetin toprak hukukuyla ilgili düzenlemelerinin de hiçbir şeyi değiştirmeye gücü yetmedi¹². Bununla birlikte mülkiyet alanında müdahale şartlarının düzenlenmesi vasıtasıyla müdahaleleri sınırlandırmaya bir nebze teşebbüs ettiği için bu düzenlemeler bu ilişki içerisinde kayda değerdir¹³. Bu düzenlemelerde ferdin mülkiyet ve özgürlüğünü Anayasa vasıtasıyla garanti altına almayan, bilakis sosyal hukuk devletiyle ilgili devlet hedefini monarşinin iç bağlılığı sayesinde garanti altına almak isteyen¹⁴ modern mutlakliyetin devlet anlayışı açıklanmaktadır. Toprak hukuku düzenlemelerinin kamulaştırma görüntüsü kendi

⁶ Stein, Verwaltungslehre, Bd. 7, s. 176.

⁷ Bu konuda geniş bilgi için Bkz. Bluntschli, Staatslehre, s. 287 - 289.

⁸ Frenzel, Das Öffentliche Interesse als Voraussetzung der Enteignung, s. 4.

⁹ Haberlin, Acp, Bd. 39, s. 35.

¹⁰ Bunun için Bkz. Erichsen, A.g.e., s. 40, 52.

¹¹ Erichsen, ibid, s. 40 ve Haberle, Öffentliches Interesse, s. 20.

¹² Bunun için Bkz. Layer, A.g.e., s. 131.

¹³ Conrad, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. 2, s. 391 - 394.

¹⁴ Conrad, Grundlagen kitabının 35. sayfasında Prusya Genel Toprak hukukunun kurucusu olan Kral Suarez'in konuşmalarını belirterek şu hususu açıklamaktadır: Mutlakliyetçi devlet anlayışına göre, Monark'ın Kamu yararı kavramına açıkça bağlı olmasına gerek yoktur. Zira sağlam kavramlara sahip olan Kralın kendisini, halkın bu kavramlara farklı anlamlar yüklemesi fazla ilgilendirmez.

içinde çelişkili bir biçimde yer almaktadır. Bu hal, Güney Almanya'daki hukuk gelişimini büyük ölçüde etkileyen, 1756 tarihli Bavyera Toprak Kanunu için olduğu kadar, 1974 tarihli Prusya Genel Toprak hukuku düzenlemeleri için de geçerlidir¹⁵.

Çünkü Alman Genel Toprak Kanununun (ALR) 74 veya 75. maddelerinde formüle edilen fedakarlık düşüncesinin yanında, toprak hukuku, eğer toplumun menfaati için gerekli ise, devletin herhangi bir şahsın kendi malını satmaya zorlama hakkına sahip kıldığı cebri satın alma müessesesini getirdi¹⁶. Tek yanıl ulvi fedakarlığın mülkiyete yaptığı müdahale düzeniyle Medeni hukuktaki cebri satın alma düzeni arasında herhangi bir sınır kalmamakta, adeta bu ikisi yanyana durmaktadır.

Almanya'da kamulaştırma kurumunun bilimsel yönden incelenmiş ve tam olarak tarif edilmiş şekline ancak 19. yüzyılın ortalarında rastlıyoruz. Mutlak devletten medeni liberal hukuk devletine geçiş kamulaştırmayı da yeni ve anayasaya dayalı bir temel üzerine oturttu. Aynı zamanda sanayi devrimi, çeşitli idari uygulamalar gibi değişik kamulaştırma durumlarının çokluğuyla hukuk kurallarını karşı karşıya getirecek şekilde kamulaştırmanın çoğalmasına vesile oldu. Böylece Anayasa ve yasal kamulaştırma şartları, sayısız inceliklerde bugüne kadar etkisini gösteren bağımsız bir kamu hizmeti panorama'sını biçimlendirdi.

¹⁵ Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis, 2. Januar 1756.

¹⁶ Frenzel, ibid, s. 24.

II.1.1. 19. Y.YILIN LİBERAL HUKUK DEVLETİNİN KAMULAŞTIRMA HUKUKUNDAKİ KAMU YARARI KARARLARI

II. 1.1.1 - Kamulaştırmanın Anayasal Temelleri

Medeni-Liberal Anayasa hareketlerinin zaferiyle mülkiyet ve kamulaştırma Alman Hükümetlerinin anayasa belgelerine girdi. 19.y.yılın başlangıcında kamulaştırma düzenlemelerinde toplumun menfaatini kamulaştırmanın hukuk temellerine koyan Güney ve Orta Alman eyaletlerinin anayasaları bunun başlangıcı oldular¹⁷. Ancak 1850 yılında Prusya anayasa belgeleri de Kuzey Alman eyaletleri için, toplum menfaatinin sınırlandırılmış kamulaştırma şartının da içinde yer aldığı anayasa hukukuna bağlı mülkiyeti koruma şartını getirdi. 1871'deki imparatorluk anayasası imparatorlukla müşterek olan mülkiyet garantisinden vazgeçtiği için, bağımsız devlet anayasaları kamulaştırma anlayışını Weimar İmparatorluk anayasasının çıkmasına kadar şekillendirmeleri gerekiyordu.

II. 1.1.1.1. Orta ve Güney Almanya Anayasa Garantileri

Orta ve Güney Alman eyaletlerindeki anayasaya dayalı kamulaştırma şartlarının gelişmesi iki kısımda tamamlandı. 1830'a kadar olan birinci safhada anayasa belgeleri kamulaştırma hukukuyla ilgili kamu yararı kavramını monarşik icra kuvvetine hakim olarak düzenlenen müdahale şartının birisi olarak algıladı¹⁸. Kamulaştırma hükümleri bununla ilk meşruti hukuk düzenine kıyasla gerçi artmış olan mevcudiyeti koruma fonksiyonunu açıklamıyor, fakat tazminat görevini anayasa kuvvetiyle garanti altına alıyor.

Bu gelişmelere örnek olarak 22 Ağustos 1818 tarihli büyük Baden Dükalığına ait anayasanın 14. maddesinin 4. bendi gösterilebilir¹⁹. Burada şu ifade edilmektedir: ki, hiç kimse mülkiyetini kamu hizmetine vermeye zorlanamaz, ancak devlet bakanlığının görüşmesinden ve kararından, ayrıca usulüne uygun

¹⁷ Bu konuda ayrıntılı bilgi için Bkz; Layer, ibid s. 148 - 149.

¹⁸ Bu konuda ayrıca Bkz. Grünhut, Das Enteignungsrecht, s. 56.

¹⁹ Huber, Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte, Bd. I, s. 157.

tazminattan sonra olabilir. Bunun benzeri 25 Eylül 1819²⁰ tarihli Württemberg Krallığının anayasasının 30. maddesinde formülize edildi. Buna göre hiç kimse mülkiyetini ve diğer haklarını genel devlet ve kamu yararı için vermeye zorlanamazdı. Ancak meclis çoğunluğu hakkında karar verdikten sonra olabilirdi. Nihayet Bavyera Krallığının 26 Mayıs 1818²¹ tarihli anayasa belgesinde de aynı paralelde düzenlemeler getirildi. Buna göre de hiç kimsenin malına, devlet meclisinin kararı ve gerekli tazminatı vermedikten sonra kamu yararı için el konulamıyordu.

Orta Alman eyaletlerinin 1830 yılındaki Temmuz devriminden sonraki ikinci bir safhada ilan edilen anayasaları kendi mülkiyet garantilerinde idarenin kamulaştırma tekeliyle ilgili kanunu ihlal ettiler. Bu iki yolla oldu: Birincisi, kanun çıkaran mecliste temsil edilen burjuvazinin bu yol hakkında garanti vermesi ile mülkiyete müdahale için kanunun kayd-ı ihtirazını ortaya koymak suretiyle meydana geldi. Diğer yönüyle Anayasa içerisinde monarşik icra kuvvetlerinin karar alanını daraltması gereken kamu hizmeti hükmünün anayasadan bağımsız olarak şekillenmesiyle oluştu.

Birinci yol için Hessen Prenslığının 05. 01. 1831 tarihli anayasa belgesi delildir²². Bu, mülkiyetin, diğer hakların ve adaletli olmanın, bu hakları aynen kullanan şahıs, toplum ve devletin hedefi için sadece kanun sayesinde belirlenen durumlar ve formlarda talep edilmesi gereğini belirledi. İkinci varyant için Sakson - Altenburg Prenslıklarının 29. 04. 1831 tarihli ve Sakson - Meiningen Prenslıklarının 23. 08. 1829 tarihli anayasa belgeleri örnek olarak verilebilir²³. Bu da devlet ve yerel yönetim için bir kamulaştırmaya ruhsat veriyor ve büyük sayıda önemli kamulaştırma olaylarını kapsıyordu. Bu teknik, kamulaştırma makamlarını tam manasıyla bağlamak için kamulaştırma şartlarını kanunlarında benimsedi²⁴.

²⁰ İbid, s. 174.

²¹ İbid, s. 141.

²² Huber'den naklen, ibid, s. 224.

²³ Layer'den naklen, ibid, s. 149.

²⁴ Ayrıntılı bilgi için Bkz. Frenzel, ibid, s. 26.

II. 1.1.1. 2. Prusya'daki Anayasanın Olaya Bakışı

Prusya'daki hukuk gelişimi başka bir yön aldı²⁵. Prusya'nın 13. 01. 1850²⁶ yılındaki anayasa belgesi “kamu yararını” total olarak kamulaştırma şartı biçiminde ortaya çıkarması ve kamu hizmeti hükmünü içeriği olmaksızın açıklamasıyla iktifa etti. İkinci sayfada formülize edilmiş olan mülkiyete müdahalenin “sadece kamu yararı sebebiyle” kanun ölçüsünde izin verilebileceği veya sınırlandırılabilceği biçimindeki kamulaştırma prensibi çok önemliydi²⁷. Böylece kanun çıkarmak için hukuki bağlayıcılığı olan talimat olarak, idari kamulaştırmaya “sadece kamu hizmeti alanında” ruhsat verilebileceği anlaşıldı²⁸. Anayasanın 9. maddesinin 2. bendinde aynı zamanda idarenin mülkiyete yaptığı müdahaleler için kanun çıkarmanın kamu hizmeti tasarımlarına bağlı olan bir kanun kayd-ı ihtirazını şart koşması suretiyle bu talimatı büyük ölçüde pratik hale getirdi²⁹. Arkadan gelen kamulaştırma kanununun çıkarılması sadece çağdaş kamulaştırma hukukuyla ilgili kamu hizmeti anlayışını net bir biçimde ifade etmiyor, aynı zamanda anayasada açık bir şekilde bulunan yeni bir kamulaştırma panaroması için işi kolaylaştırıyordu³⁰.

19. Y.yılın ikinci yarısına kadar idare hukuku biliminde, Laband'ın³¹ araştırmasıyla kamulaştırmanın hukuki tabiatı hakkında kendi içinde tek taraflı resmi-hukuki bir hareketi müşahade etmiş olan³² sesler arttığı halde, cebri satın alma olarak kamulaştırmanın planlanabileceği³³ fikri hakimdi. Rönne³⁴ 1856'daki idare hukuku ders kitabında Prusya Anayasasının kamulaştırma kavramı için, bunun mülkiyet fedakarlığı durumlarını değil, bilakis cebri devir ve temlik durumlarını ifade ettiğini tafsilatlı bir şekilde açıkladı. Daha 1864'de Prusya Genel Kamulaştırma Tasarısının 35. maddesi ile, 19. y.yılın ortasında resmi-hukuki bir kamulaştırma net olmayan biçimde, cebri satın alma düzeninde ortaya çıktı. Toprak hukukuyla ilgili

²⁵ Ayrıntılı bilgi için Bkz. Huber, ibid, s. 57.

²⁶ Frenzel, ibid, s. 27.

²⁷ Anschütz, Verfassungsurkunde, s. 168.

²⁸ Oppenhoff, Ressortverhältnis, s. 56.

²⁹ Anschütz, ibid, s. 170.

³⁰ Frenzel, ibid, s. 70.

³¹ Beseler, Deutsches Privatrecht § 92, 14; Förster, Preussisches Privatrecht, § 131.

³² Frenzel'den naklen, Acp, Bd. 52 (1869) s. 171, 172.

³³ G. Meyer, Das Recht der Expropriation, s. 190.

³⁴ Das Staatsrecht der preussischen Monarchie, Bd. 1. (1856) s. 329.

düzenlemelerden dolayı uzun süreli etkili olacak iki yönlü kamulaştırma kavramı, esaslı ve geniş bir düzenlemeyle kamulaştırmanın resmi-hukuki tabiatı için karar vermiş olan ³⁵ imparatorluk mahkemesinin 09. 05. 1905 tarihli kararıyla ancak kesin bir şekilde açıklandı.

Prusya Anayasa mahkemesinin kamulaştırma kararından gelecekte bir kamulaştırma kanunu çıkarmakla sonuçlanan aşırı zorlamalar, doğrusu, direkt olarak mülkiyete müdahale eden kanun koyucu karşısında etkisiz kaldılar. Anayasa görüşmelerinde monarşi ve anayasanın 62. ve 63. maddesine göre toplanan meclisler tarafından icra edilen mülkiyeti garanti altına almanın kanun koyucu güç karşısında hiçbir etki göstermemesi gerektiği ³⁶ açıklandı. Bununla hem anayasa hukukuyla ilgili mülkiyet kavramı, hem de doğrudan doğruya yasama kavramı, mülkiyeti korumayı istediği kadar genişletebilmesi veya daraltabilmesi ³⁷ kanun koyucunun tanzimi için kesinlikle geçerli oldu. Anschütz'ün ³⁸ 9. maddenin 1. bendinde mülkiyet garantisi kuralında açıkladığı gibi, kanun koyucu için mülkiyetin dokunulmazlığı kalktı.

II. 1.1.2 Kanun Koyucunun Kamulaştırma ve Kamu Yararı Anlayışı

Modern-liberal devlet, kamulaştırma panoramasını bir yığın kamulaştırma düzenlemeleri içinde açıkladı. Yüzyılın otuzlu yıllarında başlayan kanun çıkarma dalgası Almanya'nın sanayi devletine doğru seri bir şekilde ilerlemesinin tabii sonucuydu³⁹. Kamu yararı için, devletin toprak ihtiyacı sürekli genişleyen müesseselerine cebri tarzda gayr-ı menkul elde etmeye talimat vermesi özel kişilerin toprak ihtiyacıyla rekabet etmeye başladı. Bazı teknik kamulaştırma hedefleri (I) için çıkan özel kamulaştırma kanunları yanında bu çağın kamulaştırma kavramı ve panoramasını müştereken şekillendiren (III) genel kamulaştırma kanunları (II) da çıktı.

³⁵ RGZ, 61, 102 ff. Kraliyet yüksek mahkemesi daha önceki kararlarında kamulaştırmanın kamu hukukuna ilişkin sınıflandırması konusunda olumsuz kararlar vermişken, bu görüş daha sonra başka kurullarca düzeltilmiştir.

³⁶ Frenzel, ibid, s. 29.

³⁷ Rönne, Das Staatsrecht der preussischen Monarchie, Bd. 1 (1856) s. 328.

³⁸ Anschütz, Verfassungsurkunde, s. 161.

³⁹ Bu gelişme için bkz. Lütge, Sozial-und Wirtschaftsgeschichte, s. 427.

II. 1.1.2.1. Kamulaştırma Hukukuyla İlgili Özel Düzenlemeler

Teknik yönden iyi bir şekilde düzenlenmiş toprak elde etme şekli olan kamulaştırma özel bir kanunla formülize edilmiş olan olaylar içinde ortaya çıktı⁴⁰. G.menkul malların kamulaştırılması, kamulaştırma hukukunun hızlı bir şekilde gelişmesini teşvik edecek şekilde büyük bir rol oynadı. Özel kamulaştırma amaçları kısım kısım ayrılırsa, çağın kamulaştırma hukuku için temsili olarak trafiğin düzenlenmesi için gereken inşaa alanları hazırlayan bu müdahaleler gösterilmekteydi. Yolların, caddelerin, meydanların veya kanalların, nehir kenarındaki limanların kurulması, genişletilmesi veya değiştirilmesi için yapılan kamulaştırmalar lüzumlu sebepler göstermenin örnekleridir.

Ayrıca kısmen anayasa garantisi girmeden önce inşaa edilen demiryolları için gerekli olan kamulaştırmalar kamulaştırma hukukunun gelişiminde kesin bir rol oynadı⁴¹.

(1) Kamulaştırma tartışması özellikle 2 Temmuz 1875 tarihli Prusya Sınır Çizgisi düzenlemelerinden devamlı bir şekilde etkilendi. Elbette ki bu, sadece trafik tekniğiyle ilgili hedeflerle yetinmedi, aynı zamanda kendi içinde şehir yapılaşmasıyla ilgili konulara da yer verdi⁴². Sınır Çizgisi Kanununun kamulaştırma niteliği, BBauG (Bavyera İnşaa Kanunu)'nun fer'i kamulaştırmasının ilk öncüsü olabileceği için büyük yararı vardı. Çünkü kanunun 11. maddesi belediyelere “yollar ve meydanlar için tespit edilen Yol Sınır Çizgisi aracılığıyla belirlenmiş olan temel sahaları mülkiyetlerine alma” hakkını veriyordu. Sınır Çizgisi Kanunu doğrusu yol kenarlarındaki düzenlemeler için bir kamulaştırma hakkı vermemekteydi. 13. madde “yollar ve meydanlar için belirlenen temel sahalara belediyenin isteği doğrultusunda trafik için verilirse” yalnızca tazminatını ödemek suretiyle, mülkiyeti ihlal etme durumlarında (1. bendin 2. şıkkı) veya “Yol ve İnşaa Sınır Çizgisi mevcut binalara rastlıyorsa ve binaların yeni sınır çizgisine kadar olan gayr-ı menkuller kaldırılıyorsa (1. bendin 2. şıkkı), sadece tazminatını ödemek suretiyle mülkiyeti ihlal etme

⁴⁰ Benzer şekilde Klickovic, Die Enteignung, ein dem Grundeigentum und der Bodenbeschaffung zugeordnetes Rechtsinstitut, in: DR Wiss, cild 5, 137.

⁴¹ Grünhut, ibid, s. 74.

durumlarında kamulaştırma keyfiyetini sınırlıyordu⁴³. Kanun Koyucu bununla tazminat haklarını ihlal etmekteydi. Bu haklar Prusya Yüksek Mahkemesinin şehir yapılaşmasıyla ilgili kamulaştırmalar hakkında çıkan mahkeme içtihatlarına verilmişti. Bu kamulaştırma işlemi, hukuki temelini Prusya anayasasının EinlALR i.v.m'nin 9., 74. ve 75. maddelerinden alıyordu.

(II) Su yolları yapımı için kamulaştırma düzenlemeleri altında 01. 04. 1905 tarihli kısmen geç çıkarılan Prusya Su Yolları Kanunu özel bir itibara layıktır. Bu kamulaştırma düzenlemesi, çağdaş kamulaştırma literatüründe “Bölge Kamulaştırması” olarak söz edilen bir kamulaştırma şekli⁴⁴ için en büyük örnektir. 1. Temmuz 1900 tarihli Saksonya Genel Yapı Kanunu (GVB1 s. 381 ff.) daha önce bu imkanı 68. maddede belirtmişti⁴⁵. Aşağı yukarı yerleşim yerleri için nasıl alanlar sağlandıysa, aynı şekilde sağlık ve itfaiye ile ilgili yerlerin de “Bölgesel Kamulaştırması” desteklendiği sürece, bu yerlerin kamu yararı için alınması problem olmaktan çıktı⁴⁶. Bu kamulaştırma şeklinin yapılabilirliği konusunda şüpheyeye düşmek, aynı zamanda kendisiyle takip edilen toprak politikası hedeflerinin hayata geçirilmesini hızlandırdı. Bu öncelikle açıkça komşu gayr-ı menkul üzerindeki kamulaştırma projesinden ortaya çıkan⁴⁷ toprağın değer kazanmasının kaymağını yemekten ibaretti. Bunun yanında bölgesel kamulaştırma sınırlı bir arazi depolama⁴⁸ imkanını açtı. Bu hedefler bu sayede hukuk tekniği yönünden somut bir müessese lüzumlu hale geldiğinde kamulaştırmanın daha geniş bir bölgeye yayılmasını gerçekleştirdi. Prusya Sınır Çizgisi Kanunu görüşmelerinde böyle bir değerden faydalanmaya götüren, kamulaştırmanın devlete ait sebep göstermeden dolayı Kamu Hukukuyla ilgili Kamu Yararı kararına çarpma tereddütünün aşılabilmesi halinde, böyle bir bölgesel kamulaştırma, Prusya Anayasasının 9. maddesinin Kamu Yararı müdahalesiyle birleştirilebilecek gibi görünüyordu⁴⁹. Prusya Anayasasının 16. maddesi devlete Kanal Çizgisinin her iki tarafındaki bir km.'lik bir bölgede -

⁴³ İbid, s. 26.

⁴⁴ Bu konuda Bkz. Bredt, Die Zonenenteignung, s. 172; V. Rohland, Zur Theorie und Praxis des deutschen Enteignungsrechts, s. 22; Fleiner, Vorteilsausgleichung, s. 108.

⁴⁵ Bunun için Bkz. Schmidt - Assmann, Grundfragen des Stadtebaurechts, s. 32.

⁴⁶ Fleiner, Vorteilsausgleichung, s. 109, 110.

⁴⁷ O. Mayer, Verwaltungsrecht, cilt. 2, s. 10.

⁴⁸ Bunun için Bkz. W. Jellinek, Verwaltungsrecht (1931) s. 405.

⁴⁹ O. Mayer, ibid, s. 10.

kanunun meclis görüşmelerinde açık bir şekilde ifade edildiği gibi - “spekülasyonun bu gayr-ı menkullere etki etmesini” önlemek için, kamulaştırma hakkı tanınmasına izin verdi⁵⁰. Teknik kamulaştırma panoraması ilk kez bu toprak politikasıyla ilgili bir takım sebeplerle ihlal edildi.

(III) Nihayet 11. Haziran 1874 tarihli kamulaştırma kanununun 23. maddesinin 1. fıkrası sayesinde mer’i hukuka girmiş olan Prusya Demiryolu Kanunun⁵¹ 8. maddesindeki kamulaştırma durumu, bir diğer anlamda 19. y. yılın kamulaştırma tartışması için değerlendirildi. Diğer eyaletlerdeki benzeri demiryolu hukukuyla ilgili düzenlemelerde⁵² müşterek olarak gayr-ı menkul kamulaştırmasının başlangıcından itibaren özel kişilerin de lehine olarak mümkün olması için temeller atıldı. Demiryolunun kurulması ve işletilmesi kamu hizmetinde özellikle yüksek bir dereceye sahip olan resmi bir trafik yolu ve nakliye müessesesi olacağı düşüncesi⁵³, özel demiryolu sahibini temel mülkleri istediği gibi satamamaya ve kendisine kamulaştırma hakkı vermeye götürdü⁵⁴. Onun kamulaştırma hakkı, demiryolu kanununun 8. maddesinin 5. şikkına göre, yolu resmi bir yol olarak kamu hizmetine sunabilmek için, yol yapımından dolayı kamu yararında lüzumlu olan, o zamana kadar ki bütün tesislerin arazisine ve mülküne dayalıydı. Esasen müesseseye ruhsat verilmesiyle düzenli olarak elden de geçmiş olan kamulaştırma hakkının verilmesi kendi içinde ihtilaflı olan kamu gücünün gerçek bir şekilde devredilmesi olarak devletin kamulaştırma hakkını özel kuruluşlara bırakıp bırakmadığı⁵⁵ veya sadece icra hakkı verip vermediği tartışıldı⁵⁶. Ancak daha sonra bugüne kadar etkili olan özel kuruluşun kamulaştırma hakkının, kamulaştırma teklifi hakkı olarak anlaşılabacağı ve patronun bağışlamak suretiyle kamulaştırmanın yürütülmesi konusunda kamulaştırma dairesi karşısında subjektif-resmi bir hakka sahip olacağı⁵⁷ fikri galip geldi. Özel şahsa kamulaştırma hakkı ve ruhsat vermenin birleştirilmesinde,

⁵⁰ O. Mayer, ibid, s. 12, Zikredilen kanunun meclis görüşmeleri sırasındaki gerekçesindeki ifade bu şekildedir.

⁵¹ 3. Kasım 1838 tarihli Pr. G.S. s. 505.

⁵² Pr. G.S. s. 221.

⁵³ Bkz. G. Meyer Das Recht der Expropriation, s. 143, 146.

⁵⁴ Bullinger, Die Enteignung zugunsten Privater, in: Der Staat, Bd. 1, s. 449, 461; Eger, Eisenbahn recht, Bd 1, s. 321.

⁵⁵ Yaklaşık aynı anlamda Rönne, Das Staatsrecht der Preussischen Monarchie, Bd. 2, s. 107; Thiel, Das Expropriationsrecht und das Expropriationsverfahren, s. 17.

⁵⁶ Eger, das Gesetz über die Enteignung von Grundeigentum, Bd. 1, s. 49.

⁵⁷ Scheicher, Kommentar zum sächsischen Enteignungsgesetz, s. 41.

Bullinger'in kesin olarak ifade ettiği gibi⁵⁸, kendisine ruhsat verilen özel şahsı resmi gücün garanti verilmiş taşıyıcısı olarak himaye ettiği için, kelimenin tam manasıyla özel şahsa yararlı olmayan 19. y. yıldaki bu özel şahsa yararlı olabilecek kamulaştırma varyantı anlayışı için bir anahtar rolü oynadı. Ancak Krallığın düşmesinden sonra bugüne kadar memnuniyet verici bir şekilde sonuçlanmayan bu kamulaştırma fenomeni için yeni bir açıklama bulmak gerekli oldu⁵⁹.

II. 1.1.2.2. Kamulaştırma Hukukunun Bavyera ve Prusya Genel Kamulaştırma Kanunları Aracılığıyla Standartlaştırılması

Grünhut'un 1873 yılında, bize bugünkü Alman ve Avusturya'da geçerli olan kamulaştırma hukukunun durumunu gösteren⁶⁰ tablodaki Alman devletlerindeki bir yığın kamulaştırma düzenlemeleri, hiç olmazsa eyaletler arasında bir hukuk birliğini elzem hale getirdi⁶¹. Kamulaştırma hukuku müessesesini kapsamlı ve bir birlik içerisinde düzenleme denemeleri, 1830'dan itibaren Orta ve Güney Alman eyaletlerinde başladı⁶². Prusya'da kanun çıkaran meclislerdeki sık sık yapılan görüşmeler kanun çıkarma usulünü ancak 1874 yılında anayasa belgesinin 9. maddesinin standart bir kamulaştırma kanunu çıkarma emri yerine getirilinceye kadar ciddi bir şekilde geciktirdi⁶³.

Kamulaştırma şartı olarak kamu yararını somut hale getirme tekniği içerisinde kanun metinleri iki farklı temel örneği takip ettiler. Orta ve Güney Alman kanun metinlerinin bir bölümü, bu yol hakkında icra gücü karşısında mülkiyetin garantisini kuvvetlendirmek için, kamulaştırma şartlarını numarasız ve kati olarak sıralarken⁶⁴ diğerleri yerleşen bir devlet organını genel olarak formüle edilen kamu yararı şartını yerine getirmekle görevlendirdi. birinci yol için örnek 1837 yılındaki

⁵⁸ Die Enteignung zugunsten Privater, s. 466.

⁵⁹ Frenzel, ibid, s. 66.

⁶⁰ Grünhut, Das Enteignungsrecht, s. 65.

⁶¹ Bunun için Bkz. Eger, Das Gesetz... Bd. 2, s. 579; Seydel, Enteignung von Grundeigentum, s. 7.

⁶² Grünhut, ibid, s. 64.

⁶³ Rönne, ibid, s. 101.

⁶⁴ Sachsen - Meiningen, Sachsen - Koburg ve Gotha, Schwerin Sonderhausen eyaletleri kamulaştırma kanunlarında böyle nitelendirilebilir ve özel durumlardaki kamulaştırma esasları hakkında Bkz; Henle, Zwangsenteignung, s. 23.

Bavyera cebri devir ve temlik kanunudur⁶⁵. İkinci için ise 1874'deki Prusya Kamulaştırma Kanunu bir örnektir⁶⁶.

II. 1.1.2.2.1. Bavyera Cebri Devir ve Temlik Kanununun Kamulaştırma Görünümü

Bavyera Cebri Devir ve Temlik Kanununun kamulaştırmaya bakışı o çağın önceden bilinen teknik kamulaştırma anlayışını mükemmel bir şekilde yansıtıyordu. Bu kanunun işlevi; mümkün olan kamulaştırma maksatlarının açık bir şekilde bir araya getirilmesi ve bununla kamulaştırma usüllerinin hukuk güvenliği açısından yüksek bir dereceyle donatılmasıdır.

Cebri Devir ve Temlik Kanununun 1. maddesi sadece aşağıdaki müesseseler için bir kamulaştırma yapmaya izin veriyordu:

1. Kalelerin inşaaı veya ülke savunması, kale inşaaı için koruyucu tedbirler, özellikle de askeri müesseseler için,
2. Kiliselerin, okul binalarının, bakım evlerinin, hastane ve tımarhanelerin inşaaı ve genişletilmesi için,
3. Mevcut mezarlıkların genişletilmesi veya yenilerinin açılması için,
4. Nehirlerin akışı ve üzerlerinde gemiler gidebilecek şekilde yapılan düzenlemeler için,
5. Mevcut devletlerarası, şehirlerarası ve şehir içi yolların genişletilmesi, kısaltılması veya düzeltilmesi ve yenilerinin açılması için,
6. Su şebekelerinin yapılması için,
7. Yerleşim yerlerinin yakınlarındaki bataklıkların kurutulması için,
8. Bir bölgenin sel baskısından korunması için,
9. Kanal, su bendi ve köprü inşaaı için,
10. Yeni limanlar yapımı ve mevcut olanların büyütülmesi için,
11. İç ve dış ticareti ve trafik akışını teşvik maksadıyla demiryollarının kurulması için,
12. Devlet hizmetinde telgraf tesisi kurmak için,

⁶⁵ Ges. Bl. s. 109.

⁶⁶ Pr. GS. s. 221.

13. Gerekli sağlık ve güvenlik amaçları sebebiyle koruyucu tedbirler almak için,

14. Devletin bilimsel birikimlerini ve sanat eserlerini yangından ve diğerk tehlikelerden korumak için.

Bu geniş bir şekilde hazırlanan kamulaştırma katalogu somut kamulaştırma projesinin “genel, gerekli ve kamuya yararlı amaçları” takip edip etmediğı ⁶⁷ sorusunu gündeme getirdi. Hüküm, kamulaştırma projesinden özel şahısların yararlanması yanında aynı zamanda kamu için de yararlar sağlıyorsa ⁶⁸, kendi menfaati için bir kamulaştırmaya izin vermek suretiyle özel şahısların kamulaştırma hakkına bir sınırlama getirdi. Birinci maddenin katalogunun açtığı devletin kamulaştırma projesi buna karşılık kamu yararı icabı devam etmesi gerekiyordu⁶⁹. Burada görülen, hukuki yönden ihtiyati tedbirler altında özel şahıslara yararlı kamulaştırmaya izin verme eğilimi 4. maddedeki hükmü benimsedi. Kendileri için hükümet tarafından, amaçlara ve kamu yararına ulaşmayı garantileyen şartlar, altında 1. maddede sayılan müesseselerin gerçekleştirilmesini sağlamak böyle özel kişiler bir kamulaştırma talep edebilirler⁷⁰. Kamulaştırma hakkının ve özel kişilerin önemli taahhüdünün birleştirilmesiyle kamulaştırma hakkının özel kişiler tarafından kötüye kullanılmasının nasıl önlenebileceğine dair geniş bir yol gösterilmişti. Modern kamulaştırma kararını kamulaştırma hukukunu özel kişiler için hukuki yönden yumuşatmaya dair metod oluşturmayı araştırırsa muhakkak onu hatırlayabilecektir. Toplam olarak Bavyera Cebri Devir ve Temlik Kanunu daha önceleri başarıya ulaşan, kesin hatlarıyla belirlenmiş olan müdahale şartları sayesinde özel kişinin mülkiyetini icra kuvvetinin keyfi baskılarına karşı koruma denemesi olarak geçerli olabilir. 8. Ağustos 1878 ⁷¹ tarihli idari mahkeme kanunu görevlendirme makamını idari mahkemeye devrettiğinde ve bununla hukuki kuruma da “Yapılan teşebbüsün kamu yararını gerektirip gerektirmeyeceği ve söz konusu mülkiyetin devir ve temlik veya mükellefiyetinin müessesesinin amacına uygun olarak gerçekleştirilmesi için gerekli olup olmadığı” (Art. 8 Ziff. 10) sorusunu gündeme getirdiğinde, merkezi hukuk devletiyle ilgili daha geniş bir talep yerine getirildi. Kamulaştırma kanununun

⁶⁷ Bu konuda Bkz. Henle, Zwangsenteignung, s. 71; Seufert, Bayerisches Enteignungsrecht, s. 43.

⁶⁸ Henle, ibid, s. 71.

⁶⁹ Seufert, ibid, s. 44.

⁷⁰ Bkz. Seufert, ibid, s. 44.

noksanlıkları daha sonra ortaya çıktı: Numaralandırmama prensibinin garanti ettiği hukuk güvenliğindeki yüksek derece için ortaya konan mükafat biraz yumuşak kamulaştırma olaylarıydı⁷². Yeni müdahale imkanlarına göre bir ihtiyaç ortaya çıktığında, kanun koruyucu planı aşmak zorunda kaldı. Yirminci yüzyılın başlangıcından beri sürekli artan ekonomik ve sosyal hayatın talepleriyle bu yönde ancak ağır adımlar atılabildi. Numaralandırma prensibinin telafisinde genel bir kamu yararı hükmü sayesinde bir çözüm arandı ve böyle talepler ancak yakın zamanda gerçekleştirildi⁷³.

II.1.1.2.2.2 1874 Yılındaki Prusya Kamulaştırma Kanunu

Bavyera Cebri Devir ve Temlik Kanununun hukuk devletiyle ilgili güvenliğine kıyasla 11 Haziran 1874 tarihli Prusya Kamulaştırma Kanunu gerilerde kalıyordu. Kanun görüşmelerinde hem kamulaştırma sebeplerini tek tek sayma önerisi, hem de her bir kamulaştırma durumunun teklif edilen özel kanunla düzenlenmesi reddedilmişti⁷⁴. Bunun yerine kanun koruyucu 1. maddede temel mülkiyete “sadece gerçekleştirilmesi kamulaştırma hakkının yerine getirilmesini gerektiren bir müessese için kamu yararı sebeplerinden dolayı” el konulabilmesi veya onun sınırlandırılabilmesini düzenlemek suretiyle kamulaştırma şartları için genel bir düzenleme yapılmasına karar verdi.

Kamulaştırma hakkının monarşlara devri, Kanunun 2. maddesi aracılığıyla Prusya’da olduğu gibi imparatorlukta da 19. y.yılın son üçte birlik bölümündeki sivil-liberal akımın hazmetmek zorunda kaldığı tersine doğru olan gelişme için bir delildi⁷⁵. Kralın emriyle kamulaştırma hakkının verilmesini öngören kararname, mer’i geleneğe sıkı sıkıya bağlıydı. Önceden olduğu gibi kamulaştırma

⁷¹ GVBI. s. 369.

⁷² Seufert, ibid, s. 43.

⁷³ Kamu yararı kavramı yanısıra muhtemel bazı kamulaştırma amaçlarının sadece örnek olarak sayıldığı Bayerischen Gesetzes über die entschädigungspflichtige Enteignung (Bay EG) (11. 11. 1974 tarihli) kanununu karşılaştırınız. Bu kanundan önceki kanuni düzenlemelerde cebri temlik sebebi olarak kanunlarında belirtilen sebepler yanısıra kamulaştırmaya kamu yararının diğer sebeplerine dayanılarak da cevaz verilmekteydi. Bunun için Bkz. 1. 8. 1933 tarihli GEG (Gesetz über Enteignung aus Gründen des Gemeinwohls) ve 9. 12. 1943 tarihli GVBI.

⁷⁴ Kanunun görüşmeleri safahatı için Bkz. Eger, Das Gesetz... ibid, s. 20.

⁷⁵ Eski Prusya muhafazakârlığının devlet hayatı üzerindeki etkileri hakkında Bkz. Hartung, Deutsche Verfassungsgeschichte, s. 295.

usulünün kamu yararına olup olmadığı, toprak sahiplerinin “serbest kararına”⁷⁶ bırakıldı. Kanun görüşmelerinde örnek olarak gösterilen, içerik olarak Bavyera Cebri Devir ve Temlik Kanununun kamulaştırma kataloğuna benzeyen teknik kamulaştırma amaçları sadece zorunlu olmayan hedefleri göz önüne almadı⁷⁷. Temsili yorumlarında Eger⁷⁸ şimdiye kadar da yetkinin toprak sahibine ait olduğunu ve bu istikamete göre herhangi bir şikayet olmadığını göstermek suretiyle açıkça önceki mer’i geleneğe bağlı olduğunu ifade etti. Bu noktada bununla kendisine göre mülkiyet müdahalelerini monarşinin isteği dışına çıkaran ve kanun koruyucunun kararına bırakan sivil-liberal hukuk devletinin isteklerinden biri yerine getirilmemiş oldu⁷⁹.

Prusya Kamulaştırma Kanunu bu hukuk devletiyle ilgili eksikliklere rağmen sürekli etkisini devam ettirebilmesi⁸⁰, bu üçüncü bölümün örnek olarak düzenlendiği usüli hükümlerde gerekçeli olarak bulunmaktadır. Üç safhaya, indirilmiş kamulaştırma usulünde⁸¹ kralın emriyle kamulaştırma hakkının verilmesi sadece birinci safhayı ifade etmektedir. Genel kamu yararı hükmü ancak ikinci bir safhaya, kamulaştırma hukukuyla ilgili planlama metoduna hazırlıklı haldeydi (Kamulaştırma Kanunu 19., 20. maddeler)⁸². Bu, gerçekte, hukuk devletiyle ilgili açığı, etrafında potansiyel kamulaştırmaya maruz kalanların özel ve bireysel yararlarını da tafsilatlı olarak görüşmeye açmak suretiyle kapattı⁸³. Bununla kamu yararı hükümlerini, maruz kalanların katılımıyla daha kesin çerçeveye oturtmak için bir yol gösterilmişti⁸⁴. Hukuki olarak aktarmak suretiyle etki yapan kamulaştırma açıklaması ancak son bir adımda mülkiyet değişimini tamamladı (Kamulaştırma Kanunu 32. ve 33. maddeler).

⁷⁶ Eger, *ibid*, s. 37.

⁷⁷ Ayrıntılı olarak Bkz. Eger, *ibid*, s. 20, 21.

⁷⁸ *ibid*, s. 36.

⁷⁹ Keyfilik yasağı konusunda Bkz. Rönne, *Das Staatsrecht*, *ibid*, s. 329.

⁸⁰ Bu etki için Bkz. Meyer / Thiel / Froberg, *Enteignung von Grundeigentum*, s. 24.

⁸¹ Aynı görüşte Koffka, *Enteignung* § 1 Nr. 10; Karşı görüşte Meyer / Thiell / Froberg, *ibid*, s. 45.

⁸² Bu konuda Bkz. Loebell, *Das Preussische Enteignungsgesetz*, s. 100.

⁸³ Usuli kuralların mülkiyet koruma fonksiyonu için Bkz. Eger, *ibid*, s. 1.

⁸⁴ Kamu Yararı şartının yargılama sırasındaki uygulanışı için Bkz. Häberle, *Öffentliches Interesse*, s. 87.

II.1.1.3 “Klasik” Kamulaştırma Kavramı

Cebri satın alma teorisinin aşılmasına paralel olarak 19. y.yılın sonuna kadar kamulaştırma kanunlarından daha sonraları “klasik” olarak tanımlanan ⁸⁵ müstakil bir kamulaştırma kavramı billurlaştı. Kamulaştırma olarak sadece temel mülkiyetin kanunun izin verdiği idari hareket sayesinde resmi sebeplerden dolayı himaye edilen bir müessesenin ⁸⁶ devir ve temlik edildiği mülkiyet müdahalelerini karşılaması gerekti. Bununla kamulaştırma müessesesinden yapılan yasal müdahaleler gibi temel mülkiyetin sınırlandırılması hukuki müdahaleler ve menkul kamulaştırmaları ⁸⁷ yapılamadı. Onun Weimar zamanına kadar etkisini gösteren tahrip gücü, kavramı daralmış olarak anayasa içindeki kamulaştırma hükümleri üzerinde etkisini göstermesinde ve bununla anayasaların mülkiyeti korumasını büyük bir ölçüde kısıtlamasındaydı⁸⁸. Doğrusu bu kamulaştırma kavramının çağdaş kamulaştırma görüntüsünü tam olarak yansıtip yansıtmadığını veya tazminat haklarına mümkün olduğu derecede mani olmak isteyen sonraki anlamı daralmış olan bir yorumun sonucu olup olmadığına bugün artık kesin karar verilemiyor⁸⁹. Son varsayım için çağdaş öğretinin uygun bir kamulaştırma kavramını detaylı olarak bildiği sürekli konuşulmaktadır.

Gerçek olan, doğrudan yasal müdahalelerin 19. y.yılın kamulaştırma anlayışına karşı çıkmış olmasıdır⁹⁰. Buradan bir kamulaştırmanın kavram gerekliliği olarak idari icra sayesinde tamamlamak zorunda olduğu sonucunu çıkarmayı istemek, kamulaştırmanın sivil veya resmi-hukuki karakteri etrafındaki tartışma 19. y.yılın sonuna kadar hiç bir şekilde tam olarak bitmediği için ⁹¹ doğru bulunmamaktaydı.

Doğru olan, kamulaştırmanın sadece somut, resmi bir müessesenin lehine olabilir olduğudur⁹². Görüldüğü gibi buradan kamulaştırma görüntüsünün

⁸⁵ Bu niteleme ilk defa W. Jellinek, Verwaltungsrecht (1929), s. 338 tarafından yapılmıştır. Bu konuda Bkz. W. Weber, NJW, 1950, s. 401.

⁸⁶ Wolff. / Bachof, Verw. R., Bd. 1. § 62 II. a.

⁸⁷ Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, s. 94.

⁸⁸ Bu konuda Bkz. Huber, Verfassungsgeschichte, Bd. 3, s. 110.

⁸⁹ Bu şekilde bir klasik kamulaştırma kavramının varlığı konusunda eleştiri için Bkz. Schneider, Verw. Arch, Bd. 58 301, 356.

⁹⁰ Das Staatsrecht des Preussischen Monarchie, Bd. 1, s. 329.

⁹¹ Frenzel, ibid, s. 37.

⁹² Teknik açıdan müessese kavramı için Bkz. O. Mayer, ibid, s. 1.

ilavelerinde toprak politikasıyla ilgili hareket tarzları çoğaltıldığı halde, ilk anda teknik kamulaştırma maksatları anlaşıldı.

Toprağa el koyma olayları üzerine kamulaştırmanın bir kısmı o zamanın kamulaştırma hukukuna yabancıdır. En büyük kısmında çağdaş öğreti menkul eşyanın kamulaştırılmasını da ⁹³ kamulaştırma kavramına kattı. Haklar bu bakımdan, kamulaştırılan eşyada üçüncü şahısların lehine olduğunda, yararlı bir kamulaştırma objesiydi. Buna eşya için irtifak hakkı ve gerçek mükellefiyet örnek olarak gösterildi veya o şahıslar kamulaştırılan eşyanın temel irtifak hakkı gibi bizzat ona sahiptiler⁹⁴. Temel haklar geniş çapta kamulaştırma objesi olarak dikkate alınmadı⁹⁵.

Nihayet kamulaştırmanın kavram olarak sürekli bir devir ve temlik ihtiva ettiği şartı da toprak kamulaştırma kanununun kamulaştırma görüntüsünü bozuk olarak tekrar yansıttı. Bu sadece el koymayı değil, aynı zamanda temel mülkiyetin sınırlandırılışını ⁹⁶ kamulaştırmaya kattı. Bu sınırlandırıcı belirtiyi oradan kamulaştırma müzakeresine katan koruma ⁹⁷ sayesinde Prusya Anayasasının 9. maddesindeki mülkiyet garantisinin anlamı daraltılan yorumu açık bir şekilde hukuk politikasıyla ilgili gerekli sebepleri göstermişti ve anayasa hukukuyla ilgili mülkiyet garantisini sonuçta iptal etti.

Modern kamulaştırma hukuku için “klasik” kamulaştırma kavramı hala hukuk tarihiyle ilgili bir kategoridir⁹⁸. Bu durum Weimar İmparatorluk Anayasasının hakimiyeti altında hukuk sistemi, mahkeme klasik kamulaştırma içtihadları ve kanun çıkarmanın yaygın bir süreci içinde aşıldı ve yeni bir kamulaştırma anlayışı için yer yapmak zorunda kaldı. “Klasik” olarak yapılan bir kamulaştırma kavramı faraziyesi 1950 yılındaki klasik kamulaştırma kavramına dönüş etrafındaki müzakerenin gösterdiği gibi daha sonraki zamana kadar etkisini devam ettirdi⁹⁹.

⁹³ Bu yönde Bkz. Schelcher, Rechtswirkungen der Enteignung, s. 3.

⁹⁴ Grünhut, Das Enteignungsrecht, s. 75.

⁹⁵ G. Meyer, Das Recht der Expropriation, s. 2.

⁹⁶ Aynı yönde Bkz. § 1. Preuss. Enteig G (Nachw, oben Fn. 59)

⁹⁷ Verfassungsurkunde, s. 165.

⁹⁸ Ossenbühl, staatshaftungsrecht, s. 94; Scheuner, Verfassungsschutz des Eigentums, s. 84.

⁹⁹ W. Weber, NJM 1950, 402; Ridder, Enteignung und Sozialisierung, s. 128.

II.1.2. WEIMAR CUMHURİYETİNİN KAMULAŞTIRMA HUKUKUNDAKİ KAMU YARARI KAVRAMI

Birinci dünya savaşı sürecinde 19. y.yıldaki kamulaştırma hukukuyla ilgili kamu hizmeti hükmünün teknik anlayışını şekillendiren ekonomik, sosyal ve politik çerçeve şartları değişti. İmparatorluğun savaş ve enflasyon sebebiyle içine düştüğü ve savaş sonrası yıllarda Weimar Cumhuriyetini politik temellerinden sarsan ekonomik bozukluk, serbest piyasa ekonomisinin liberal prensiplerine dönüşe izin vermedi¹. Ekonomik ve sosyal bozukluk imparatorluğu ve ona bağlı eyaletleri şimdiye kadar görülmemiş bir ölçüde yeniden bir düzenleme yapmaya ² zorladı. Bu mülkiyet düzenlemesinin dıştan gelen şiddetli sarsıntıları büyük bir değişikliğe uğrayan kamulaştırma anlayışı üzerine aksi tesir bıraktı³. Ekonomik bozukluk sayesinde, ama herşeyden önce 1918 Kasım devrimiyle birlikte her yerde sosyalleşme teşebbüslerinde en güçlü, mülkiyetin sosyal bir sınırına göre olan taleplerde ise en zayıf ifadesini bulan ⁴ mülkiyet yasasının bir şekil değişikliğine göre talepler ortaya çıktı. Toplamında dış ve iç etkiler kamulaştırma hukukuyla ilgili kamu yararı hükmünün geleneksel içeriğini değiştirdi ve Weimar zamanındaki kamulaştırma kurumuna yeni bir çehre kazandırdı. Bu gelişmenin motoru olarak öğretiyiyle birlikte aynı ağırlıkta kanun çıkarma ve mahkeme içtihadları görülüyor. Çok üzerine düşülen bir süreçte değişen kamu yararı ve kamulaştırma panoraması için bir yol hazırladılar. Kavram oluşturma fonksiyonu herşeyden önce imparatorluktaki ve ona bağlı eyaletlerdeki kanun koyucuya aitti. Ki ona savaş sonrası anayasaları kamu yararı hükmünün ihtiyatlı şekillenmesi sayesinde serbestçe yer verdi⁵. Mahkemelerin de kamulaştırma hukukuyla ilgili kamu yararı hükmünün somut hale gelmesine katkıda bulunması buna karşılık yeniydi. Kanun koyucunun mülkiyet karşısında tam bir özgürlük ve hükümlanlığın tadını çıkardığı 19. y.yılın ortasındaki liberal çağın görüş

¹ Karşılaştırmak için Bkz. Kossel, Die Entwicklung des Enteignungsbegriffs, s. 10, 11Städter, Entschädigung, s. 118, Kutscher, Die Enteignung, s. 65, 66.

² Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reiches Art. 153, Anm. 8.

³ Scheuner, Schutz des Eigentums, s. 31, Kirchheimer, Die Grenzen der Enteignung, s. 29.

⁴ Scheuner, Schutz, ibid, s. 32.

⁵ Kanun Koyucunun kavram oluşturma fonksiyonu hakkında Bkz. Jellinek, w. Verwaltungsrecht (1931) s. 409, Fleiner, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, s. 314.

tarzı, kanun koyucunun müdahale hareketlerinin adli kontrolüne şimdiye kadar mani olmuştu⁶.

II.1.2.1 - Kamu Yararı Hükmünün Anayasa Hukukuna Bağlı Olarak Standartlaşması

1918 Kasım'ındaki Alman devrimi eski devlet düzeninin temellerini oluşturan imparatorluk ve ona bağlı eyaletlerin şimdiye kadar geçerli olan anayasasını kaldırdı⁷. Bununla kamulaştırma kurumunun anayasa hukukuyla ilgili şekillenmesi yürürlük dışında bırakıldı. 11 Ağustos 1919'da⁸ temel haklar kısmında anayasayla ilgili kamulaştırma şartlarını yeniden düzenleyen yeni imparatorluk anayasası ilan edildi. Takip eden iki yıl içinde devrim sonrası eyalet anayasalarının bir kısmı kamulaştırmanın hukuk kurumunu oluşturarak yeni kamulaştırma görüntüsünü temelden ortaya koyacak şekilde yeniden formülize etti⁹.

II.1.2.1.1. Weimar İmparatorluk Anayasasının Kamulaştırma Hukukuyla İlgili Kamu Yararı Görüntüsü

1871'deki mülkiyetin anayasa hukukuyla garanti altına alınmasından vazgeçen Bismarck Anayasasından farklı olarak Weimar Anayasası 153. Maddede mülkiyet garantisine ve kamulaştırmaya bir düzen getirdi. Temelde toprak reformuyla ilgili fikirleri¹⁰ içeren 155. maddeyle 156. maddenin sosyalleşme hükmüyle müşterek olarak anayasa bu hükümlerde yeni bir mülkiyet düzenlemesinin çekirdeğini oluşturdu. Yalnız bu anayasa standartlaşmasına genel bir bakış, hangi kamulaştırma hukukuyla ilgili kamu yararı anlayışının anayasaya dayandığı sorusuna cevap veriyor.

⁶ Karşılaştırınız. Scheuner, Verfassungsschutz des Eigentums, s. 91, 92.

⁷ Karşılaştırınız. W. Jellinek, JÖR Bd. 9, s. 4; Hartung, Deutsche Verfassungsgeschichte, s. 281.

⁸ RGBl Nr. 152, s. 1383.

⁹ Devlet İnkılabından sonraki temel hakların garantileri konusunda yayınlanan Anayasa belgeleri için Bkz. Wenzel, in HdDStR Bd. 1, s. 617.

¹⁰ Karş: Schmidt - Assmann, Grundfragen des Städtebaurechts, s. 45; Erman, Grundrechte und Grundpflichten, Bd. 3, s. 287.

Anayasada şekillenen mülkiyet görüntüsünün asıl önemi mülkiyetin yükselen bir sosyal görevin işareti altında yeniden düzenlemesiydi¹¹. Bu ses kamu yararı hükmünün içeriğini de şekillendirdi: 153. maddenin 1. bendinin mülkiyet garantisi formülünde böyle değişen bir mülkiyet anlayışını aksettiriyordu. 153. maddenin 1. bendinin 1. fıkrası özel mülkiyeti formülize etti. Böylece mülkiyet anayasasının koruması altında garantiye alınıyor. Getirilen “konut dokunulmazlığı formüllerinden” bilinçli olarak vazgeçilmesi, ancak Weimar Anayasasının mülkiyeti korumayı 19. y.yılın mülkiyet takdimine kıyasla azaltmak isteğinin güvenli bir işaretiydi. İmparatorluk Anayasasının ikinci ve üçüncü taslağında içeriğini bulan konut dokunulmazlığı formülünü¹² garantiye alma terimiyle ifade eden anayasa hazırlama komisyonunun görüşmelerinde bu istek tekrar ortaya kondu.

153. maddenin ikinci bendinin kamulaştırma hükmünde bu eğilim devam etti. Metinde gerçi geleneksel kamulaştırma hükmü tamamıyla yakalanıyor, bununla beraber anayasasının 155. maddesinin 2. bendinin az bir etkisiyle kamu yararı görünümü parçalanıyor ve yeni müdahale imkanları açılıyordu.

153. maddenin 2. bendi kamulaştırma için iki şart ortaya koyuyordu: Bir müdahale sadece kamu yararı için ve yasal temel üzerine geçerlidir. İmparatorluk Anayasasının bu geleneksel kamulaştırma örneğine rağmen değişmiş olan bir kamu yararı anlayışını bir temele oturtması, toprak hukuku alanı için kamu yararı hükmünün anayasayla irtibatsız olarak somut hale getirdiği anayasasının 155. maddesinin 2. bendini işaret etmekteydi. 155. maddenin 2. bendi konut ihtiyacının karşılanması, yerleşimin ve toprağın işlenmesinin teşviki veya tarımın iyileştirilmesi için gerekli olan temel mülkiyeti kamulaştırmaya izin veriyordu¹³. Bu kamulaştırma imkanı o yılların devlet idaresi ve kontrolü altında toprağın dağıtılması ve ondan faydalanılmasını öngören toprak reformu hareketinin sosyal ve toprak politikasıyla ilgili talebini de hesaba katıyordu. Meşru ve kamulaştırma hukukuyla ilgili yarar olarak sosyal ve toprak politikasıyla ilgili hedef tayini 153. maddenin 2. bendinin

¹¹ Scheuner, Verfassungsschutz des Eigentums, s. 88; Buschke, Die Grundrechte der Weimarer Verfassung, s. 105.

¹² İkinci taslağın 26. maddesi şöyle idi: “Kamulaştırma, ancak kanuni bir temele dayanarak kamu yararı için gerçekleştirilebilir. (Triepel, Quellen sammlung, s. 10, 12, den naklen) Üçüncü taslağın 37. maddesinde ise düzenleme şu şekilde idi: “Mülkiyet hakkı dokunulmazdır. Kamulaştırma ancak tazminat karşılığında ve kanuni bir temele dayanılarak yapılabilir.” (Triepel, ibid, s. 17, 21 den naklen)

¹³ Bkz. Anschütz, Die Verfassung des deutschen Reiches, Art. 155, Anm.1.

kamu yararı anlayışı üzerinde bir tepki meydana getirdi ve daha sonraki kamulaştırma kanununun hazırlanması böylece sağlam bir temel üzerine oturtulmuş oldu¹⁴. Ev temini, yerleşim, toprağın işlenmesi veya tarımsal amaçlar için bir kamulaştırma hukuku düzenleyen kanunlar sonraları anayasa sayesinde kamu yararına hizmet ettiler.

155. maddenin 2. bendinde belirlenen kamulaştırma sebepleri eyaletlerin kamulaştırma kanunlarında şekillenen kamulaştırma amaçlarına kıyasla orjinaldi. Anayasa komisyonu, kamulaştırmayı demiryolu veya karayolu yapımı gibi teknik anlamdaki resmi müesseselerle sınırlandırmak istemediklerini, bilakis topluma faydalı olan bütün projeleri içine almak istediklerini¹⁵ ortaya koymuş oldu. Yeni bir kamu yararı anlayışının pozitif-hukuki ifadesi olarak 155. madde hukuk biliminin 19. y.yılın sonunda eyalet kamulaştırma kanunlarından çıkarttığı dar anlamdaki kamu yararı görüntüsüne geri dönüşü yasakladı¹⁶.

Kamulaştırma hukukuyla ilgili kamu yararı hükmünün geniş bir çerçevesi, sınırın 156. maddede formülize edilen sosyalleştirme kurumuna karışmasını netice verdi¹⁷. 156. madde imparatorluğa “kanun sayesinde tazminata dokunmamak şartıyla, kamulaştırma için geçerli olan hükümlerin, kamu mülkiyetindeki devletleştirme için uygun olan özel iktisadi teşebbüslerin anlamına uygun kullanılmasında nakletme”imkanı açtı. Anayasada cevapsız kalan sosyalleşmenin 156. maddeye göre genel kamulaştırma kurumun özel bir durumu olup olmadığı sorusunun açıklaması büyük bir anlam ifade ediyordu. Sorunun mutlak evet olarak cevaplanması, sosyalleştirmenin hukuk düşüncesinin anayasayla ilgili kabul edilen “kamu yararı” olarak 156. maddede öngörülen durumlardakinin dışında da bir kamulaştırmayı isbat etme manasına geliyordu. Bütün özel ev mülkiyetinin toplum ekonomisiyle ilgili idareye devredilmesi 153. maddenin 2 fıkrasının örneğine uygun olarak böylece önleniyordu. Sosyalleştirmenin, “kamulaştırma için geçerli olan hükümlerin manasına uygun olarak uygulanması” biçiminde yürütülmesi gerektiğini 156. maddede formülize etme, sosyalleşmeyi kamulaştırma durumu

¹⁴ Dannbeek, Reichsenteignungsrecht, s. 116.

¹⁵ Erman, Grundrechte und Grundpflichten, s. 304.

¹⁶ M. 155, f. 2. Cümle 1'deki kamulaştırma konularının Weimar Anayasasındaki Kamu Yararı Şartı bakımından merkezi anlamı çağdaş literatürde çok önceleri işlenmiştir. Bunun için Bkz: Giese, Reichverfassung (2. Baskı) Art. 153. Anm. 5 ve Poetzsch Heffter, Reichverfassung, Art. 153 Anm. 4.

¹⁷ Karş: Friedlaender, Grundrechte und Grundpflichten, Bd. 3, s. 322.

olarak anlama ¹⁸ tezini tartışmaya açıyordu. Kamu yararı kavramı için anlamlı olan sınırlandırma problemini tek tek ele alan literatür, ancak kesin bir fark ortaya koydu: 156. maddede öngörülen kamulaştırmayla ilgili sosyalleştirme özel iktisadi teşebbüsün devletleştirilmeye uygun olduğu ¹⁹ şartına bağlanmasını gerektiriyordu. Buna rağmen 156. madde görünürde tedbirlerin kamu yararına hizmet edip etmediği ²⁰ hakkında şüphe oluştursa da kamulaştırmaya imkan tanıyordu. Bu ayrımlaşma kamulaştırma hukukuyla ilgili kamu yararı kavramını sosyalleştirmenin hukuk düşüncesinden ayırdı. 156. maddede sabitleşen sosyalleştirme düşüncesi kamulaştırma hukukuyla ilgili kamu yararı hükmünün içeriği üzerine bir sonuca ²¹ götüren kamu yararı kavramının anayasadan bağımsız somutlaşması olarak anlaşılmadı.

İçinde kanun yapıcının ve mahkeme kararlarının kamulaştırma hukukuyla ilgili kamu yararı kavramında hareket edebildiği çerçeve bununla anayasada gösterildi. 153. madde anayasa komisyonunun mülkiyeti korumasındaki azalan ölçüyü ve müdahale imkanlarındaki bir artışı standartlaştırma isteğini açık olarak yansıttı. 155. maddenin 2. bendi topluma yararlı her proje için bir kamulaştırmanın olabilmesi gerektiğini ortaya koydu. Sadece sosyalleştirme amaçları için mülkiyete el konulması gereken yerde bir sınır konuldu.

II. 1.2.1. 2. Eyalet Anayasalarında Kamu Yararı Kararı

Eski eyalet anayasa belgelerinde geniş bir yer işgal eden temel haklar imparatorluk anayasasında birçok eyalet temel hak garantilerini anayasanın içerisine almasından vazgeçirecek şekilde geniş kapsamlı düzenlemeler getirmişti²². Bu eyaletlerin sadece birkaçının anayasalarında mülkiyet garantisi ve kamulaştırma hükümleri bulunuyordu. WVR'nin 153. maddesinin 2. bendi eyalet kanun yapısı için kamulaştırma şartlarını formülize ettiği için ²³, eyalet anayasalarında standartlaşan kamulaştırma şartlarına herşeyden önce imparatorluk hukukundaki kamulaştırma

¹⁸ Bu yönde Friedlaender, ibid, s. 322; Anschütz, Verfassung des deutschen Reiches, Art. 155 Anm. 1.

¹⁹ Karş: Dannbeck, Reichsenteignungsrecht, s. 115; Poetzsch Heffter, Reichsverfassung, Art. 156.

²⁰ Dannbeck, ibid, s. 115.

²¹ Bu yönde Furler, Verw Arch. Bd. 33, 399.

²² Bunun için Bkz: Wenzel, in HdDStR Bd. 1, s. 617; Wittmayer, Weimarer Reichsverfassung, s. 174.

maddelerini anlayan ve ona yorum getiren geniş kapsamlı bir fonksiyon dahil oldu²⁴. İmparatorluk anayasasında belirlenen mülkiyetin korunması hususu eyalet anayasalarını herşeye rağmen eyalet kanun koyucusu karşısında kuvvetlendirebildi, ancak imparatorluk anayasa hukukunun koruması ölçüsünde aşağı indirebildi²⁵. Esas itibariyle Bavyera, Oldenburg ve Mecklenburg-Schwerin bağımsız devletlerinin anayasa belgelerinde imparatorluk anayasası hukukunda geçerli olan kamulaştırma temel maddeleri tekrar ediliyordu.

Buna karşılık, aşağıda özet olarak verilen Baden ve Württemberg anayasa belgelerinde mülkiyetin sosyal görevini vurgulayan, değişik bir mülkiyet anlayışı imparatorluk anayasasındakinden daha açık bir şekilde belirlendi²⁶.

Baden anayasa belgelerinin 14. maddesinin 1. bendi mülkiyetin dokunulmazlığını veya garantisini talep etmekten vazgeçti, aksine aşağıdaki formülle yetindi: “Mülkiyet anayasanın koruması altındadır. Toplumun ekonomik yararlarına uymakla yetinilir”. 2. bend kamulaştırma hukuku kurumunu formülize etti: “Hiç kimse mülkiyetini, devlet başkanlığının kararına göre ve tazminat karşılığında dahi olsa kamu yararı için vermeye zorlanamaz... Ayrıntıları kamulaştırma kanunu belirler”. İmparatorluk anayasasından farklı olarak Baden anayasa belgelerinde kamusal amaçların somutlaştırılmasıyla görevlendirilen makam açıkça devlet başkanlığı olarak isimlendirildi. 3. benddeki özel mülkiyete kamu yararına işletme amaçları için el koyma imkanı da yeniydi: “özel mülkiyete kamu yararına işletme amaçları için hangi şartlar altında tamamıyla veya kısmen el konulup konulamayacağı kanunla belirlenir²⁷”. 3. bendde oluşturulan kamulaştırma kanunu öncelikle imparatorluk anayasasının 156. maddesinde standartlaşan sosyalleştirme imkanına uygundu, ancak “uygun özel iktisadi teşebbüslerin” mümkün olan müdahale nesnelerinin dairesini tüm özel mülkiyete kadar genişletti. WVR’nin 153. maddesindeki kamu yararı hükmü devletleştirme amaçları-kamu yararına işletme-için mülkiyete müdahaleyi kapsamaması gerektiğinden, 3. bendin etkisi şüpheli olmak zorunda kaldı.

²³ Karş: Dannbeck, Reichsenteignungsrecht, s. 2.; Schelcher, Fischers Z, Bd. 60, 138.

²⁴ Karş: Schelcher, Grundrechte und Grundpflichten, Bd. 1, s. 380.

²⁵ Karş: Schelcher, Grundrechte und Grundpflichten, Bd. 3, s. 247.

²⁶ Frenzel, Ibid, s. 44.

²⁷ Bu konuda karşı: Koellreutter, Die neue staatsrechtliche Gestaltung in Baden, JÖR Bd, 9, s. 191.

Kamulaştırma düzenlemesi ve işletme amaçları için el koyma hakkındaki ayrıntıları, 4. fıkraya göre anayasa değişimi için öngörülen üçte iki çoğunluğa ihtiyaç duyan ve bununla en azından mülkiyetin kuvvetli bir şekilde güvenliğini sağlayan özel kanunlar muhafaza etti.

Özel mülkiyeti devletleştirme imkanı, Baden örneğine sıkı bir şekilde uyarlanan Württemberg anayasasını da açtı. İşletme amaçları için özel mülkiyete “el konulması” ve onu “devletleştirme” arasındaki kavram mutabakatı Baden anayasasındakinden daha açık olarak sağlanıyordu. Bu 1. bendde şu şekilde formülize edildi: “Branşlarının özelliğine ve gelişmesinin durumuna göre ekonominin devletleştirilmesi devletin ve bununla ilgili resmi organların görevidir”. Doğrudan 1. bendi içine alan 2. bend şöyle devam ediyor: “Özel mülkiyetin kamu yararına işletme amaçları için hangi şartlar altında sınırlandırılıp sınırlandırılmayacağı veya el konulup konulamayacağı kanunla belirlenir”. Devletleştirmeden ayrılan kamulaştırma kurumu anayasada genel anlamda düzenlenmedi. 60. maddenin 1. bendi sadece WVR’nin 155. maddesinin 2. bendinin toprak reformuyla ilgili mevzuatıyla paralellik içerisinde kamulaştırmanın istisnai bir durumu düzenledi: “Her ne kadar büyük gayr-ı menkul halk ekonomisi yönünden zararlı ise de, herşeyden önce taşrada aile yurdunun kurulması ve orta ve daha küçük tarımsal işletmelerini genişlemesi için, kamulaştırma yolunda gerekli olduğu sürece taksim edilir”. Genelde kamulaştırma kapsamı ve şartları imparatorluk anayasasının 153. maddesine göre düzenlendi²⁸.

Eyalet anayasa hükümleri ilk bakışta görüldüğü gibi, genellikle WVR’nin 153. maddesinde sabitleşen kamulaştırma kaidelerini, imparatorluk anayasasında belirlenen mülkiyet korumasının etki sahası genişlemeksizin tasdik ediyordu.

Eyaletlerin anayasa belgelerindeki mülkiyet formülünün pratik manası, imparatorluk anayasa hükümlerinin tekrarları imparatorluk düzeninin kapalı fonksiyonundan dolayı değersiz olup olmadığı tartışmalı olduğu için yetersizdi²⁹.

II.1.2.2 - İmparatorluk ve Eyaletlerin Kamulaştırma Kanunlarındaki Kamu Yararı Unsurlarının Somutlaştırılması

²⁸ Frenzel, ibid, s. 45.

²⁹ Bu yönde Anschütz; Die Verfassung des deutschen Reiches, Art. 14 Anm. 3, Wenzel, in HdDStR. Bd. 1, s. 617.

İmparatorluk anayasası kanun koruyucunun kamulaştırma hukukuyla ilgili kamu yararı unsurlarının somutlaştırılmasında tamamlayabildiği maddi çerçeveyi ileri sürmüştü. Anayasada ortaya çıkan yeni kamu yararı anlayışı “topluma faydalı her projenin” amaçlarına uygun bir kamulaştırmayı haklı çıkardı. Herşeyden önce imparatorluk kanun koruyucusunun görevi hangi amaçların bir kamulaştırmayı gerektirdiğini tafsilatlı olarak belirlemektir. 7. maddenin 12. fıkrası, i.V.m. 12 maddenin 1. fıkrası kamulaştırma hukukunu, imparatorluk kanun çıkarma hakkını kullanmadığı³⁰ sürece eyaletler kanun çıkarma hakkına sahip olacak şekilde imparatorluğun rekabet edici olarak kanun çıkarmasına dayandırıyor. İmparatorluğun acil çıkarılan bir yığın kamulaştırma kanunları hariç tutulursa bağımsız kamulaştırma kanunu çıkarması için az da olsa bir hareket sahası bırakıyordu³¹.

Weimar devrinin kamulaştırma kanunları sadece kanun koyucunun kamu yararı anlayışına olan bir intikale izin vermiyor, aynı zamanda kamulaştırma kavramı hakkındaki anlayışını da yansıtıyor. Hukuk birliği içerisindeki bir kamulaştırma kavramı mevcut olmadığı için, bu bakımdan kamulaştırma kanunu çıkarmanın da kavram oluşturan anlamı vardır³².

İmparatorluğun ve eyaletlerin zengin kanun yapma malzemesi, Weimar Devletinin ekonomik ve sosyal bozukluğun üstesinden gelmek için başarmak zorunda kaldığı temel görevleri yansıtan birkaç tipik kamulaştırma amacını tanıtıyordu. Onlardan kamulaştırma ve kamu yararı anlayışının gelişmesini ifade eden iki grup çıkarılabilir:

Birincisi savaş ekonomisinden savaş sonrası ekonomiye geçişi ve ekonomik seferberliği amaç edinen doğrudan savaş sonrası yılların kamulaştırma düzenlemeleriydi. Bu düzenlemeler ilk önce 19. y.yılın teknik kamulaştırma görünümünden uzaklaştı ve kamulaştırma kurumuna ekonomik ve sosyal hedef tayinine girdi. Bu yeni kamulaştırma anlayışı, modern şehir inşaatı hukukuna kadar sürekli tesir eden ve bundan dolayı ikinci olarak yararlı olan şehir inşasında olduğu gibi konut inşasıyla ilgili kamulaştırmalar alanında sağlamlaştı. Şehir alanının sosyal ve toprak politikasıyla ilgili hedeflerini şehir dışı araziye yönelten ve o bakımdan

³⁰ Karş.: Dannbeck, Reichsenteignungsrecht, s. 2.

³¹ Bunun Bkz. Quecke / Bussmann, Reichsenteignungsrecht, s. 11.

³² Stödter, Entschädigung, s. 22.

esas itibariyle yeni kamulaştırma amaçları oluşturmaya tarım ekonomisiyle ilgili kamulaştırmalar ³³ bir tarafa bırakılıyordu. Nihayet içerisinde 19. y.yılın teknik kamulaştırma görüntüsü geniş bir şekilde görüldüğü için, trafik alt yapılarının tamamlanmasının sebebiyet verdiği ³⁴ sayısız kamulaştırma unsurları da ayrıntılı olarak kullanılmamaktadır.

II.1.2.2.1. Savaş Etkilerinin Doğrudan Giderilmesi İçin Kamulaştırma Düzenlemeleri

İmparatorluk anayasasının yürürlüğe girmesinden sonra imparatorluk WVR'nin 7. maddesinin 12 fıkrasına göre kamulaştırma hakkını kullandı. Versay Anlaşmasının uygulanmasında “Almanya ile İttifak ve İtilaf Güçleri arasındaki barış anlaşması sebebiyle kamulaştırmalar ve tazminatlar hakkında kanun çıkarıldı”. Bunun içerisinde ilk kez savaş sonrası bir kanunda kamulaştırma kurumunun yeni anlayışı açıklandı. 1. maddenin genel hükmü imparatorluk hükümetini, “barış anlaşması veya tamamlanan uzlaşma sebebiyle İtilaf ve İttifak Hükümetlerine devredilen yerleri imparatorluk için kamulaştırmaya yetkili kıldı”. Kamulaştırmaların Versay Anlaşmasından doğan görevleri yerine getirme amacı sayesinde yasallığı ispat edildi. Savaş öncesinde eyalet kamulaştırma kanunlarının resmi somut bir müessesesi bu değildi. 1. maddeyle idrak edilen mümkün olan kamulaştırma objeleri kamulaştırmanın savaş öncesi görünümüne muhalifti. 1. maddedeki kamulaştırmaya uygun olan objeler sadece maddi objeler değil, aynı zamanda zorunlu haklar da olabilmekteydi. 2. madde bunu, kamulaştırılan şeyden veya kamulaştırma hakkından söz etmek suretiyle açıkladı. Daha 1914 - 1918 arasında savaş kanunu çıkarmada görülen ve burada sabitleşen yeni kamulaştırma görünümü doğrudan kanun sayesinde kamulaştırmayı da içeriyordu³⁵. 8. madde, eğer kamulaştırma direkt olarak barış anlaşmasında beyan edilmişse tazminatın da garanti altına alınması gerektiğini gösteriyordu. Barış anlaşması milli meclisin onayını almak suretiyle resmi kanun gücüyle donatıldığı için, onun içerisinde düzenlenmiş olan

³³ Quecke / Bussmann, Reichsenteignungsrecht, s. 325.

³⁴ Ibid.; s. 360.

³⁵ Bu konuda Bkz: Waldecker, Kriegsenteignung, s. 3.

kamulaştırmalar kanun sayesinde müdahalelere izin veriyordu³⁶. Kamulaştırma bu bakımdan özel bir metod olmaksızın uygulandı ve resmi ilan sayesinde de tamamlanabildi (2. madde).

31 Ağustos 1919 tarihli kanunda yürürlüğe giren geleneksel kamulaştırma yapılarının feshedilmesine 1919'dan 1921 yılına kadar olan imparatorluk hukukuyla ilgili işletme kararnamelelerinde devam edildi³⁷.

Kararnamelerin hedefi, halkın geçim kaynağını bütün gerekli ekonomik mallarıyla birlikte garantiye almaktı. Bu amaçla işletilen malların teslim edildiği merkezi devlet yerlerinin kuruluşunu öngörüyordu. Temin ve teslim görevlisi görevini yerine getirdiğinde mallar kamulaştırılabildi. 16. maddenin 1. fıkrası deri, post ve kürk³⁸ temini hakkındaki kararname bu hüküm için bir örnekti. Daha sonra talep edilen deri ve ayakkabı miktarının vade hakkına veya düzenlemeye uymayacak şekilde temin edilmesi durumunda imparatorluk deri müessesesi kamulaştırma müdahalesinde bulunabildi. Tamamıyla benzer kamulaştırma imkanları mineral yağ ürünleri, işlenmemiş katran, demir ürünleri, şeker, patates veya tahıl için öngörüldü. Kamulaştırmayı bütün durumlar için haklı kılan topluma faydalı amaç bütün halk kesiminin geçim kaynağının güvencesiydi. Kararnameler sadece kamulaştırma amaçlarının istenen görüntüsünden ayrılmadı. Savaş yıllarının geçici kanunları gibi ihtiyaçların kamulaştırılmasını da kabul etti. Bu bakımdan bütün kamulaştırmalar için basit bir metod uygulandı. Kamulaştırmanın yürütülmesi için düzenli olarak yazılı bir emir yeterli oldu. Somut durumda kamulaştırmanın geçerli olup olmadığı hakkındaki resmi karar karşısında hukuku koruma, özel durumda tazminatın miktarı hakkındaki tartışma Adli mahkemelere havale edildiğinden³⁹ garanti altına alınmadı.

Birinci dünya savaşı yıllarındaki geleneksel kamulaştırma örneğinin feshedilmesi kanun koruyucunun müeyyideler olarak düşünülen mülkiyete müdahale hakkını kamulaştırma karakterine taşıyacak şekilde devam etti. Kavram çatışması ve Birinci Dünya Savaşı sonrası yıllarının kamulaştırma kanunu çıkarılmasını

³⁶ Bunun için Bkz: Stödter, Entschädigung, s. 118, 119.

³⁷ Frenzel, ibid, s. 48.

³⁸ Verordnung Über die Erhebung einer infolge der Aufhebung der Höchstpreise für Häute, Felle und Leder zu leistenden Abgabe vom 26. Februar 1920, RGBl. s. 264.

³⁹ Frenzel, ibid, s. 49'dan naklen.

karakterize eden güvensizlik içinde bütün açıklığıyla dogmatik kamulaştırma esaslarının yıkılması kendini gösterdi⁴⁰.

Şeker nakliyatı hakkındaki imparatorluk kararnamesi kanun koyucu sayesinde kamulaştırma ve yerleşmenin mutabakatı için bir örnek teşkil ediyordu⁴¹. 21. maddenin 3. bendi aşağıda görüldüğü gibi yapılmış olan işletme hükümleri karşısındaki bir müdahaledeki müeyyideyi düzenledi.: “Bir müteşebbis şekerin kullanımında 1. ve 2. bende göre oluşturulan esaslar ve şartlara uymazsa, şekerin stokları belediyeler birliğinin 33. maddesinin 2. bendindeki hükmün kayd-ı ihtirazi altında ücretsiz olarak kamulaştırılabilir”. İşletme hükümleri karşısındaki müdahale ceza gerektiren bir durumdur. 21. maddenin atıfta bulunduğu 33. maddenin 2. bendi cezanın yanında, “mallara, ilgili şahsa ait olsun veya olmasın, fark gözetmeksizin el konulabileceğini ortaya koydu”. Bununla, 21. maddeye göre kamulaştırılması gereken şeker stokları tam olarak kaydedildi⁴².

Birinci Dünya Savaşı sonrası yılların kamulaştırma kanunları ve kararnameleri yeni bir kamu yararı ve kamulaştırma anlayışına doğru ilk adımı atmış oldular. Bunlar sadece geçici hükümler olarak oluşturulduğu halde, yeni bir kamulaştırma kurumu anlayışını, geleneksel kamulaştırma kategorilerini hep tartışılır görmek suretiyle, sürekli teşvik ettiler. Bununla da yeni gelişme imkanlarına yer verildi.

II.1.2.2.2. Şehir Yapılaşması ve Konut İhtiyacı Alanındaki Kamulaştırmalar

Yeni kamulaştırma ve kamu yararı anlayışını herşeyden önce konut ihtiyacı, ev - şehir yapılaşması alanında gerçekleştirildi. Bununla savaş sonrasında da kamulaştırma kurumunun kaderi toprak düzenlemesi problemiyle sıkı bir ilişki içerisinde oldu⁴³.

⁴⁰ Bu yönde Bkz. Stödter, Entschädigung, s. 122, 123.

⁴¹ Vom 30. September 1920, RGBI. 1719. (Frenzel'den naklen).

⁴² Karş: Verordnung über die Enteignung und vorläufige Sicherstellung von Betriebsstoffen von 27. August 1919, RGBI s. 1488.

⁴³ Karş.: Schmidt - Assmann, Grundfragen des städte baurechs. s. 47.

Kaybedilen savaşın sonucu olarak bütün imparatorlukta bir süre sonra gözle görülür derecede bir evsizlik problemi başladı. Savaş yıllarında konut yapımı tamamen durmuştu. Savaşa katılanların geriye dönüşü ve Kolonilerden, Baltıklar'dan ve Almanya'dan ayrılan bölgelerden binlerce alman asıllı yabancının geri dönüşü konut problemini artırdı⁴⁴. O andaki konut mülkiyetine olan cebri müdahale yeni inşa alanından faydalanma ve işletmeye açılması gibi hususlar temel mülkiyetin kamulaştırılması için gerekli görünüyordu. Devletin arsalarından faydalanma ve insanların ihtiyacına uygun olarak onları planlı bir şekilde iskana açması için sorumluluk taşıdığı hükmü şehir yapılaşmasıyla ilgili kamulaştırmalara vesile oldu⁴⁵.

II. 1.2.2.2.1. Konut Vesika Yöntemi Çerçevesindeki Mülkiyet Müdahaleleri

Hizmete sunulan yerleşim alanının kayda tabi tutulması mevcut yerleşim alanının adil bir şekilde dağıtılması sayesinde büyük konut problemini aza indirmek için birinci araç olmalıydı.

26 Temmuz 1923⁴⁶ tarihli konut kılığı kanunu resmi makamlara cebri hakların kısımlara ayrılmış bir enstrümanını hizmete sundu, ancak bunu kamulaştırma olarak takdim etmedi.

Kanuni düzenlemenin merkezinde cebri kiralamanın hukuk mantığı bulunuyordu: Kanunun 4. maddesi Kira Birliğı Dairesine, ev arayanlarla tasarruf hakkına sahip olanlar arasında mecburi tarzda bir kira sözleşmesi yapma hakkını verdi. Kanun koyucunun cebri kirayı kamulaştırma tedbiri olarak telekki etmemesini konut kılığı kanununun 6. maddesi açıkladı. Bunun içinde kanun koyucu 4. maddede gösterilen talimat ve mülkiyetin dokunulmazlığına yapılan müdahale arasındaki farkı gösteriyordu. Bu, imparatorluk mahkemesinin cebri kirayı kamulaştırma olarak tasnif etmesini engellemedi⁴⁷.

⁴⁴ Lutz, Wohnungsnotrecht und Enteignung, s. 22, 23.

⁴⁵ Karş. Euers, Bauleitplanung, Sanierung und Stadtentwicklung, s. 16.

⁴⁶ RGBl 1923 Teil I, s. 754.

⁴⁷ Karş.: RGZ 102, 165; 105, 253; 111, 226; 112, 191.

Konut kısıtlığı kanunu devletin ilgili yüksek makamlarına arazi kanunuyla ilgili icra kararlameleri sayesinde konut kısıtlığına karşı diğ er tedbirleri de alma yetkisi veriyordu. Konut kısıtlığıyla mücadele için çıkarılan arazi kararlameleri herşeyden önce konut kısıtlığı kanununda bilinmeyen yerleşim yerine el koyma imkanını sağladı. Konuta el koymada hakkı koruma ve tazminat görevinin genişlemesini dikkate alan mahkeme içtihadları tarafından bu durum kamulaştırma olarak vasıflandırıldı⁴⁸.

Konuta el koymanın etkileri gerçekte bir kamulaştırma tedbirine benziyor. Bavyera'daki konut kısıtlığı karşısında alınan tedbirler hakkındaki Bavyera Kararnamesinin ⁴⁹ 12. maddesinin 1. bendi “yetki sahiplerinin el koyma hakkının yürürlüğe girmesiyle el konulan yerler hakkında tasarruf etme yetkisinin kaybettiğini belirledi”. El koyma, 12. maddenin 2. bendine göre yetki sahiplerinin hukuki takipçileri karşısında da tesirli oldu. Kararnamenin 10. maddesi el koymayı da mülkiyetin dokunulmazlığına müdahale olarak gösterdi.

II.1.2.2.2. Konutlar ve Kentsel Yerleşim Kanunu Çıkarılması

Kamulaştırma kurumunun sürekli değişimi konut ve yerleşim kanunu çıkarılması alanında da meydana geldi. Kamulaştırma, bir taraftan halk içinde gayr-ı menkulün bünyesindeki değişikliğ e hizmet etmeye yarayan, diğ er taraftan işsizlik ve enflasyondan meydana gelen sosyal çöküntüyü hafifletmeye de yardım eden sosyal politikanın bir parçası oldu⁵⁰. Konut ve yerleşim kanunu çıkarmaya dayanan sosyal konut politikasıyla ilgili içtihad kısmen imparatorluk anayasasının 155. maddesinde görüldü⁵¹.

155. maddenin 1. fıkrasına göre her almana sağlıklı bir ev ve bütün alman ailelerine ihtiyaçlarına uygun bir barınma ve ekonomik aile yuvası garanti edilmesi gerekiyordu. 2. fıkra bu amaca uygun konutun elde edilmesi konut ihtiyacının karşılanması için gerekli olan gayr-ı menkulün kamulaştırılmasına izin veriyordu.

⁴⁸ Schelcher, Grundrechte und Grundpflichten, Bd. 3, s. 213 ve orada zikredilen imparatorluk yüksek mahkemesinin 7. 7. 1922 tarihli kararı.

⁴⁹ 18 Ağustos 1926 tarihli, GVBl. s. 1926.

⁵⁰ Karş.: Schmidt - Assmann, Grundfragen des Städtebaurechts, s. 47.

Bu derece acil konut yetersizliğinin ortadan kaldırılması için çıkarılan kararname, anayasanın yürürlüğe girmesinden sonra şehir ve köylerde aile yuvalarının yapımı ve korunması hedefiyle toprak hukukunda bir değişikliği hedefleyen birinci imparatorluk hukukuyla ilgili hükümdü.

Kararnamenin 1. ve 2. maddeleri eyalet merkez makamları içerisinde küçük ve orta büyüklükteki evlere acil ihtiyaç duyulan bölgelerde uygun küçük ve orta büyüklükteki evlerin yapımını teşvik etmesi gereken bölge yerleşim komiserleri atamakla görevlendirdi. 3. maddede bölge konut komiserinin kamulaştırma hakkı aşağıdaki gibi düzenlendi: “Küçük ve orta büyüklükteki evler için uygun durumda inşaa ve bahçe alanı uygun fiyatla hizmete sunulmazsa, bölge konut komiseri uygun tazminat karşılığında gerekli yerleri kamulaştırmaya yetkilidir”. Tasfiye kararnamesinin kamulaştırma hakkı, imparatorluk çalışma bakanının ⁵² yayınlanmış bir kararını açıkladığı gibi, inşaat alanının açılması için gerekli olan araziye kapsıyordu. Kararnamenin 10. maddesi kamulaştırma yolunda gerekli yapı malzemesini acilen karşılamak imkanı dahilinde inşaat arazisinin kamulaştırılmasını tamamladı. Tasfiye kararına göre yapı malzemesi ve inşaat arazilerinin kamulaştırılması son çareydi. Bundan dolayı önceden açıktan kazanç denemesinin uygun fiyatlarla karşılanması gerektiği şartıyla oldu. Mülkiyete tamamen el koyma yerine 5. maddenin izin verdiği mal sahibinin talebi üzerine bir cebri inşaa hakkının yerine getirilmesinin eski hukukta örneği yoktu. 5. madde koruma kararı olarak mülkiyetinin özünün muhafaza edilmiş olarak kendisine kaldığı ve nakdi tazminat yerine sürekli bir emekli maaşına ⁵³ sahip olan kamulaştırmaya maruz kalan mal sahibinin lehine idi.

Kararname hazırlama komisyonu cebri inşaa hakkının yerine getirilmesini, kanun metninde seçilen değişikliğin “mülkiyete tamamen el koyma yerine” açıkladığı gibi, kamulaştırmanın özel durumu olarak da vasıflandırdı. Prusya kamulaştırma kanunu bir yerin bir irtifak hakkıyla hipotek olarak kaydını kamulaştırma olarak açıkladı⁵⁴. Buna karşılık kanun hazırlama komisyonu bunu takip eden 6. maddede kamulaştırma hukuk kurumu ile şimdiye kadar tanınmayan cebri

⁵¹ Bunun için Bkz. Schelcher, Grundrechte und Grundpflichten, Bd. 3. s, 293.

⁵² 26. 6. 1930 tarihli ve IX C 3 Nr. 6387 / 30 sayılı imparatorluk kararnamesi Quecke / Bussmann, Reichsenteignungsrecht, s. 175’den naklen.

⁵³ Quecke / Bussmann, ibid, s. 179.

kira bedeli arasındaki farkı belirledi. 6. madde “kamulaştırma yerine” zorunlu inşaatlar için gerekli olan arazileri bölge konut komiserinin cebri kira ile elde etmeye karar verebileceğini formülize etti. Cebri kira bedelinin hukuk kurumu barakalarda veya onun gibi basit barınaklarda yaşayan yersiz yurtsuz aileleri yerleştirme⁵⁵ amacına hizmet ediyordu. Daha sonraki kamulaştırma kararnamelerinde de kanun hazırlama komisyonu cebri kira bedeline zıt bir kamulaştırma getirdi ve bununla cebri kira bedeli kararını kamulaştırma tedbiri olarak telakki etmediğini gösterdi.

Tasfiye kararnamesinin 11. maddesi kamulaştırma hukukuyla ilgili özel bir durumda düzenlendi. Daha sonra bölge konut komiseri konutları kapsayan durdurulmuş yeni inşaatları toplumun yararına olarak kamulaştırabilirdi. İnşaat çalışmaları altı aydan daha uzun bir süreyle durdurulduğunda ve halk inşaatı derhal teslim alarak devam ettirme durumunda olduğunda, kamulaştırma yetkisi komiserle tanındı. 11. maddenin, herşeyden önce enflasyon yıllarında paranın değer kaybetmesi sonucu devam eden inşaat çalışmalarının finansmanını engellediğinde, özel bir önem arz etmesi gerekiyordu. Tasfiye kararnamesinin kamulaştırma kararları için, mülkiyete el konulmasına özel bir yöntem olmadan mal sahibine yapılan biçimsiz bir emirle izin vermesi aynı şeydi (4. madde, 2. bend). Kamulaştırmanın olabilirliğini ifade eden kararname hükmü bu bakımdan 4. maddenin 3. bendine göre kesindi.

Tasfiye kararnamesi aile yuvası ve konut kamulaştırması alanındaki kamulaştırmalar için özel bir anlam taşıyordu⁵⁶. Çünkü aile yuvası kanununa göre aile yuvalarının kurulması ve büyütülmesi için, küçük yerleşim yerlerine arazi temin etmek ve memur lojmanı kararnamesine göre arazi temin etmek için yapılan kamulaştırmalarda tasfiye kararnamesinin hükümleri uygun tatbik sahası buldular.

İmparatorluk Aile Yuvaları Kanunu (RHG), WRV’nin 155. maddesinin toprak reformunun başlangıcına koyduğu hükümle⁵⁷ toprak reformuyla ilgili aile yuvası düşüncesini gerçekleştirdi. Ancak kanun müstakil kamulaştırma düzenlemesi getirmedi, bilakis 28. maddede küçük konut yapımı amacıyla kamulaştırmayı öngören⁵⁸ kamulaştırma kararlarını gösterdi. Bu standartlaşmanın uygun şekilde

⁵⁴ Eger, Preussisches Enteignungsgesetz, § 2 Anm. 15, s. 38.

⁵⁵ Quecke / Bussmann, Reichsenteignungsrecht, s. 180.

⁵⁶ 20. Mayıs 1920 tarihli RGBI I s. 1291.

⁵⁷ Schmidt - Assmann, Grundfragen des Städte baurechts, s. 47.

⁵⁸ Aşağıdaki kamulaştırma hükümleri dikkate alınmıştır:

■ Behebungs VO Vom 9. 12. 1919

kullanımı için gereken şart, sadece kamulaştırmanın aile yuvaları kurmaya ve büyütmeye hizmet etmesiydi. Aile Yuvası Kanunu oturmaya elverişli aile yuvasıyla, ekonomik aile yuvasını birbirinden ayırdı. Yararlanabilecek bahçeleri bulunan tek katlı evler oturmaya elverişli aile yuvaları olarak gösterildi. İşletmesinde bir ailenin sürekli iş gücüne ihtiyacı olmadığı tarıma veya bostancılığa elverişli mülkler de ekonomik aile yuvalarını oluşturdu. Kamulaştırma patronları, aile yuvalarını dağıtanlar olarak ⁵⁹ imparatorluk, eyaletler ve belediyelerdi. Prusya inşaat kanununun 5. maddesi, kamulaştırmayı düzenlemiş olan dağıtıcı isterse ⁶⁰, aile yuvası taliplilerinin lehine olarak bir kamulaştırmaya izin veriyordu. Aile yuvası sıfatı 10 yıllık bir süre içerisinde silindiğinde ve bununla kamulaştırmayı haklı çıkaran amaç ortadan kalktığında, eski mal sahibine RHG (İmparatorluk Aile Yuvaları Kanunu)'nin 34. maddesine göre yeniden satın alma hakkı verildi.

İmparatorluk Aile Yuvaları Kanununa göre kamulaştırma o bakımdan, kamulaştırma yetkilisi üzerinde artık bir “devir ve temlik” olmadığından ⁶¹, 19. y.yılın devlet kamulaştırma kanununun geleneksel kamulaştırma örneğinden ayrıldı.

Aile Yuvaları Hukukunda kamulaştırılan mülk idarenin sınırlandırılmış bir parçasına hizmet etmek için, bu resmi idarenin bir temsilcisinin elinde kalmadı, bilakis kamulaştırma yetkilisinin aracılığıyla özel aile yuvası talibinin üzerine geçti. 19. y.yılın hukuk bilimi 1886 yılının Prusya Yerleşim Kanununa göre bu örneğe uyan kamulaştırmaları, kamulaştırma yetkililerinde devir ve temlik bulunmadığından dolayı kamulaştırma olarak vasıflandırmamıştı ⁶².

İmparatorluk kanununun temel mülkiyete el konulması için bildiği en esaslı kararları 6 Ekim 1931 tarihli imparatorun üçüncü kıtlık kararnamesini ihtiva ediyordu. Kararname ilk planda şehirlerin ve büyük sanayi toplumlarının çevresinde küçük yerleşim yerlerinin inşasını teşvik etmek istedi. “Şehir dışı küçük yerleşim yeri” yerleşenlere, bahçe ürünleriyle ve küçükbaş hayvan yetiştirmekten gelen kazançla kendi geçimini sağlamayı mümkün kılan ⁶³ yerleşim yeri ve ekonomi alanları olarak tasarlandı. Kıtlık kararnamesi, sayesinde ortaya çıkan kamulaştırma

■ Festungs enteignungsgesetz vom 27. 4. 1920, RGBI. I s. 697.

■ Ödlandverordnung vom 13. 2. 1924, GRBI. I. s. 111.

⁵⁹ Quecke / Bussmann, Reichsenteignungsrecht, s. 191.

⁶⁰ 18. 1. 1924 tarihli (Pr. GS. s. 49).

⁶¹ Stödter, Entschädigung, s. 119.

⁶² O. Mayer, Verwaltungsrecht, Bd. 2, s. 20.

imkanları ile sosyo - politik durum giriş bölümündeki kararında açıkladı: Bu arada 4,5 milyondan daha fazla artan işsiz sayısı azaltılmalı ve işsizlerin geçimi kolaylaştırılmalıydı.

Bu amaçla kararnamenin 11. maddesi görevlendirilmiş imparatorluk komiserine gerekli olan arazi uygun fiyat karşılığında ve uygun durumda hizmete sunulduğunda, küçük yerleşim birimleri için “uygun tazminat karşılığında gerekli yerleri kamulaştırma” yetkisini verdi. 11. maddenin 2. bendi, her ne kadar acil resmi ihtiyaç için yeterli olmasa da, “resmi organlar için gerekli olan arazinin kamulaştırma sayesinde talep edileceğini” emrediyordu. Devletin mülkiyeti resmi amaçlar için talep etme kuralı, devletin haklı, yüksek derecedeki bir menfaatinin mülkiyeti muhafaza etmeyi emretmesiydi. Bu 19. y.yılda oluşan görünüme de uyuyordu⁶⁴. Buna karşılık tarım ve bahçecilik ile uğraşan özel aile işletmelerinin kamulaştırılması; halkın geçimi için bu yerler onlara bizzat gerekli olduğundan 11. maddeye göre bunun dışında bırakıldı.

14. madde nihayet zaruri hakların kamulaştırılmasına izin verdi ve o bakımdan işletme kararlarında görünen yeni kamulaştırma anlayışını da buna ekledi. Küçük yerleşim yerleri için görevlendirilen imparatorluk komiseri 14. maddeye göre “uygun tazminat karşılığında kira bedeli ve kullanım hakkını” iptal edebildi. 14. maddede geçen kullanım hakkı, aynı haklar doğrudan 11. maddeye göre kamulaştırılabildiği için sadece zaruri haklar olması gerekiyordu. Karar, yerleşenin veya yerleştirenin ilgili yeri elde etmiş olması ve anlaşma metninden çıkarılan görevleri en son elde edenin üzerine aktarmış olması durumunu düzenledi. Bu, kiraya verilen mülkü kullanım durumuna göre kiracıya devredildiğinde, kiralama durumunda BGB’nin 571., 578., ve 581. maddelerine göre mümkündü⁶⁵.

Kararname hazırlama komisyonu şehir dışı küçük yerleşim yerlerinin yapımına tanıdığı öncelik, kamulaştırmanın hem tasfiye kararnamesinin şekil almamış yöntemine göre meydana gelmesine, hem de hukuk veya idare yolunda idari makamlar tarafından tesbit edilen tazminatın kontrolünün kalkmasına vesile oldu.

⁶³ Quecke /Bussmann, ibid, s. 196.

⁶⁴ Grünhut, Das Enteignungsrecht, s. 75; V. Rohland, Theorie und Praxis des deutschen Enteignungsrechts, s. 18.

⁶⁵ Quecke / Bussmann, Reichsenteignungsrecht, s. 76.

II.1.2.2.2. 3. İnşaat Hukukuyla İlgili Kamulaştırma Düzenlemeleri

Aile yuvaları ve yerleşim kanunu hazırlanmasında sosyal politikaya uygun kamulaştırma en geçerli ifadesini bulmuştu. Son bir kanun hazırlama safhasında çıkarılan inşaat hukukuyla ilgili kamulaştırma düzenlemeleri bu kamulaştırma amaçları tekrar tam olarak teknik açıdan düzenlenen şehir inşaaısıyla ilgili bir kamulaştırmanın lehine olarak geri çekti⁶⁶.

Bağımsız şehir inşaaısıyla ilgili bir planlama hukukunun tereddütlü ilerleyerek şekillenmesine paralel olarak, plan taslağının toprak hukukuna uygun tamamlanmasını güven altına alması gereken enstrüman için kamulaştırma gelişti. Bu fonksiyonda içerik olarak müdahaleyi gerektiren teknik yönden şekillenen şehir inşaaısıyla ilgili planlama hedeflerine katıldı.

Plan ve kamulaştırmanın birleşmesiyle kesin olarak bugünkü şehir inşaaısı hukukunun kamulaştırmasında yaşatılan modern şehir inşaaısı planlamasının sosyal devlet hedefleri sayesinde şekillendirilen kamulaştırma tipi bulundu⁶⁷.

1. Plan dahilindeki fer'i kamulaştırma Prusya sınır çizgisi kanunu çıkarılmasına kadar geri bırakılmıştı. 09. 03. 1918 tarihli Prusya yerleşim kanunu, sınır çizgisi kanununu yeni müdahale imkanları etrafında genişlemek suretiyle, imparatorluk anayasasının yürürlüğe girmesinden önce bu gelişmeyi devam ettirdi⁶⁸. Sınır çizgileri, kamulaştırma maksadıyla değişen kanunun 11. maddesine göre elde edilebilen bahçe tesisleri, oyun ve dinlenme alanları için tesbit edilebildi. 13. maddenin a şıkkı bundan başka belediyelere, kısıtlı ebatlardan ve uygun olmayan şekillerinden dolayı inşaata elverişli olmayan yerleri kamulaştırmaya izin veriyordu.

2. 20. 07. 1932 tarihli Saksonya inşaat kanunu planlı fer'i kamulaştırmayı düzenledi. İnşaat kanununun 67. maddesi kamulaştırmanın fonksiyonunu plana uygun bir arazi temininin parçası olarak net bir şekilde gösterdi. Kamulaştırma hakkının verilmesine aşağıdaki durumlarda izin veriliyordu:

- a) - Plana uygun tesbit edilen veya iç bölge trafiğine hizmet eden köprüler de dahil olmak üzere resmi trafik alanlarının (yollar,

⁶⁶ Bkz. Schmidt / Assmann, Grundfragen des Städtebaurechts, s. 48.

⁶⁷ İmar planlamasının sosyal devlet ilkesiyle ilgisi hakkında Bkz.: Schmidt - Assmann, ibid, 168.

⁶⁸ Pr. GS. s. 23; Bu konuda Bkz: Evers, Bauleitplanung, Sanierung und Stadtentwicklung, s. 16.

- meydanlar, yaya yolları vb.) kurulması, genişletilmesi veya değiştirilmesi için,
- b) Plana uygun tesbit edilen boş alanların tesis edilmesi veya değiştirilmesi için,
- c) Resmi drenaj ve filtraj tesislerinin yapımı ve bakımı için, aynı zamanda yerli ve komşu belediyelerin resmi bir drenaj tesisindeki tek tek parçaların birleştirilmesi için,
- d) İnşaat yapılamayacak gayr-ı menkul alanlarının tamamlanması veya birleştirilmesi için.

67. madde, “kamu yararı için vakfedilen bir müessese için gerekli” olduğunda, bir kamulaştırmaya izin veren Saksonya kamulaştırma kanununun 1. maddesine kamulaştırmanın yürütülmesi için atıfta bulundu. Gereklilik testi esas itibariyle kamulaştırma amacının cebri müdahale olmaksızın gerçekleştirilip gerçekleştirilemeyeceği ve temel mülkiyetin uygun bir fiyat karşılığında serbestçe alınıp alınamayacağı sorularını kapsıyordu⁶⁹. Doğrusu kamulaştırma talebi ne dereceye kadar, resmi trafik ve boş alanlar için tesbit edilen bir inşaat ve sınır çizgisi planına göre belirlenmiş olan temel mülkiyetle iktifa etse de, kamulaştırmanın gerekliliği 76. maddeye göre deneme olmaksızın ispat edilmiş olarak geçerli oldu.

Uygulama alanında Saksonya inşaat planlı fer’i kamulaştırması bu görünüme göre doğrusu dar çerçeve sınırlanmış olarak kaldı. Kanunun uzunca hazırlanmış raporları kamulaştırmayı haklı çıkardı. Hiçbir kamulaştırma, doğrudan plan raporlarından çıkan kullanımın sınırlandırılmasına sebebiyet vermemeliydi. Modern rayiç bedel esasına göre şehir inşaaıyla ilgili fedakarlık kamulaştırması olarak gösterilen bir kamulaştırma tipi ne Saksonya inşaa kanunu ne de diğer eyaletlerin çağdaş inşaa ve toprak kanunları tarafından biliniyordu⁷⁰.

Bu kamulaştırma tipi için kanun hazırlama komisyonunun reddedici tavrı, kamulaştırma kavramını bütün yönleriyle genişleten imparatorluk mahkemesinin kararları sayesinde büyük ölçüde sarsıldı. Mahkeme iki esaslı kararda, Weimar imparatorluk anayasasının 153. maddesinin 2. bendine göre belediyeyi tazminat ödemeye sevkeden boş alanların dışta bırakılmalarını da kamulaştırma

⁶⁹ Karş: Schelcher, Kommentar zum sächsischen Enteignungsgesetz, § 1, s. 138.

⁷⁰ Bu konuda Bkz.: Bielenberg in: Ernst / Zinkahn; BBauG, Vorb.§ § 40 - 44 Rdnr. 83.

olarak vasıflandırmıştı. Eyaletlerin inşaat düzenlemelerinde tasnif edilen, sonra kamulaştırma olarak vasıflandırılan sınırlandırmalar bununla eksik tazminat düzenlemelerinden dolayı imparatorluk anayasasının 153. maddesinin 2. bendiyle karşı karşıya gelme ve bundan dolayı da geçersiz olma tehlikesine girdi⁷¹. Bu mahkemeler içtihadının belediyeyle ilgili birimleri için sebebiyet verdiği büyük çaptaki hukuk güvensizliği, tazminatı kanuna dayalı olarak dışta tutmaya yetkili olduğu için imparatorluk kanun hazırlama komisyonunu plan yapmaya çağırdı. İmparatorluğun, ekonomi ve finansmanın güvenliği için çıkardığı ikinci kararnamenin 1. maddesinde kanun hazırlama komisyonu belediyeler tarafından uzun süredir beklenen adımı atmış oldu. 1. madde, şehir inşaaı, “özellikle idare hukuku kararlarına göre tamamlanacak olan planlama ve sınır çizgisi tesbit etme alanındaki kamulaştırmalar için 2. ve 5. maddelerin ölçülerine göre tazminata güvence verebileceğini” belirledi. 2. madde, “1. maddede belirtilen devlet hukukuyla ilgili hükümlerde öngörüldüğünde”, şehir inşaaı alanındaki kamulaştırmalar için bir tazminatın ödeneceğine muvafakat ve onu formülize etti. Bununla kanun hazırlama komisyonu mahkemelerin içtihadıyla belirlenen kamulaştırma tipinin benimsenmesiyle eyaletlerin kanun yapmasını kabul etmişti⁷².

II. 1.2.3. Mahkeme İçtihadlarında Kamu Yararı Kararı

Weimar Cumhuriyeti’nin kamulaştırma kanunu çıkarması yeni sosyal bir mülkiyet ve kamulaştırma anlayışına yer hazırlamıştı ve bununla değişen ekonomik ve sosyal ilişkilerden bir sonuç çıkarmıştı. Kamulaştırma alanında bu, özel mülkiyetin sivilliberal hukuk devletindekinden daha büyük ölçüde kanun hazırlama komisyonunun düzenlenmesi altında olduğu anlamına geliyordu. Değişen bu kamulaştırma görünümüne olan reaksiyon için uzun süre beklenmedi. Weimar devrinde mülkiyet korumanın pekiştirilmesine çağrı yapan geniş bir hareket tesbit edilmektedir⁷³. Bu hareket, faydalarını etkili bir şekilde düzenleyen talimatnameyi

⁷¹ Weimar dönemine damgasını vuran mülkiyetin, imar hukuku kaynaklı sınırlandırılması problemi konusundaki arazi hukuku tartışmaları için Bkz. W. Jellinek, Gutachten zum 36, DJT, s. 303.

⁷² Quecke / Bussmann, Reichsenteignungsrecht, s. 232.

⁷³ M. Wolff, Reichsfassung und Eigentum (1923), s. 13, 14; Bu akımlar için Bkz.: Diester, Enteignung und Entschädigung, s. 38; Rittstieg, Eigentum als Verfassungsproblem, s. 255; Günümüzdeki gelişmenin eleştirisi için Bkz: Kircheimer, Die Grenzen der Enteignung, s. 43.

imparatorluk mahkemesinde buldu. Takip eden zamanda yüksek hakimler kurulundan mümkün olduğu derecede kusursuz olarak mülkiyet müdahalelerini anayasanın 153. maddenin 2. bendinin tazminat hükmü altına alma eğilimi tarafından belirlenen yeni bir kamulaştırma kavramı billurlaştı. Mülkiyet garantisini servet garantisi olarak anlayan bu tazminat hakkıyla ilgili görünüm varlığını koruma fonksiyonuna engel oldu. İmparatorluk mahkemesi yeni müdahale varyantları etrafında kamulaştırma kavramının genişletilmesiyle aynı zamanda müdahale amaçlarının artmasına katlandı. Böylece artan mülkiyet korumayı hesaba katan mahkemeler içtihadı, gerçi anayasa hukukuyla ilgili mülkiyet garantisinin servet hukukuyla ilgili garanti fonksiyonunun kuvvetlendirilmesine, ancak müdahaleyi durduran, varlığını güven altına alan etkisinin azaltılmasına götürdü.

İmparatorluk mahkemesinin kamulaştırma hukukuyla ilgili kamu yararı hükmünde müşterek görülebilen iki gelişme çizgisi bu mahkemeler içtihadını anlamak için birleşiyor. Birisi adli denetim hukuku etrafındaki mahkemelerin imparatorluk veya küçük devlet kanunlarının anayasaya uygunluğunu gözden geçirmeye yetkili olup olmadığı tartışmasının benzerini gerçekleştiriyor⁷⁴. Mülkiyet müdahalesinde tesis edilen ve yoğunluğu içinde doğrudan WVR'nin 153. maddesinde kamulaştırma kavramının tarifine bağlı olan anayasa hukukuyla ilgili kontrol ölçüsü etrafındaki tartışma bununla bir silsile halinde devam etti⁷⁵. İmparatorluk mahkemesinin kamu yararı hükmü güya sadece mahkemeler içtihadının yan ürünüydü, fakat kamulaştırma anlayışını sürekli olarak etkiledi.

II.1.2.3.1. Kanun Hazırlama Komisyonunun Mülkiyet Müdahaleleri Karşısında Hukuku Koruma Gayreti

Artık 19. y.y'ın mümkün olduğu kadar kusursuz olan mülkiyeti korumaya dikkat eden, sivil - liberal kanun koruyucu olmayan Weimar'daki kanun koruyucunun değişen rolü imparatorluğun son yıllarda başlayan adli denetim hukukunun etki sahası etrafındaki tartışmayı devam ettirdi⁷⁶. 19. y.y'da kanun

⁷⁴ Bunun için Bkz.: Kübler, Der deutsche Richter und das demokratische Gesetz AcP 162 (1963), s. 104.

⁷⁵ Stödter, Entschädigung, s. 112.

⁷⁶ Bu tartışmalar için Bkz. Kübler, İbid, s. 104.

koyucunun mülkiyet müdahaleleri karşısında hukuku koruma prensip olarak imkansız oldu ve imparatorluk anayasasındaki imparatorluk kanunları denetleme hakkı mahkemelere verilmedi⁷⁷. Kanun koyucunun bu hakimiyeti ortaya kanun çıkarma işini politikaya katmak isteyen ve bununla adli kontrolden kaçınan anayasa anlayışından çıktı⁷⁸.

Bu arada başlayan tartışma⁷⁹ bu anayasa anlayışını geniş çapta şüpheli gördü, hem imparatorluk⁸⁰ hem de eyalet anayasaları⁸¹ adli kontrol hakkını açık bırakmaktan sıkıntıyla karşılaştı. Bundan dolayı 1921 yılı ilkbaharında imparatorluk mahkemesinin verdiği sürpriz karar etkili oldu. Mahkeme o zaman anayasa aracılığıyla kanunların şekilsel ve maddi hukuk ölçüsünü kontrol etmeyi talep etmişti⁸². Şimdiye kadar ki mahkemeler içtihadı geleneğinin böyle bir sınav hukukuna uyulmasını isteyen bir⁸³ karar hazırlanmasını, Jellinek bir “yahudi masalına geçirdi”⁸⁴. Bu durum, bir süre sonra imparatorluk mahkemesiyle ilgili mahkemeler içtihadında bir denetim yetkisinin temsil edileceği⁸⁵ ve oradan da eyalet mahkemelerinin içtihadına girecek⁸⁶ şekilde bir defa açılmış olan edilmiş olan yolu elbetteki kapatamadı. Böylece anayasanın özgürlük ve mülkiyet garantisi; kanun hazırlama komisyonuna mahkemelerin kanun çıkarma fonksiyonunda kanun hazırlama komisyonuna karşı koyulabileceği engeller çıkardı.

Yeni kazanılmış olan adli denetim hakkı, doğrusu sadece gerçek bir mülkiyet korumanın bir temel taşını koydu. Mülkiyet müdahalelerinde hangi maddi denetim ölçüsünün konulacağı şimdilik açık kaldı.

Temelde direkt kanuni mülkiyet müdahalelerini yalın hukuk sınırlandırmaları gibi bir tarafa bırakılan 19.y.yılın anayasa hukukuyla ilgili

⁷⁷ 1871 tarihli Bismarck Anayasası, denetleme ölçütü olarak bir kamulaştırma normu içermediğinden, imparatorluk hukukuna dahil olan eyaletlerin arazi hukukuna ilişkin normlarının, imparatorluk kanunlarına uygunluğunun denetlenmesi kamulaştırma hukuku bakımından pratik bir anlam taşııyordu.

⁷⁸ Rönne, Preussisches Staatsrecht, Bd. 2, § 94; Zachariä, Staatsrecht, Bd. 1, 0 § 51, s. 114.

⁷⁹ Hippel / Anschütz / Thoma, HdDStR Bd. 2, s. 554, 556.

⁸⁰ Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reiches, Art 70, Anm. 4.

⁸¹ Ayrıntılı bilgi için Bkz. Hippel

⁸² 28. 4. 1921 tarihli karar (RGZ 102, 162).

⁸³ RGZ 103, 164.

⁸⁴ W. Jellinek, Das Marchen von der Überprüfung verfassungswidriger Reichsgesetze durch das Reichsgericht, JW 1925, 454.

⁸⁵ RGZ 114, 33; 124, 183; 128, 165; 129, 146.

⁸⁶ 20. 3. 1926 tarihli Bayern yüksek eyalet mahkemesi kararı (= DJZ 1925, Sp. 903 vd.; 17. 1. 1927 tarihli Hamburg Yüksek idare mahkemesi kararı = (JW 1927, 1288); vd.

kamulaştırma kavramının sınırlı yorumu, bu nokta etrafındaki hukuk korumasını azalttı. Ancak imparatorluk anayasasının yürürlüğe girmesinden bir süre sonra bir müdahale sürecinde mahkemeler içtihadı ve teamülleri tarafından teşvik edilen kamulaştırma kavramının kapsamı kanun koruyucunun anayasa hukukuyla ilgili kamulaştırma şartlarının adli yönden kontrol edilebilme bağlantısını kuvvetlendirdi.

Tekrar kısa bir taslak yeterli olacak şekilde Tafsilatlı olarak gösterilmiş olan süreç yeniden kısaca özetlenmek istenirse herşeyden önce üç yönde cereyan etti⁸⁷. Birincisi, bütün mal değeri olan haklar, özellikle talepler kamulaştırma objesi kamulaştırmanın müdahale objesi olarak kabul edildi. Artık eşya kamulaştırmasıyla sınırlandırılmadığı için bununla sıkı bir şekilde bağlanmış olan kamulaştırma şartı, bir kamulaştırmanın sürekli somut, topluma yararlı bir müessese üzerine malların naklini şart koşmasını kaldırdı⁸⁸. Uzun yıllar uygulanan bir hükümde imparatorluk mahkemesi kamulaştırma kavramını, mesela sınır çizgisi planında bir gayr-ı menkulün boş alan olarak gösterilmesinden veya bir anıt listesine alınmasından hareketle birlikte mülkiyetin sınırlandırılması veya taşınmaz mükellefiyetini de buna dahil etti. Elde edilen hakkın cebren bir üçüncüye aktarılıp aktarılmadığına bağlı olmaksızın, BGB'nin 903. maddesine göre mal sahibine verilen yetkiye yapılan her müdahale bundan dolayı kamulaştırma olarak görüldü. Mahkeme içtihadları ve literatürün kamulaştırma anlayışındaki en önemli değişiklik kamulaştırma kavramının doğrudan kanuni müdahalelere olan uzantısıydı⁸⁹. Bununla, kanun gücüne dayanarak doğrudan özel mülkiyete müdahale edildiğinde, kanun koyucunun anayasa hukukuyla ilgili kamulaştırma şartlarına bağlanmasına ulaşıldı. Kanun koyucunun özel mülkiyet karşısında şimdiye kadar oluşan hakimiyeti bundan sonra artık mevcut olmadı. İmparatorluk anayasasının 153. maddesinin 2. bendine göre kamulaştırma tazminatına kanun sayesinde imparatorluk kanun koyucusundan başka engel olamayan eyalet kanun koyucusu için doğrudan kanuni mülkiyet müdahalelerinde cebren bir tazminat görevi oluştu⁹⁰. Elbetteki kamulaştırma kavramının doğrudan kanuni mülkiyet müdahaleleri üzerinde genişlemesi sonradan şimdiye kadar bilinmeyen tarif problemini ortaya attı: Mahkeme içtihadları ve

⁸⁷ Bunun için Bkz: C. Schmitt, JW.1929, 495. vd.

⁸⁸ Giese, Enteignung und Entschädigung, s. 11.

⁸⁹ Karş: RGZ kararları 18. 11. 1921 = RGZ. 103, 200; 7. 7. 1922 = RGZ 105, 209.

literatür, müdahale edici kanun, mülkiyetin içeriğini ve sınırını 153. maddenin 1. bendinde somut hale getirdiği zaman⁹¹ soruyla açıklama yapmaya zorlandı.

Kamulaştırma kavramının geniş metni kanun koyucunun anayasa hukukuyla ilgili kamulaştırma şartlarına eksiksiz olarak bağlanmasını gerçekleştirdi. Kamulaştırma olarak vasıflandırılan kanun koyucunun her müdahalesi anayasaların kamu yararı hükümlerine uymaya zorlandı⁹². Bununla kamu yararı kavramını somutlaştıran mahkemelerin kamu yararı içtihadına geniş bir faaliyet alanı açıldı.

II.1.2.3.2. Bu Gelişmelerin Sonucunda Kamu Yararı Kararı

Bir süre sonra mahkemeler anayasa kriterini hem imparatorluk hem de eyalet kanunlarını kontrol etme özgürlüğünde kullandı. Daha önceleri imparatorluk mahkemesinin içtihadında, 19. Y. Yılın eyalet kamulaştırma kanunlarına yol gösteren, geleneksel kamu yararı anlayışıyla ters düşme eğilimi görünüyordu.

Zaten Weimar anayasasının kamulaştırma kavramı için imparatorluk mahkemesinin birinci kararına bile, bunu net olarak açıklamaksızın kamu yararı hükmünün değişmiş olan bir anlayışını istinad ettirdi:

(1) 28.04.1921⁹³ tarihli adli denetim hakkı için verilen merkezi kararda imparatorluk mahkemesi yerleşim yerinin mecburi tahsisini tazminat verilebilecek kamulaştırma olarak vasıflandırdı. Ev kılığının giderilmesi demiryolu veya karayolu inşaatı gibi usul ve sahasına göre belirlenen somut bir müessese değil, bilakis daha genel kamulaştırmayı haklı çıkaran hedef belirlemeydi⁹⁴ Eve haciz koyma için verilen aşağıdaki yüksek adli kararlarda da mahkeme yerleşim alanının mecburi tahsisinin geçerli olan bir kamulaştırma şartını ve tedbirini göstermesinden hareket etti⁹⁵

⁹⁰ Kamulaştırma kavramının bu şekilde yorumu ile izlenen amaç açıkça M. Wolf tarafından Reichsverfassung und Eigentum, s. 21'de ifade edilmiştir.

⁹¹ Bu konuda karşı: Pieper, Die Möglichkeit der Abgrenzung entschädigungs loser von entschädigungspflichtigen Eingriffen in das Eigentum nach Art. 153 WRV, s. 4.

⁹² Weimar döneminde de, idari makamların kamu yararı kavramını uygulamaları denetleme dışı kalmıştı. Bu bakımdan, idari yargı kararları, kamu yararı kavramının somutlaştırılması konusunda bir katkı sağlamamıştır. O dönemdeki idari yargı uygulaması için Bkz.: Stier Somlo / Elster, HdwbR Bd. 2 (1927), s. 274; W. Jellinek, Verwaltungsrecht (1931), s. 406.

⁹³ RGZ 102, 161, 165

⁹⁴ Stödter, Entschädigung, s.124, 125.

⁹⁵ Fleiner, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, s.315.

Bununla kamulaştırmayı haklı çıkaran resmi müessese bunu resmi idarenin özel amacıyla, belirlenen ve sınırlanan bir parçası olarak Otto Mayer'in anlayışında⁹⁶ ki gibi anlamadı, bilakis Martin Wolf'un yazısında uzun süre önce formülize edildiği gibi⁹⁷ açıkçası toplum faydalı proje olarak anladı.

(2) 18 Kasım 1921⁹⁸ tarihli kararda imparatorluk mahkemesi kamulaştırma hukukuyla ilgili kamu yararı anlayışını daha açık olarak şekillendirdi. Eyalet prensinin hükümet hazinesinden gelen bir gelirini açıklayan Lippesch'in eyalet kanununun kamu yararı için bir kamulaştırma düzenleyip düzenlemediği sorusu tenkit edildi⁹⁹. İmparatorluk mahkemesi kamulaştırma olarak vasıflandırılan kanuni müdahaledeki kamu yararını reddetti ve imparatorluk anayasasının 153. Maddesinde gereken yararın, açıklanmış olan hukuka el koyma suretiyle ulaşılan avantaja toplum için müdahale etmek ve bu avantajın dışında kalmak zorunda olduğunu¹⁰⁰ bundan böyle geçerli esas olarak formülize etti. Esas kaide, kamulaştırma sayesinde talep edilen gelir ödemesinin tasarrufunda bulunan avantajın kamulaştırmayı tasdik etmediğini¹⁰¹ açıkladı. Diğer taraftan “elde edilen avantajın” vurgulanması sayesinde kamulaştırmayı haklı gösteren bir kamu yararının, kamu yararı için kamulaştırma tedbiri getiren¹⁰² gerçek bir yararı şart koştuğu belirtilmesi gerekti. Konut kontenjanlarının yürütülmesi veya konut kıtlığının ortadan kaldırılması gibi “topluma faydalı proje”¹⁰³ buna rağmen kamulaştırma tedbiri sayesinde bir kamulaştırmayı temin etmek için somut olarak teşvik edilmek zorunda kalındı.

(3) Son bir adımda ancak mahkeme içtihadları bu kamu yararı hükmünü daraltan taktimden de uzak kaldı. Şimdiye kadar olduğu gibi kamu yararı için somut bir yarar gerekli olmaksızın¹⁰⁴ ulvi hareketin kamu yararına hizmet eden soyut eğilim kamu yararındaki bir kamulaştırma için yeterli olmalıydı. Bu adım durumun yapısal değişikliği ile sıkı bir ilişki içerisindeydi. Kamulaştırma amaçlarının yapısal

⁹⁶ O. Mayer, Verwaltungsrecht, Bd. 2, s.1.

⁹⁷ M. Wolff, Reichsverfassung and Eigentum, s.14.

⁹⁸ RGZ 103, 200

⁹⁹ Malvarlığı hukukuna ilişkin tartışma için BKZ.: Koellreutter, HdDSER, Bd. 1,s.139.

¹⁰⁰ RGZ 103, 202; karşı. RGZ. 139,9.

¹⁰¹ Salt parasal çıkar için malvarlığı hakkının ortadan kaldırılmayacağı yolundaki tartışılmaz kural, daha sonraki yargı kararlarında da korunmuştur. Bkz. RGZ 135, 123; LG Berlin kararı (8.5.1925= JW 1924 1548)

¹⁰² Bu konuda da BKz: Janssen, Aufopferung und Enteignung, s.168.

¹⁰³ Schelcher, ibid, s.222.

¹⁰⁴ Janssen, ibid, s.168

değişikliği özellikle 8 Aralık 1923 tarihli imparatorluk mahkemesinin kararında açıkça okunabilir.¹⁰⁵

İmparatorluk mahkemesi şimdiye kadar bir tazminat yükümlülüğünden istisna tutulan imtiyazlı deri atölyelerini, temin edilen hayvanlar için tazminat ödemekle görevlendiren bir imparatorluk kararnamesinin hukuki yönden geçerliliğini kontrol etmek zorunda kaldı. Kararnamenin hedefi, hayvan kadavrasının değerinden dolayı deri atölyelerine haksız olarak verilmesini önlemektir. Eski hukuka dayanan imtiyazın kaldırılması imparatorluk mahkemesi tarafından hayvan kadavralarının tamamıyla zararsız olarak ortadan kaldırılması ve kamu yararı için salgın tehlikesinin önlenmesi için konulmuş olan kamulaştırma olarak vasıflandırıldı.¹⁰⁶

Kararda şimdiye kadar hukuk sistemi içinde ayrılan fedakarlık kurumu kamulaştırma kurumuyla WVR'nin 153. maddesine göre birleşiyor. Bu mahkemeler içtihadında ve literatürde tesbit edilen, WVR'nin 153. maddesine göre yapılan kamulaştırmayı, yanında EinlALR'nin 75. maddesine göre hiçbir anlam ifade etmemesi gereken¹⁰⁷, kapsamlı kamu hukukuyla ilgili bir tazminat kurumuna çevirme eğilimine uygundu. İmparatorluk mahkemesi tarafından, devam eden mahkemeler içtihadında temsil edilen, kamu yararı için yapılan bir fedakarlık müdahalesini kamu yararına kullanma görüşü kamulaştırma ve fedakarlık kavramlarının karıştırılmasında kamulaştırma hukukuyla ilgili kamu yararı hükmünün kastedtiği manayı da şekillendirmek zorundaydı¹⁰⁸.

Bu son adımla kamulaştırma hukukuyla ilgili kamu yararı hükmü genel, kamu yararına hizmet eden bir hedef belirlemeye yöneldi¹⁰⁹. “Kamu yararı” için bir kamulaştırma devlet yönüyle gerçek bir yararı hedeflemeyi artık şart koşmadı. Kamu yararı hükmünün bu yeni görüşü imparatorluk mahkemesi tarafından sürekli olan mahkemeleri içtihadların hemen sağlamlaştırılması gerekiyordu.¹¹⁰

¹⁰⁵ RGZ 107, 377.

¹⁰⁶ Stödter, Entschädigung, s.161.

¹⁰⁷ Anschütz, Die Verfassung des deutschen Reiches, Art, 153. Anm.15.

¹⁰⁸ Karş.: RG Gruch - Beitr. Bd.41, s.179-183; RGZ 57, 217; Ayrıca Janssen, Aufopferung und Enteignung, s.112.

¹⁰⁹ W. Weber, Eigentum und Enteignung. S.340.

¹¹⁰ RGZ 109, 310; 116. 228; 150, B.: StGH için RGZ. 124.

II.1.3. Kamulaştırma Hukukuyla İlgili Kamu Yararı'nın Tarihi Ana Çizgisi

Buraya kadar kamu yararı konusunda tesbit edebildiğimiz tarihi gelişimi özetleyecek olursak şunları görürüz:

19. yüzyılın Alman devletlerinde, anayasal teminatların yürürlüğe girmesiyle kamulaştırma hukuku sağlam bir temel üzerine oturtulmuştur. Kanunî bir kayd-ı ihtirazî olarak kamu yararı şartı bu temel yapısıyla modern kamulaştırma hukukunun oluşturulmasına kadar tesiri devam eden anayasa hukukuyla ilgili kamulaştırma şartlarının esaslı unsurlarından biri olmuştur. Bununla beraber onun bağlayıcı etkisinin sınırlılığını da kabul etmek gerekir, zira ne kamulaştırma kavramı, ne de kamu yararı kavram ve kararının içeriği güney ve orta Almanya anayasalarının son durumları bir tarafa bırakıldığında, o dönemde ayrıntılı bir düzenlemeye kavuşturulamamıştır. Böylece eyalet kanun koyucularına kamulaştırma anlayışlarını yeniden tanzim etmek üzere geniş, özgür bir faaliyet alanı bırakılmıştır. Bunun neticesinde, 19.yüzyılın ikinci üçte birlik bölümünde gerçekleşen kamulaştırma kanunu çıkarma faaliyetleri, zamanın aktüel devlet görevlerinin bir çerçevesini çizen teknik kamulaştırma görünümünü şu tarzda şekillendirmiştir: Kamulaştırma hakkının devletin yanında, özel sektöre de verilmesi sayesinde genişleyen ekonomik gelişmeye yer açılması; Kamu gücünün hızlı bir sanayileşme için yapısal şartları hazırlamasıyla, özel sektörün iktisadi faaliyetlerinin artırılması amacına yönelik ortaya çıkan arazi ihtiyacının bir noktada cebren karşılanması.

Demiryolları, karayolları veya kanalların yapımı için gereken kamulaştırmaları sağlamak maksadıyla çıkarılan kamulaştırma kanunları; kamulaştırmayla ilgili kamu yararı şartını somut, teknik müesseselere indirgeyen ve toprak ya da sosyal politikayla ilgili hedef belirlemeye kısmî biçimde izin veren bir kamulaştırma kanunu çıkarmanın böylece geliş güzel örneklerini oluşturmuşlardır.

Weimar imparatorluk anayasasının hüküm sürdüğü dönemde kanun koyucu ve mahkeme icthatları 19. yüzyılın kamu yararı ve kamulaştırma anlayışını o

güne kadar ki dar kalıplarından kurtarmışlardır. Yirmili yıllarda, konut ve iskan kanununun çıkarılmasıyla kamulaştırmanın sosyo- politik anlayışı başarılı bir çıkış göstermiş ve fakat Weimar cumhuriyeti'nin son yıllarında tekrar güçleşen merkezi idare tekniğine uyan şehir inşaaıyla ilgili zorlayıcı bir kamulaştırma anlayışıyla yeniden bu anlayış geri plana itilmiştir.

Yüksek mahkeme içtihadları da bu süreci maalesef durduramamıştır. Verilen kararların eğilimi, artan müdahale imkanlarını, kamulaştırma hukukuyla ilgili kamu yararı şartının müdahaleyi engelleyici fonksiyonunu gözden düşürerek, sadece tazminat hakkına indirgeme istikametindeydi. Kamulaştırma kavramının bu kararla açılım, kamu yararı şartını, klasik fedakarlık ve kamulaştırmanın birbiri içinde erimesiyle sınırlarını kaybetmeye götürmüştür. Weimar devrinin son dönemlerinde bu uygulama, devletin bugün gerçekten mantıksız olduğu kabul edilen bütün mülkiyet müdahalelerini haklı gösteriyor ve bu durum idarî faaliyetlerde kabul edilen genel kamu yararı anlayışına da sirayet ediyordu. Bununla, kamulaştırma ve kamu yararı kavramının tarihi gelişimi, savaş sonrası yılların mahkeme içtihatlarının ve unsurlarının doğrudan belirlendiği bir noktaya ulaştı. Nasyonal Sosyalistlerin hakimiyeti döneminde kamulaştırma hukukuyla ilgili kamu yararı şartının totaliter anlayışla yorumlanması, Nazi Almanyası döneminin bitmesiyle sona eren bir ara dönem uygulaması olarak yerini aldı.

Yaptığımız tarih yolculuğu bu bakımdan burada bir durak yapıp mola vermelidir. Ve bu noktadan sonra ne dereceye kadar modern kamulaştırma hukukuyla ilgili kamu yararı kavramının kesintisiz bir süreç içinde, içerisinde sosyal ekonomi ve toprak politikasıyla ilgili hedef belirlemenin aynı ölçüde yer aldığı ve teknik açıdan dar bir kavramdan, kucaklayıcı geniş kapsamlı bir kavrama doğru geliştiğinin açıklanması gerekmektedir. Bugün, yeniden güçlenmekte olan sosyo ekonomi ve sosyal toprak politikasıyla ilgili kamulaştırma anlayışı ile karşı karşıya gelmiş olan aktüel kamulaştırma tartışması, bu kamulaştırma hedeflerinin tarihi gelişmelerin sürekliliği içinde yer almasına ve bundan dolayı bu hedeflerin kamulaştırma hukukuna tamamen yabancı olmaması gerektiğine de dikkat etme durumundadır.

II.2. GÜNÜMÜZ ALMANYASINDA KAMULAŞTIRMA HUKUKUNDA KAMU YARARI KARARININ TEMEL PROBLEMLERİ

Bu bölümde önce, belirleyici ve bağlayıcı olarak bugünkü Federal Alman Anayasasının ve çeşitli kanunların kamulaştırmaya ve kamu yararı kavramına bakışı incelenecek, daha sonra çeşitli kamulaştırma olaylarında kamu yararı hükmünün ortaya çıkış ve değerlendiriliş biçimleri ele alınacaktır.

II 2.1. MODERN KAMULAŞTIRMA HUKUKUNDA KAMULAŞTIRMA ŞARTI OLARAK KAMU YARARININ YERİ

Alman hukuk tarihiyle ilgili olarak geriye doğru yaptığımız bu yolculuk bize kamulaştırma hukukuyla ilgili kamu yararı kararının değişiminin ve devamlılığının aynı zamanda olduğunu gösterdi. Almanca olarak, “gemeines Bestes”, “offentliches Wohl”, Wohl der Allgemeinheit” veya sade olarak “offentliches Interesse” kelimelerinde kavramlaşarak ifadesini bulan¹ kamu yararı kararının formülize edilmesi uzun bir süreç içinde gerçekleşebilmiştir. 19. yüzyılın liberal düzen anlayışı içinde şekillenen kamu yararı kavram ve kararın içeriği değişmiştir. Bugünkü anayasanın da benimsediği bu kavram Weimar İmparatorluk anayasası zamanında sosyal devlet kapsamında olgunlaştırılmış, ancak ilk kez anayasada sosyal hukuk devleti² ışığı altında geniş bir uygulanma alanı bulmuştur. Weimar Anayasası kapsamında artık bugün tazminat hukuku bakımından tartışmasız kabul edilenden farklı bir biçimde kamu yararı şartının fonksiyonu da değişmiş ve bu değişim müdahaleyi engelleyici etkisiyle gün yüzüne çıkmıştır. Federal Anayasa Mahkemesi Hamburg barajı ile ilgili kararında³, kamu hukukuna ilişkin kamu yararının buradaki mülkiyeti koruyucu fonksiyonunu net bir biçimde ortaya koymuş ve anayasadaki mülkiyet garantisi ve kişisel özgürlükler ilişkisine-henüz bu yön modern

¹ Bu kavramların kamulaştırma hukukunda eş anlamdaki kullanılışı için Bkz. Rittstieg, Eigentum als Verfassungsproblem, s.416.

² Anayasanın hukuk ve sosyal devlet ilkeleri arasındaki ilişkinin birbirini tökezleten anlamında değil, birbirini tamamlar anlamında olduğuna dair. Bkz. Bull, Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, s.185.

³ 18.12.1968 tarihli karar : BUerfGE 24, 367 (396, 400); Alman Anayasa Mahkemesinin 12.11.1974 tarihli kararında (BUerfG 38, 175) mülkiyeti güçlendirici yöndeki eğilimi göstermektedir.

kamulaştırma tartışmalarında layıkıyla yerleşmemiş olmasına rağmen-dikkat çekmiştir. Daha önce vurgulandığı üzere tazminat hukukuna ilişkin çalışmalarda⁴ 19. Yüzyılın klasik ilkesi olan “Dulde ve liquidiere” (“katlan ve paraya çevir”) anlayışının derinden derine sürdürüldüğü hususunda bir kanaat uyandırmaktadır⁵. 19. yüzyılda bir tarafta geniş ölçüde işlerliği olan bir arazi piyasası, mülkiyetin kaybını bugünkünden çok daha kolay bir biçimde dengeleyebildiğinden⁶, diğer taraftan tam rayiç değer tazminatı, bunun için gerekli olan araçları garanti ettiğinden, kamulaştırma müdahalesinin tazminat hukuku yoluyla telafisi daha katlanılabilir görünüyordu⁷. Bunu takiben kanun koyucu ve idarenin kamulaştırma müdahalelerine karşı, gecikmeli olarak düzenlenmiş bir hukuki koruma imkanı ortaya çıktı ki, bu hususta tazminat hukukuna ilişkin denkleştirme geçerli bir yol olarak görünüyordu⁸. Gelişen sosyal, ekonomik ve aynı zamanda anayasa hukukuna ilişkin telakkiler çerçevesinde kamulaştırma tazminatının, müdahale eşiğini aşağıya çekici bir etki göstermeğe bugün artık yetmeyeceği ortaya çıktı. Kısa bir inceleme bunun bir çok sebebi olduğunu göstermektedir; söz gelimi şehirlerdeki sanayi bölgelerinde talep artışı sebebiyle⁹ arazi piyasasındaki etkileşimler çok fazla çeşitlenmiştir. Böyle bir bölgedeki, bir G. Menkul kamulaştırmasına muhatap olan kişinin tazminat yoluyla tatmin edilmesinin güçlüğü ortadadır. Bir an bu tatminin gerçekleştiğini veya istisnai olarak arazi karşılığında arazi tazminatı ödenerek bile olsa¹⁰ müdahalenin etkisinin tam anlamıyla olumsuzlukları telafi ettiğini söyleyebilmek oldukça zordur. Şehir içinde olduğu gibi, şehir dışı bölgelerde de mülkiyet hakkı, zamanımızdaki toprak hukuku tartışmalarında “sosyal yapı” kavramıyla gittikçe anlam kazanan¹¹ sosyal bağlantıların örgüsüyle şekillenmiş bulunmaktadır. Kamulaştırılacak arazinin, malikler, kiracılar ve hasılat kiracıları ile üçüncü kişiler arasında oluşan, bir şehrin

⁴ Bkz. Kimminich, BK, Art. 14 Rdnr. 267 vd.; Karş Maunz (Durig/ Herzog, GG, Art 14, Rdnr, 109 ve Hamann /Lenz, GG, Art 14 Anm Q

⁵ Bkz. Bender, Staatshaftungsrecht, Rdnr.4.

⁶ Henüz 19. yüzyılın sonunda belirlenen şehirlerdeki kamuya ait arazilerin azaltılması eğilimi için Bkz. Schmidt - Assman Grundfragen des Stadtebaurechts, s.36.

⁷ 19. yüzyılda kamulaştırma hukukunda piyasa değeri üzerinden tazminat ilkesinin etkisi için Bkz. Schmidt - Assman, İbid, s.264,265.

⁸ BVerfGE 24, 367, 400.

⁹ Eleştirel bir sıralama için Bkz. : Schumann, Steuerliche Massnahmen zur Verbessernug des Bodenmarktes, İn: Ernst/ Zinkahn/ Bielenberg, BBauG, g gg. Rdnr.Z.

¹⁰ Yürürlükteki kamulaştırma hukukunda arazi karşılığında tazminatın istisnai niteliği hakkında Bkz: Schmidt - Assman, ibid, s.99

¹¹ Bu konuda Bkz. Zens, Stadt als sozialer Raum, Struktur. 1972, 49.

yaşama kabiliyet ve kapasitesine önemli bir biçimde katkı sağlayan bu sosyal yapı, gayri menkule bir nevi el konulması yoluyla tehdit altına sokulmuştur. Bu husus bir kamulaştırma konusunun kendi somut, sosyal çevresi içinde kuşatılmasının sınırlı bir biçimde başarılı olabileceğine önemli bir örnektir. Kamulaştırma tazminatının sürekli piyasada belirlenen değeri üzerinden verilmesi gerektiği prensibi de yürürlüktedir. 14. maddenin 3. fıkrasının 3. cümlesiyle anayasa kamunun ve bireyin menfaatlerinin adil bir biçimde dengelenmesi yoluyla tazminat miktarının belirlenmesini düzenlerken rayiç fiyat altında gerçekleşecek bir tazminata da açık kapı bırakmaktadır¹². Gelecekte bu dengeleme prensibinin hayata geçirilmesi yolundaki talepler hukuk doktrinin de ve uygulanmasında artarak gündeme gelecek ve böylece mülkiyet garantisinin mal varlığını koruyucu fonksiyonu daha da büyük ağırlık kazanacaktır¹³.

Herşeyden önce Weimar Anayasasından çok farklı olarak değerlere bağlı bir düzenin parçası olan anayasa hukukundaki mülkiyet düzeni bugün artık değişmiştir¹⁴. Anayasa; yasama, yürütme ve bağlayıcı temel haklar bütünlüğünde sosyal hukuk devletini oluşturmuştur¹⁵. Bu kavramın değerlendirilmesinde söz konusu devlet anlayışı mülkiyet düzenini ve bununla birlikte kamulaştırma hukukundaki kamu yararı şartı anlayışını da etkileyen iki temel fonksiyonu ortaya koymaktadır: Hukuk devleti olarak şekillenmiş sosyal devlet; hukuk devletine özgü araçlarla bir yandan hürriyeti garanti altına almak, diğer yandan ortaya çıkabilecek mahzurları bertaraf etmek ve sosyal düzenin yapısındaki zıtlıkları dengelemek istemektedir¹⁶. Bu temel hedeflerin ışığı altında, anayasadaki mülkiyet garantisi, bireylerin sorumlulukları kendilerine ait faaliyetlerine muhatap olan, bu sorumlulukların çerçevesini çizen, bir özgürlük alanı oluşturmaktan ibaret değildir¹⁷. Anayasa, Erwin Stein'in de açıkça belirttiği gibi¹⁸, aynı zamanda mülkiyetten doğan kişisel özgürlükle karşı karşıya gelmektedir, zira bu özgürlük yüksek oranda kötüye kullanma tehlikesini de içinde bulundurmaktadır. Daha sonra, iki nevralljik

¹² Schmidt -Assmann, ibid. s.273,282.

¹³ Schulthes, Die Höhe der Enteignungsentschädigung, s.76.

¹⁴ Erwin Stein, Zur Wandlung des Eigentums begriffs, in: Festschrift für Gebhard Müller, s. 503, 517.

¹⁵ Bu anayasal ilke için Bkz. Dipnot (2)

¹⁶ Stein, ibid, s.517

¹⁷ B UerfGE 24, 400

¹⁸ ibid, s. 518

kamulaştırma tipi için olacağı üzere, kamulaştırma şartının özgürlüğü garanti edici ve koruyucu fonksiyonunun da güncelleştirilmesi, bu sebeple mülkiyetin sağladığı faydaların tek taraflı olarak ön plana çıkarılması anlamına gelmemelidir. Burada, daha ziyade mülkiyet garantisinin, mülkiyeti koruma boyutu kapsamında bireyle devlet, özgürlükle mülkiyetin sosyal mükellefiyetleri arasındaki gerilimin uygun bir biçimde dengelenmesi aranmaktadır; tabiatıyla burada tazminat hukuku bakımından “Para karşılığında alınmış olmayan” bir dengeleme söz konusudur¹⁹.

II.2.2. Federal Alman Anayasasında Kamulaştırmanın Uygunluk Şartlarına Genel Bir Bakış:

Bilindiği gibi Federal Alman Anayasasının 14. maddesi mülkiyet hakkını ve Kamulaştırma kavramını düzenlemektedir. 14. maddenin birinci fıkrası mülkiyet hakkını garanti altına alırken, ikinci fıkrası mülkiyetin sınırlandırılmasını ele almakta ve mülkiyetin kullanımının kamunun yararına aykırı olamayacağını vurgulamaktadır. Konumuzla doğrudan ilgili olan 14. maddenin 3. fıkrası ise aynen şöyledir: “Kamulaştırma sadece kamu yararı şartıyla mümkün olabilir. Kamulaştırma, ancak tazminatın türünü ve ölçüsünü düzenleyen bir kanunla veya kanun hükmüne dayanılarak gerçekleştirilebilir. Tazminat, kamunun ve kamulaştırmaya maruz kalanların menfaatleri adil bir biçimde dengelenerek belirlenir. Tazminatın miktarı konusunda çıkacak ihtilaflarda genel mahkemeler görevlidir”²⁰. Kamu yararı şartı istisna edilirse 14. maddenin 3. fıkrasında tazminatın özellikle geçerlilik şartları belirtilmekte, fakat kamulaştırma kavramına ve içeriğine yönelik hiç bir ifadeye rastlanmamakta, hatta bir açıdan kamulaştırma bilakis sınırlandırılmaktadır. Fakat yine de, kamulaştırmanın anayasal geçerlilik şartlarının 14. maddenin 3. fıkrasında sınırlandırıcı olarak belirtildiğini söylemek mümkündür. Bu sınırlandırmaların başında ise “kamu yararı şartı” gelmektedir. Bilindiği gibi kamulaştırma, kamu gücünün özel olarak temel haklara bir müdahalesidir. Bu bakımdan, kamulaştırmanın, hukuk devletinde her şeyden önce genel olarak geçerli olan

¹⁹ Battis, Erwerbsschutz durch Aufopferungsentschädigung, s.66. da haklı olarak hukuk devletinde “katlanmak ve paraya çevirme” ilkesinin anlamlı bir prensip olmadığını işaret etmektedir.

“Kanunilik ilkesi”ne uygun olması gerekmektedir. Fakat bu müdahale yasasının 14 maddenin. 3. fıkrasında belirtilen özel şartların dışında, aynı zamanda diğer objektif hak düzenleyen normlarla da ahenk içinde bulunma zorunda olması tartışılmaz bir gerçektir. Söz gelimi böyle bir düzenlemenin özellikle, aşırılık yasağı gibi temel hak sınırlamalarına riayet etmek zorunda olduğu kabul edilmelidir²¹. Ayrıca, Anayasaya ilişkin yetki düzeninde hukuk devletindeki öngörülebilirlik prensibine ve kanun yapma usulüne ilişkin anayasal kurallara uyulması gerekir. Bunlardan çıkarılan sonuca göre; vatandaşlar, yönetimin anayasa hukukuna dayanan kamulaştırma yoluyla mülkiyete müdahalesine ancak şu durumlarda katlanmak zorundadır: İlk olarak idari kamulaştırma durumunda müdahalenin gerekli kanuni temeline riayet edilmişse, ikinci olarak eğer müdahaleye ilişkin bu kanuni düzenleme veya anayasanın 14. md. nin 3. fıkrasındaki kanuni gerekler- özellikle kamu yararı şartı yeterliyse ve son olarak kamulaştırma müdahalesi anayasada düzenlenen diğer normlarla ahenk içinde bulunabiliyorsa ancak kamulaştırma müdahalesine izin verilebilir²². 14 md’nin 3. fıkrasında tazminat talep hakkına temel oluşturacak doğrudan bir düzenleme yoktur. Bilakis, kamulaştırmanın yapılması veya geçerliliği bakımından kanun yapmaya ilişkin anayasal asgari şartları düzenlemektedir. 14. md.’nin 3. fıkrası mülkiyet temel hakkına ilişkin izafiliğin ve öncelikle bu temel hakka müdahale durumunda bunu savunmanın da sınırlarını çizerek vatandaşların bu müdahaleye katlanma mükellefiyetlerini tanzim etmektedir. Bu sebepten dolayı 14. md.’nin 3. fıkrasının, anayasanın sosyalleştirmeyi düzenleyen 15. md. ile yakın bir sistematik bağlantı içinde bulunduğu söylenmektedir²³.

II.2.2.1 Kamulaştırma Kavramı Ve Kamulaştırmanın Sosyal Yönü

Bu kısımda, kamulaştırma kavramı öncelikle mülkiyetin sosyal bağlantısıyla sınırlandırılması bakımından tartışılmalıdır. Bu sebepten dolayı kapsamlı bir bakış altında daha öncede yukarıda belirtildiği gibi, kamulaştırma kavramı sosyal bağlantının sınırları ve içeriği ile ilişki içinde ortaya konulmuştur. Bunun üzerine şu unsurlar ilave olarak belirtilebilir: Kamulaştırmayı, devlete mal tedarik etme yöntemi olarak tarif eden 19. yüzyılın klasik kamulaştırma kavramı,

²⁰ Kimminich, BK. Art.14 Rdnr. 119 vd.

²¹ Bauschke/Kloepfer, NJW 1971, s.1233

²² Maunz /Durig /Herzog, GG. Art 14, Rdnr, 207

Weimar zamanında çok yönlü bir açılım kazanmış ve bu değişim, sonuçta anayasa koyucu tarafından kabul edilmişti. Kamulaştırma, klasik anlayışa göre, mülkiyet veya sınırlı ayni hakların kamu yararına çalışan bir teşebbüs lehine idari yoldan aktarılacak mülkiyet sahibinin mahrum bırakılmasıdır. Kamulaştırma kavramının belirtilen ilerlemelerinin ardından anayasal halka sahip malvarlığı kavramının genişletilmesi takip etmiştir. İlk önceleri kamulaştırma, yalnızca esas mal varlığına ve buna bağlı olarak sınırlı ayni haklara yöneltilen kamu gücü tarafından yapılmış bir müdahale kabul edilmiyordu, bilakis müdahale kavramı özel hukuka ilişkin mal varlığı değerleri ve kamu hukukuna dayanan subjektif mal varlığı değerlerini de kapsamaktaydı. Kamulaştırma müdahalesi daha sonraları idari münferit müdahale haline dönüşmüştür. Bundan böyle kamulaştırma, doğrudan doğruya kanun tarafından ortaya konan bir mülkiyete müdahale biçimi olarak geçerli olabilecekti. Sonuçta, kamulaştırma kavramının, hakları nakletmekte ve mal varlıklarını elde etme usulüne olan bağlılığından vazgeçildi²⁴. Sadece kamu yararı için yapılan işlemler için, mülkiyet hakkının tam veya bir bölümünün mahrumiyeti değil, aynı zamanda kamu gücü tarafından sınırlandırılması da, Weimar zamanında gelişen kavram anlayışına göre istimlak olayı gerçekleştirilebilirdi. Anayasal kanun koyucu tarafından bulunup kabul edilen kamulaştırma kavramının gelişimi bağlamında 14 md.'nin 3. fıkrasındaki kamulaştırma; mülkiyet haklarını idari müdahale yoluyla tamamen veya kısmen el konulması veya sınırlaması ile-bu mülkiyet sınırlamaları sırf mülkiyetin sosyal bağlantıları olarak ortaya çıkmadığı takdirde-aynı anlama gelmektedir. Sosyal bağlantının bu aşamasına, müdahalenin derinliğine göre karar verilmektedir. Mülkiyete yönelen kanuni veya idari müdahaleden sonra mülkiyet sahibine kalan kısım, sosyal bağlantının yönü bakımından bir kriter olarak ortaya çıkmaktadır²⁵. Bunun üzerine 14. md. de aynı suretle bulunan mülkiyetin varlığı ve bunu kullanma garantisini tamamen farklı biçimde ortaya çıkarır. 14. md. de korunan hakların konusuna kamu müdahalesi, yani onun tamamının veya bir kısmının kullanımından mahrum bırakılması prensip itibarıyla bir kamulaştırmayı belirtir. Mülkiyetin sınırlı bir ayni hakla yüklenmesi, bu hakkın kapsamında mülkiyetten doğan yetkilerden olarak değerlendirilir.

²³ Hamann /Lenz, GG, Art 14, Anm 9. S.212.

²⁴ Maunz /Durig /Herzog Art 14, Rdnr 448

Bunun dışında mülkiyetin kullanımının kamu gücü tarafından sınırlandırılmaları, kural olarak mülkiyetin sosyal bağlantısının tesbiti şeklinde ortaya çıkar. Çünkü 14. md.'nin 2. fıkrasına göre mülkiyetin kullanımı aynı zamanda kamunun yararına da hizmet etmek zorundadır. Bu, mülkiyetin sosyal görevine temel teşkil eden 14. maddenin 2. fıkrasının anayasal normunda, mülkiyetin kullanımının münhasıran değil, aynı zamanda, sürekli biçimde kamu yararına hizmet etme zorunda olduğu ifade edilmiştir²⁶. Kanunla veya idari müdahale sebebiyle somut olarak mülkiyetin özel amaçla kullanımı adeta imkansız hale gelmiş ve bunun yerine münhasıran mülkiyeti kamunun veya 3. kişilerin kullanması gündeme gelmişse, burada müdahalenin boyutuna göre hukuki durum, bir kamulaştırma etkisi arz eder. Sonuç itibariyle genel kamulaştırma müdahalesi ile sosyal bağlantı arasındaki sınırlar kendiliğinden ortaya çıkmaktadır: Bir yandan kamu gücü tarafından hasıl edilen mülkiyet hakkından mahrumiyet, diğer taraftan müdahalenin özünde hak mahrumiyetiyle aynı düzeyde bulunan hakların kısıtlanması. Çünkü bu kısıtlamalarla, mal sahibi; mal varlığı kullanımını ve ihtiyacını, kamunun, devletin veya 3. kişilerin yararına hizmete sunmak durumundadır. Bu şekildeki mülkiyetin amacından uzaklaşmasında ve yine bu şekildeki özel faydalanmaya ve fonksiyona uygun, yani anayasa tarafından da öngörülen mülkiyetin kullanımının hasredilmesi mülkiyeti sınırlayan bir kamu gücü müdahalesi, bir istimlak anlamına gelmektedir²⁷.

Sadece kamusal işlem bir istimlak olarak kabul edilmektedir. Öyleyse kamulaştırma sadece kamu kudretine haiz (kamu hukuku tüzel kişisi veya yetki devri yapılan özel kişisi) tarafından kamu gücünün özel bir kullanımı olarak ele alınabilir. Eğer kanun koyucu; özel hukuk kişilerine özel hukuk vasıtalarıyla yabancı mal varlıklarının haklarına tesir etmeyi, mezun kılıyorsa o takdirde 14. md. 3. fıkranın içeriğine uygun bir kamulaştırma yetkisi söz konusu olamaz. Bu husus örneğin, oy çokluğuyla karar veren anonim şirketlerin genel kurullarının çoğunluk kararıyla hissedarlar arasında özel hukuk ilişkilerinin değişiminde karşımıza çıkar. Başka bir deyişle hissedarlar arasındaki özel hak münasebetlerini değiştirmek. Buna karşılık hukuki durumdaki değişiklik bizzat kanunlar tarafından husule getiriliyorsa, o

²⁵ Bkz. İbid Rdnr. 449

²⁶ Bkz. ibid, Rdnr. 450.

²⁷ Bkz. B. VerfGE 14, s. 263. (276 ff)

takdirde mal varlığına müdahale bir kamu işlemine istinat eder (kanun yoluyla)²⁸. Kamulaştırmanın kabul edilmesi ancak o zaman mümkündür. Kamulaştırma bu durumda hiç değilse doğrudan doğruya mal varlığına el atan kanun özel hukuka göre düzenlenmesi yolunda neticesiz kalmaz. 14. md.'nin 3. fıkrasına göre kamu hukuku ve özel hukuk arasındaki fark önemsizdir. Buna uygun olarak müdahalenin kamusal işlem olarak nitelendirilmesi kanun yapma işlemini fazla içermeyen bir kamu gücü işlemidir²⁹.

II.2.2.2. Müdahalenin Şartları :

Kamulaştırma kamu gücünün bir müdahalesini şart koyuyor. Bu özellikle ilgili olarak eski içtihatlarda amaca uygunluk gerekliliği aranmaktaydı. Başka bir deyişle mülkiyete kamu gücü tarafından istenen ve hedeflenen bir müdahale olmalıydı. Yani tesadüfi olmayan bir işlem ancak kamusal işlem olarak müdahale sayılıyordu. Bu sonucun istenmesi bugün kesin olarak mevcut değil, onun yerine BGH'nin kararlarında mülkiyet üzerindeki kamusal tasarrufun doğrudan doğruya etkisi madde ölçütü geçmiştir. Kamu gücünün 14. md.'ye dayanan mal varlığı haklarını doğrudan etkileyen bütün hukuki ve fiili işlemleri bu içtihada göre kamulaştırma hukuku anlamında müdahale kavramına dahil sayılmaktadır³⁰. “Doğrudan doğruya etki” kavramının inandırıcı ve itiraza açık olan bir (tespiti) belirlenmesi bugüne kadar başarıyla neticelenmedi. Kamusal tedbirlerin doğrudan doğruya etkileri BGH tarafından şu durumlarda mevcut sayılmaktadır. Talim atışları bölgesinde, atış denemeleri orman yangınlarına sebep olmuştur, bu arada davacı tarafından satın alınan ve orada muhafaza edilen odunların bir miktarı da telef olmuştur. Bir polis panzeri lokantaya çarparak, duvarlarına zarar vermiştir. Kamu tarafından işletilen bir çöp fabrikası, sürüler halindeki martı ve kargaları ürkütmüş, böylece yakında bulunan ekilmiş arazilerde hasar meydana gelmiştir. Şu durumlar da doğrudan doğruya gayrimenkul üzerindeki mülkiyet hakkına bir müdahale sayılmıştır: Eğer ortak bir kanalizasyon bağlantısı atık suların sızmasına sebebiyet

²⁸ Bkz. Bender, Staatshaffungsrecht, Rdnrn. 100 ff.

²⁹ Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. 1. 10, 1973, s. 359

veriyor ve buna bağılı olarak evin dayanıklılığına zarar geliyorsa, dayanıklılığına zarar gelmesi caddedeki hafriyata istinat edebiliyorsa bu durumlarda doğrudan etkinin varlığı kabul edilmiştir³¹.

Buna karşılık doğrudan doğruya bir müdahale şu durumlarda kabul edilmemiştir. Bir sinyalizasyon tertibatındaki teknik arıza sonucunda trafik kazası meydana gelmiştir. BGH, bir kamusal tasarrufun, davacının mal varlığına “doğrudan doğruya etkisini” şu sebepten dolayı geri çevirmiştir: Davalı, sinyalizasyon tertibatını kurarken tehlikeli bir durum meydana getirmiştir, lakin bu tehlikeli durum daha sonra ortaya çıkan şartların etkisinde davacının dava olduğu hasarları oluşturmuştur³². Bu vaziyet ve bu hasar görüntüsü davalının, mülkiyete müdahalesiyle değil, aksine davalının durumunda sonradan gerçekten hasarlara sebep olan tehlikeli durumla şekillenmiştir. BGH, buna benzer bir durumda da aynı delilleri kullanmıştır. Ortak bir su teşkilatının borusunun patlaması sonucunda davacının arazisinde hasar meydana gelmiştir. Bu doğrudan doğruya bir hareket olarak kabul edilmemiştir.

Karar vermeden sonra da kamusal tasarruf ile mülkiyete verilen zarar arasında yargı kararlarına göre bir sebep - sonuç ilişkisi yeterli değildir. Eğer somut bir kamusal faaliyetin tipik bir tehlikeli durum teşkil ettiğine kanaat getirilirse, o takdirde “Doğrudan doğruya” tabirinin gereği kabul edilir. Belirtilen örnekler, aynı zamanda şunlara da önemle temas ediyor: Amaca uygunluk gereğinin doğrudan doğruya yerine getirilmesiyle özellikle istimlak benzeri müdahalelere içtihatlarla geliştirilen kamulaştırma sorumluluk kurumlarında bir anlam kazanmıştır. Bu müesseseler ile bizzat talep hakkı bahşetmeyen 14. md. 3. fıkra arasında sorumluluk vakaları konusundaki farklılık hukuki işlem şeklindeki md. 14. f. 3’de öngörülen kanun yoluyla veya kanuna dayanan müdahalelerin söz konusu olmaması, aksine kamu gücünün mülkiyete zarar verici fiili eylemleri (işlemleri)nin mevcudiyetidir. Bu durumlarda amaca uygunluğun gerekliliği prensibi bir mana ifade eder. Kamulaştırma müdahalesi kavramı altında yapılan kamu gücünün mal varlığına etkileri bir amaca yönelmiş müdahaleler tazminat mükellefiyeti olarak kabul

³⁰ Badura, in: Handbuch des Verfassungsrechts. S.680;

³¹ BGHZ 72. S.289 = NJW 1971, s. 32f.

³² BGHZ 55, s. 229 = NJW 1971, s. 607

edilmesinin yanında kasıtsız olan ama yine de benzetilebilen müdahale türleri nasıl olurda tazminatsız kaldıklarına akıl el vermiyor? Diğer yönden kamu gücünün gerçekleştirdiği kamulaştırma anlamında olan fiili işlem tarzında, doğrudan doğruya mal varlığına müdahale ile doğrudan gerçekleşmeyen malvarlığına karşılaşılmaktadır³³.

II. 2.2.3. Kamulaştırmanın Kamu Yararı Şartı

Alman Anayasasının 14. md. sinin 3. fıkrasına 1. Cümlesi kamulaştırmanın maddi - hukuki geçerliliğine ilişkin şartı belirler. Buna göre, kamulaştırma sadece ve sadece kamu yararı için geçerlidir. 14. madde 3. fıkranın 1. cümlesi doğrudan doğruya geçerli olan bir hükümdür. Yani, kamu gücünün her kamulaştırma müdahalesi, kamulaştırmayla ilgili anayasada öngörülen yasallık şartlarına mutabık olmalıdır.

Kanun koyucu, bahsi geçen anayasanın bu kamu yararı formülünü kendi kamulaştırma yasası içine koyması³⁴ sadece açıklayıcı bir anlam taşımaktadır. Yani, eğer, sözü geçen kamu yararı şartını, hukuku uygulayan organlar ve idare dikkate almazlarsa, o takdirde bu organlar ayrıca doğrudan uygulanabilir nitelikteki bir anayasal kuralı da ihlâl etmiş olacaklardır. Kanun koyucu, kamulaştırmanın maddi geçerlilik şartlarını ağırlaştırabilir, bununla birlikte 14. md' nin 3. fıkrasının gerisinde kalmamalıdır³⁵.

Kamu yararı şartı, belirsiz ama yargılama da uygulanabilir bir hukuki kavramı gösterir³⁶. Kamulaştırmayı gerçekleştiren idareye ne hüküm verebilme serbestliği, ne de takdir yetkisi verilmemiştir. Böyle bir ihtilaf durumunda mahkemeler, idarenin ileri sürdüğü ve verdiği kamu yararı kararının kamulaştırmayı haklı gösterip göstermediği konusunu araştırmak durumundadır. 14. md. 3. fıkrası 1. cümleye uygunluk gösteren bir kamulaştırma yasası içinde alınan çeşitli önlemler, genel olarak kamu yararına hizmet veren önlemler olarak belirtiliyorsa, o zaman yine

³³ Bkz: Bender, Staatshaftungsrecht, Rdnrn. 100 ff.

³⁴ Bkz: B BauG, Md. 87. fıkra 1.

³⁵ Bkz: Sondervotum Böhmer zum Urteil des BVerfG vom 10.3.1981, BVerfGE 56, s.249, 266 ff.

³⁶ Bkz: Hamann / Lenz, Grundgesetz, 3. Baskı. 1970. Art 14. Anm. 9.

de münferit durumlarda bir kamulaştırmanın kamu yararı şartının bir nevi amaçlar için yeterli olup olmadığını, somut istimlak işlemleri bakımından da incelemelidir³⁷.

II. 2.3.1. Kamu Yararı Şartı İle İlgili Genel Kısıtlar

Bir kamulaştırma işlemi, sadece imar planında gösterilen şekilde, belirtilen amaçlar yararına yapıldığı için, kamu yararına yapılmış sayılmaz³⁸. İmar planı hazırlamaya yetkili merciler tarafından siyasi ve ekonomik açıdan gerekli ya da yararlı addedilen, her planlanmış işlem 14. maddenin kamu yararı şartı için yeterli değildir. Aksi halde 14. maddenin maddi geçerlilik şartları boşuna olur ve mülkiyet garantisi, önceden mal varlığını teminat altına alma fonksiyonunu kaybederdi. Ayrıca bu durumda kamulaştırmalar, sonuç olarak, özel şahıs yararına ilişkin amaçlar için hiç bir maddi sınırlama getirmemiş olurlardı.

Diğer taraftan kamu yararı şartı ve onun hukukiliği, kamu gücünün planlama hukukuna ilişkin takdir yetkisi ile uygunluk göstermelidir³⁹. Kamulaştırma müdahalesi ve bu müdahale işlemi üzerinde önceden gerçekleşen planlama aşamaları, yasal planlama amaçlarına ve planlı-siyasi kararlarla ilgili menfaatlerin dengelenmesi ilkesine uygun olmalıdır⁴⁰. Adı geçen ve mer'i hukuka dayanan bu planlama işlemleri, geçerli hukuk çerçevesi içinde kaldığı takdirde, kamulaştırma hukukuna dayalı kamu yararı talebi, önemli oranda somut idari işlemlerle ortaya konabilir. İmar planlarının hazırlanmasında, belediyelerin planlama takdir yetkisi, özellikle aşağı yukarı eşit durumdaki kamu ve özel menfaatlerden hangisine spesifik kamu menfaatlerinin (Belenge) lehine alınan kararlar, kamulaştırmanın geçerliliğinin denetlenmesinde esas alınmalıdır. Bu kararlar, kamulaştırma hukukuna ilişkin kamu yararı gerekleri açısından, belediyenin planlama kararı çerçevesi içerisinde açıkça arka plana atılan bir menfaatin lehine tecelli etmemelidir.

14. md. 3. fıkra. 1. cümlesine göre bir kamulaştırma **sadece ve sadece** kamu yararı için meşrudur. Bu kamu yararı şartından bir dizi sınırlamalar ortaya çıkar: Eğer bireyin gayrimenkulü belirli bir kamu görevinin yerine getirilmesi için

³⁷ Kimminich, in : BK, Art 14. Rdnr. 268

³⁸ Sondervotum Böhmer, in: BVerfGE 56. S. 277. Breuer, DVBI 1981, s.971

³⁹ Karş: Breuer, DVBI, 1981. S. 974

⁴⁰ Bkz: Grunlegend BVerwGE 34, s. 301 (309)

gerekli ise ancak o takdirde onun kamulaştırması ve buna bağlı olarak özel fedakârlığı, hukuken hakkı görülür⁴¹.

Devlet hazinesine ilişkin menfaatler ve idari makamların “zenginleşme amaçları ve bu kamu yararı şartının gerçekleşmiş olması için yeterli değildir. Kamulaştırma, devlet ve diğer kamu sektörünün malların artırılması için bir araç değildir⁴². Şayet kamulaştırma müdahalesi, yalnızca devletin servetinin artmasını sağlarsa, ve hatta bu durumda kamu finansmanının artması neticesinde devletin görevlerini daha iyi yerine getirmesinin teşviki sağlansa bile, bu halde kamu yararı hususunun, tamamen maddi bir amaca yönelik olup ve onun kesinlikle 14. md. 3. fk. 1. cümlede ifade edilen kamu yararı kavramına aykırı olduğu konusunda şüphe yoktur. Çünkü her kamu görevinin yerine getirilmesi prensip olarak kamu giderleri üzerinden yükümlülüklerin eşit olarak paylaştırılmasının sağlanması şartıyla finanse edilmeli, fakat, kesinlikle kamulaştırma hukukuna ilişkin özel fedakarlık göstermesi gereken kişilerin yardımıyla finanse edilmesi düşünülmemelidir.

II. 2.2.3.2. Özel Şahıslar Lehine Kamulaştırmalarda Kamu Yararı

Sadece şahsi menfaatlerin kazanılmasına yönelik kamulaştırmalar meşru addedilmemektedir⁴³. Zira kamulaştırma özel şahıslar ve onların menfaatleri arasındaki ihtilafları düzeltmek için bir araç değildir. Özel menfaatler, özel menfaatler olarak kalırlar ve kamu yararı menfaatlerine dönüşmezler, öyle ki bu menfaatler, muhalif maliklerin menfaatlerine nispetle somut olarak önemli ve korunmaya değer bulunsa dahi durum böyle değerlendirilmelidir⁴⁴. Kamulaştırma özel otonomi ve özel hukuk ilişkilerinin araçlarıyla şahsi menfaatlerine ilişkin çözülemeyen bir ihtilafı çözmek için 14. md. 3. fıkrası 1. cümlesi gereğince devlet gücü alet edilmemelidir⁴⁵. Kamulaştırma, birinin elinden alınan hukuki durumun, bir diğerine nakli için ve temel hak olarak garanti edilen bir hukuki durumu eski malikinin aleyhine, bir kişiye geçirmek için kullanılamaz. O halde kamulaştırma,

⁴¹ BVerfGE 38. S. 175 (180); Mangoldt / Klein, GG. Art. 14. Anm VII 6

⁴² BVerfGE 38. S. 180; Kimminich, in: BK, Art. 14 Rdnr. 275

⁴³ Frenzel, Das Öffentliche Interesse als Voraussetzung der Entergnung, 1978, s. 138.

⁴⁴ Bkz. Bullinger DerStaat I (1962) s. 450

⁴⁵ Karş: Sondervotum Böhmer, in: BVerfGE 56, s. 290

özel şahıslar arasında mülkiyetin nöbetleşe el değiştirmesini sağlamak için kullanılması gereken bir araç değildir⁴⁶.

14. md. 3. fıkrasına göre kamu yararı gerekleri nedeniyle kamulaştırmanın, özel şahısların yararına her halükârda mümkün olup olmayacağı hususu tartışmalıdır⁴⁷. Hakim görüş, kamulaştırmanın yapılabileceğini ve ayrıca özel ekonomik kazanç amacına aykırı olarak özel şahısların eylem ve işlemlerinin aynı zamanda 14. md. nin 3. fıkrası anlamında kamu yararına hizmet edebileceğini mümkün görmektedir. Hakim Böhmer'in Federal Alman Anayasa Mahkemesinin 10 Mart 1981 tarihli kararına ilişkin olarak hazırladığı raporunda⁴⁸ 14. md. 3. fıkra 1. cümleinin geçerlilik şartlarını daha geniş sınırlandırıcı anlamda yorumlamasıyla tartışma yeni bir canlılık kazanmıştır⁴⁹. Buna göre eğer yapılan planlar, çok acil gerekli bir devlet görevini yerine getiriyorsa, ancak o zaman kamulaştırma meşrudur. Böhmer'e göre Anayasa, kamulaştırmanın, kamu yararının gerektirdiği bir işlemin gerçekleşmesi amacını zorunlu kılmasını ve böylece de bir devlet görevinin yerine getirilmesini talep eder⁵⁰. Kamu yararı şartının bu sınırlaması muhtemel kamulaştırma yetkisini kullanacak çevre ve özel şahısların yararına olan kamulaştırmanın meşrutiyeti üzerinde etkiler gösterir. Tabiatıyla bu durum prensip olarak mümkün olamazdı. Ancak, bu, işlemi yapan kişilerin özel hukuka ilişkin kuruluşlarının arkasında idari makamların bir destekçi konumunda bulundukları özel durumlarda görülebilir. Yani, Kamu idaresi, özel hukukun organizasyon biçimi yardımıyla işletilir veya özel bir şahıs devlet görevleri ile yetkili devri yoluyla yetkili kılınabilir⁵¹.

Böhmer tarafından ortaya atılan kamu yararı şartının sınırlamaları, ne anayasa metninde dayanarak noktası bulmakta, ne de bu sınırlamalar anayasa koyucu tarafından kamulaştırma kurumu hakkında öngördüğü ve kabul ettiği gelişmelere uygun düşmektedir⁵². O halde belirli, kamu yararına olan bir teşebbüsün lehine

⁴⁶ Bkz: Mangoldt / Klein, Art 14 Anm. VII 6.

⁴⁷ Karş: Frenzel, Des öffentliche Interesse als Voraussetzung der Enteignung, s.72; Bullinger, Der Staatl s.451 ; Brewer, DVBI. 1981. S.974.

⁴⁸ BVefGE 56, s.249

⁴⁹ B VerfGe 56, s.266

⁵⁰ B VerfGe 56, s.278, 279

⁵¹ Karş: Sondervotum Böhmer; in B VerfGE 56. S.287.

⁵² Kritik için Bkz: Breuer, DVBI 1981, s. 974.: Fromm, Bad Durkheimer Gondelbahn, in: Blumel (Hrsg). Aktuelle Probleme des Enteignungsrechts, Speyerer Forschungs berichte 23, 1982. s. 106

arazilerin kamulaştırması olan “Klasik kamulaştırma” ta başlangıçtan beri ve doğrudan doğruya özel şahısların lehine de kabul edilmiş ve meşru olarak mütalaa edilmiştir⁵³. Kamulaştırma kurumu, demiryolları inşaatı ve onun için gerekli olan arazi ihtiyacı bağlamında, kendini önemli bir biçimde göstermiştir. Bu demiryolları önce özel şirketler tarafından inşa edilmiş ve işletilmiştir. Bu şirketler önceleri lehine kamulaştırma yapmak için tercih edilen en önemli şirketlerdi. Ayrıca, daha sonra kanunlarda ve devlet uygulamalarındaki gelişmelerle,-şayet bu kamulaştırmalar, aslında özel ekonomiye dayalı olarak yapılanın ve kâra yönelik olarak çalışan müesseseler tarafından üstlenilse bile- kamulaştırma hukuku anlamında kamu yararına uygun bir işlem olarak kabul edilmiştir.

Bu konuda kamuya yararlılık ve kâr amacının olup olmaması dikkate alınmaz, hatta bu durum kamu iktisadi teşebbüsleri için de geçerlidir. Aksi halde, bunların ancak daha zararına çalışmaları halinde, kamu yararına uygun faaliyet gösterdiklerine hükmetmek gerekecektir⁵⁴. Kamu varlığının muhafazası ve buna bağlı olarak maddi anlamda devlet görevleri, devlet tarafından veya diğer kamu kurumları tarafından (kamu hukuku ya da özel hukuka dayalı organizasyon biçimleri içinde) değil, aynı zamanda ayrıca da özel ekonomiye dayalı teşebbüsler tarafından yerine getirilir. Bu özellikle özel hukuka dayalı trafik ve amme hizmeti veren müesseseler (Örneğin, enerjinin temin edilmesine ilişkin müesseseler) açısından geçerlidir. Ayrıca bu tür özel hukuka dayalı olarak organize edilmiş ve özel ekonomiye dayalı olarak hareket eden müesseseler, kendi varlığının muhafazasına ilişkin müessese amaçları çerçevesi içinde kamu yararı hedeflerini, 14. md. 3.fıkra anlamında yerine getirirler ve buna göre kamulaştırmalar için tercih edilebilirler⁵⁵

Kamu görevlerinin devri, bu tür özel ekonomiye dayalı işletmelerin devlet tarafından yönlendirilmesi ve denetlenmesi yetkisine uygun düşer. Bu tür devlet müdahaleleri, bir yandan teşebbüslerin hedeflerinin kamu yararına yönlendirilmesi için nispeten güvenli bir dayanak, ayrıca diğer yandan da kamu yararına ilişkin kamulaştırma hedeflerinin ve planlarının uygulanmasının sürekli olarak güven altına alınması açısından bir araçtır. Herhangi somut bir yetki

⁵³ Bkz. Bullinger, Der Staat I (1962). s. 460.

⁵⁴ Bkz: Stern / Burmeister, Die Kommunalen Sparkassen, 1972 s.81.

⁵⁵ Frenzel, Das Öffentliche Interesse, s.136.

olmaksızın, özel ekonomiye dayalı müesseselerin, mal varlığının korunması ve kamu görevlerinin yerine getirilmesi için 14. md. 3. fıkra da ön görülen kamu yararı şartına ilke olarak uygun düşmediğini ifade etmek gerekir. Gittikçe büyüyen müesseselerle birlikte artan, özel müesseselerin genel ekonomik ve genel toplumsal önemi, zaten hiç bir kamulaştırmayı, adı geçen ekonomik birimlerin (işletmelerin) lehine haklılık kazandırmaz. Çünkü kamulaştırma, ilke olarak özel şahısların aleyhine, bir kısım ekonomik sükülerin destek ve teşvikine yarayan bir araç değildir. Özel şahısları teşvik ederek, şüphesiz 14.md.3.fıkra 1.cümle bağlamında spesifik bir kamu yararının gerçekleştirilmesi mümkündür. Kamulaştırma, bu durumda, ekonomik bir dalın veya ekonomik bir alanın yapısını muhafaza veya ıslah etmeye ve aynı şekilde bölgesel ve sektörel işsizliğe karşı mücadele etmeye hizmet edebilir. Bu sebeple özel şahısların lehine, kamulaştırma müdahalesinin kamu yararı için gerçekleştirilmesi mümkündür, çünkü bu müdahale toprak düzeni çevresinde sosyo-politik amaçlara hizmet eder. Mülkiyetin dağılımı amaçlarına yönelik olarak kamulaştırma müdahaleleri veya belediyenin bir bütçe politikası, açıkça bir toprak veya şehir düzeninin ilgi alanı sınırları içinde 14 md. 3 fıkra 1.cümle üzerinden yetkilendirilmiş olabilir.

14. md 3.fıkranın 1.cümlesinin öngördüğü kamu yararı şartı, henüz lehine kamulaştırmanın yapılması gereken ve içinde kamu yararı bulunan planın varlığıyla ortaya çıkmamıştır. Her kamu yararı, 14. md. 3.fıkra, 1.cümlede bahsedilen kamu yararıyla içiçe değildir; öyleki, idare tarafından izlenen her amaç için kamulaştırma yapılamaz. Kamu yararının gerektirdiği bir işlemin gerçekleştirilmesi amacına yönelik bir kamulaştırmanın *zorunlu* olup olmadığı hususunda karar verebilmek için daha çok sözü edilen kamu yararının bilançosu ve ne getirip ne götürdüğünü ortaya koyan ve menfaatlerin dengelenmesi anlamında kapsayıcı bir bakışa ihtiyaç vardır. O halde özel bir ağırlığı olan zorunlu bir kamu yararı ancak kamulaştırmayı gerekli kılabilir. Özel şahısların lehine kamulaştırmada da münferit işlemin kamu yararı şartı, *sürekli biçimde kamuya hizmet hususunun teminat altına alınmasını* talep eder. Kamu yararının gözetilmesi kamulaştırma fiilinin yapıldığı tarihten sonra da sağlanmalıdır⁵⁶.

⁵⁶ Bkz. Kimminich, in: Bk, Art 14. Rdnr. 272; Mongoldt / Klein, Art 14 Anm. VII 6; Schulte, Eigentum und öffentliches Interesse, 1970, s.85

Özel şahısların lehine kamulaştırma ile her bir özel şahıs kamu görevlerinin yerine getirildiği fonksiyonların alanına dahil edilir. Bu dahil edilme işlemi; yasa, idari işlem veya sözleşme yoluyla sürekli veya her halükarda önceden belirlenen zaman dilimi için yeterli ölçüde teminat altına alınmalıdır⁵⁷.

Özel şahısların lehine kamulaştırmalarda bu tür güvenceler olmadan 14. md. 3. fıkra. 1. cümlesi tarafından ön görülen kamu yararı şartı sağlanmış olmaz. Sürekli kamu yararı amacının korunması bakımından bu tür hukuki önleyici tedbirler olmasaydı, 14. md. 3. fıkra. 1. cümlesi gerçekten sınırsız, kişiden kişiye değişen, haklar sağlama elverişli kapsamlı bir yetki vermiş olurdu⁵⁸.

2.2.3.3. Kamu Yararında Oranlılık İlkesi

Alman anayasasının 14. md. 3. fıkra. 1.cümlesindeki kamu yararı ölçütü, hukuk devletine özgü genel bir ilke olan “aşırılık yasağı” ile tamamlanmıştır⁵⁹. Bu husus, kamulaştırma müdahalesi ile ilgili olarak şunları gerektirir: Somut kamulaştırma müdahalesi kamu görevinin yerine getirilmesine uygun olmalıdır, ayrıca kamulaştırma bu amaç için vazgeçilmez derecede zorunlu olmalıdır (Gereklilik İlkesi). Yani, kamulaştırma, amaçlanan hedefe ulaşılmasında enson araç olarak ele alınmalıdır⁶⁰. Başka bir deyişle şayet gerekli mülkiyet başka bir takım hukuki işlemler ile kazanılmaya elverişli ise veya amaçlanan işlem kamunun elinde bulunan gayri menkullerle zaten aynı seviyede gerçekleştirilebilecek ise, kamulaştırma geçerli sayılamaz⁶¹. Mülkün serbest piyasadan temini, şayet bu yol, kamu için ancak uygun olmayan koşullarla gündeme gelebilecekse, bu takdirde kamulaştırmadan vazgeçmek mümkün değildir.

Gereklilik ilkesi veya “asgari mümkün müdahale” kamulaştırma müdahalesinin, kapsamı bakımından da geçerlidir. Kamulaştırma müdahalesi kamu menfaatinin gerçekleştirilmesi için gerekli olandan daha fazla yoğunlukta olmamalıdır. Mülkiyet hakkının tam olarak elden alınması, sadece süreklilik arzeden bir işletme için geçerlidir⁶². Ayrıca planlanan amaca aynî mülkiyet yükümlülükleri

⁵⁷ Bullinger, Der Staat I (1962), s. 470

⁵⁸ Maunz/Durig/Herzog, GG, Art 14, Rdnr, 265

⁵⁹ Badura, in: Handbuch des Verfassungsrechts, s. 677

⁶⁰ Bkz: B VerfGE 19, s.171

⁶¹ Karş: Kimminich, in: BK, Art 14 Rdnr 277

⁶² B VerfGE 24, s. 367 (407).

veya emredici sınırlamalar yoluyla aynı elverişlilikte ulaşılmaması durumunda kamulaştırmaya müsaade edilir. Diğer taraftan, amaca ulaşmak için mülkiyet hakkına, emredici sınırlamalar getirilerek ulaşılması mümkün ise, aynı mükellefiyetlerin gayrimenkule tesiside kamu yararına aykırı görülmüştür. Planın gerçekleştirilebilmesi için arazinin sadece bir kısmı yeterli ise, bu durumda gereklilik ilkesi sadece kısmî bir kamulaştırmaya imkân tanır (Kars: BBauG Md:92, fk.1, c.1). Ancak bu durumda oranlılık ilkesi gereği gayrimenkulün mâlikine, şayet elinde kalan kısım inşaatı uygun değilse veya ekonomik yönden elverişli olarak kullanılamaz duruma geliyorsa, kamulaştırmanın diğer (arta kalan) kısma da teşmilini talep hakkı tanınması gerekir. Ayrıca kamulaştırma müdahalesi, dar anlamda da oranlı (ölçülü) olmalıdır. Müdahale, amacın ve aracın oransızlığı yasağına da aykırılık teşkil etmemelidir. Buna göre kamulaştırma, somut kapsamı bakımından, eğer müdahale ile ortaya çıkacak zarar; ağırlığı ve hacmi bakımından kamu yararı için müdahalenin faydasına göre aşırı ölçüde ortaya çıkacaksa kamulaştırma uygun değildir⁶³.

II.2.2.3.4. Kamulaştırmanın İadesi ve Kamu Yararı İlişkisi

Kamulaştırma müdahalesi sırasında kamu yararı ilgisi mevcut olmasına rağmen, sonradan bu yarar ortadan kalkarsa, eski malikin doğrudan anayasanın 14. md. 3. fıkra. 1.cümlesinden çıkarılabilecek bir hak olarak mülkiyetin iadesini talep hakkı vardır⁶⁴. Anayasanın 14. Md. 3. fk. 1.c. deki şartlar, mülkiyetin, kamu gücü etkisiyle el değiştirmesinin zorunlu sebebini ortaya koymaktadırlar. Bu sebeb, kamulaştırma işleminden sonra ortadan kalkarsa, anayasanın öngördüğü durum (asıl hak) (M14., f. 1, c.1), mülkiyet değişiminin geriye döndürülmesi ile yeniden tesis edilmelidir. Sebebin ortadan kalkması, planlanan işlemin gerçekleşmemesi veya kamulaştırılan malın bu işlem için gerekli olmaması ya da artık ona ihtiyaç kalmaması durumlarında söz konusu olabilir. Geri kazanma hakkı, kanunlarda açıkça öngörülmemiştir. B.BauG (imar kanunu) md.102’de bu hususu “Geri kamulaştırma” (Rückenteignung) kavramı altında düzenlemiştir. Bu niteleme yanıltıcıdır. Zira burada kamulaştırma değil, kamulaştırma sonucunun iadesine ilişkin emredici bir talep hakkının düzenlenmesi söz konusudur. Kamulaştırma söz konusu olmadığı için,

⁶³ Maunz/Durig/Herzog, GG, Art 14, Rdnr, 230

⁶⁴ Kimminich, in: BK, Art 14 Rdnr 281

burada kanuni düzenlemelerin zorlayıcı kuralı da söz konusu olamaz⁶⁵. İlgili kanunlarda buna ilişkin hükümler bulunmadığı takdirde geriye iktisap hakkı, belirtilen koşullar altında doğrudan Anayasanın 14. md. 1. fk. c. 1. den çıkmaktadır. Anayasanın 14. md. 1. fk. c. 1, müdahale amacının ortadan kalkması durumunda, “Kamulaştırmadan yararlanana” kişi ya da kuruma karşı, kamulaştırma ile ortaya çıkan sonuçların bertaraf edilmesini talep hakkı bahsetmektedir. Sonuçların bertaraf edilmesi, artık bu işlemdeki kamu yararının ortadan kalktığını göstererek, dolayısıyla kamulaştırılan malın iadesi, tesis edilen aynı mükelfiyetlerin veya diğer mülkiyet yüklerinin kaldırılması yolu ile gerçekleşir⁶⁶.

II. 2.3. Çeşitli Alman Kanunlarında Kamulaştırma ve Kamu Yararına Genel Bakış :

Alman Kamulaştırma Hukukunda, Türk Kamulaştırma Hukukunda olduğu gibi bağımsız bir kamulaştırma kanununun mevcudiyeti söz konusu değildir. Ancak çeşitli isimler altında çıkarılmış olan yasaların içerisinde Kamulaştırma ve kamu yararından bahseden çeşitli hükümlere rastlamak mümkündür. Bunların içerisinde hemen hemen en önemlisi 8 Aralık 1986 tarihinde 2253 sayı ile neşredilmiş İmza Kanunudur. Bu kanunun beşinci bölümü tamamen kamulaştırmaya ayrılmış, 85’den 122’ye kadar 38 madde ile kamulaştırma konusu enine boyuna incelenmiştir. Bu kanunun kamulaştırma bölümü 3 ana kısımdan meydana gelmiştir. Birinci kısım, “Kamulaştırmanın Geçerliliği” başlığını taşımakta, 85-92 maddeleri arasında bu hususu incelemektedir. İkinci ana kısım “Tazminat” başlığı ile şekillenmekte, 93 ile 103 maddeleri de bu temel konuyu irdelemektedir. 3. ana kısım “Kamulaştırma Yöntemi” başlığı ile ele alınmakta, 104 ile 122 arasında bu konuda takip edilecek usul ve kurallar anlatılmaktadır. Bu kanunun bizi ilgilendiren. En önemli kısmı 1. kısım olan “Kamulaştırmanın Geçerliliği” başlığını taşıyan kısımdır. Bu kısmın ilk maddesinde ki 85. madde olmaktadır. “Kamulaştırmanın Amacı” başlığı altında, 1. fıkra kamulaştırmanın sadece altı durumda yapılabileceğini ifade ile bunları tek tek saymaktadır; bunlar: a) İmar tesbit ve tayinine uygun olarak bir toprak parçasını kullanmak veya böyle bir kullanımı hazırlamak için, b) Bir imar planının alanı içinde olmayan, fakat imar edilmiş alanların bitişiğinde bulunan imar

⁶⁵ BVefGE 38, s. 183

⁶⁶ Kimminich, in: BK, Art 14 Rdnr 282

edilmemiş veya az bir kısmı imar edilmiş toprak parçalarını, bilhassa imar boşluklarını doldurmak için, imar kanunu mevzuatına uygun olarak kullanmak veya imarî bir kullanıma sevk etmek için. d) Kamulaştırma sayesinde alınan hakları yeni haklarla telafi etmek için e) Bir mülk sahibi 176. md. nin 1 veya 2. fıkrasına göre taahhüdünü yerine getirmezse, toprak parçalarını imarî bir kullanıma sevk etmek için f) Bir taahhüt talimatnamesinin geçerlilik alanında 172. maddenin 3 ve 5. fıkralarında belirtilen sebeplerden dolayı imar edilebilir bir tesisi elde etmek için. 86. madde “Kamulaştırma Objesi” başlığı altında, kamulaştırma sayesinde nelere müdahale yapılabileceğini anlatmaktadır. Bizi en çok ilgilendiren ise 87. madde olup “Kamulaştırmanın Geçerliliği İçin Şartlar” başlığını taşımaktadır. Bu maddenin 1. fıkrası aynen şunu ifade etmektedir: “Kamulaştırma; somut her bir vakada sadece kamu yararı onu gerektiriyorsa ve başka yollarla kamulaştırma amacına ulaşamıyorsa ancak geçerli olur.” Görüldüğü üzere, kanun koyucu anayasaya da uygun olarak kamulaştırmanın geçerliliği için ön şart olarak kamu yararını ileri sürmektedir. Bir noktada bu şart, olmazsa olmaz şartı olup, konumuzla da yakından alakadardır. Bu kanununda açık hükmünden anlaşılabileceği gibi, kamulaştırma, kamu yararına hizmet etmek zorundadır. Bu kanunun ilgili maddesini şerheden hukukçular genelde, kamu yararı kavramının, uygulamada hakimlerin takdir ve denetimine bırakılmış, belirsiz bir kavram olduğu görüşünü savunmaktadırlar⁶⁷. Bu kavramın içinin doldurulması onlara göre daha çok somut vakalara bağlanmıştır. Yürürlükteki kamulaştırma hukukuna göre, somut bir idarî eylem veya idarî işlemin, hayata geçirilmesinde kamunun esaslı bir ihtiyacı bulunup, kamu yararı bunların gerçekleştirilmesini gerektiriyorsa bu takdirde gerçekten kamu yararının varlığı kabul edilmektedir. Kanun metnindeki “Kamu” kavramı içinde, alan itibarıyla “yerellik”ten öte bir “genellik”in anlaşılması gerekmektedir. Ayrıca kamulaştırma ancak, kamulaştırma amacına başka yollardan ulaşılması mümkün olmadığında (örneğin, arazilerin veya arazi parçalarının trampa edilmesi v.b. gibi) geçerli olabilir. Böylelikle 87. md. nin 1. fıkrası anayasanın md. 14. f.3’le ve genel kamulaştırma prensipleriyle uyum içinde söz konusu kamulaştırma şartlarının mevcut olup olmadığının her bir somut olayda gözden geçirilmesi zorunluluğunu düzenlemiştir.

⁶⁷ Schiwy / Harmony / Oestreicher; Baugesetz buch Kommenter, Steinberg, 1994. Md. 87, No:2

Ayrıca kamu yararı, tasarruf ve plana uygunluk gözönünde tutulmaksızın, sadece parasal amaçlarla kamulaştırma yapmaya müsaade etmemektedir.

87. md. nin 2. fıkrası; “kamulaştırma, talep sahibinin ciddi bir biçimde kamulaştırılacak g. menkulü serbestçe parayla elde etmek için 100. md. 1. ve 2. fıkralarının düzenlediği şartlar müvacehesinde diğer eyaletlerden de almak için çalıştığını ve bu çabalarının boşa çıktığını ortaya koyması ile mümkündür” ifadesiyle kamu yararının başka türlü karşılanmasının mümkün olabileceği hallerin muhakkak denenmesi şartını da birlikte getirmiştir. Böylece kamulaştırmanın suistimal ve istismarını da bir bakıma önleme yönüne girmiştir. Aynı maddenin 3. fıkrası : “imarî kullanım için hazırlama (md. 85, f. 1. c.1) veya imarî kullanıma sevk etme (md. 85, f. 1. c.2) amacıyla bir g. Menkulün kamulaştırılması sadece belediyenin veya kamusal bir ihtiyaç veya kullanım müessesesinin yararına olabilir. Ayrıca 85. md. 1.fk nın 5. Cümlesinde belirtilen durumlarda bir g. Menkulün kamulaştırılması mümkündür.” Biçimindedir. Buna göre özel şahıslar yararına kamulaştırmanın sınırlandığını fakat tamamen yasaklanmadığını görmekteyiz. Özel şahıslar lehine kamulaştırmaların istihdam oluşturması veya istihdamın korunması amacına hizmet edip etmediği hususunda yargısal içtihatlar henüz bir birliktelik oluşmamıştır⁶⁸. Ancak her halukarda md. 87. fk. 3. c. 2 ve 3. özel şahısların lehine kamulaştırmada yasal bir imkanı ortaya koymaktadır. Ayrıca kanunda, imar planıyla kamulaştırılması kararlaştırılmış olan gayrimenkuller için kamu yararının mevcudiyeti ifade edilmektedir. Muhakkak kamuya ve özele ait menfaatleri birbirine karşı ve kendi aralarında tartarak tespitlerde bulunmuş bir planı, kamu yararı ihtiyacını karşılama hususunda yeterlidir⁶⁹. Ayrıca mümkün olan asgarî müdahale prensibi de kamulaştırmanın geçerliliğinin unsurlarından birisidir. Bir imar planında kamulaştırma anlamında bir gerçekleşme yer almışsa böyle durumlarda, mahkeme kamulaştırma etkisine haiz bu tesbitin planlama aşamasında kamu yararına uygun yapılıp yapılmadığını araştırmaktadır. 87. md. 3. fk. de “imarî kullanım için hazırlama” ve “imarî kullanım için sevk etme” ifadeleriyle 85. md. nin 1. fıkrasına atıflar yapılmaktadır. Burada keşfedilen, kamulaştırma amacına uygun olarak ifade edilen, şehrin imarî kavramı bir üst kavram olup şehir planı yanında şehir dışı (arazi)

⁶⁸ B VerwG, 71/ 108

⁶⁹ Schiwby / Harmony / Oestreicher; ibid, Md. 87.

planlamasını da kapsadığıdır. Yukarıda da zikrettiğimiz 85. madde de sayılan bu 6 adet kamulaştırma amacı tadadî bir tesbittir. Belirsiz bir kavram olan kamu yararı kavramının somutlaştırılmasına hizmet eder. Yani bu sayılan hallerde, kanun gereği kamu yararının varlığı kendiliğinden kabul edilir. Hukukî bağlayıcılığı olan bir plânın varlığından hareket edilir. Bu plânın varlığı (imar plânı) hem maddî, hem şekli anlamda geçerlilik şartıdır. Şekli anlam, bir imar planının varlığı durumunda kamulaştırmanın gerçekleştirilebileceği hususudur. Böylelikle imar planı, bu imar kamulaştırma süreci içindeki plan tesbiti aşamasını gereksiz kılar.

Bundan başka çeşitli kanunlarda kamulaştırma hükümleri mevcut olduğu gibi, eyaletlerin de zaman zaman münferit olaylar için kamulaştırma yasaları çıkardıkları görülmektedir. Tesbit edebildiğimiz ve örneklerini ileriki kısımlarda da takdim edeceğimiz içerisinde kamulaştırma hükümleri bulunan kanunların başlıcaları şunlardır: Landbeschaffungsgesetz (Arazi Temin Etme Kanunu, 2. Bölüm) Md. 10-30 Arası ;Energiewirtschaftsgesetz (Enerji Ekonomisi Kanunu 11. Maddesi); Personenbeforderungsgesetz (Personel Taşıma Kanunun 30. Maddesi); Bundesfernstrassengesetz (Federal Otoyol Kanununun 19. Maddesi) Bundeswasserstrassengesetz (Federal su yolları kanununun 44. maddesi); Flurbereinigungsgesetz (Şehir dışı Arazileri Tasfiye Kanununun 87. Maddesi); Eisenbahngesetz (Demiryolu Kanununun 4 ve 14. maddeleri arası); Luftverkehrsgesetz (Hava Ulaşımı Kanununun 28. Maddesi); Kohlegesetz (Kömür Kanununun 33. Maddesi). Bu kanunlardaki kamulaştırma ve kamu yararı ile ilgili hükümler ileriki kısımlarda ayrıntılarıyla anlatılıp tartışılacağı için burada kısa kesilmiştir.

II.2.4. KİŞİ YARARINA KAMULAŞTIRMA

“Kişi yararına” kamulaştırma²⁸ kavramı hukukî boyutları uzun bir geleneğe²⁹ dayanmasına rağmen bugüne kadar etraflıca araştırılmayan kamulaştırma hukukuyla ilgili bir olayı ifade etmektedir. Bugünkü idare ve kanun çıkarma uygulaması incelenirse, 25 yıldan fazla bir süre önce formülize edilen bu Bullinger’in sosyal devlet görüntüsünde ortaya çıkan, kamulaştırmayı³⁰ kişinin lehine olarak kontrol altına alma çağrısının yavaş yavaş kaybolduğu tesbit edilecektir. Hangi kararname veya Resmi Gazetelerin şöyle bir gözden geçirilmesi ile, icra gücünün eskiden olduğu gibi kamulaştırmayı genel veya somut olarak özel kişinin lehine şekillendiren kamulaştırma yetkileri ile donatıldığı görülecektir.

Düsseldorf eyaleti resmi gazetesi kişi yararına birçok kamulaştırmayı ortaya koymaktadır. Aşağıdaki projede bir kamulaştırmanın olabilirliği açıklanmıştır. Emmerich’den Praest’e kadar olan bir doğalgaz müessesesinin inşaatı, işletilmesi ve muhafazası için 13 Aralık 1935 tarihli Enerji Kanununun 11. maddesine dayanılarak Duisburg - Hamborn’daki Thyssengas GMBH’nin lehine olarak karar verildi (28 Nisan 1977 tarihli Resmi Gazete); bir çelik boru müessesesinin rafineri gazının nakledilmesi amacıyla işletilmesi için 11 Haziran 1874 tarihli Temel Mülkiyetin Kamulaştırılması Hakkındaki Kanununun 1. ve 2. maddelerine göre Hamburg’daki Esso-AG’nin lehine olarak karar verildi (3 Şubat 1977 tarihli Resmi Gazete); bir atom santralinin güvenli çalışması için gerekli olan bütün yan tesisleriyle inşaatı ve işletilmesi için Brüter - Kernkraftwerksgesellschaft m. b. H’ lehine olarak karar verildi (18 Ocak 1973 tarihli Resmi Gazete). (GV VW 1976, s.2, 12 Haziran 1976 tarihli kamulaştırılacaklar listesinde tanıtılan) su şebekesini veya (GV NW 1974, s.193, 4 Haziran 1974 tarihli kamulaştırılacaklar listesinde tanıtılan) hidroelektrik santralinin inşaatı ve işletilmesi için yapılan özel kuruluşlara yararlı kamulaştırmalar da bu panoramayı tamamlamaktadır.

Bu bakımdan kamulaştırmanın büyük bölümü özel kuruluşların lehine olarak kanun ve kararname belgelerinde, sık sık kamulaştırma hakkının özel’e açıkça verilmek

²⁸ Terim konusunda birlik yoktur. Eş anlamlı olarak özel kişiler yararına Kamulaştırma deyimi de kullanılmaktadır. Bkz. Bullinger, Die Enteignung zugunsten Privater, ik: Der Staat, Bd. 1, s.448.

²⁹ Bu müessesenin tarihi temelleri için Bkz. Frenzel, ibid, s.16.

³⁰ Bullinger, Die Enteignung Zugunsten Privater, s.455.

zorunda olunmadığı, bilakis doğrudan kanun gücüyle verildiği için, halka yönelik olmadığı düşünülürse, bu hukuk enstitüsünün güncelliği açıklanmış olur.

Kanun koyucunun da özel'e yarayan kamulaştırmanın pekiştirilmesiyle reddedici olarak karşı karşıya gelmek istememesinin örneğin, BBauG (Bavyera İnşaa Kanunu)'nun³¹ 89. maddesinin muadilini çıkarmasıyla ön plana çıkmaktadır. Muadil kanun geçmiştekinden daha açık olarak BBauG'nun özelleştirme düzenlemesinin mülkiyet politikasıyla ilgili temel mülkiyeti sosyal yönden daha zayıf tabakalara yayma hedefini ön plana çıkarılmaktadır.

Kamulaştırma esaslarının³² mahkemelerin içtihadlarına bırakılmadan³³ özel şahıslar yararına kamulaştırma da delil olmak üzere anayasa ile ortaya konması gerçekten çok önemlidir. Anayasanın 14. maddesinin 3. fıkrası kamulaştırmanın anayasa kuvvetine bağlanmasında görüleceği gibi, klasik kamu yararı şeklinin metnine göre kamulaştırma sadece kamu yararı için geçerlidir. Tam manasıyla özel'in menfaatleri, olmasını ne kadar ciddi istese de, bir kamulaştırmayı çıkaramaz³⁴. Kamulaştırma esasları, gerçi özel'in menfaatinin lehine bir kamulaştırmanın olmayacağı, ancak müdahale sadece özel'in değil aynı zamanda kamunun da yararına olursa³⁵ buna istinai olarak izin verileceği hususu, anayasanın 14. maddesinin 3. fıkrasının kesin metni içinde yer almaktadır. Özel ve kamu yararının birlikte bulunmasının³⁶ geçici formülü özel'e faydalı kamulaştırmanın caiziyyetine kesin karar verilmiş gibi açıklayamadı. O sadece, kendisiyle devletin şimdiye kadar özel'in menfaatlerini kendi üzerine aldığı, ona kamulaştırma hukukuyla ilgili kamu yararı için önemli başka bir değer verdiği, bir geçiş sürecinin sonucunu tarif ediyor. Kamulaştırmanın meşruiyetini gösteren bir projede aynı zamanda özel kuruluşların ilgili olduğu, sadece özel'e faydalı kamulaştırmanın üzerine ayarlanan tipik bir durum değildir. Ayrıca sık sık özel ve kamu yararları birbirine zıt olarak karşı karşıya gelmemekte, bilakis çeşitli şekillerde birbirini

³¹ Yeni şekli 18 Ağustos 1976, BGBl. I, s.2221.

³² Bkz: Forsthoff, Zur lage des verfassungrechtlichen Eigentums - schutzes, in: Festgabe Für Theodor Maunz, s.99.

³³ Son yıllarda, özel menfaatler için kamulaştırmanın geçerliliğini sorgulayan bir karara rastlanılmamıştır. Eski eserler örnek olarak Bkz: B VerwG v. 8.12.1953 = B VerwGE 1, s. 42; OVG. Koblenz. AS Bd.7, s. 209; OLG Neustadt NJW 1952, 1417; vd. Bu kararların tümü olumlu kararlardır.

³⁴ Bullinger, Die Enteignung zugunsten Privater, s. 450.

³⁵ Bu anlamda Bkz. Scheuner, Verfassungsschutz des Eigentums s.91.

³⁶ Bu terim için (Koinzidenz) Bkz. Häberle, Öffentliches Interesse, s.532.

örmektedir³⁷. Bundan dolayı sadece tasvir edilen birlikte bulunma formülünden ayrılmak ve Özel'e faydalı kamulaştırma problemine esaslı bir geçişi sağlamak için³⁸, kamulaştırma hukukuyla ilgili kamu yararı konusunda özel'e ayrı bir değer vermeyi belirleyen kriterlerin araştırılması gerekir. Ancak böyle bir süreç içindeki görünüm, problemin özel'e faydalı olan kamulaştırmanın sınırlarına göre, karıştırılmasının günlük cereyan eden olayların ortaya çıkardığı³⁹ kapsamlı sorulara bağlı olduğu görüşüne dayanmaktadır. Devlet ve toplum ilişkisi tartışmasının şekillendirdiği problem alanları kamulaştırma hukuku üzerine aşağıdaki araştırmanın konusunu göstermektedir. "Tabii" devlet işgalinin özel, devlet dışı gruplaşmalar sayesinde fertlerin özgürlüğünü tehdit ettiği⁴⁰ şikayetinde bulunuluyor. Özel çıkarlarını, imtiyazlı özel grupların değil, diğer fertlerin veya devletin karşısında kamu yararı olarak göstererek faaliyetlerini yapmaya muktedir olan devlet dışı grupların malzemesi olarak özel'e faydalı kamulaştırmaya nasıl izin verildiği, ekonomiye uygun kamulaştırma faaliyetleri örneğinde araştırılıyor. Bunun üzerine diğer taraftan şimdiye kadar özel rezerv alanlarının "devletleştirilmesi" sayesinde fertlerin özgürlük alanına gittikçe artarak müdahale eden⁴¹ genişleyen sosyal devletin bizzat kendisi olduğu da unutulmamalıdır. Kamulaştırma hukukunda bu eğilim, örnek olarak toprak mülkiyeti düzenlemesi alanında gözlenebildiği gibi aktif olarak anlaşılmış olan bir sosyal politika malzemesi olarak özel'e faydalı kamulaştırmanın yapısında da görülmektedir.

II.2.4.1. Ekonomiye Himaye Eden Kamulaştırmalar

Kamulaştırma uygulamasında özel hukuk kurallarına göre teşekkül etmiş iktisadi bir müesseseyi himaye eden kamulaştırmalar tamamıyla Özel'e faydalı olarak gösterilmektedir. Bunlar "özel" ekonomi faaliyetlerinin kamu yararı hususunu çekinmeden sorgulayan, özel ve kamu yararları arasındaki sınırlarını nasıl yavaş yavaş birbirine karışmak zorunda olduğu hakkında net bir açıklama isteyen kamulaştırmalardır. Bu şekilde Huber⁴² tarafından çok önemli görülen "ekonomiyi

³⁷ Evers, JUS 1962, 87 ff, 92 ff:

³⁸ Bu konuda Bkz: Leisner, DÖV 1970, 217,221

³⁹ Bu konuda genel bir değerlendirme için Bkz. Stolleis; Öffentliche Interessen als juristisches Problem, Verw Arch. Bd. 65 (1974), 23f.

⁴⁰ Özel ve genel menfaatin özdeşliğinin koşulları hakkında Bkz. Läufer, JUS, 1975, 689f.

⁴¹ Forsthoff, Zur Lage... ibid, s.99.

⁴² Huber Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. 2, s. 60.

himaye eden kamulaştırma müdahalelerinin örnekleri çoktur: Sadece büyük sanayi müesseselerinin kurulması, kapasitelerinin artırılması veya durumlarının iyileştirilmesi amacıyla yapılan kamulaştırmalar bundan sayılmamakta⁴³, aynı zamanda özel hukuka göre organize edilen kamu hizmeti gören müesseselerin⁴⁴ lehine olarak gaz, su veya elektrik santrallerinin inşaatı için yapılan kamulaştırmalar da bundan sayılmaktadır. Bir kimyasal üretim işletmesinin lehine olarak bir Etilen-Gaz tesislerinin inşaatı için yapılan kamulaştırmalar, yağ müessesinin⁴⁵ lehine olarak Pipeline'nin inşaatı için yapılan kamulaştırmalar veya bir özel yol yapım şirketi⁴⁶ aracılığıyla özel bir yolun yapımı için yapılan kamulaştırmalar bu görünümü desteklemektedir. Himaye edilen iktisadi teşebbüslerin müşterek, özel hukukla ilgili organizasyon şekli arkasında doğrusu kesin olarak ortaya konan kamulaştırma hukukuyla ilgili önemli bir fark vardır. Bu kamulaştırma uygulamasını himaye eden hem kamusal hem de özel müesseseler olabilir.

“İktisadi teşebbüs” kavramının en azından kaba çerçevesi hakkında bir açıklama getirildiğinde kamu ve özel kavram çifti bu ilişki içinde en farklı şekliyle kullanılmaktadır. İktisadi teşebbüs; ticaret, üretim veya trafik gibi maddi ve manevi araçların kullanılmasıyla, belirlenen ekonomik amaçlara hizmet etmeyi⁴⁷ öngören bir organize birliği ifade etmektedir. Kamu vasfı müessese sahibinin resmi el olduğunu⁴⁸ kesin olarak göstermelidir. Kamu müesseseleri, resmi - hukuki organizasyonu sebebiyle doğrudan veya bir finans kurumuna katılma hakkında dolaylı olarak resmi elin mülkiyetinde bulunan⁴⁹ müesseselerdir. Diğer yönüyle bazı yazarlar, resmi elin sahipliği yanında, ilaveten müessesenin resmi bir amacı yerine getirmesini⁵⁰ veya “toplumca ulaşılabilir”⁵¹ olmasını talep eden resmi müessese kavramını vurgulamaktadırlar. Özel müessese faaliyetlerini kamu yararı hususunun, kamulaştırma hukukuyla ilgili olarak sorulması, üçüncü bir kavram tarifinin⁵² yapılmasını gerektirmektedir. Müessesenin ekonomi alanındaki faaliyeti açıkça resmi

⁴³ Haman, BB 1957, 1258 f, Schack, BB 1961, 74,76, Huber, ibid, s.60.

⁴⁴ Örnekler için Bkz: Bullinger, Die Enteignungen zugunsten Privater, s.449,450.

⁴⁵ Bunun Bkz. Bullinger, Die Mineral olfermleitungen, s. 38.

⁴⁶ Meyer /Thiel /Frohberg, Enteignung von Grundeigentum, s.50.

⁴⁷ Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. 2.s.471

⁴⁸ Forsthoff, Verwaltungsrecht, s.514-515.

⁴⁹ Burger, Öffentliche Unternehmen im Privatrechtsverkehr, s.20.

⁵⁰ Badura, Das Verwaltungsmonopol, s.248.

⁵¹ Fischerhof, DEU 1957, 306f.

bir amaç doğrultusunda yönlendirilmiş ise, bu müessesenin kamulaştırma hakkının analizi doğrudan “vakfedilmiş olan”⁵³ resmi amaca bağlanabilir. Bundan dolayı müteşebbisün hukuk tabiatına zarar gelmemek üzere ekonomi sisteminde özel - kamusal bir fonksiyonu gerçekleştirenler⁵⁴ kamulaştırma hukukuyla ilgili perspektif altında “kamusal müesseseler” olarak anlaşılmalıdır. Devletin, kendi vasıtasıyla özel iktisadi teşebbüsü kamu yararıyla görevlendirdiği “vakıf faaliyetlerinin” içeriği, bu alanda kamu yararı için Özel’e ayrı bir nevi değer vermeyi belirleyen mekanizmalar konusunda önemli bir yargıya varılmasını sağlayabilir. Özel iktisadi teşebbüs olarak, diğer taraftan kazanmaya yönelik iktisadi hedef belirlemesi yanında doğrudan kamu yararı hususunu göstermeyen teşebbüslerden böyle hususlar anlaşılmalıdır. Onlar için hangi kamu yararı anlayışının, bir kamulaştırmayı haklı çıkarmak için devlet düzeninin toplu yapısındaki özel iktisadi teşebbüs faaliyetini göstermek zorunda olduğu sorusu her zaman sorulmalıdır.

II.2.4.1.1. Resmi Müesseselerin Lehine Olan Kamulaştırmalar

Kamulaştırmayı himaye edici olarak görünen, özel hukuka göre organize edilen kamu müesseselerinin prototipleri olarak resmi trafik ve bakım müesseseleri gösterilebilir. Özel’e faydalı kamulaştırmanın gelişen yapıları ve teknikleri aynen onlarda da görülür.

II.2.4.1.1.1. Resmi Ulaşım Kurumları İçinde Demiryolu Ulaşımıyla İlgili Kamulaştırmalar

Demir Yolu Ulaşımıyla İlgili Kamulaştırmalar

⁵² Bunun için Bkz.: Köttgen, Die Wirtschaftliche Betätigung der Öffentlichen Hand, s.591.

⁵³ Köttgen, ibid, s. 601.

⁵⁴ Aynı yönde Bkz: Vogel, Öffentliche Wirtschaftseinheiten in Privater Hand, s. 211; Ancak sonuçta kamu gücünün kamu hukuku kurumu şeklindeki ekonomik faaliyetleri dikkate alınmamaktadır. Kamu hukuku kurumu şeklinde faaliyet gösteren iktisadi kuruluşlar lehine yapılan kamulaştırmalar idarenin genel anlamdaki kamu yararına çalışma yükümlülüğü kapsamında yer alır. Aynı yönde Bkz. Bullinger, Die enteignung zugunsten Privater, s. 457.

Devlet tarafından desteklenen müteşebbisin özel kamu amaçlarının “hizmetine”⁵⁵ sokulduğu Özel’e faydalı bir kamulaştırmanın klasik örneği Eyalet Demiryolu Kanunlarında benzerlerinin bulunduğu⁵⁶ demiryolu hukukuyla ilgili olan kamulaştırmadır. Eyalet demiryolu kanunları Birliğin⁵⁷ Genel Demiryolu Kanunu yanında Alman demiryolu ağına ait olmayan bağlantı yollarının⁵⁸ hukuk ilişkilerini de düzenliyor. Devlet yolu olarak Federal Alman Demiryolunun aksine bu yollar düzenli bir şekilde özel hukuka dayalı olarak organize edilmiş ve resmi bir hak sahibinin veya bir birliğin idaresinde istisnai olarak kalmasa da, bir endüstriyi harekete geçirmektedir. NW demiryolu kanununun 15. maddesinin 1. bendinin düzenlemesi eyalet Demiryolu Kanunlarının kamulaştırma tekniği için bir örnektir. “Demiryolu kurma hakkının verilmesiyle müteşebbis 13. ve 14. maddelere göre tespit edilen plan çerçevesinde kamulaştırma talep etme hakkına sahip olmaktadır. Kamulaştırmanın olabilirliğinin özel bir tespitine gerek yoktur.” Kanun metni bununla müteşebbisin kamulaştırma hakkını işletme ruhsatıyla, demiryolu kurma hakkına⁵⁹ bağlamaktadır. Kamulaştırma hakkı, doğrusu özel demiryolu müteşebbisine yolu yapma ve işletme için gerekli olan sahada bir kamulaştırma talep etme hakkı verileceği⁶⁰ anlamına gelmektedir. Kamulaştırma yönteminin aktif muhatabı ilgili eyalet kamulaştırma kanunlarında belirlenen demiryolu kanunlarını kendisine konu olarak alan⁶¹ kamulaştırma makamıdır. Demiryolu kurma hakkının verilmesi, diğer bir deyişle genel olarak ve önceden eyalet kamulaştırma kanunlarını düzenli olarak kamulaştırma yönteminin başlangıcına koyduğu gibi⁶² demiryolu amaçları doğrultusundaki bütün kamulaştırmalar yerine kamulaştırma hukukuyla

⁵⁵ Vogel, öffentliche Wirtschaftseinheiten in Privaterhand, s.30.

⁵⁶ Karş.: § 17 des Schleswig-Holsteinischen Eisenbahngesetzes vom 812 1956, GUB I S.193; § 16 Niedersächsisches Eisenbahngesetz vom 16.4.1957 GUB I, s.39.

⁵⁷ 29 Mart 1951 tarihli BGB I s.225.

⁵⁸ Allg.Eisen bG § 2'deki tanıma göre herkesin kendi amacı doğrultusunda kullanabileceği demiryolu kamuya ait (umumi) demiryoludur. İşletme içindeki, limanlardaki vb. demiryolları ki bunlar belli bir amaca hizmet ederler, umuma açık olmayan demiryollarıdır. Ancak, bunlardan umumi demiryoluna bağlantısı bulunanlar, bağlantılı demiryolu sayılırlar. Bunlar ruhsata bağlı değildir. Bkz. Haustein, Die Eisenbahnen im deutschen öffentlichen Recht, s.24.

⁵⁹ Haustein, ibid, s.71.

⁶⁰ Vogel, öffentliche Wirtschaftseinheiten in Privater Hand, s.43.

⁶¹ Bkz. § 15 Abs.5 des Nordrhein-Westfälischen Eisenbahngesetzes.

⁶² Yaklaşık Aynı yönde Bkz. Haustein, ibid, s.311.

ilgili olabilirlik açıklamasını koymakta ve böylece Özel'e faydalı kamulaştırmanın kamu yararı verimliliğini işaret etmektedir⁶³.

Demiryolu kurma ve kamulaştırma hakkının içerik olarak birleşmesi yeni olmayıp, bilakis bu yapının anlamını açmak için ⁶⁴ tekrar hatırlanması gereken 19.y.y.'lin kamulaştırma anlayışından gelmektedir. Demiryolu müteşebbisine ruhsat verilmesi o çağın kamulaştırma teorisinde, müteşebbise bir garanti verilen statüsü düzenleyen hukuk hareketi olarak anlaşılmıştı⁶⁵. Resmi görevleri doğrudan devlet idaresi içinde yerine getiren resmi idarenin muhatabı olarak müteşebbise devredilen görev alanı için aynı zamanda uygun bir kamulaştırma hakkı da böylece verildi⁶⁶.

Demiryolu hukukuyla ilgili kamulaştırma hakkında bir süre sonra her özel kuruluşa faydalı olan kamulaştırmanın şartı için bu durum ortadan kaldırıldığı gibi ⁶⁷ kamulaştırma ruhsatının ve teminat verilmesinin irtibatı sayesinde kamulaştırma özel iktisadi teşebbüsün lehine olarak Özel'e faydalı karakterini de⁶⁸ kesin bir şekilde kaybetmiştir. Kamulaştırmayı himaye eden, özel olarak değil, bilakis müteşebbisin teminat altına alınan yetkileri çerçevesinde kamu gücünün muhatabı olarak bizzat müteşebbisin kendisiydi. Böylece, Schelcher yüzyıl sonundaki Saksonya Kamulaştırma Kanunu ⁶⁹ için, yazdığı şerhinde "kamulaştırma hakkının kendileri için talep edildiği özel şahısların kamu teşebbüslerinin özel ruhsat verilmeksizin düşünülemeyeceğini" bütün ayrıntılarıyla mantıklı bir biçimde özetlemiştir.

O zamandan beri hukuk biliminde teminat alan hukuki biçiminin geçirdiği değişim, teminat verilen olarak kendisine ruhsat verilen resmi demiryolu

⁶³ İşletmenin kamulaştırma hakkı yer ve konu bakımından, demiryolu hukukuna ilişkin planlama sürecinde ikinci bir aşamada müşahhaslaştırılmıştır. (Eisenbahn G N W § 13,14). Bu husus kamulaştırma temeli olarak karşımıza çıkar ve eyaletlerin kamulaştırma hukuklarına göre şekli kamulaştırma usulüne dahil sayılır.

⁶⁴ Benzer şekilde Bkz. Bullinger, Die Enteignung zugunsten Privater, s.460. Prusya'daki kamulaştırma uygulaması hakkında genel olarak Bkz: Fritsch, Das deutsche Eisenbahnrecht, s.95,96.

⁶⁵ İmtiyaz (ruhsat) ve isim devri (Yetki devri) birbirinden ayrılmaz nitelikte iç içe girmiş hukuki müesseselerdir. Bu konuda Bkz. W.Jellinek Verwaltungsrecht (1948). S.562.

⁶⁶ Aynı yönde O.Meyer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd.2, s.5,9.

⁶⁷ Bu yönde Bkz. Häberlin, AcP 39 (1856), s.153; Hukuki gelişimi hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz. Bullinger, ibid, s.465.

⁶⁸ Bkz. Bullinger, ibid, s.461.

⁶⁹ Kommentar zum sächsischen Enteignungsgesetz; s.145.

müteşebbisinin bir talebine bugün bile hala zor izin verilmektedir⁷⁰. Çünkü maddi bakımdan resmi görevlerin özel hukuk sujesi vasıtasıyla gerçekleşmesi doğrultusunda bu tam yetki, bir teminat işlevinin her iki karakteristik özelliğini olumlu hale getirebilmek için dikkate alma zorunluluğundan kaynaklanmaktadır.⁷¹

Adı geçen özelliklerle yolun inşaa ve işletilmesinde kendisine verilen yol polisliği ruhsatlarına kadar sadece özel hukukla ilgili hareket eden⁷² demiryolu müteşebbisinin yine de eksik bir noktası vardır. Özel'e faydalı kamulaştırma için müteşebbisin lehine olarak kamulaştırmayı değiştiren hukuk çerçevesi ayrıca Schelcher'in tespitinin gerçek ruhunu da terk etmiştir. Artık önceden olduğu gibi demiryolu müteşebbisinin kamulaştırma hakkı, teşebbüs hakkının verilmesiyle kendisine devredilen⁷³ maddi-hukuki resmi görev anlamındaki sınırlandırmalar gibi yeni savunmalar bulmaktadır.

Genel Demiryolu Kanununun 4. maddesi özel demiryolu müessesesinin bu resmi fonksiyonunu, demiryolu ağını "trafiğin taleplerine uygun yapma ve kamu yararı için tamamlama ile aynı zamanda trafik ihtiyaçlarıyla uygunluk içerisinde seyahat ve nakliye trafiğini hizmete sunma ve genişletme gibi resmi demiryolu trafiğinin görevlerini olduğu gibi onaylıyor." Bu görevin devredilmesiyle devlet aynı zamanda özel teşebbüs faaliyetinin kamu yararı fonksiyonunu zamanla güven altına alması gereken⁷⁴ resmi kontrol ve idari yetkilerini sıkı bir şekilde müesseseye bağlamaktadır. Yolu teferruatıyla birlikte yapma, düzenine uygun muhafaza etme, yenileme ve elinde bulundurulan süre içerisinde işletmeyi düzenli bir şekilde devam ettirmekle (NW Demiryolu Kanunu 16.madde, 21.maddenin 1.bendi) görevli olan müesseseye düşen işletme görevi bundan sayılmaktadır. Aynı şekilde, imkanlar çerçevesinde, her ne kadar özel durumda istenmese de, eşya ve insan nakli için yapılan her talebi, kendisine göre yerine getirilmesi gereken nakletme görevi de bundan sayılmaktadır (HGB'nin 452. Maddesi; EVO'nun 3,9,53, ve 5. maddeleri). Ve nihayet genel nakliye tarifi koyma

⁷⁰ Devlet tekelindeki bir faaliyeti yerine getirmek üzere işletme imtiyazı verilmesinde imtiyaz ve yetki devrinin içerik bakımından sınırları hakkında Bkz. Badura, Das Verwaltungsmonopol, s.258; Yetki devri hakkında Bkz: Michaelis, Der Beliehene, s.4.

⁷¹ Bu yönde bkz. Wolff Bachof, VerwR, Bd. 2, § 104 II b.

⁷² Hausteiu, Die Eisenbahnen im deutschen öffentlichen Recht, s.64; Demiryolu polisinin yetkilerinin istisnai devri hakkında Bkz. Wolff, Verwr, Bd.3, § 123 II.

⁷³ Benzer şekilde Hausteiu, ibid, s.64.

(EVO'nun 6.maddesi) ve yetkili ülke makamları tarafından verilen izin çerçevesinde yayınlamayı uygun gören tarife görevi de bunun içinde hesaplanmalıdır. Bu görevlere riayet kapsamlı bir devlet kontrolü sayesinde takip edilmektedir. (NW demiryolu kanununun 28. Maddesinin 1.bendi). Bu kontrol ve idari haklar, sayesinde özel şahısların resmi idarenin "hizmetine" girdiği⁷⁵ ve sonra da verilen alanın kamulaştırma hakkıyla donatıldığı devlet ve özel şahıslar arasındaki sıkı resmi-hukuki bir fonksiyon ilişkisini bütünlük içinde kurulmaktadır.

II.2.4.1.1.2. Resmi Şehir içi Ulaşım Kurumlarının Lehine Olan Kamulaştırmalar

Tramvay ve trolleybüs tesislerinin kurulması için gerekli kamulaştırma ile demiryolu hukukuyla ilgili kamulaştırmanın bünyelerinde, Personel Taşıma Kanununun (PBefG) 31. maddesinin 1.2 ve 3. bentlerinde hükme bağlandığı gibi sıkı bir benzerlik bulunmaktadır.

Kamulaştırmanın şehir içi ulaşım müesseselerinin lehine olarak kamu yararına hizmet ettiğini PBefG'nin 31. maddesinin 1. bendi⁷⁶ ispat etmektedir. Trolleybüs tesisleri⁷⁷ gibi, bir müessesenin tramvay tesislerini kurması için, her ne kadar kamulaştırma projesi, uygulanan bir plan dahilinde tespit edilen yöntemle göre elzem olarak gösterilse de⁷⁸, kamulaştırmanın olabilirliği belirlenmektedir. Eyalet kanununa göre yürütülen sistemli kamulaştırma yöntemindeki kamulaştırmanın olabilirliğinin özel bir tespitine burada da ihtiyaç duyulmamaktadır (PBefG'nin 31. maddesinin 1. bendi).

PBefG'nin kamulaştırma düzenlemesi resmi müessesenin kamulaştırma hakkının onlara devredilen resmi görevlerin tabii parçası olarak

⁷⁴ Bkz. Bullinger, Die Enteignung zugunsten Privater, s.471.

⁷⁵ Aynı yönde Bkz. Vogel, öffentliche Wirtschaftseinheiten in Privaterland, s.33.

⁷⁶ Bunun için Bkz: Bidinger, Personen beförderungrecht, § 31 f.1

⁷⁷ PBefG § 41 f.1 trolleybüs inşa ve işletme tesislerinin kurulması için kamulaştırmada PBefG § 31 deki kamulaştırma hükümlerine atıf yapmaktadır.

⁷⁸ PBefG § 28, 3'e göre planlama, trafiğin güzergahının imar planında belirlenmesi yoluyla da yerine getirilebilir. (BBaufG § 9 f. 1, Nr.11) daha sonra gerekli arazi Bbau G § 85 vd. hükümlerine göre kamulaştırılır. Bu konuda Bkz. Bielenberg, Bbaug § 9ednr:46.

anlaşılması durumunu tasdik etmektedir. Yakın nakliye müesseselerinin organize edildiği düzenli Özel'in hukukuyla ilgili form'a zarar gelmemek şartıyla onun işi maddi kamusal yararlarla görevlendirilmiş olmasıdır: Tramvay ve trolleybüslerin kurulması ve işletilmesi demiryolu işletmesi gibi kamusal nakliye yararına hizmet vermektedir. Personel Nakliye kanunu da özel şahısların kamu yararı üzerine soyut olarak görevlendirilmesinden ibaret değildir, bilakis görevini kontrol ve teftiş imkanlarının sıklığı sayesinde somutlaştırmaktadır. İzin verme görevi (PBefG'nin 9. maddesinin 1. bendinin 1. şıkkı); işletme görevi (PBefG'nin 21. maddesi); yerine getirilmesi kapsamlı bir devlet teftişi sayesinde kontrol edilen ücret belirleme görevi ((PBefG'nin 39. maddesinin 2. ve 6. bentleri) ve nakliye görevi (PBefG'nin 22. maddesi) toplam olarak özel düzenlemenin temeli olan müessese kararlarını almakta ve devletin iştirakleriyle teslim etmektedir. Kamulaştırmayı himaye eden nakliye müessesesi, bu bağlantılar dolaylı devlet idaresinin formlarını⁷⁹ yükseltmeksizin maddi-resmi idare faaliyetine bağlanmaktadır.

II.2.4.1.1.3. Sivil Havacılık Amaçları İçin Yapılan Kamulaştırmalar

Temel yapısında öncekinin benzeri olarak kurulan, esasen kompleks kamulaştırmaların usulü hukukuyla ilgili şekillenmesinde sivil havacılık amaçları lehine kamulaştırmada olabileceğini belirten LuftVG (Havacılık Kanunu)'nin 28. maddesi⁸⁰ bununla ilgili hükümler koymaktadır. 2. bent de bununla ilgilidir ve göstermektedir⁸¹. Arazi Temin Etme Kanunundan ayrı olarak sadece federasyonun değil, aynı zamanda kanun (LuftVG'nin 28. maddesinin 1. bendinin 1. şıkkı) metinlerinde "kendi yararı için kamulaştırma elde etmeye çalışan" herkesin sahip olduğu kamulaştırma talep hakkı düzenlemesi de burada dikkate değerdir. Kanun, bu varyantıyla kamulaştırma usulünün hava alanları inşası için veya işletmenin güvenliği için LuftVG'nin 28. maddesinin 1. bendinin düzenlenmesinin öncelikle belirlediği⁸²

⁷⁹ Bu konuda bkz. Vogel, öffentliche Wirtschaftseinheiten in privater Hand, s.110.

⁸⁰ 4 Kasım 1968 tarihli BGBl s. 1113.

⁸¹ 23 Şubat 1967 tarihli BGBl I. s. 134.

⁸² Benzer şekilde, Schleicher /Reymann /Abraham, Das Rech der Luftfahrt, § 28 LuftVG, Anm.3.

amaçlar için genellikle özel hukuka dayalı olarak belirlenen şirketler tarafından yapılacağı⁸³ gerçeğini hesaba katmaktadır. Sivil havacılık amaçları için yapılan kamulaştırma da temele Özel'e faydalı olarak görünüyor.

Onun yönteminde Havayolu Kanunu, doğrusu özel şahıs veya şirketlere kamulaştırma hakkının açıkça verilmesinden vazgeçtiği ve bunun yerine doğrudan kanun kuvvetiyle kamulaştırmanın olabilirliğini belirlediği⁸⁴ için bugüne kadar bulunan kamulaştırma örneğinden ayrılmaktadır. Bununla beraber Özel'in kamulaştırma talep etme hakkı, ana hatlarında kamulaştırma hukukuyla ilgili kamu yararı hükmünü içerik olarak zamanından önce yerine getiren kamulaştırma talep etme hakkının verilmesine göre metinle paralel gitmeyen LuftVG'nin 6. maddesine göre, kendisine verilen havayolu ruhsatıyla sıkı ilişki içindedir. Kanun sistematigi olarak bu ilişki LuftVG'nin 28. maddesinin 2. bendinin 4. şıkkında, yeniden ruhsat belgesinin asıl içeriğinin, yer aldığı⁸⁵ LuftVG'nin 8., 9. ve 10. maddelerine göre kamulaştırmayı hava hukukuyla ilgili plan tespit etme usulüne bağlayan ifadeyi bulunmaktadır. Ruhsat usulünde kamu yararı için hava alanı kurulması ve işletilmesinde gerekli olan arazilerin hava alanı müteşebbisi tarafından istenen kamulaştırmanın verilip verilmediği belirlemekte ve aynı zamanda planlama kararı⁸⁶ gibi ruhsat sayılan⁸⁷ hava hukukuyla ilgili müteşebbis ruhsatının yapı özelliği kamu yararı hükmüne iki tarzda somut şekil kazandırmaktadır:

1- İktisadi idare hukuku enstitüsü olarak müteşebbise verilen ruhsat belgelerinde tarif edilen hava alanını LuftVG'nin kararları ve yürütme kararları ölçüsünde kurma ve işletme⁸⁸ hakkını güvence altına almaktadır. Maddi hukuk etkisiyle doğrusu nakliye uçuş ve iniş alanları ruhsatı kamulaştırma hukukuyla ilgili görünüm altına doğrudan anlamlı olan özel hava alanları, planör uçuş arazileri⁸⁹ gibi özel iniş alanlarının yapımı ve işletilmesi için verilen ruhsattan ayrılmaktadır. Sadece

⁸³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Schleicher /Reymann /Abraham; Das Rech der Luffahrt, § 6 LuftEVG, Anm.10.

⁸⁴ Bu konuda bkz. Hoffmann, Luftverkehrsgesetz, § 28 Rdnr. 6.

⁸⁵ Havaalanı tesisleri için ruhsat verilmesi konusunda zaman yönünden aşamalı karar süreci için Bkz. Beine - Lohmann, ZLW 1965,106.

⁸⁶ Wolf /Bachof, VerwR, Bd. 2. § 104 I d2; BGH, 27.10.1972 tarihli kararı = DVBI 1974, 558

⁸⁷ Badura, Bay VBI 1976, s.515

⁸⁸ Beine /Lohmann, Luftverkehrsrecht, s.16.

⁸⁹ Farklar için bkz. Hoffmann, Luftverkehrsgesetz, § Rdnr. 3-8

nakliye uçuş ve iniş alanları⁹⁰ havacılığın genel kullanımına, üzerlerinde herkesin uçuş ve iniş yapabileceği şekilde hizmet ettiğinden (LuftVZO'nun 38. maddesinin 2. bendinin 1. fıkkı; 49. maddesinin 2. bendi⁹¹. Onların yapımında ve işletmesinde, kamusal hava nakliyesini güvenli hale getirme⁹² fonksiyonuna sahip olduğu için, kamusal bir nakliye yararı vardır. Buna karşılık uçuş ve iniş hakkı esas itibariyle özel uçuş ve iniş alanları üzerinde belirli bir kullanım sahasıyla yetinmiş⁹³ ; ve planör uçuş arazileri gibi sadece sınırlı bir yarara açık olmuştur.

Resmi hava taşımacılığı için kurulan hava alanlarının farklı anlamı, yalnız nakliye iniş alanı gibi, bir uçuş alanının yapımı işletilmesi için verilen ruhsatta maddi olarak resmi görevlerin, yasal görevlerin yoğun bir ağı sayesinde ülke içi hava taşımacılığının emniyeti etrafındaki endişenin, kendisine ruhsat verilen⁹⁴ özel teşebbüse devredilmesini görme ve kontrol etme hakkına sahiptir. İşletme görevi (LuftVZO'nun 45. maddesinin 1. bendi); hava alanı işletmesinin düzenleme ölçüsünü sürekli gözeten geniş yönlü bir devlet teftişi⁹⁵ gibi kullanım düzenlemesi (LuftVZO'nun 43. maddesi) hava alanı müteşebbisi ile devlet arasında bunu resmi idari faaliyetin hizmetine sunan resmi - hukukî bir bağ kurmaktadır⁹⁶.

Özel hava alanı müteşebbisinin kamulaştırma hakkının sonuçları görünüyor ve buradaki gibi “kamu müessesesinin” kamulaştırma hakkı Özel’e devredilen resmi görevlerin bağı olarak anlaşılıyor. “Resmi” uçuş veya iniş alanı müesseseleri, kendilerine devredilen görevlerin yerine getirilmesi için çok gerekli olduğu⁹⁷ çerçevede LuftVG'nin 28. maddesinin tek bir özel amaca hizmet eden böyle hava alanlarının inşası içinde bir kamulaştırma temin edip etmediği şüpheli görünmektedir. Deneme veya eğitim amaçları için hava alanlarına ihtiyaç duyan sanayii müesseseleri kamusal nakliye yararlarının gerçekleştirilmesi müesseseleri kamusal nakliye yararlarının gerçekleştirilmesiyle, faaliyetlerine hava taşımacılığı

⁹⁰ LuftVZO § 49, Z göre On görülen hava işletmenin türü ve kapsamına göre LuftVG § 12 çerçevesinde bir imar koruma bölgesi oluşturularak muhafaza altına alınmasına ihtiyaç olmayan arazi hava alanı olarak belirlenmiştir.

⁹¹ Hoffmann, Luftverkehrsgesetz, § 6 Rdnr. 49

⁹² Bunun için bkz. Ossenbühl, DVBI 1974, 541, 542.

⁹³ Hoffmann, ibid s.78.

⁹⁴ Bull, Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, s.267

⁹⁵ Ossenbühl, DVBI 1974, 542.

⁹⁶ A.A. Ruhwedel, BB 1965, 1093' de hava alanı işletmesini yetki devri yapılan işletme olarak değerlendirmektedir.

⁹⁷ Bu yönde bkz: Schleicher /Reymann /Abraham, Das Recht der Luftfahrt, § 6 Anm.4.

hukukunun gözetimi altında hiçbir belirlenmiş kamu yararı hususu yardım etmeyecek⁹⁸ şekilde görevlendirilmedi. LuftVG'nin 28. maddesinin planör uçuş alanlarını kurulması için bir kamulaştırmaya izin verip vermediği de şüphelidir. Zira planör alanlarının elde edilmesine de planör işletmesine ruhsat verilmesiyle resmi idarenin hiçbir görev verilmemektedir⁹⁹. Planör işletmesinin "özel" karakteri, kendisine göre planör alanlarının ne bir işletme görevine dahil olduğu, ne de onun üzerinde bir devlet kontrolü olan¹⁰⁰ LuftVZO'nun 58 . maddesinin 1. bendi sayesinde belirlenmektedir.

2- Özel'e verilen işletme ruhsatı sadece işletme hukuku anlamından ibaret değil, bilakis aynı zamanda planlaması hukukuna ilişkin güçlü bir vurguya¹⁰¹ sahiptir. Ruhsat verme yönteminde göze alınan yerin şehir inşası gibi bina ve arazi planlamasının şartlarını göze alıp almadığı denenmektedir.

Bu bütünüyle planlamaya ilişkinin vurgunun yanında bir nakliye hava alanının ruhsatı, her ne kadar, talep edilen hava alanının kurulması ve işletilmesi sayesinde kamu yararına uygun olmayan tarzda eksiklik oluşturması halinde¹⁰², bu ruhsatın reddedileceğini LuftVG'nin 6. maddesinin 3. bendi belirlemesi açık planlı bir silsileyi gösterilmektedir.

Bu plana ilişkin unsurlar kuruluş ruhsatı hakkındaki, kamulaştırma hukukuyla ilgili kamu yararı kararına henüz ruhsat verme aşamasında iken kapsamlı bir işletme ruhsatı kararı sırasında genel ve özel planlamaya ilişkin bir faktör yetkisi getirmektedir.

Alt ruhsata kaydırılan yer belirleme kararı bütünüyle planlanmış görünüm altında ilk olarak arazi planlaması gibi bina düzenlemesinin şartları tarafından sınırlar içine alınmaktadır¹⁰³. Toplu planlanan handikaplar ilk etapta müteşebbis tarafından göze alınan yerin kararına tesir ediyor ve bunun üzerine kamulaştırma gerektiren

⁹⁸ Eyaletlerin kamulaştırma kanunlarına göre genel ekonomik veya yapısal ihtiyaçlardan kaynaklanmayan kamulaştırmaların yasal olup olmadıkları tartışılmalıdır. Dar anlamda özel ekonomik yararın kamulaştırması için bkz: Alttı z. Alt birim.

⁹⁹ Bu anlamda bkz. Ruhwedel, BB. 1965, 1093.

¹⁰⁰ Bunun için bkz. Schleicher / Reymann Abraham, Das Recht der Luftfahrt, § 6, Anm. 19.

¹⁰¹ Badura, Bay VBI 1976, 515.

¹⁰² Badura, Bay VBT. 1976, s.515; Konuya ilişkin planlama aşamasında karar verebilmek için, arazinin tekniği yönünden uygunluğunun yanısıra, uçakların çalışması ile kamu güvenliği ve düzeninin tehlikeye düşüp düşmeyeceği de hesaba katılmalıdır.

¹⁰³ Bu konuda bkz: Hoffmann, Luftverkehrsgesetz, § Rdnr. 11-22.

projenin kamulaştırma hukukuyla ilgili kamu yararı hükmünün bu bakış açısı altında adil olup olamayacağını belirliyor. Yer, ancak içerisinde ilişki ölçüsünün esasının gerçekleşmesi altında plan tespitinin plandan etkilenen hakları üzerindeki tesirlerinin de test edildiği¹⁰⁴ hava hukukuyla ilgili plan tespit etme usulünde parsellenmiş olarak planlanmış parçası planlanmış projenin taşımacılık politikası ve ekonomisiyle ilgili kararını kapsamaktadır. İşletmenin uçuş tekniği ile¹⁰⁵ havayolu işletmesinin kamu düzeni ve kamu güvenliği ile bağdaştırılabilirliği, kamulaştırma hukukuyla ilgili kamu yararı hükmüne içerik olarak şekil veren denetimin temel noktalarıdır¹⁰⁶.

II.2.4.1.2. Ekonomiye Himaye Eden Kamusal Kurumlar Yararına Olan Kamulaştırmalar

Kamusal nakliye müessesesinin yanında her şeyden önce enerji ve su temini kuruluşları, tesislerinin inşası için bir kamulaştırma hakkı talep ettiler. Yeraltı ve yerüstü geçim kaynakları idarelerinin nakli için olduğu gibi elektrik, gaz ve su şebekelerinin kurulması için uygun şartlarda uzun sürede veya hiç elde edilemeyen¹⁰⁷ gereken genişlikteki alanlara genellikle ihtiyaç duyuyorlardı. Kamusal bakım müesseselerini özel müessese amaçlarına göre düzenleyen bir kamulaştırma hukuku sayesinde himaye etmesiyle su gibi enerji sanayileri dikkate alınmış olmaktadır.

II.2.4.1.2.1 Enerji Sanayisi İle İlgili Kamulaştırmalar

“Kamu enerji tesisi” amaçları için yapılan bir kamulaştırmaya¹⁰⁸ EnergG (Enerji Kanunu)’nin 11. maddesinin 1. ve 2. bentleri izin vermektedir. Şerh

¹⁰⁴ Badura, Bay VBI 1976, s.519.

¹⁰⁵ Hofmann, ibid, Rdnr- 23.

¹⁰⁶ Schleicher / Reymann Abraham, Das Recht der Luftfahrt, § 6, Anm. 17.

¹⁰⁷ Bu konuda bkz: Evers, Das Recht der Energieversorgung, s.65. Ladewing, Die Energieversorgungsunternehmen; In der Raumordnung s.l., Keller, Enteignung für Zwecke der öffentliche Energieversorgung, s.29.

¹⁰⁸ 13 Aralık 1935 tarihli;

literatüründe¹⁰⁹ geçerli olan görüşe göre, sadece aynı zamanda tamir atölyeleri, kömür taşıma yolları ve idare binaları gibi dolaylı olarak enerji üretme veya dağıtmaya hizmet eden¹¹⁰ yardımcı tesislerin yapımı da kamulaştırmanın enerji sanayisi amaçlarına girer. Kamulaştırmayı talep etme hakkına sahip olanlar, ekonomik yararların bir silsilesi sayesinde Enerji Kanununun mantığına göre bütün kamusal enerji temini müesseseleridir¹¹¹. EnergG'nin 2. maddesinin 1. bendinin kanuni tarifine göre, "hukuk formları ve mülkiyet ilişkilerine bakmaksızın diğerlerine elektrik enerjisi veya gaz temin eden veya bu çeşit işletmeleri idare eden"¹¹² bütün bu müessese ve işletmeler enerji temini müesseseleridir. Endüstriyel ekonominin bir parçası olarak kabul edilen enerji sanayisinin özel iktisadi kanunu kamulaştırma uygulamasında kamusal enerji temini müesseselerinin lehine olarak kamulaştırmaya Özel'e faydalı bir karakter vermektedir¹¹³.

EnergG'nin 11. maddesinin formülize ettiği gibi kamusal enerji üretim müesseselerinin kamulaştırma hakkı kendi çerçevesi içinde hala dağılık kalmaktadır. EnergG'nin 11. maddesinin 1. ve 2. bentlerini arka arkaya harekete geçiren¹¹⁴ ikinci safhalı olarak şekillenen kamulaştırma usulünde ancak somut şeklini muhafaza edebilmektedir. EnergG'nin daha önce incelenen enerji esaslarının benzeri olarak bununla Prusya Enerji Kanunundan arta kalan kamulaştırma tekniğine el atıyor, kamulaştırma hukukuyla ilgili izin hükmünün toplu olması yanında kısmi planlı elementlerinin hangi metod safhalarında test edildiğini¹¹⁵ tafsilatıyla açık bırakmak suretiyle bunu karıştırıyor:

1- Kamulaştırma usulünün birinci safhasında cebri kamulaştırmanın veya cebri ipotekin üretim müesseselerinin lehine olarak sebebine göre caiz olup olmadığı

¹⁰⁹ Eiser /Riederer/Oberholte, Energiewirtschaftsrecht § 11. Anm. 4c. Fischerhof Energierecht, s.374; Keller, ibid, s.65.

¹¹⁰ Bu anlamda bkz: Fergg, Die Zwangs enteignung in Bayern, zu Art, I A. Ziff. 16 des Bayr. Zwangsabtsetzungsgesetzts vom 13.8.1930. (GVBl s.621); Yazar zorunlu tasfiye (Devir) işleminin Elektrik kurumuna uyan işletmeler hakkında da uygulanabileceği görüşündedir. Ayrıca Bkz. Eiser/Riederer/Loberholte, Energiewirtschaftsrecht, § 11 Anm. 4c.

¹¹¹ Ekonomi ve rekabet hukukuna ilişkin ihtiyaçlar için Bkz. Evers, Das Recht der Energiversorgung, s.65.

¹¹² Bir imar planı çerçevesinde kamulaştırmanın, Ener gG §11'e göre değil. B BauG. § 85. V. hükümlerine göre yapılması gerekir. Bunun için ilgili yerin imar planında enerji temin alanları veya nakil sahaları olarak belirlenmiş olması gerekir. Ancak bu durumda kamulaştırma işlemi başarılı olur.

¹¹³ Teşebbüs şeklinde karma - ekonomik işletmeler belirleyicidir. Karş: Evers, ibid, s. 34.

¹¹⁴ Bu konuda Bkz. :Ladewig, Die Energieversorgungsunternehmen in der Raumordnung, s.80.

tespit edilmektedir. Enerji kanununun 1. maddesine 1. bendine göre, en üst enerji teftiş makamı tarafından yerine getirilen kısmi kamulaştırma hakkının verilmesinin yerine tutuyor. Bu Prusya Enerji Kanununun 2. maddesini de tanıyor¹¹⁶. Enerji teftiş makamının bu birinci metod kısmındaki görevi, davranışı kamusal enerji üretiminin amaçlarına ve bununla da kamuya hizmet eden¹¹⁷ bir enerji üretim müessesesinin talep edici olup olmadığını branşla ilgili, enerji sanayisi yönünden bakış noktaları altında açıklamaktır. Enerji sanayisi hukukunda da Özel'e "geçici verilen" kamulaştırma hakkı içerik olarak kendisine devredilen kamusal üretim göreviyle sıkı bir uygunluk içerisinde. Her ne kadar özel kişi, kamusal enerji üretim görevini yerine getiriyorsa da, Enerji Kanunun gereğine göre projeye irtibat içinde olan bütün kamulaştırma durumları için kendi lehine olarak kamulaştırma talep edebilirler¹¹⁸.

"Özel" enerji üretiminin kamu yararıyla ilgili önemi, eğer bir üretim bölgesi içerisinde müşterilerin büyük çoğunluğunun işine yarıyorsa problem teşkil etmez. Enerji Kanunu kamuya açık olan üretime hizmet eden enerji üretim müessesesini, özel iktisadi üretim faaliyetinin kamu yararı hususunu kanunen güvenceye alarak¹¹⁹ sıkı ilişkilerle kontrol altına almaktadır. Her şeyden önce, ekonomik yönden uygunsuz talep edilebilirliğin sınırlarında herkesi genel şartlara ve genel tarife fiyatlarına bağlama ve temin etme görevi de bundan sayılmaktadır. (EnergG'nin 6. maddesinin 1. bendi)¹²⁰. Üretim ve tarife görevi, bütününde devletin, müessesenin iktisadi olaylara olan etkisinin güven altına almak isteyen¹²¹ resmi kontrol makamları¹²² tarafından yedekte bulundurmaktadır.

¹¹⁵ EnergG § 11 fıkra 1 ve 2'deki tartışmalı ilişki için Bkz.: Ladewig, ibid, s. 80-86: Eiser/ Riederer /Obornolte, ibid, § 8 Anm 4a.

¹¹⁶ Darge, Melchinger /Rumpf, Energierecht. 1 teil § 11 Anm 6a:

¹¹⁷ Eiser, Riederer, Obornolte, ibid, § § 8 und 9 EnergG; Anm. 4a.

¹¹⁸ § 11, f. 1'e göre Kamulaştırma hakkının verilmesinin maddi yönden kapsamı hakkında Bkz.: Eiser /Riederer / Obornolte, ibid.s.25.

¹¹⁹ Benzer yönde Bkz. Evers, Das Recht der Energieversorgung, s.66.

¹²⁰ EnergG § 7 deki sözleşme yapma ve fiyat tesbitini kamu kudretine dayandıran yetki için Bkz. Evers, ibid, s.127.

¹²¹ Burada EnergG §4, f 2'deki enerji hukukuna ilişkin yatırım kontrolü çerçevesindeki şikayet ve yasaklama hakkı; § 5, fıkra 1'deki işletmenin açılışındaki ruhsat düzenlemeleri § 6, f 4'deki enerji bağlantı ve üretimi temin konusundaki düzenleme yetkisi, §8 ve 9'daki işletmeden men konusundaki yetki ve § 13, f 2'deki teknik emniyet alanındaki yetkiler sayılabilir. Karş. Eiser /Riederer / Obornolte, Energiewirtschaftsrecht § 1 Anm. 3. b.

¹²² Bu yükümlülükler, enerji işletmesinin aynı zamanda "yetki devri yapılan" olarak da nitelendirilmesi sonucunu doğurur. Bu yönde Bkz: Friesenbahn, Grundgesetz und. Energiewirtschaft, ELW 57, 12.: Kamu Görevinin bir özel kişiye devrinin o kişiyi "yetki devri yapılan kişi" saymaya yetmeyeceği

Buna karşılık endüstriyel müşteriye sadece dar bir sahayı veya tek bir tanesini düzenli olarak veren tipteki müesseselerin kamulaştırma hakkına daha zor karar verilmektedir. Evers¹²³ böyle müesseselerin kamulaştırma hakkından, böyle üretim tesislerinin düzenli olarak sadece özel ekonomik yararları teşvik ettiğini sebep göstererek şüpheleniyor. Bu sınırlı açıklama kendi tutarlılıkları içinde ise, güvenli ve ucuz bir enerji üretiminin yararına olarak enerji sanayiini mümkün derece eksiksiz devlet kontrolü altına almak isteyen¹²⁴ kanunun enerji sanayisiyle ilgili hedef belirlmesiyle çatışmaya girmektedir. Sadece özel ekonomi subjeleri olarak müesseselerin vasıflandırılması üretim şartlarının büyük dağıtımda kabul edilmeyen¹²⁵ geniş ölçüde devlet kontrolünden uzaklaştırır. İlk baştan belirlenen bir müşteri sahasının teminine hizmet eden müesseseler de bundan dolayı “kamusal” enerji üretim müesseseleri olarak EnergG’nin 2. maddesinin 2. bendinde tasnif edilmekte ve o bakımdan kamulaştırma talep etmeye yetkili olmaktadır¹²⁶.

Buna karşılık başkasının değil, kendi ihtiyacı için enerji üreten¹²⁷ müesseselerin lehine olarak bir kamulaştırma imkanı tanınmaktadır. Bu müesseseler enerji kanununun kararlarına göre sadece eksik kamu yararını enerji üretiminin bu şekilde ortaya koyan sınırlı enerji hukukuyla ilgili bir teftişe tabi olmakta, Enerji üretim tesislerinin işletilmesi hizmet ettiği için, bu müesseselere arazi kamulaştırma kanununun koyduğu ölçüye göre bir kamulaştırma hakkı verilmesine engel olunmaktadır¹²⁸.

2- Ancak ikinci metod kısmında kamulaştırmanın somut çerçevesi belirlenmektedir¹²⁹. Kamulaştırma metodunun yürütülmesi için EnergG’nin 11. maddesinin 2. bendi düzenli olarak plan tespit etmeyi tek tek metod kısımları olarak ayıran toprak hukukuyla ilgili kamulaştırma kanunlarını gösterilmektedir. Doğrusu

yolundaki genel itiraz, enerji hukukunda da böyle bir derecelendirmeyi kabul etmez. Sonuçta benzer yönde Bkz. Evers, ibid. S.61.

¹²³ ibid, §.66.

¹²⁴ Devletin kontrol imkanı ile özel kişilerin kamulaştırma hakkı arasındaki dar anlamdaki içerik ilişkisi konusunda Bkz. Keller Enteignung für Zwecke der öffentlichen Energieversorgung, s. 61.

¹²⁵ Bu yönde Bkz.: Evers, ibid, s.59.

¹²⁶ Benzer yönde; Eiser, Riederer/ Obernolte, Energiewirtschaftsrecht, Vorb. Zu §§ 8 und. 9 EnergG, Anm.3.

¹²⁷ Baer - Henny, Die Stromwirtschaftliche Betötigung Industrieller Eigenanlagen aus öffentlich - rechtlicher Sicht, s.166.

¹²⁸ Evers, ibid, s.67.

¹²⁹ Benzer yönde; Ladewig, Die Energie versorgungsunternehmen in der Raumordnung, s.84.

bu ikinci metod kısmında, bununla enerji sanayisiyle ilgili ihtisas planlamasını diğer kamulaştırma metodunda dikkat edilen özel ve kamusal yararlarla uyum sağlatabilen ilgili eyalet¹³⁰ enerji teftiş makamı yetkili kılmıştır. Kamulaştırma açısından önemli yararların incelenmesi gibi müzarekesi de enerji sanayisiyle ilgili projenin önemli konumundan dolayı her şeyden önce arazi planıyla ilgili talimatlara dikkat etmek zorunda olan kamulaştırma hukukuyla ilgili plan tespit etme usulündeki hukuk tekniğine uygun olarak icra ediliyor. Düzenli olarak kamulaştırmanın somut nesnesini, ayrılan temel mülkiyetin büyüklüğü ve sınırını, yapımını, muhafazasıyla kurucusunun görece olduğu tesisler ve belirlenen sınırların çerçevesini belirleyen planı tespit etme kararında kamulaştırma hukukuyla ilgili izin hükmü somut şeklini bulmaktadır.¹³¹

II. 2.4.1.2.2. Kamusal Su Temini Amacıyla Yapılan Kamulaştırmalar

Kamusal ve su temini müesseselerinin su temini tesislerinin yapımı ve işletilmesi için arazi ihtiyacını kendisiyle karşıladığı¹³² cebri müdahaleler kamulaştırma hukuku açısından yararlıdır. Enerji sanayii alanında olduğu gibi kamusal su temini alanında da, iş yapma kabiliyeti çerçevesinde kamuya içme ve kullanma suyu temin etme¹³³ göreviyle donatılan, özel hukuk yönüyle yapılaşmış üretim müesseseleri söz sahibidir. Kamuya su temini amacıyla eyalet su kanunlarının izin verdiği gibi özel şahıslar bir kamulaştırma bürosu tarafından himaye edilir. Bu temin etme görevini gerçekleştirdikleri takdirde kamusal hukuki bağların sıkı bir örgüsü sayesinde kamu idaresinin “hizmetine” girmiş ve böylece kamulaştırmaya hak kazanmış olurlar.

Enerji ve nakliye hukukundakinden başka su hukukunda da kamusal su üretim müesseselerini kamusal mevcudiyetin devamı görevleriyle ve bununla da

¹³⁰ EnergG § 11 f. 2 federal alanda geçerli bir hükümdür. Burada daha önce yetkili olan imparatorluk ekonomi başkanı yerine, eyalet hukukuna göre yetkili kılınan enerji denetim makamları gelmiştir.

Bkz.: BVerwG'nin 7.6.1967 tarihli kararı = BayVBI 1968, 99.

¹³¹ Eiser, Riederer, Obornolte, Energiewirtschaftsrecht, § 11, Anm 5.

¹³² Buna karşılık atıksu tesisleri ve nakil hatları kamu kuruluşu gözetiminde işletildiğinden bu işletmeler lehine yapılan kamulaştırmalar özel menfaatlere hizmet eden kamulaştırma sayılmaz.

kamu yararıyla görevlendirilen yasal düzenlemelere ihtiyaç duyulmaktadır. İdare hukuku yönden gerçi tereddütlü olan¹³⁴, fakat aynı zamanda idari uygulamanın en sağlam bir kısmı olan ve böylesi olarak düşünülen su ve yol ruhsatı anlaşmalarının yardımıyla birçok defa kamusal su üretimi üzerindeki etkisini güven altına almaktadır. Bu anlaşma bağları sayesinde özel iktisadi müessese faaliyetinin kamu yararı öneminin nasıl güven altına alınabildiği hususuna ilginç bir örnek teşkil etmektedir.

Kamusal yolları konu alan nakliye idarelerinin inşası için hem yol hukukuyla ilgili bir özel faydalanma iznine, hem de su yolu sahibi olarak kamu gücünün rızasına ihtiyaç duyan su sağlama müesseseleri kendi ekonomi faaliyetinde büyük ölçüde bu ruhsatların verilmesine bağlı bulunmaktadır. Kamu idaresi bu bağımlılığı özel hukukla ilgili sözleşmeler üzerine etkili olmak için kullanmaktadır. Özel hukukla ilgili sözleşmelerde olduğu gibi böyle müşterek bir “ruhsat sözleşmesinde” özetlenen kamu hukukuyla ilgili yan kararların tipik içeriği, belediyenin belediye su yollarını kullanması için üretim müessesesine izin verdiği müşterek kullanım hükmünün yanında, ücret belirleme hükmü¹³⁵ gibi sözleşme yapma, işletme ve teftiş etme hükmünü de kapsamaktadır. Böylece sözleşme yapma hükmü, müesseseyi belediye sınırları içindeki herkese iş kapasitesi çerçevesinde su temin etmeyle görevlendirdiği için, su temininin kamusallığını garanti altına almakta, işletme hükmünde üretim müessesesi, işletme tesislerini idare ağı dahil olduğu halde iş yapabilecek ve işletmenin emniyetini sağlayabilecek durumda elinde bulundurma gibi işletmeyi inşaa etmekle de görevlendirilmektedir. Üretim müessesesinin işletmenin güvenliği konusunda olduğu gibi iş yapma kabiliyeti hususundaki teftiş ve kontrol imkanlarını teftiş hükmü ortaya koymaktadır. Ücret belirleme hükmü üzerine kamu idaresi müessesesinin üretim şartları gibi fiyatları üzerinde de etkili olmakta ve teftiş imkanları gibi ek kontrol imkanları bu bakımdan üretim müessesesinin bağımlılığı sayesinde su idaresi hukukuyla ilgili bir ruhsat tarafından WHG (Su İdaresi Kanunu)’nin 8. ve 9. maddelerine göre izin veya muvafakat) müşterek içme

¹³³ Kamuya ilişkin su temin eden işletme kavramı ve kanuni tanımı konusunda Bkz: Burghartz, WHG, § 8 Rdnr.4.

¹³⁴ Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. 1. S. 566.

¹³⁵ Kamu ve özel hukuka ilişkin kuralların, imtiyaz sözleşmesinde (karıştırılması) birleştirilmesi ve bu tip sözleşmelerin içeriği konusunda Bkz: Huber, ibid, s.573 - 574.

suyundan istifadeye açılmaktadır.¹³⁶ Bu ruhsatlar da su kullanımının kamu yararı uygunluğunu güvence altına alan sorumluluklar (WHG'nin 4. maddesi) ve kullanım şartlarıyla bağlanabilmektedir. İlk olarak özel hukukla ilgili sözleşmelere izin verdiği, müşterek su temin etmenin idaresine olduğu gibi idari bir teftişine de su idaresi hukukunda sınırlamalar getirilmektedir. Su kullanımıyla doğrudan bağlı olan müdahaleleri ortadan kaldırarak engellemek isteyen WHG'nin izafi hedef belirlemesi, su hukukuyla ilgili yan kararlar hakkında ekonomi ve sosyal politikayla ilgili hedefler tayin etmeyi¹³⁷ yasaklanmaktadır.

Özel hukuk gibi yol ve su hukukuyla ilgili görevlendirmeler bütünüyle kamu idaresi ile kamusal üretim müesseseleri arasında sıkı bir bağ oluşturmaktadır ve müessesenin kamu yararı üzerine olan hedeflerinin titizlikle gerçekleştirilmesini güvence altına almaktadır.

II.2.4.1.2.2.1 Kamusal Su Temini Müesseselerinin Lehine Olarak Arazi Hukukuyla İlgili Kamulaştırma Düzenlemeleri

Kamusal su temini müesseselerinin lehine olarak özel yasal kamulaştırma düzenlemeleri incelendiğinde, bunun Almanya'da sadece Kuzey Ren-Wesfalya¹³⁸ ve Bavyera¹³⁹ su kanunlarının açıkça kamusal su temini amaçları için bir kamulaştırmaya izin verdiği göze çarpar. Doğrusu bu su kanunlarının bir kamulaştırma amacı doğrultusunda sadece su elde etme ve depolama tesislerinin yabancı gayr-ı menkuller üzerinde su nakletme tesislerinin inşası için gerekli olan kamulaştırmaları da ödemesi dikkat çekicidir. Diğer eyaletlerin su kanunları bu amaç için, kamulaştırma hukukuyla ilgili tabiatı ihtilaflı olan yürütme idaresi hukukunu oluşturmaktadır¹⁴⁰.

“Kamusal su temini” için kamulaştırma amacını tafsilatlı olarak düzenlemeyen Bavyera gibi Kuzey Ren- Wesfakya su kanunlarını formülize edilmesi

¹³⁶ Bunun için Bkz. Burghartz, WHG, § 4 Anm 2; Gieselce /Wiedemann, WHG, § 4 Rdnr. 2 f.

¹³⁷ Benzer yönde Gieselce / Wiedemann, § 4 Rdnr. 5.

¹³⁸ 22 Mayıs 1962, GVNM s.235.

¹³⁹ 26 Temmuz 1962, GVB I s.143.

¹⁴⁰ Bu konuda Bkz. Schulte, Zum Wesen der Zwangsrechte und der Ausgleichung, ZfW 1966, s.72, 75.

kamulaştırma makamlarına geniş bir hareket sahası bırakmaktadır. Kamusal su temini müesseselerinin kamulaştırma hakkını bu tarz bir ilişki içinde muhafaza emektedir. Bir çok eyalet su kanunları kamusal üretim müesseselerinin lehine olan özel yasal bir kamulaştırma düzenlenmesinde eksik bırakıldığı için, yukarıdaki prensip çerçevesinde genel kamulaştırma düzenlemelerine istinad ederek, müesseselerin kamulaştırma hakkını belli sınırlar içine almaktadır.

(a) Kuzey Ren- Wesfalya eyalet su kanunu (LWG)'nın 45. maddesinin 6. bendindeki kamulaştırma unsurunun formülize edilmesinde enerji sanayi hukukundan bilinen iki safhalı kamulaştırma tekniğini kullanmıştır. Birinci adımda, “Her ne kadar kamusal su temini amaçları için” lüzumlu olsa da, en üst su makamı kamulaştırmanın olabilirliğini tespit etmekte ve bu tespit Prusya Kamulaştırma Kanununun¹⁴¹ 2. maddesinden örnek alındığı gibi, kamulaştırma hakkının verilmesinin de yerini almaktadır.

Bu metod kısmındaki su dairesinin görevi, kamulaştırma talep eden müessesenin gerçekte kamusal üretim göreviyle donatılıp donatılmadığını itinalı bir şekilde araştırmaktır. Su hukuku gibi yol hukukuyla ilgili ruhsat sözleşmeleri burada Özel'e ait üretim faaliyetinin kamu yararı önemi hakkında güvenilir malumat verebilir. İşletme suyuyla tek tek sanayi işletmelerinin üretimine hizmet eden su merkezlerine kamusal üretim görevleri¹⁴² bulunmadığından dolayı kamulaştırma hakkı verilmektedir.

Kamulaştırma projesi ancak bitişik plan tespit etme usulünde LWG'nin 45. maddesinin 6. bendinin atıfta bulunduğu Prusya Kamulaştırma Kanununun 14. maddesine göre yer olarak sabitleştirilmiştir. Yetkili kamulaştırma dairesi ikinci bir metod adımıyla kamulaştırma hukukuyla ilgili müdahalenin gerçekte planlanmış projenin gerçekleştirilmesi için ne dereceye kadar gerekli olduğunu incelemektedir.

(b) Bavyera Su Kanunu da “su temininde fayda sağlayacak” kamulaştırmayı (72. maddenin 1. bendi) iki safhalı¹⁴³ olarak düzenlemektedir. Kamulaştırma usulünün yürütmeye konmasından önce eyalet yönetimi olumlu bir neticede asıl kamulaştırma usulünün talimat doğrultusunda ortaya koymak için

¹⁴¹ Burghartz, WHG, § 45, Anm. 6.

¹⁴² Bkz.: Rehder, Niedersächsisches Wassergesetz, § 8 Rdnr. 4.

(LWG'nin 86. maddesinin 1. bendi) kamulaştırma projesinin prensip olarak kamu yararına hizmet edip etmediğini incelemek zorundadır. Özellikle üzerinde durulması, 72. maddenin 2. bendinde özel şahsın lehine olan bir kamulaştırmanın şartlarını kesin ihtiyati tedbirler altında kabul ettiği için, Bavyera eyalet su kanununun kamulaştırma düzenlemesine hizmet etmektedir. Müteşebbis, hem tazminat için hem de kamulaştırma projesinin yürütülmesi için gerekli olan materyale sahip olduğunu açıklamak ve lüzumu halinde sigorta icraatıyla kuvvetlendirmek zorundadır. LWG'nin 72. maddesinin 4. bendinin geri kamulaştırma yetkisiyle birlikte kanun koyucu özel şahsın kamulaştırma hakkını amacı dışında kullanamayacağını da garantiye almaktadır¹⁴⁴.

II.2.4.1.2.2.2. Kamusal Üretim Müesseselerinin Lehine Olan İdari Yapılanma ve Cebri Haklar

Kamusal su temini müesseseleri üretim vazifelerini, mümkün olduğu derecede geniş civara ayrılan bir yönetim ağı üzerinde tasarruf sahibi olmaları halinde iyi bir şekilde yerine getirebilirler. Onlar üretim şebekelerini lüzumu halinde muhatabatın isteği karşısında yabancı gayr- ı menkul üzerinden sevk etme mecburiyetinden kalabilirler.

Gerekli olan arazileri üretim alanları olarak (BBauG'nin 9. maddesinin 1. bendinin 12. şıkkı) gösteren veya bir idare hakkı için (BBauG'nin 9. maddesinin 1. bendinin 21. şıkkı) dikkate alan¹⁴⁵ bir inşa planının geçerlilik alanında nakliye yönetimlerinin inşası esas problemleri oluşturmamaktadır. Müesseseler burada lüzumlu olan alanları veya idare haklarını Bavyera İmar Kanununun (BBauG) kendi tekniğinde muhafaza edilmiş olan BBauG'nin 85. ve 104. maddelerinin hükümlerinde ifade ettiği gibi, şehir inşasıyla ilgili idari kamulaştırmanın yardımıyla “planlı fer’i” şekilde elde edebilirler.

¹⁴³ Bkz. Sievers, Wasserrecht, s.372.

¹⁴⁴ Bullinger, Die Enteignung zugunsten Privater, s. 469.

¹⁴⁵ Toprağın üstünün özel kişiler tarafından kullanılmasının imkansız hale geldiği, yer altından boru (nakil hattı) döşenmesi de kural olarak toprak üstündeki nakil hattı gibi değerlendirilmektedir. Bu konuda Bkz: Bielenberg/Ernst/ Zinkahn, § 9 Rdnr. 53.

Uzak yönetimler gibi planlaması yapılmamış olan dış sahada yabancı gayr-ı menkulleri parçalayabildiği veya planlı olarak onları tespit etmek¹⁴⁶ gerekli olmadığı için, su nakil yolları bir imar planında gösterilmemişse, buna karşılık bu maddelerin uygulanması daha zorlaşmaktadır. Hemen hemen bütün eyalet su kanunlarınca mülk sahibini kendi gayr-ı menkulü üzerinde yer değiştiren üretim yöntemlerine izin vermekle görevlendiren idarenin cebri hakları biliniyorsa da, izin unsurları olarak kamulaştırma hukukuyla ilgili atipik formülize etme, doğrusu gerçekte kendileriyle gerçek bir benzerliği paylaştığı¹⁴⁷ cebri hukukuyla ilgili çatışma kararlarının anlamını ilk defa onların hesabına değerlendirme yolunu göstermiştir. Cebri hukukun tam bir analizi, kamulaştırma hukukun kendi ruhunda var olduğunu ve her şeye rağmen cebri hukukuyla ilişkide ikinci derecede etkilendiğini ortaya koymaktadır¹⁴⁸.

Nieder- Sakson eyaleti su kanununun 125. maddesi eyalet su kanunlarının formülize edilmeleri için bir örnek teşkil edebilir. “Su temini için müteşebbis ilgili gayr-ı menkul ve suların sahiplerinden kapalı su yoğunluğu olan tesislerdeki temiz ve pis suyun yeraltı ve yerüstünden sevkedilmesine ve tazminat karşısında şebekelerin muhafazasına tahammül etmelerini isteyebilir. “Diğer LWG’nin paralel düzenlemeleri için örnek olan nsLWG’nin (Nieder- Sakson Eyalet Su Kanunu) 127. maddesine göre tahammül, görevi binalar, çiftlik evleri, işletme gayr-ı menkulleri, bahçeler, park alanları ve mezarlıklar için sınırlandırılmıştır. Sadece istisnai olarak “kamu yararı sebeplerinden” böyle gayr-ı menkuller hakkında temiz ve pis suyun yer altından sevkedilmesine izin verebilir.

Sevk ve cebri hakların bir kuruluşuna bununla sadece temel mülkiyetlerle olan ilişkide izin verilmemektedir. Kanun metnine göre, su şebekesi tesislerini işleten her müteşebbis talep hakkına sahiptir. Su temini müessesesinin lehine olan sevk etme hakları o halde tartışmalı gayr-ı menkullerin komşu hukukuyla ilgili istenen iyi bir şekilde kullanılabilmesine hizmet etmektedir. Onlar kamu yararı güvencesi sağlanmış

¹⁴⁶ Enerji temin ve nakil hatlarının geçeceği yerlerin imar planında gösterilmesi gereğinden, ancak, ilgili arazi sahibinin başka bir işlemde kaynaklanan katlanma yükümlülüğü sebebiyle hatların geçmesini kabul etmek zorunda kaldığı durumlarda sarfinazar edilebilir. Bkz: Bielenberg/Ernst/Zinkahn, ibid, 53. Arazi sahibinin toprak altından geçecek su nakil hatlarına katlanma yükümlülüğü söz konusu olduğunda, bu hususu planlama sırasında belirtilmesi gerekir. Bu konuda Bkz: Halstenberg Die Versorgungswirtschaft im Städtebaurecht, s.18.

¹⁴⁷ Burghartz, LWG, § 86 Anm. 1.

bir su temininde ilgili temel mülkiyetlerin yararlarına sevkeden girişim kurallarıdır. Bununla birlikte maddi kamulaştırma düzenlemeleridir¹⁴⁹.

Kamulaştırma unsuru olarak cebri sevk etme hukuku Alman Anayasanın 14. maddesinin 3. bendinin anayasa hukukuyla ilgili kamulaştırma şartlarına atıf yapmakta¹⁵⁰. Cebri hakları oluşturmak isteyen özel iktisadi üretim müesseseleri üretim faaliyetlerinin kamu yararına olan hizmetlerini ispat etmek zorundadırlar. İspat, nsLWG'nin 127. maddesini örnek olarak gösterdiği gibi, vasıflandırılmış olarak kullanılan gayr-ı menkulleri yönetimleriyle görmemezlikten gelmesi durumunda gerçekleşmez. Bu yabancı temel mülkiyet hakkında bütün idareler için, birçok defa istenmektedir. Kamusal üretim müesseselerinin cebri sevk etme hakkı da kendileri için düzenlenen klasik kamulaştırma hakkı gibi, içerik olarak kendilerine devredilen üretim göreviyle sıkı bir ilişki içindedir: Her ne kadar kamusal üretim görevlerinin muhatabı olsalar da zorlamaya yetkilidirler.

Son olarak bu konuyu kısaca özetleyecek olursak şunları söyleyebiliriz:

Kamu müesseselerinin kamulaştırma hakkı kendilerine devredilen kamusal görevlerine bağli olarak gösterilmiştir. Onlar sadece devletin kendilerine maddi- kamusal görevler yüklediği ölçüde kanunlaştırmada yetkilidirler. İçinde araştırılan özel hukukla ilgili ulaşım veya üretim müesseselerinin faaliyette bulunduğu klasik kamu varlığının muhafazası çerçevesinde özel ekonomi faaliyetinin kamu yararı öneminin ispatı kolay olmaktadır. “Özel şahsa faydalı” kamulaştırmanın meşruiyetini gösteren ulaşım veya üretim düzenlemelerine sahip olan bir bölgenin altyapı donanımı devletin sorumluluğunu daha önce kendisi için kabul ettiği¹⁵¹ kamusal varlığı muhafazanın geleneksel alanına dayandırılmaktadır. Devletin özel hukukuyla ilgili organize edilmiş olan ve çalışan iktisadi teşebbüslerdeki temel yararı, kanun koyucunun devlet ve iktisadi teşebbüslerin arasındaki idare gibi bağladığı resmi idare ve teftiş yetkililerinin sık örölmüş bir ağında somut olarak görölmektedir. Devlet ücret belirleme üzerinde olumlu olarak şekillenen bir etki elde

¹⁴⁸ Ayrıntılı bilgi için Bkz.: Schulte, Eigentum und öffentliches Interesse, s. 268.

¹⁴⁹ Schulte, ZfW 1966, s.77.

¹⁵⁰ Ayrıca bu konuda anayasaya dayanan aşırılık yasağı (ölçölülük prensibi) da deklare olunmalıdır ki burada uygunluk, gereklilik ve müşahhas olarak hattın güzergahının belirlenmesi önem arzeder. Bu konuda Bkz: Schulte, ibid, s.78.

¹⁵¹ Bu konuda Bkz: Bull, Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, s.240.

etmekte, müesseselere bir işletme görevi vermekte ve teknik işletme idaresi üzerinde etki sahibi olmaktadır. Yönetimde teftiş yetkisi hukuk tekniği açısından doğrudan kanun sayesinde sözleşmeli bağlılık hakkında hedefini belirlemektedir. Onlar esas müessese kararlarını özel düzenlemelerden bütünlüğü içerisinde mahrum bırakmakta ve onları devletin sorumluluğuna bırakmaktadır. Onlar ancak özel şahsı, resmi idare organizasyonuna katmaksızın kamu idaresinin “hizmetine” almaktadır. Kamulaştırma hukukuyla ilgili görünüm altında özel ekonomi faaliyetinin bağlılıkları iki türlü sebepten dolayı ilginçtir: Kamusal müesseseler müessese hedeflerinin kamu yararı hususunu işaret ediyorlar, aynı zamanda özel şahsın kamulaştırma hakkını “amaç dışı” olarak kullanmayacağını garanti altına alıyorlar. Kamu idaresinin hedeflerine bu sıkı bağlılığa rağmen ekonomi kabiliyeti ancak özel şahsa faydalı olarak kalıyor: Kamusal mevcudiyeti muhafaza alanındaki özel ekonomi kabiliyetinin motor ve teşviki her şeye rağmen, devlet özel hukukuyla ilgili organizasyon şekillerini, başarı kazanmak için¹⁵² hizmete sunarsa, daha sonra geri kalan fayda beklentisine işaret ediyor. Kamu yararı talebi ve kazanma yolunu gösterme, biri diğerini mecburi engellemeksizin, yan yana bulunur.

II.2.4.1.3. EKONOMİYİ HİMAYE EDEN ÖZEL İKTİSADİ TEŞEBBÜSLERİN LEHİNE OLAN KAMULAŞTIRMALAR

II.2.4.1.3.1. Özel İktisadi Faaliyetin Kamusal Anlamı ve Kamulaştırma Hukukuyla İlgili Önemi

Başlangıçta incelenen kamu müesseselerinden başka özel iktisadi teşebbüsler hem kanuni ve idari faaliyet sayesinde, hem de sözleşmeli bağlılıklar üzerinden kamu idaresinin hizmetine sunuluyor. Kamu müesseselerinin lehine olarak kamulaştırmayı meşru gösteren, somut olarak kuvvetlenen her kamu yararı talebinde, hem yazılı metnin¹⁵³, hem de tek tek mahkeme içtihatlarının¹⁵⁴ böyle müesseselerin lehine olan kamulaştırmaya izin vermekten alıkoyması onların eksik yönüdür.

¹⁵² Bkz. Rüdner, Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft, s.144.

¹⁵³ Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. 2, s.60.

¹⁵⁴ OVG Koblenz, As 7, 209; BVerwG 1, 43; OVG Rheinland - Pfalz, ZfB 100, 214.

Hangi kamu yararlarının bu ekonomiye uygun kamulaştırmaları meşru gösterdiği sorusuna yazılı metin mümkün olan kamulaştırma sebeplerinin renkli bir yelpazeyle cevap veriyor: Kapasite genişletme, verimliliği artırma veya sosyal ürünün artırılma hedefleri, acele iş yeri temini veya güvenliği veya müessesenin halk ekonomisi anlamı sebepleriyle vasıflandırılıyor. Nihayet onunla her özel ekonomi faaliyetine girmiş olan ve bir müessesenin gelişen büyüklüğüyle kuvvet kazanan daha geniş ekonomik, sosyal ve politik hususlar kamulaştırmanın oluşması için kullanılıyor¹⁵⁵.

II.2.4.1.3.1.1. Özel İktisadi Teşebbüslerin Kamu Yararı Anlamı

Özel iktisadi teşebbüslerin kamusal anlamı etrafındaki periyodik olarak tekrar alevlenen tartışma¹⁵⁶ bütün çabalara rağmen, Krüger'in¹⁵⁷ ileri sürdüğü gibi, mümkün kamu yararı hususlarının kabaca sistematikleştirilmesi çerçevesinde soyutlanmadı. Özel iktisadi faaliyetin kamusal anlamını garanti altına almış bir ölçüde ölçmeyi mümkün kılan anayasa hukukuyla ilgili oluşan bir devlet görevi esasının noksanlığında bunun için daha büyük sebep aranılması gerekiyor¹⁵⁸. Gerçi sosyal hukuk devletinin anayasasına, günümüzdeki devlette sadece bütün insanların sosyal kaderi değil, aynı zamanda devletin iş başarma kabiliyeti de bizzat ekonominin dört başı mamur gitmesine bağlı olduğu¹⁵⁹ için, özel ekonomi faaliyetlerinin genel ekonomiden soyutlanması mümkün değildir. Ekonominin işlemesi¹⁶⁰ için şüphesiz devlete verilen tam sorumluluk anayasanın¹⁶¹ tek tek kararlarında ancak noksan olarak ifadesini bulmakta ve özel ekonomi faaliyetini

¹⁵⁵ “Özel menfaati aşan önemlilik” konusunda Bkz: Krüger, Planung V, s.21; Farke, Öffentliche Bedeutung privater Wirtschaftsunternehmen und Sozialpflichtigkeit des Eigentums, s.12.

¹⁵⁶ Saladin, VVDStRL 35 (1977), s.7.

¹⁵⁷ Allgemeine Staatslehre, s.407.

¹⁵⁸ Devlet görevleri teorisi konusunda ihtimaller ve yöntemler hakkında Bkz: Bull, Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, s.250.

¹⁵⁹ Farke, Öffentliche Bedeutung privater Wirtschaftsunternehmen und Sozialpflichtigkeit des Eigentums, s.11.

¹⁶⁰ Forsthoff/Bachof, VVDStRL 12, s.8.

¹⁶¹ Bull, Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, s.252.

münferit hadiselerde maddi olarak sınıflandırmak için desteğe ihtiyaç duyan sosyal devlet prensibi¹⁶² de ancak çok az bir imkan verebilmektedir.

Krüger daha büyük iktisadi teşebbüslere her şeyden önce üç görünüm altında kamusal anlam kazandırıyor: Ekonomik gücüyle aynı zamanda gerçek politik gücün hissesine düştüğü¹⁶³ genel-politik anlamının yanında onlar kamu için gereken büyük ağırlığın taşıyıcısı olarak öncelikli olmalıdır. Halkın geçimi için toplu ekonomik veya bölgesel anlamdan, üretilen malların (kilit sanayii gibi) tarzından veya müessesenin hakim olan pazar yerinden sonuç çıkarabilen iktisadi kamu hususu ön plandadır. Ekonomik anlamının yanında iktisadi müesseseler, işyerlerinin vericisi olarak bir şehrin veya nahiyenin daha büyük nüfus yoğunluğu olan kısmının maddi mevcudiyetini güvence altına alan ve halkın sosyal entegrasyonunun bir faktörü olurlarsa¹⁶⁴ önemli sosyal fonksiyonları yerine getirirler. İşyerinin yapımı ve muhafazası sosyal hukuk devletinde sadece özele ait bir mesele değildir, bilakis doğrudan kamusal anlamı vardır. Özel iktisadi teşebbüslerin genel- politik, ekonomik ve sosyal yayılımları, özel iktisadi teşebbüslerin genel- politik, ekonomik ve sosyal yayılımları, özel iktisadi teşebbüsleri kamusal anlamı altında anlaşılanın gerçek dayanağını oluşturuyor.

II.2.4.1.3.1.2. Kamulaştırma Hukukuyla İlgili Sonuçlar

Özel iktisadi teşebbüslerin de anayasa hukukuyla ilgili bilinen kamusal bir fonksiyonu içinde bulundurması tutma keyfiyeti, onlara bundan dolayı bir kamulaştırma hakkı verilmesi yanlış bir mukayeseye teşvik edilemez. Özel iktisat teşebbüslerinin gibi kamulaştırma hakkını her zaman olduğu gibi bilinen kamusal anlamdan çıkarmak isteyen¹⁶⁵, düşünülen kamu yararlarının işaretinin anayasayı özel ekonomi faaliyetine havale etmekle çok gerekli olamayacak şekilde bir teminat

¹⁶² Huber, Rechtsstaad und Sozialstaat inder Modernen Industriegesellschaft, s.249.

¹⁶³ Krüger, Allgemeine Staatslehre, s.412.

¹⁶⁴ Bkz: Farke, Öffentliche Bedeutung privater Wirtschafts unternehmen und Sozialpflichtigkeit des Eigentums, s.12.

¹⁶⁵ Hamann, BB. 1957, 1258; Benzer yönde Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. 2. S.23. 60.

verdiğini anlamak istemez. Kamulaştırma hukukuyla ilgili şerh literatüründe¹⁶⁶ ve mahkeme içtihatlarında¹⁶⁷ bu olay münferit hadiseler tarafından çözülmüş olarak, her kamu yararının genelin menfaatiyle aynı olduğu şekilde standartlaşan formülle tarif ediliyor; ancak artan, maksada uygun objektif bir kamu yararı anayasanın 14. maddesinin 3. bendinde belirtilen kamu yararına uygun olabilir ve yapılan bir kamulaştırma müdahalesini haklı çıkarabilir. Formülün hüküm değeri kamu yararı hükmü gibi küçük bir şeydir. O geniş alanlarda anayasanın muhtaç olduğu kamu yararının maddi değer skalasına atıfta bulunuyor¹⁶⁸. Belki nakliye ve üretim faaliyeti alanının gerçekleştirildiği gibi, basit devlet görevlerinden devletin yönetim ve teftiş hususlarının bir örgüsü sayesinde yanlış anlaşılmayacak şekilde ortaya koyduğu¹⁶⁹ kamu yararının¹⁷⁰ tarafsız olarak artan öneminden olduğu söylenebilecektir. Buna karşılık basit devlet programlarının dar çekirdek alanı dışında özel ekonomi faaliyetinde kamu yararına ağırlık vermek daha zor olmaktadır. Anayasanın sadece ek olarak görülen ekonomi durumunun kontekstindeki özel ekonomi faaliyetini takdir eden¹⁷¹ anayasa hukukuyla ilgili hususlar, burada müessese yararlarının genel bir üstünlüğü anlamındaki her toplu çözümü kendiliğinden yasaklıyor. Sadece farklılaşan, münferit, duruma indirgenen ve bununla dikkatlice incelenen çözüm kamulaştırma hukukuyla ilgili kamu yararı hükmünün esaslı - sistematik fonksiyonunu “açık çelişki kuralı” olarak haklı çıkarabilir¹⁷². O kamu yararlarının hangi durumlarda anayasaya göre, mal sahibinin şahsi çıkarları azalmasını gerektirecek¹⁷³ kadar kuvvetli olarak geçerli olduğunu, her bir durumda dikkatlice incelenmesinden başka, bu davada hiç bir şey ifade etmiyor. İktisadi müesseseler tarafından kamulaştırmanın oluşturulması için sahneye konan yararların maddi ağırlığı anayasanın 14. maddesinin 3. bendinin inceleme hükmünde asıl inceleme

¹⁶⁶ Kimminich, BK, Art.14 Rdnr.272; Schulte, Eigentum und Öffentliches Interesse, s.85; Scheuner, Verfassungsschutz des Eigentums, s.94; Wilhelm, DÖV 1965, 400; W. Weber, Eigentum und Enteignung, s.382.

¹⁶⁷ Bad SfGH'nin 3.7.1950 tarihli kararı = VerwRöpr. 2, s.411 (416); OVG Rheinland - Pfalz, ZfB 100, 214; OVG Koblenz, 29; 1. 1959 tarihli kararı = As Bd. 7. S. 201 = DÖV 1960, 315. Benzer yönde BVerfG'nin 12.11.1974 tarihli kararı = BVerfGE 38, 175.

¹⁶⁸ Bu konuda Bkz: Bull, Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, s.114.

¹⁶⁹ Schnur, Gemeinwohl Öffentliche Interessen in den Verfassungen und den Gesetzen des Sozialen Rechtsstaates Bd. 39. S.57.

¹⁷⁰ Denetleme ve yönlendirme yetkisinin dayanak tesbit etmesi yolundaki etkisi hakkında Bkz: Ossenbühl, VVDStRL, 29, s.204.

¹⁷¹ Badura, Wirtschaftsverwaltungsrecht, s. 275-277.

¹⁷² Aynı doğrultuda Schnur, Gemein..., ibid, s.70,71.

hadisesiyle müşterek bir süreç için karışıyor; birleşik kaplar sistemine benzer şekilde özel ve kamu yararlarını birbirine bağlıyor ve onları eşit seviyeye getiriyor. Beyan edilen formal çerçeve, onu maddi olarak tamamlama mecburiyetinden doğmuyor. Bu, potansiyel muhataplar ve kamulaştırmayı himaye edenler yanında cebri müdahalenin lehine veya aleyhine konuşan güçlerin ve heyecanların gösterilmesi suretiyle başatılır. Bunun ilk talimatta ekonomiyi himaye eden bir kamulaştırmaya tafsilatlı olarak izin veren kamulaştırma düzenlemelerinin somutlaştırılması için görevlendirilen kanun koyucunun¹⁷⁴ yararlarına nasıl önem verdiği hakkında inceleme yapılarak bilgi verilebilir.

Bu bakımdan anayasanın, ekonomiyi himaye eden kamulaştırmalardaki kamu yararını kesin olarak tarif eden hiçbir toplu büyük formülü gerçekten hazır tutmadığı, fakat diğer taraftan özel ekonomi faaliyetinin onun için tamamiyle önemsiz olmadığı göz önüne alınırsa, münferit ihtilaf durumlarının çözümü için içerikle ilgili kriteri doğrudan anayasadan çıkarma denemesi esas itibariyle ümitsiz görünmektedir.

II.2.4.1.3.2. Yasal Yarara Önem Verme ve Kanun Koyucudan Ekonomiyi Himaye Eden Kamulaştırmalar

Özel ekonomiyi himaye eden kamulaştırma düzenlemeleri üzerine eyalet gibi aynı zamanda federal devletin kanun çıkarma işlemleri incelenirse, bunların nadir görülen istisnai durumlar olduğu tespit edilir. Kamulaştırma makamları özel iktisadi teşebbüslerin lehine olarak kamulaştırma müdahalesi düzenlemek için¹⁷⁵ eyalet kamulaştırma kanunlarının genel kamu yararı hükümlerine düzenli olarak el atıyorlar. Bundan dolayı bu kadar büyük yarar, hangi fonksiyonun anayasasının ekonomi düzenlemesi altında ekonomiyi himaye eden kamulaştırma hareketlerini

¹⁷³ Kimminich, BK, ART,14 Rdnr,267.

¹⁷⁴ Kanun koyucunun vasıflandırma yetkisi konusunda Bkz: Martens, Öffentliche als Rechtsbegriff, s.186.

¹⁷⁵ Zum Bau einer Stahlrohrleitung zwecks Beförderung von Raffineriegasen, Amtsblatt des Reg - Bez Münster 29 Januar 1977, Nr. 4. S.33.

yerine getirebileceğini örnek olarak gösteren kömür intibak kanunu¹⁷⁶ ve patent kanunu¹⁷⁷ kamulaştırma unsurlarıyla karşı karşıya getiriliyor.

II.2.4.1.3.2.1. Kömür İntibak Kanununun Yapıyı İyileştiren Kamulaştırması

Kömür İntibak Kanununun orijinalliği özel'e faydalı kamulaştırmayı ekonomik ve yapısal politik araç olarak şuurdu bir şekilde kullanmaktır. Kanunun¹⁷⁸ zamanla sınırlandırılmış geçerlilik süresine rağmen kanun koyucunun ekonomi politikasıyla ilgili hedef belirlemeleri kamulaştırma kurumuydu bağdaştırma tarzı her bir durum hakkında gözle görünür bir önem arz ediyor. Onun kamulaştırma kararları kömür intibak kanununun genel hedef belirlemesine girmiş olarak söz konusu bölgelerdeki esaslı sosyal ve ekonomik zararları önlemek için¹⁷⁹ taşkömürü ocakları bölgesinin ekonomik yapısını iyileştirmeyi hedefliyor. Öncelikle kanun hazırlanması yeni iş alanları oluşturma hedefini¹⁸⁰ ön plana çıkarıyor.

Güçlenen ekonomiye teşvik tedbirlerinin yardımıyla kömür havzasındaki yapıyı bağlamak için verilen yasal gayretlerin gerçek sebebi altmışlı yılların taş kömürü ocaklarındaki gizli yapısal krizdi. Yalnız 1957 - 1968 yılları arasında maden kuyusu tesislerinin sayısı 173'den 87'ye düştü. Bu azalmaya ve sınırlandırılmış kömür teşvikine rağmen, kömür ocaklarının kapanmalarına neden olan¹⁸¹ kömür depoları sürekli artıyor. Mevcudiyetinde iki milyonun üzerinde insanın doğrudan veya dolaylı olarak bağlı olduğu taşkömürü ocağındaki bu yapısal kriz sosyal ve ekonomi politikasıyla ilgili mukadder bir yüzeysel yangını söndürmediğinden, devlet planlı müdahale etmeye çağırıyordu¹⁸². Özel'e faydalı olan kamulaştırma dahil olmak üzere kömür kanununun ekonomi politikasıyla ilgili enstrümanı bununla,

¹⁷⁶ Gesetz Zur Anpassung und Gesundung des deutschen Steinkohlebergbaus und der deutschen Steinkohlebergbaubetriebe, 15.5.1968, BGBI II s.368.

¹⁷⁷ 2 Ocak 1968 tarihli, BGBI I, 2.

¹⁷⁸ Kanun § 24'e göre 31.12.1972 de yürürlükten kalkmış.

¹⁷⁹ Bu konuda Westermann, Enteignung, s.659, 661.

¹⁸⁰ BT - Drucks V/ 2078, s.18.

¹⁸¹ Krizin ekonomik sebepleri konusunda Bkz: Haase, Formen regionaler, Wirtschaftsförderung im Zusammenhang mit der Gründung der Ruhrkohle AG, s.2.

¹⁸² Bu konuda Bkz: Seidler, Rechtsschutz bei staatlicher Wirtschaftsplanung, s.46.

devletin işleyen bir halk ekonomisini muhafaza etmek için taşıdığı ve güncel sebepten dolayı açıkça sahip olması gerektiği¹⁸³ sorumluluğun doğrudan ifadesiydi.

Kömür kanununun yasal olarak tespit edilen kamulaştırma şartları bu ekonomi politikasıyla ilgili motivasyonu açık olarak yansıtmaktadır. Yapı olarak iyileşen kamulaştırmalardaki kamu yararı yapı politikası, halk ekonomisi ve yer düzenlemesiyle ilgili bakış noktalarının bir yığını olarak somut bir şekilde görünüyor.

Eğer kamulaştırma bir endüstriyel iktisadi işletmenin kurulması ve genişletilmesi için önemli olursa, kömür kanununun 33. maddesinin 1. bendinin metnine göre tafsilatıyla bir kamulaştırma caizdir.

1. Kömür madeni alanlarının, bilhassa kömür ocaklarının kapatılmalarıyla çöken kısımlarının ekonomik yapısını iyileştirme veya ekonomik gücünü kuvvetlendirme projesi uygun ise,

2. Proje halk ekonomisiyle ilgili, özellikle teşvik edici ise,

3. Projenin garanti edilmiş finansmanı inandırıcı hale getirilmiş ise ve

4. Proje yer düzenleme ve arazi planlaması aynı zamanda düzenlenmiş şehir inşasıyla ilgili gelişme hedeflerine uygun ise,

yine aynı kanun maddesine göre bir kamulaştırma caizdir ve yapılabilir.

Kamu yararını kesin olarak somutlaştırmak isteyen¹⁸⁴ kömür kanununun 33. maddesi, halk ekonomisi ve yapısal politikayla ilgili hedefleri belirlemeksizin, genel-soyut bir yarar değerlendirilmesi yapmakla yetiniyor. Kanuna ilave olarak bundan dolayı Schulte¹⁸⁵ ve Farke¹⁸⁶ hukuk devletiyle ilgili güvenlik zorunluluğunun¹⁸⁷ asıl sebebinden önce bir kamulaştırmayı haklı çıkarabilmek için bu yarar değerlendirmesinin yeteri kadar somut olup olmadığı şüphesini beyan ettiler.

¹⁸³ Benzer yönde Bull, Die Staatsaufgaben nachdem Grundgesetz, s.271-272.

¹⁸⁴ Kohle GŞ 35'deki atıf hükümlerinde, kamulaştırmanın yürütülmesi bakımından BBauG'e atıf yapılmasına rağmen, müşahhas kamu menfaatinin bulunmasını şart koşan BBauG § 87, f.1'e atıf yoktur. Bu konuda Bkz: Schulte, Eigentum und öffentliches Interesse, s.94 ve Westermann, Enteignung, s.661.

¹⁸⁵ Schulte, ibid, s.94-97

¹⁸⁶ Farke, Öffentliche Bedeutung privater Wirtschaftsunternehmen und Sozialpflichtigkeit des Eigentums, s.110.

¹⁸⁷ Hukuk devleti ilkesine uygun olarak kuralların belirttiği ve kanunların hukukiliği için, karşı: Schmidt - Bleibtreu/Klein, GG, Art.20. Anm.11;

Ancak 33. maddenin 1. bendinin 1. ve 4. fıkralarının kamulaştırma şartları açık bir şekilde daha yakından incelenirse, kanun koyucunun yapısal ve yer düzenlemesiyle ilgili tanıtımlarının, kamulaştırma makamının üzerinde bilgi verebileceği yeteri kadar somut bir çerçeveye oturtulabileceğini gösterir:

Kamulaştırmanın ilk ve aynı zamanda kabaca bölgesel bir sınıflandırması kömür kanununun 1. maddesinin 3. bendinin 2. fıkrasının yardımıyla elde edilebilir. O kömür havzası içinde bulunan belediyelerin ortaya koyduğu kanun için bir tesisi göstermek suretiyle kömür kanununun geçerlilik alanını sınırları içine alıyor. Kamulaştırılan gayrimenkul ve kurulan veya genişleyen müessese kanun tarafından tescil edilen taş kömürü ocakları bölgesinde mecburen durmak zorundadır. Kanun, orada kurulan iktisadi müesseseler kömür havzası üzerindeki teşvik edici etkileri açıklarsa¹⁸⁸, bu yerin dışındaki kamulaştırmalara engel olur.

Kanunun 33. maddesinin 1. bendinin 1. fıkrasında dile getirilen, taş kömürü ocakları bölgesinin ekonomik yapısını veya ekonomik gücünü iyileştirmeye yönelik bölgesel planlı hedefler Schulte'nin¹⁸⁹ fikrinin aksine somutlaşıyor. Hangi müesseselerin hangi yerde ekonomik yapının düzelmesi için kurulduğu, önceden olduğu gibi geçerliliğe sahip olan 1966'daki¹⁹⁰ bölge yerleşim birliğinin bölge gelişim planının temelinde, eyalet yönetimi tarafından belirlenen yere sahip olan anlaşmadaki taş kömürü ocağı federal komisyonu tarafından inceleniyor. Kendi yapısı içinde taş kömürü ocağı alanlarının zayıflığı bulunduğu için, 1966 yılında Ruhr havzası gelişme planının raporuna göre herşeyden önce imalat sanayiinin finansal işletmelerinin yerleşimi inceleniyor¹⁹¹. Yerleşen müessesenin yeri söz konusu bölgelerin ekonomik yapısının itinalı bir analizi sayesinde ortaya çıkarılıyor.

Müessesenin muhtemel yatırım hacmi, beklenen gelir akışının ve yeni açılan iş sahalarının sayısı, yapısal iyileştirme için mevcut veya eksik olan uygunluğu tespit etmek¹⁹² hususunda mevcut olan ekonomik yapı hakkındaki istatistiki meteryali oluşturan temel verilerdir. İkinci fıkrada belirtilen şartın yapısal

¹⁸⁸ Westermann, Enteignung, s.663.

¹⁸⁹ Eigentum und Öffentliches Interesse, s.94.

¹⁹⁰ Schmitz, Der Gebietsentwicklungsplan für das Ruhrgebiet als Grundlage für ein mittelfristiges Infrastrukturprogramm, Raum und Siedlung 1968, s.167

¹⁹¹ Ruhr bölgesi gelişme planı 1966. S.34. Aynı şekilde başarılı olmayan bölgesel gelişme planı 1972. s. 29.

¹⁹² Ayrıntılı bilgi için Bkz: Westermann, ibid, s.666.

iyileştirmeye uygunluğu yanında hemen hemen kendi içeriği ile doldurulmadığı¹⁹³ kabul ediliyor. Çünkü ekonomik yapıyı ve ekonomik gücü teşvik eden, bu tesir etrafında halk ekonomisi yönünden teşvik edilebilir olacak. Bundan dolayı 2. fıkrada, söz konusu bölgenin ekonomik yapısının iyileştirilmesi yanında müessesenin kurulması ve genişletilmesi sayesinde genel ekonomik gelişmeye ek teşvikler çıkması gerektiği¹⁹⁴ anlamında bir açıklamayı öngören düşünceye katılmak zorunda kalınıyor.

Bu karşılık 33. maddenin 4. fıkrasında belirlenen yer düzenlemesi kararına hiçbir temel zorluk çıkarılmıyor. Kömür havzası yerleşim birliği bölgesi için kömür kanununun yürürlüğe girmesi zamanında müşterek bir planlama zinciri bulunuyordu: NRW eyaleti için 7 Ağustos 1964¹⁹⁵ eyalet gelişim planı ve 28 Kasım 1966¹⁹⁶ tarihli eyalet gelişim planı I; birlik bölgesi için 1966¹⁹⁷ tarihli bölge gelişim planı; ayrıca tek tek her belediye için düzenli olarak düz alanlardan yararlanma inşa planları v.b.

Bu planlama hukukuyla ilgili hendikaplarda yapılan, kamulaştırma projesinin yer düzenlemesi ve arazi planlamasının hedeflerine uyup uymadığı araştırması, planlamış bir işletme tahliyesinin komşu bir bölge üzerinde hangi yer düzenlemesi etkisini yaptığı¹⁹⁸ sorusunu da gündeme getiriyor. 33. maddenin 2. bendinin 2. fıkrasına göre yetkili olan makam bundan dolayı, söz konusu komşu bölgelerdeki planlamış işletme tahliyesinin nasıl etki yaptığını ilaveten incelemek zorundadır. Her şeyden önce, her türlü müdahale olan anayasa hukukuna ilişkin belirlilik yeterlidir¹⁹⁹. Kamulaştırma hukukunda da kanun koyucu kompleks düzenleme maddelerine düzenli olarak uymak ve kamulaştırma makamının özel durumda doldurduğu değerlendirme çerçevesini tespit etmekle yetinmek zorundadır²⁰⁰. Yasama kuvvetinin masrafları üzerindeki genişleyen karar ve

¹⁹³ Bu karmaşık program kavramı için Bkz: Schmidt - Assmann, WDStRL 34 s.225.

¹⁹⁴ Bu anlamda Westermann, ibid, s.669. Karmaşık kavrama müşahhas bir yapı kazandırmanın zorlukları hakkında Bkz. Seidler, Rechts Schutz bei Staatlicher Wirtschaftsplanung, s.51.

¹⁹⁵ Minbl. NW s. 1205.

¹⁹⁶ Minbl. NW s. 2260.

¹⁹⁷ Gebiets entwicklungsplan 1966 des Siedlungs veerbandes Ruhr Kohlenbeizrk, Schriftenreihe des SVR Nr. 5, Essen 1966

¹⁹⁸ Bu konuda Bkz: Westermann, ibid, s.668.

¹⁹⁹ Farke, Offentliche Bedeutung privater Wirtschaftsunternehmen und Sozialpflichtigkeit des Eigentums, s. 56 Yazar haklı olarak bir hukuk normunun hukuk devleti ilkesiyle ciddi bir biçimde gelişkiye düşme için, belirsizliğin oldukça açık bir derecede olması gerektiğine işaret etmektedir.

²⁰⁰ Bu konuda Bkz: Seidler, Rechtschutz bei Staatlicher Wirtschaftsplanung, s.51,52.

şekillendirme yetkilerinin temsil edileceği biliniyor. Düzenleme tarafsız olarak sunulan yumuşaklığı kaybetmeden somutlaşabilen hukuk normlarındaki kompleks hedef belirlemeleri kanun koyucu başaramadığı sürece buna göz yumuluyor. Kömür kanununun kamulaştırma tekniği, özel iktisadi teşebbüsün lehine olarak kamulaştırmayla takip edilen ekonomi politikasıyla ilgili hedef belirmelere ulaşabilmede ilk adım manasına geliyor. Kömür kanunuyla ilişki içinde yapısal ve halk ekonomisiyle ilgili hedef belirlemeler, kanunun asıl kamulaştırma yöntemi dışında takip edilen ekonomi politikasıyla ilgili tanıtları somutlaştıran yapı ve yer düzenleme planlarına²⁰¹ dayanması suretiyle şekil kazanıyor

II.2.4.1.3.2.2. Ekonomiye Yararlı Kamulaştırmanın Özel Formu Olarak Zorunlu Ruhsat

Halk ekonomisiyle ilgili hedef belirlemede Patent Kanununun (PatG)²⁰² 15. maddesinin 1. bendine göre zorunlu ruhsat verme, kamulaştırma hukukuyla ilgili olarak mahkeme tarafından gerçekleştirilmesi her ne kadar²⁰³ şaşırtıcı ise de ekonomiye yararlı kamulaştırmaya²⁰⁴ benzemektedir. Patent mahkemesi ruhsat verirken maddi olarak mahkeme içtihadıyla çalışmıyor, bilakis ruhsat vermek için görevlendirilen patent memurluğunun yerine bir buluştaki maddi değeri belirleme hakkını şimdiye kadar ki hukuki sahibine vermemek ve yeni bir sahibe aktarmak²⁰⁵ suretiyle idari görevleri gerçekleştiriyor. Bu, zorunlu ruhsat sahibi olarak patent ekonomik bir şekilde değerlendirme²⁰⁶ aracına sahip olan iktisadi müessesenin faydalandığı özel'e yarayan kamulaştırmaya göre bir davadır.

Zorunlu müdahalenin ekonomi politikasıyla ilgili motivasyonu doğrusu patent kanununun 15. maddesinin 1. bendinin kanun metninden tafsillatlı olarak anlaşılmıyor. Kanun kamulaştırma şartı olarak patentin kullanımındaki bir kamu yararını bir üçüncü sayesinde talep etmekle yetiniyor. 15. maddenin 1. bendinin 1. fıkrasının formülize edilmesinde şu şekilde açıklanıyor: "Patent sahibi buluşun

²⁰¹ Bkz: Seidenfus, *Sektorale Wirtschaftspolitik*, Bd.2, s.287.

²⁰² 2 Ocak 1968 tarihli BGBl I. S.2.

²⁰³ Bu konuda Bkz: Lindenmaier /Zeunerf, *Pat G. § 15 Rdnr.13. BGB § 839 f 1, c1* deki hukuki düşünce kamulaştırmanın hakim kararı ile olmasını engeller. Bu konuda Bkz: Bender, *Staathaftuesrecht Rdnr. 28.*

²⁰⁴ Bu yönde açıkça Schulze, *Die Zwangslizenz*, s.14.

²⁰⁵ Maddi devlet faaliyetlerinin yargı ve idari yönden sınırlandırılması konusunda Bkz: Wolff/Bachoff, *VewR*, Bd.1, § 19.

kullanımını uygun bir şekilde ödeme teklifinde bulunan bir başkasına vermeye razı olmazsa, izin kamu yararına sunulduğunda buna kullanma ruhsatı verilir. (Zorunlu ruhsat)”. İmparatorluk mahkemesi daha o zaman patent kanununun maddi yönden zengin bir mahkeme içtihadında, zorunlu ruhsat vermenin de, kendisiyle ekonomiyle ilgili yanlış gelişmelerin düzeltilmesi gerektiği²⁰⁷ ekonomi politikasıyla ilgili enstrümanların olacağı hakkında şüphe bırakmadı. Değişen ekonomik ve sosyal çevre şartlarına rağmen bu mahkeme içtihat anahatlarında bugün hala özel’e faydalı bir kamulaştırmanın bu özel formunun halk ekonomisiyle ilgili fonksiyonu hakkında önemli bilgiler verebilmektedirler²⁰⁸.

Zorunlu ruhsat vermeyi haklı çıkarması gereken halk ekonomisiyle ilgili hususlar bütününde patentin eksik bir uygulamasını doğuran ekonomik ve sosyo politik silsilesinden sonuç çıkarılmaktadır.

Ekonomik bakış açısı altında kamu yararı, eski patent sahibi belirli bir ekonomi alanındaki iç pazar ihtiyacını karşılamak istemediği veya karşılayamadığında²⁰⁹, sürekli olumlu karşılandı. Bugün de, halkın geçimini yaşamak için gerekli olan şeylerle güven altına almak devletin esas görevinden olduğu için, halkın temel ihtiyacı patent uygulamasının kabul edilmemesi sayesinde riske atılırsa, geçerli olması gerekir²¹⁰. Önceki gibi pantentin bir uygulamasını netice verecek olan ticari bilançonun iyileştirilmesinin meşru kamu yararı olarak bir kamulaştırmayı haklı çıkarıp çıkarmayacağı sorusunu ortaya çıkarıyor. Dramatik, ekonomik çöküntü zamanlarında dış ticaret bilançosunun olumlu yönde etki eden her tedbir alçalan ve yükselen reaksiyonlardan dolayı kamu yararına olabilir ve bizzat kamulaştırma müdahalesini haklı çıkarması²¹¹ ağırlıklı olabilir. Sağlam bir halk ekonomisinde ihracat gelirlerinin artması sadece düşünülebilen ekonomi politikasıyla ilgili bir hedeftir. Sağlam bir halk ekonomisinde ihracattan elde edilen gelirin artması sadece, önemine o günkü konjunktürel durumların açıklamasında ve genel ekonomiyle ilgili

²⁰⁶ Zorunlu lisans verilmesinin lehinde olarak Bkz.: Lindenmeier, Zeunert, § 15 PatG Rdnr. 4

²⁰⁷ Bu konuda Bkz: Lindemeler /Zeunert, PatF § 15 Rdnr 1.

²⁰⁸ Benzer yönde Horn, Das Öffentliche Interesse an Zwangslizenzen, Mitt Pat 1970, s.184.

²⁰⁹ Karş: RGZ 93,50 = GRUR 1919, 152; RG’nin 18.1.1936 = GRUR 1936, 604, 606 kararları

²¹⁰ Horn, das öffentliche Interesse an Zwangslizenzen. S. 185.

²¹¹ İmparatorluk mahkemesinin bu noktadaki kararları ancak 1920’ler deki ekonomik tablolarda anlaşılır hale gelmiştir.

hedef belirlemelerin geri planında, dayanıklılık kanununun²¹² taslağını çizdiği gibi, karar verebilen, ekonomi politikasıyla ilgili düşünülen bir hedeftir. Daha önce de olduğu gibi yine gelecekte de, pahalı hammadde ithalatının²¹³ tasarrufu mecburi ruhsat gerektirecektir. Son zamanlarda meydana gelen enerji ve hammadde eksikliği, siyasi ekonominin maddi kaynaklara olan hassas bağımlılığın bilinçli olmasını sağladı. Bu sebepten dolayı genel ekonomi alanında meydana gelebilecek olan krizlere mecburi müdahale yapılması sağlanmış oldu.

Sosyal politikayla ilgili mecburi ruhsat verilmesinin gerekçesi bölgesel veya sektörel işsizliği önlemektir²¹⁴. Sosyal politikanın bakış açısı yine güncelliğini korumakla birlikte kamulaştırmayı gözetmektedir. Anayasaya göre sosyal devlet prensibi, devletin işyerleri koruması ve aksi takdirde iş piyasasının bozulmasında sorumluluğu üzerinde almasıdır²¹⁵.

Patent hakkının, belirgin bütçe açığının kapatılmasından önemli rolü ve mahalli tatbikatına rağmen, ekonomi politikasıyla ilgili motif, kamulaştırmayı haklı çıkardığı halde, geniş ölçüde soyut kalmakta ve bununla beraber geniş bir tolerans sağlamaktadır. Bundan dolayı bu konuda özel kuruluşlara yararlı olan kamulaştırmanın kötüye kullanımı karşısında Bullinger²¹⁶ tarafından talep edilen güvenlik tedbirleri burada özellikle yer almıştır. Patent Kanunu bu tehlikeye karşı iki türlü tedbir aldı: Birincisi, objektiflikteki en yüksek ölçüyü korumak için, kararın hukuki usul içerisinde verilmesidir. Patent mahkemesinin, kamu yararına hangi kesin ölçüler koyduğunu şu gerçek içinde görebiliriz: Mecburi ruhsat için 1949'dan 1973'e kadar 19 adet dilekçe verilmiş, ancak bunların hiçbirisine ruhsat verilmemiştir²¹⁷. İkincisi patent kanununun (patG)15. maddesinin 3.bendinin 1. cümlesi mecburi ruhsatın kötüye kullanımına karşı ek bir tedbir olarak mecburi ruhsatı belli şartlarla ve kısıtlı olarak verme imkanı açmıştır. Bullinger'e²¹⁸ göre patent mahkemesi, kamunun patentten faydalanmasının sürekliliğini muhafaza edebilmesi için, bu imkanı kullanmak zorundadır.

²¹² Bkz: Möller, StabG § 1 s.148.

²¹³ RGZ 102, 214.

²¹⁴ RGZ 113, 115; RGZ 142, 223 = GRUR 1934, 246.

²¹⁵ Bull, Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, s.260.

²¹⁶ Die Enteignung zugunsten Privater, s.475.

²¹⁷ Lindenmaier /Zeunert PatG § 15 Rdnr. 2.

²¹⁸ Bullinger, ibid, s.477.

II.2.4.1.3.3. Özel İktisadi Teşebbüslerin Lehine Olan Bir Kamulaştırmanın Anayasa Hukukuyla İlgili Hususları

II.2.4.1.3.3.1. Anayasa Hukukuyla İlgili Genel Çerçeve

II.2.4.1.3.3.1.1. Kamulaştırmanın Ekonomiyi Yönlendirme Fonksiyonu

Özel iktisadi teşebbüslerin lehine olan kamulaştırmanın özel kanunlarla şekillenmesi, ekonomik olaylardaki olumsuz gelişmeleri de güncel problemlerin çözümünde olduğu gibi kontrol altına alabilecek bir enstrüman olarak ortaya koydu. İncelenen örneklerin geniş bir çerçevesi etrafında eyalet kamulaştırma kanunlarının kamulaştırma uygulamasına bir göz atılırsa, elde edilen sonuç genel bir manzarada sabitleşiyor: Bunlar, kamulaştırmanın geniş olarak mineral yağ tesislerinin kurulması için talep edilip edilmeyeceği yahut istihdam alanları açılmasına hizmet edip etmeyeceği veya zayıflayan bir bölgenin ekonomik yapısını kuvvetlendirmesi gerekip gerekmeyeceğidir¹⁹². Genel ekonomiyle ilgili, sebeplerin ön plana çıkarılarak kamulaştırma müdahalesinin haklı çıkarılması, bütün müdahale türlerinin ortak yönüdür. Vurgulanan ekonomi politikasıyla ilgili, bu fonksiyonda özel iktisadi teşebbüslerin lehine olan kamulaştırma, ekonomi idaresi hukukuyla ilgili bakış açısı altında, devletin kendi ekonomi ve sosyal politikasıyla ilgili hedef belirlemelerine göre ekonominin akışını kendisiyle etkilemek istemesini¹⁹³, ekonomiyi idare eden tedbirlerin geniş yelpazesinde değerlendirmek gerekir. Dolaylı bir yönlendirme enstrümanı olarak¹⁹⁴ kendi hükmedici formu içinde kamulaştırmanın himaye ettiği müesseseyi, üretim, işletme ve nakliye düzenlemelerini ilgili mülk sahiplerinin

¹⁹² Örnekler için Bkz. Stengel, Die Grundstuckenteignung zugunsten privater Wirtschafsunternehmen, s.40.

¹⁹³ Devletin ekonominin gidişatını etkileyebileceği tedbirler paketi olarak ekonomik yönlendirme kavramı için Bkz. Huber, Wirtschaftsverwaltungrecht, Bd. 2. S.179.

¹⁹⁴ Özel iktisadi teşebbüsler yararına iktisadi olay yönlendirme konusu olarak doğrudan bir etki gösterdiği takdirde, bu husus dolaylı gerçekleşmiş olur. Arazi piyasasına doğrudan müdahale, şayet BBauG ve StBauFG'deki imara ilişkin kamulaştırma söz konusu ise piyasayı düzenleyici bir amaç takip etmez. Doğrudan ve dolaylı yönlendirme kategorileri hakkında Bkz: Körber, Öffentlich - rechtliche Einschädigung und Wirtschaftslenkung, s.9, 10.

direnmesine rağmen oluşturarak ve genişletmek suretiyle ekonomi olayı üzerinde kamulaştırma dolaylı bir etki oluşturuyor; ve böylece kişilerin arazi mülkiyetine bir müdahalenin maliyeti olarak çevresindeki ekonomik gelişme ve kalkınmayı teşvik ediyor.

II.2.4.1.3.3.1.2. Anayasa Hukukuyla İlgili Sonuçlar

Ekonomiyi yönlendiren bir enstrüman olarak müesseselere faydalı kamulaştırmanın kamulaştırma hukukuyla ilgili literatürde hemen hemen gözlenmeyen bu fonksiyonu anayasa hukukuyla ilgili ilk sonucunu ortaya koyuyor: Sadece devletin anayasa hukukuyla ilgisini düşünmeksizin ülke ekonomisine müdahale edebilmesi ölçüsünde ekonomi politikasıyla ilgili kamulaştırma da özel iktisadi teşebbüsün lehine olarak caiz olabilir¹⁹⁵. Bununla başlangıçta ortaya atılan düşünce, bu kamulaştırma tipinin dış sınırlarının, devlet müdahalesinin anayasa düzenini kesinlikle ekonomik temele oturtmasıyla meydana geldiğini onaylamış oluyor.

Hangi sınırlara kadar devletin ekonomiyi etkileyebileceği veya etkilemek zorunda olduğu sorusu, her şeyden önce ellili yılların birinci yarısında ekonomik anayasa hukuku etrafında yürütülen münakaşanın sonucuydu¹⁹⁶. Bu arada temsil edilen durumlar bir taraftan sosyal piyasa ekonomisini anayasanın 12. Maddesi ve 2. Maddesinin 1. Bendinin temel hak ve özgürlükleri üzerine anayasa hukukuyla ilgili müesseseleştirmek isteyen ve bununla prensipte sadece pazara uygun idare etme aracına izin veren Nipperdey'in¹⁹⁷ tezi sayesinde, diğer taraftan devletin gerçi anayasa ölçüsüne dolaylı ve pragmatik olarak ekonomi olayına müdahale edebilen, fakat belirli bir ekonomi olayına bağlanamayan Krüger'in¹⁹⁸ tezi tarafından tesbit edildi. Bavyera Anayasa Mahkemesi (BVerfG) yatırımı destekleme kanunu¹⁹⁹

¹⁹⁵ İlaveten benzer yönde Stengel, Die Grundstücksenteignung zugunsten privater Wirtschaftsunternehmen, s.39. Aynı şekilde Zacher, Statliche Wirtschaftsförderung in der Bundesrepublik Deutschland, WIR 1972, 185, 198; Yazar özel menfaatler lehine yapılan kamulaştırmayı muhtemel iktisadi gerekli tedbirlerden (3. Kişi aleyhine) saymaktadır. Aynı yönde Bkz. Westerman, Enteignung, s.659, 663.

¹⁹⁶ Karş .: Huber, DÖV 1956, 97; Nipperdey, Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz, s.9; Ehmke, Wirtschaft und Verfassungs, s.7.

¹⁹⁷ Nipperdey, ibid, s.19.

¹⁹⁸ Von der reinen Marktwirtschaft zur gemischten Wirtschaftsverfassung, s.15.

¹⁹⁹ BVerfGE 4, 7, 17, f.

kararında her iki duruma da red cevabı verdi. Anayasanın “ekonomi politikasıyla ilgili tarafsızlığının” o zamandan beri mecburi olan formülü olarak, kanun koyucunun gerçeğe uygun görünen her ekonomi politikasını takip edebileceğini vurguluyor. Sadece serbest bir liberalizmin radikal ekonomi formları, bir taraftan bu sosyal devlet prensibiyle birleştirilemediği için; diğer taraftan merkezi bir idare ekonomisinin ekonomi formları, anayasanın 2. maddesinin 1. bendinin, 12. ve 14. maddelerinin garantilerine karşı koyduğu için²⁰⁰ anayasa tarafından kabul edilmedi. Verilen bu kaba çerçeve içerisinde ekonomiyi idare eden tedbirlerin geçerliliği tümüyle araştırılmıyor. Serbest güçlerin oyununa engel olan devlet, birçok kez söz konusu olan özeli himaye eden sosyal devlet (ekonomi) düzeninin gereklerinin, anayasa hukukundan kazanılan ve sunulan hürriyeti korumayı güç ve görev dışı bırakıp bırakmadığını²⁰¹ itina ile incelemek zorundadır.

Anayasanın hangi maddi sınırları ekonomiyi idare eden tedbirlere ve bununla da müesseselere faydalı kamulaştırmaya oturtup oturtmadığı sorusu, anayasa hukukuyla ilgili kesin bir düzenleme görüntüsü bulunmadığından dolayı tam olarak cevaplanamıyor. Herşeye rağmen merkezi olarak tasarlanmış ve yönlendirilmiş bir ekonomik mekanizmanın yürütülmesi için tek taraflı belirlenen bazı endüstriyel branşları ön plana çıkaran kamulaştırmalar kolaylıkla anayasayla karşı karşıya geldi. Bununla beraber idari tedbirlerin geçerliliğinin farklılaşması ve bütün temel haklarla ilgili temas edilen durumların ilişki bütünlüğü içinde incelenebilmesi kararı özel iktisadi teşebbüslerin lehine olan kamulaştırma için kayda değer bir öneme haiz değildir: Bu, bir kamulaştırmanın normal durumdakinden daha kompleks olarak sadece kamulaştırmayı teşvik etmesinin ve temel mülkiyetlerin karşılıklı yararlarını içermek zorunda olmayan, aynı zamanda oluşan ekonomik yapı üzerindeki etkileri de hesaba katmak zorunda olan kamulaştırma hukukuyla ilgili kamu yararı hükmünün²⁰² önemli hususları üzerine dikkati çekiyor.

²⁰⁰ Vogel /Wiebel, BK, Art. 109. Rdnr. 99; Bull, Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, s.261.

²⁰¹ Bu konuda Bkz: Bull, Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, s.261.

²⁰² Alman Anayasası Md. 14, f.3. C.1 deki kamulaştırma hukukuna ilişkin menfaatlerin tartımı ilkesi için Bkz: Kimminich, BK, Art, 14 Rdnr. 267.

II.2.4.1.3.3.2. İncelenmeye Değer Özel Hususlar

II.2.4.1.3.3.2.1. Mevcudiyeti Muhafaza Eden “Özel” Hususlar

Kamulaştırma hukukuyla ilgili araştırmaya konu olan özel hususların ayrı bir önemi vardır. Kamulaştırmayı tehdit eden büyük mülk sahiplerinin mevcudiyeti koruma yararı için müesseseye faydalı kamulaştırmanın diğer özel ekonomi sujeleri üzerindeki potansiyel üçüncü etkisinden dolayı korumaya değer üçüncü yararlar birleşiyor²⁰³. Çünkü tek bir iktisadi teşebbüsün devlet teşviki kamulaştırma aracılığıyla da olsa pazar ekonomisiyle ilgili kuralları bozuyor; bu, rekabet şartlarını tek yönlü değiştirmeye ve bununla üçüncü şahısların katılımını sağlamaya yaradı. Katılımlar ne dereceye kadar eşit şansı veya rekabet özgürlüğünü ilgilendiriyorsa, temel hak alanlarında konuşuluyor ve hatta anayasanın üçüncü maddesinin 1. bendine veya 2. maddesinin 1. bendine temas ediliyorsa da, üçüncü yararlar kamulaştırma hukukuyla ilgili önemli hususlar olarak kamulaştırma hukukuyla ilgili mevcudiyeti korumayı artırabiliyor²⁰⁴. Özel bir iktisadi teşebbüsün lehine olan bir kamulaştırma, doğrusu faydalanamayan “rakibin” temel mülkiyet haklarını da müteessir edebiliyor²⁰⁵. Örneğin, “yeri korunan” müessese daha iyi ve daha ucuz üretirse ve bununla rekabet eden müesseseleri varlığını tehlikeye sokan veya zarar veren bir tarzda pazardan atarsa, bu düşünülebilir²⁰⁶. Himaye edilen müessesenin sürekli büyümesiyle ister istemez artan müesseselere faydalı kamulaştırmanın bu mülkiyet için önemli olan yayılma etkileri, müdahale aleyhinde

²⁰³ Zuleeg, Subventionskontrolle durch Konkurrentenklage, s.87.; Yazar hukuka uygunluğunun ancak tüm ilgililerin menfaatlerinin kapsamlı bir biçimde dengelenmesi hatta potansiyel olarak etkilenebilecek 3. Kişilerin menfaatlerinin dahi hesaba katılması suretiyle ortaya çıkarılabileceği hususuna dikkat çekmektedir.

²⁰⁴ Hakim görüşe göre sözleşme ve rekabet özgürlüğü Alman Anayasası Md. 2 f:1 kapsamında değerlendirilmelidir. Nipperdey, Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz, s.28, 29.

²⁰⁵ Sübvansiyon sistemi hakkında Bkz: Götz, Recht der Wirtschaftssubvention, s.274; Zuleeg, Subventions kontrolle durch Konkurrentenklage, s.79; Iekte; Scholz, Wirtschaftsaufsicht und Subjektiver Konkurrentenschutz, s.175; Klenke, Wirtschaftssubventionen und Eigentumsgarantie des Art. 14 GG, s. 132, aleyhte; Zacher, VVD Stel s.25, s.308.

²⁰⁶ Bu yönde bkz: Götz, Recht der Wirtschaftssubvention, s.274, Klenke, Wirtschafts subvention und Eigentumsgarantie des Art. 14. GG, s.148.

konusulan hususların ağırlığında itinalı olarak dikkate alınıyor ve müdahale şartlarını doğrudan kamulaştırmaya maruz kalanların, lehine olarak da artırabiliyor²⁰⁷.

Ekonomiyi teşvik eden kamulaştırmanın ve sübvansiyonun hedef belirlemelerindeki bilinen paralelliği bu noktada kıyaslanabilen doğrudan ekonomiyi idare eden enstrümanlar olarak ayrıca başka bir tespite imkan veriyor: Sübvansiyon²⁰⁸ gibi özel şahsın mükellefiyetindeki tek bir iktisadi teşebbüsün kamulaştırma aracılığıyla teşviki de özel ekonomik faaliyetin eşitliği prensibine dayanan ve kendi aralarında serbest pazarı esas alan²⁰⁹ bir ekonomik sistem içinde yabancı bir unsur olarak değerlendirilmek durumundadır. Bundan dolayı sübvansiyon gibi kamulaştırma da esasen serbest rekabete tabi ve en azından özünde anayasanın 14. Maddesi aracılığıyla kurumsal olarak garanti altına alınan²¹⁰ özel mülkiyet dokunmazlığında üretim alanının oransızlığını dengelemek için yalnızca araç olabilir. Mülkiyetin, kanun koyucu ve müdahale eden idare karşısında korunmasına, bundan dolayı istisnai bir tarzda milli ekonomi politikasıyla ilgili yararlar tarafından doğallaştırılabilen özel bir önem verilmek zorundadır. Aksi takdirde burada incelenen, ekonomiyi himaye eden kamulaştırma, kendisiyle ekonomik olarak güçlü ve bununla diğer özel şahsın mükellefiyetindeki halk ekonomisi yönünden önemli müesseseleri planlı olarak devlet gücünün işgal ettiği ve rekabet kurallarını kendine faydalı olarak güç dışında tuttuğu²¹¹ bir enstrümana dönüşür.

II.2.4.1.3.3.2.2. Ekonomide Kamulaştırma İçin Önemli Olan Kamu Yararları

Bu sebepten, anayasanın mevcudiyet garantisini bozma durumunda olan, düşünülen ekonomi politikasıyla ilgili motivasyonlar tafsilatlı olarak şubelere

²⁰⁷ 3. Şahısların hukuki alanlarını etkileyen müdahalenin yük getirici yan etkileri müdahalenin hukuka aykırılığı sonucunu ortaya çıkarabilir. Gallwass, Faktische Beeinträchtigung im Bereich der Grundrechte, s.25. Örneklerle bu hususu etkilenmeye açık temel hak korunması şeklinde açıklamıştır. İdari yargılama hukuku da idari işlemin muhatabının temel hakların ihlali durumunda yargısal denetim yoluna gidilmesine yabancı değildir. Bu husus ancak 3. Kişinin kendisine yönelen işlemin sonucu hakkında mümkündür. Bkz. Henke, Das subjektive öffentliche Recht, s.59,67.

²⁰⁸ Bu konuda Bkz: Ipsen, Öffentliche Subventionierung Privater, s.41; Stern, Öffentliche Subventionierung Privater, in: Scheuner, Die Staatliche Einwirkung auf die Wirtschaft, s.335.

²⁰⁹ Bull, Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, s.270.

²¹⁰ Maunz. / Durig/ Herzog, GG, Art.14 Rdnr.8.

²¹¹ Bu tehlike hakkında Bkz: Leisner, DÖV 1970, 217 f.

ayrılırsa, incelenmiş olan kamulaştırma düzenlemelerine bakarak iki temel motivasyon şekli düşünülür: Birincisi milli ekonomi olayını hedefleyen sevk ve idare enstrümanı olarak kamulaştırmadır. Diğeri ise, bu bölgesel olarak sınırlı, tek tek ekonomi branşlarının veya bölgelerinin yararlarını belli bir noktada teşvik etmesi gereken ekonomi politikası ile ilgili hedeflerle desteklenmesidir.

II.2.4.1.3.3.2.2.1. Müesseseleri Himaye Eden Kamulaştırmanın Genel Ekonomiyle İlgili Hedef Belirlemeleri:

Anayasa 115. md.nin 2. cümlesinde olduğu gibi 104. md. nin 4. bendinde ve 109. md. nin 2. bendinde de genel ekonomiyle ilgili hedef belirlemelere önemli bir yer vermektedir.

Anayasanın 109. md. sinin 2. bendi en ayrıntılı kanun olarak kamu bütçesiyle, tıpkı anayasanın 115. md. sinin 2. cümlesindeki resmi kredi talebi modelinde ortaya çıktığı gibi, federal birliğin para yardımı için Anayasanın 104. a. md. sinin 4. bendinde aynı zamanda bir ölçü olarak belirlenen “Genel ekonomik denge hedefini”²¹² gerçekleştirme zorunluluğu getirmiştir. Bütün ekonomik açıklamalardan önce bu ekonomik anayasa hukukuyla ilgili merkezi kavram, anayasanın ekonomi olayına katılan gruplar arasındaki yarar uyuşmasını piyasanın gidişatını bırakmak istemediğini, bilakis açık ifadesiyle her klasik ekonomi liberalizminde bu uyuşmanın oluşturulmasını toplu yaşamının bir görevi olarak anladığını ifade etmektedir.

Bununla beraber Anayasanın 109. maddesinin 2. bendinin ekonomi politikasıyla ilgili bu postulatı, müesseselere faydalı bir kamulaştırmanın olabilirliği hakkında doğrudan bir sonuca varmaya izin vermek için kabaca şekillendirildi. Teferruatlı olaylar altında anayasanın burada sadece bütçeyle ilgili ekonomi yönetim aracını bildirdiğini, ancak genel ekonomiyi etkileyen özel müdahaleleri ihmal ettiğini de²¹³ eklemek gerekiyor. Devletin ekonomi politikasıyla ilgili bütün tedbirleri için düzenlenmiş ve buna uymayı da mecburi hale getirmiş olan ana çizgisi anayasa

²¹² Bu konuda Bkz: vogel / Wiebel, BK, Art. 109 Rdnr. 80.

²¹³ Stern /unch /Hansmeyer, Stab G § 1Anm. II.1.

postulatını ancak kanun sayesinde 8 Haziran 1967 tarihli²¹⁴ ekonominin gelişmesi ve sağlamlığının korunmasıyla ilgili kanunla hayata geçiriyor. Ekonomik sağlamlık kanunu, global ekonomik yönlendirmesi ve sadece konjonktürel olarak belirlenen para ve maliye politikası araçlarıyla düzenlenen ekonominin akışına müdahale etme gereği gibi değil bilakis, resmi ekonomi politikası aktiviteleriyle kendi öncelikli amaçlarını bağladığı²¹⁵ bir aksiyon modeli olarak tasarlamıştır. Dayanıklılık kanununun 1. maddesinde kanun koyucu bununla genel ekonominin dengesini genel ekonomi politikasıyla ilgili hedefe ulaştırmakta ve aynı zamanda kendileriyle kamu ekonomisini yönlendiren davranışların ölçülmek zorunda olduğu alt hedeflere ayırmaktadır²¹⁶. Özel teşebbüslerin lehine olan ekonomiyi yönlendiren bir kamulaştırmanın meşruiyetini ispat eden genel ekonomiyle ilgili hedef belirlemeler düşünülürse, o burada aranmak zorunda kalınır.

II.2.4.3.3.2.2.1.1. Fiyat İstikrarı, Dış Ekonomi Dengesi, Yüksek İş Kapasitesi

Ekonominin sihirli karesinin²¹⁷ dört parçası olan fiyat istikrarı, yüksek iş kapasitesi, dış ekonomi dengesi ve düzenli, uygun ekonomi gelişimi tarafından “makro ekonomik karakterlerinden” dolayı daha mümkün olan kamulaştırmayla ilgili amaçlar kataloğundan fiyat istikrarı, dış ekonomi dengesi ve yüksek iş kapasitesi hedefleri kolaylıkla ayıklanıyor²¹⁸. Böylece kamulaştırma aracılığıyla tek bir müessesenin korunmasının ortaya çıkaracağı etki hissedilir derecede hafifletilerek enflasyon süreçlerine tesir etmesine engel olundu. Parayla ilgili talep ve genel potansiyel Ar21 arasındaki ilişki olarak fiyat seviyesinin korunması, daha çok bunlar arasında belki kamulaştırma sayesinde mümkün olan bir üretim artışında mal arzlarının artışı yanında sadece bir değişkendir²¹⁹. Kompleks, genel ekonomisiyle ilgili bir yığın faktöre bağlıdır. “İthal enflasyon” tabiri altında yürütülen uluslararası

²¹⁴ BGBI I s.582.

²¹⁵ Makro ve Mikroekonomik etkiye haiz, iktisadi olaylara devlet müdahalesi anlamına gelen global yönlendirme kavramı hakkında Bkz: Stern, Grundfragen der globalen Wirtschaftssteuerung, s.3.

²¹⁶ Kar: Badura, Wirtschaftsverwaltungsrecht, s.278, 279.

²¹⁷ Kavramın kökleri hakkında Bkz: Stern /Munch/ Hansmeyer, Stab G, § 1, Anm. II.

²¹⁸ Aynı yönde Nowotny, Regionalökonomie, s.57.

²¹⁹ Bunun için Bkz: Arnim, Volkswirtschaftspolitik, s.142.

fiyat artışlarının iç Pazar fiyat yapısına olan etkisi hakkındaki tartışma halk ekonomisi öğretisinin şimdiye kadar fiyat yükselmelerinin sebepleri hakkındaki açıklığı nasıl oluşturabildiğine en iyi örnektir.

Benzeri mülahazalar “dış ekonomi dengesi” ve “yüksek iş kapasitesi” ifadeleri içinde geçerlidir. Geleneksel olarak ödeme bilançosu dengesiyle açıklanan bir dış ekonomi dengesini güven altına alma hedefi, halk ekonomisi yönünden gerekli bir noktada kararlaştırılan müesseseleri himaye eden kamulaştırmayla etkili bir şekilde bir rota çizilemeyecek kadar komplekstir. Konjüktürel, mevsimsel ve yapısal faktörlerin etkilediği²²⁰ genel iş sahası tek bir müessesenin himayesini öncekinden daha az olarak hissedilir derecede etkiliyor. Bir iktisadi teşebbüsün kamulaştırma sayesinde mümkün olan yapılanmasının ödeme bilançosunun dengesine veya yüksek bir iş kapasitesine yardım edebildiğini gösteren sadece kaba bir etkileme analizi hemen hemen mümkün değil, Kamulaştırma hukukuyla ilgili bu türlü incelemelerde açık bir karar olmaması gerekirse de, araştırmaya giren “kamu yararı hedefleri” de en azından onlarla kamulaştırma arasında bir etkileme ilişkisi gösterilecek²²¹ kadar araştırmadan uzak olmalıdır. Değişen faktörlerin çokluğuna bağlı olan, karmaşık ekonomi politikasıyla ilgili hedef belirlemeler, bundan dolayı özel müdahaleleri itibardan düşürmekte ve bununla birlikte global olarak kararlaştırılan yönlendirme vasıtalarını kabul etmektedirler.

II.2.4.1.3.3.2.2.1.2. Ekonomik Gelişmenin Güvenliği

Genel ekonomik bakış açısından da genel iktisadi değerlendirmeler sosyal üretimin artması veya ekonomik potansiyelin yükselişi özel iktisadi işletmenin lehine olan arazi kamulaştırmasını haklı çıkarmaktadır²²². Dayanıklılık kanunu (StabG) resmi ekonomi politikası kanunundaki bu motifleri sarsılmaz ve ölçülü bir

²²⁰ Arim, ibid, s.146.

²²¹ Hukuk devletine ilişkin “ölçülebilirlik” ilkesinin etkisi olarak planlama amaçlarının uygulanabilir hale getirilmesi ihtiyacı hakkında Bkz. Hoppe, Rechtsschutz bei der Planung von Strassen und anderen Verkehrsanlagen, Rdnr. 170

²²² Bu anlamda Bkz: Hamn, BB 1957, 1259; Karşı görüş Stengel, Die Grunds stücksenteignung zugunsten privater Wirtschaftsunternehmen, s.44. 45.

ekonomi gelişmesini temin etmeye²²³ bağlamaktadır. Gelişme hedefi, ilk kez ticarete dalan ve orada “genel sosyal yardıma” olduğu gibi resmi güç gelişmesine faydalı olması gereken en eski ekonomi politikasıyla ilgili hedeflerden birisidir. Ticari bir ekonomi anlayışının hükümranlılığı altındaki bu hedef belirlemenin bütünlüğü için manidar olan, onun kolaylıkla gayr-ı menkulden en iyi şekilde faydalanmaya söz veren özel kuruluşların lehine olan temel mülkiyetin cebri devir ve temlikini sağlamasıdır. 20. Mayıs 1722 tarihli temel mülkiyetin bir doğu ticaret şirketine devir ve temlikini gemi, yelken ve bayrak fabrikasının kurulması için sağlayan bir Avusturya Kamulaştırma düzenlemesi bunun için canlı bir örnektir²²⁴.

Anayasanın değer düzenlemesi altında gelişme hedefinin esaslı olarak makul bir kıymet taktiri yerindedir²²⁵. Ekonomik gelişmenin hayat standartının iyileştirilmesinin ve bütün insanların milletin refahına adil bir şekilde katılmasının gerekli şartı olduğu tartışılmadığı halde, başıboş bir gelişme politikasıyla yürüyen ve faydaları karşısında hesaba katılan²²⁶ olumsuz dış etkiler gösteren sesler artmaktadır. Merkezinde bireyin korunması düşüncesi yer alan bir anayasal düzende bu dış etkiler hesap dışı kalamazlar. Bundan dolayı gerek üretim potansiyelinin yükselmesi, gerekse gerçek brüt sosyal üretimin artmasının, aynı zamanda sosyal ve tabii çevredeki ekonomi gelişmesinin etkisi altına giren zararlarla (sosyal maliyetler) dengelendiği sürece, genel refahın gelişmesi için engellerin ortadan kalkacağı hususu akla uygun görünmektedir.

Bu sebepten her resmi, gelişmeyi teşvik eden tedbirin kamu yararına hizmet ettiği tezi, kaba hatlarıyla basittir ve bu ayırdedilmezlik içinde hemen hemen görülmemektedir²²⁷. Eğer o özel iktisadi teşebbüsün bir kamulaştırma hakkının esası seviyesine çıkarılırsa, bu ekonomi potansiyelinin yükselmesine veya sosyal üretimdeki bir artışa yardım ettiği için daha az ikna edici olacaktır. Yani bu mantıki olarak, kamulaştırma nesnesi himaye edilen mal sahibinin elinde şimdiye kadarki

²²³ Stern /Münch/ Hansmeyer, StabG, §1 Anm. 4a.

²²⁴ Layer, Principien des Enteignungsrechts, s.134.

²²⁵ Bull, Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, s.260.

²²⁶ Dennis und Donella Meadows, Zahn, Milling; Die Grenzen des Wachstums, Bericht des Club of Rome zur Lage der menscheit s.3.

²²⁷ Bu yönde Hamann, BB 1957, 1259.

sahibinin²²⁸ elindekinden daha yüksek gelir getirdiği için bir kamulaştırma amacı, anayasayla ilgili mülkiyeti korumayla, mülkiyeti genel olarak kendi isteğine uygun bir şekilde kullanma²²⁹ imkanı çerçevesinde azalttığı için, kendi içinde tezada düşerdi. Ekonomi potansiyelinin yükselmesi veya sosyal üretimin artması gibi, genel halk ekonomisiyle ilgili mülahazalar bundan dolayı bir kamulaştırmayı haklı bulmamaktadır.

Elde edilen sonuç doğrusu “gelişmeyi teşvik eden kamulaştırmanın” gerekliliğini tek tek halk ekonomisiyle ilgili anahtar branşlar için ortaya koymayı deneyen farklı delilleri kabul etmektedir. Halk ekonomisi yönünden önemli olan hammaddelerin elde edilmesi ve taşınmasını mümkün kılması gereken kamulaştırmaları da buna katmak gerekiyor. Maddi- hukuki bir şekilde bir kamulaştırma yapılması şartıyla, düzenli olarak talep edilen hammaddelerin genel ekonomik anlamıyla kurulan maden hukukuyla ilgili temel devir ve temlik buna klasik bir örnek olarak gösterilebilir. Daha sonraki örnekler nihayet, ekonomik gelişme için enerji kaynağı olan petrolün asıl önemiyle meşrulaştırılan²³⁰ mineral yağ tesislerinin kurulması için yapılan sayısız kamulaştırmalardır. Böyle kısmi, tek tek ekonomi branşlarına dayanan genel ekonomiyle ilgili bir delil, - yukarıda görüldüğü gibi kamulaştırmanın gelişmeyi teşvik eden veya kararlılık veren tesirleri mümkün olan genel toplum zararlarıyla karşı karşıya getiren mümkün derece itinalı bir etki analizi çıkarılırsa ancak o zaman ikna edici olacaktır. Burada da dikkat edilen, değerlendirmeye bağlı faktörlerin çokluğu matematiksel olarak tam bir Faydadır-Maliyet analizine izin vermemekte, bilakis sadece kamulaştırma hukukuyla ilgili kamu yararı hükmüne şekil veren değerlendirme çerçevesini daha şeffaf yapmayı mümkün kılmaktadır.

²²⁸ Bu yönde Bkz. Stengel, Die Grundstücksenteignung zugunsten privater Wirtschaftsunternehmen, s.44. Maden Hukuku literatürü de gerçekten maden hukukuna ilişkin kamulaştırmanın bu şekildeki gerekçelendirilmesini tanımaktadır. Karş: Müller Erzbach, Das Bergrecht Preussens und desweiteren Deutschland, s.305.

²²⁹ Anayasal mülkiyet garantisinin bu içeriği hakkında Bkz: Kimminich, BK, Art.14. Rdnr.92,93.

²³⁰ Bullinger, Die Mineralölfornleitungen, s.38.

II.2.4.1.3.3.2.2.2. Sektörel ve Bölgesel Yapı Politikasının Bir Aracı Olarak Kamulaştırma

Anayasanın sosyal devlet görevine dahil olan bir ekonomi politikası genel ekonomi bozukluklarını önlemekle kalmamakta, aynı zamanda ekonomi olayının bölgesel ve sektörel olarak sınırlanan bozukluklarının giderilmesinde de sağlamlılığını göstermek zorunda kalmaktadır²³¹. Resmi sektörel - bölgesel yapı politikasının²³² genişçe tesis edilmiş olan müesseseleri himaye eden kamulaştırma aracı, “üçüncü derecede ağırlıklı olan teşvik tedbirleri”²³³ olarak bugüne kadar pek sık tanınmayan geleneksel bir yer almaktadır. Tek tek bölgelerde veya ekonomi dallarında resmi ekonomi politikasını şekillendiren hedeflere bir bakış, bundan dolayı müesseseleri himaye eden kamulaştırmanın sınırları hakkındaki sonuçları bölgesel veya sektörel ekonomi yönetimi bazında yapılacak bir değerlendirmeye ışıktutacaktır.

Genel ekonomiyle ilgili hedef belirlemelere benzer bir şekilde, anayasanın ne dereceye kadar resmi ekonomi politikasının tek tek ekonomi alanları veya ekonomi dallarının kısmi yararlarını gerçekleştirmesi²³⁴ gerektiği hakkındaki tesbitleri eksik bıraktığı belirlenmektedir. Bir istisna olarak sektörel yapı politikasının üç alanını ortaya çıkaran²³⁵ anayasanın 74. maddesinin 17. şıkkı belirtiliyor. Teşvik edici olarak toprak ve orman ekonomisiyle ilgili üretim, bu ürünlerin girişi ve çıkışı ve göl ve sahil balıkçılığı gösteriliyor²³⁶. Kömür madeni alanlarının ekonomik yapısının iyileştirilmesi veya değirmen ekonomisi alanında kapasite fazlalığının azaltılması gibi, geçmişte sıkı devlet tedbirlerinin malzemesi olan sektörel yapı politikasının pratikte önemli temel alanları ancak, zikredilmeden kalıyor. Anayasa sektörel ekonomi politikasının çareleri üzerindeki her belirleyici noktayı hissettiriyor. Bu görünüm bölgesel ekonomi politikası için tekrar ediliyor. Burada da yetki belirlemeleri anayasanın 72. maddesinin 2. bendinin 3. şıkkı²³⁷ veya

²³¹ Benzer yönde; Bull, Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, s.270.

²³² Schmidt, Wirtschaftspolitik und Verfassung, s.117.

²³³ Zacher, Staatliche Wirtschaftsförderung, s.198.

²³⁴ Schmidt, Rechtsfragen der regionalen Strukturpolitik, AÖR 99. (1974) s.529.

²³⁵ Bull, ibid, s.271.

²³⁶ Madde 74 Nr. 17’de belirtilen yetkinin açıklaması için Bkz: Bull, ibid, s.271.

²³⁷ Schmidt, Rechtsfragen der regionalen Strukturpolitik, s.532.

91a maddesi gibi, genel ekonomi düzeyinin altında karar verilen ekonomi politikasını bununla belirleyen anayasa hukukuyla ilgili açığı telafi ediyor.

Sektörel ve bölgesel ekonomi politikasının görevleri hakkındaki somut tanıtlar ancak bu ekonomi politikası alanındaki yaygın sosyal devletle ilgili şekillenme emrini veren basit kanun koyucunun seviyesinde bulunmaktadır. Yasal hedefi bulma süreci, toplum görevi hakkındaki, “bölgesel ekonomi yapısının iyileştirilmesini”²³⁸, bölgesel ekonomi teşvikinin şartları ve görevlerini içerisinde belirleyen kanun bölge ekonomisiyle ilgili alanda en geniş şekliyle ilerleme kaydetti. Sektörel yapı politikasının kıyaslanabilir olan geniş kapsamlı bir düzenlemesi, geniş alanlarda bölgesel ve sektörel yapı politikası esasen ayrılmadığı için²³⁹, bunun nerede gereksiz olduğu konusunda noksan kalmaktadır. Resmi yapı politikasının özellikle sektörel olarak kararlaştırılan dikkat çekici örnekleri daha önce belirtilen kömür kanunu²⁴⁰ ve “tarımsal yapının ve sahil korumanın iyileştirilmesiyle”²⁴¹ ilgili toplumsal görevler hakkındaki kanunu sunmaktadır.

Şimdiye kadar bununla resmi yapı politikasının belirlenmiş bir Hedef-Araç -Sistemi bilinmeksizin, bu ilişki içerisinde kendisine atıfta bulunulabilen²⁴² özel düzenlemeler silsilesinden bölgesel ve sektörel ekonomi politikasının iki temel motifi çıkarılmaktadır. İlk olarak resmi yapı politikası tek tek ekonomi bölgelerinin veya dallarının ekonomik gücünü ve bununla da genel ekonomi gelişme hedefini bu seviyede yürütmeli ve ikinci olarak bununla sıkı bir ilişki içerisinde onların sosyal politika hedefine ve bölgesel ve sektörel işsizliği önleme hedefine, genel ekonomi bölgesinde tam çalışma teklifi örnek gösterildiği²⁴³ gibi alternatif olarak konuluyor. Hassas bir şekilde her iki motif müesseseleri himaye eden kamulaştırmanın oluşturulması için öne sürülmekte²⁴⁴ ve kamulaştırma hukukuyla ilgili tesir gücü araştırılmaktadır.

²³⁸ 6 Ekim 1969 tarihli BGBI I. S.1861, Ayrıca 23 Aralık 1971 tarihli Toplumsal görevler kanunu BGBI I. S. 2140.

²³⁹ Badura, Wirtschaftsverwaltungsrecht, s.270.

²⁴⁰ 15.5.1968 tarihli (BGBI I. S.365)

²⁴¹ 3.9.1969 tarihli (BGBI I. S.1573)

²⁴² Ayrıntılı olarak Bkz: Badura, Wirtschaftsverwaltungsrecht, s.270. Ayrıca Bkz: Schmidt, Wirtschaftspolitik und Verfassung, s.117.

²⁴³ Waterkamp, Interventionsstaat und Planung, s.60.

²⁴⁴ Seufert, Bayrisches Enteignungsrecht, s.231.

II.2.4.1.3.3.2.2.1. Bölgesel ve Sektörel Ekonomi Yapılarının Korunması ve İyileştirilmesi

Bölgesel ve sektörel ekonomi yapılarının korunması ve iyileştirilmesinin gelişme yönünden istikrarlı ve gelişmeyi teşvik eden etkisinden dolayı anayasanın sosyal devlet ve ekonomi politikasıyla ilgili görevlerinden sayıldığı yukarıda gösterildi. Genel ekonomi ilişkilerinin karmaşıklığı sadece belli ölçüler içinde, özel kuruluşlara faydalı kamulaştırmanın bir dereceye kadar genel ekonomi gelişmesine yardım etmeye elverişli bir araç olduğu hakkındaki ifadeleri kabul ettiğinde, bölgesel ve sektörel gelişmenin geniş çapta görülebilen alanlarındaki ifadeler daha hafif kalıyor. Gerçekte yer düzenlemesi ve halk ekonomisi öğretisi arasında yerleşen bölgesel ekonominin²⁴⁵ iyi bir şekilde disipline edilmesi, kendisiyle bölgesel ve sektörel gelişme sürecinin bugüne kadarkinden daha hassas olarak analiz ve tahmin edilebildiği bir mekanizma elde edilmesi sonucu ortaya çıkarıyor. Bu sonuç bölgedeki ekonomi politikasıyla ilgili idari mekanizmaya rasyonel bir esas vermek için²⁴⁶ dikkate alınmaktadır. Zorlayıcı idari mekanizma olarak müesseseleri himaye eden toprak kamulaştırması için onların ifadeleri üç yönden ilginç olabilmektedir. Birincisi, tek tek bölgelerin veya branşların ekonomik yapısının gerçekte zayıflayıp zayıflamadığı, bundan dolayı yapıyı iyileştiren bir kamulaştırmanın gerekli olup olmadığı sebebine güvenli bir esas verebilir. (a). İkinci olarak kamulaştırmanın belirli bir iktisadi teşebbüsün lehine olarak gelişmeyi teşvik eden tesirleri gösterip göstermediği, diğer bir deyişle kamulaştırmayı himaye eden müessesenin halk ekonomisiyle ilgili anahtar fonksiyon icra edip etmediği kararında rasyonel ölçüler ileri sürebiliyor. (b). Nihayet üçüncü olarak da, müessesenin istenen gayr-ı menkulün kamulaştırılması hakkında talimat verildiği yerde bulunup bulunmadığı hakkında verilerek cevabı kolaylaştırabiliyor. (c).

(a) Sektörel veya bölgesel olarak sınırlanan hedeflerle de bir rekabet ekonomisindeki tek tek iktisadi teşebbüslerin teşviki nadir bir istisna olarak kalmak zorundadır. “Bölgesel altyapının iyileştirilmesi” olarak belirlenen toplum görevi hakkındaki

²⁴⁵ Bu konuda Bkz: Nowotny, Regionalökonomie, s.9

²⁴⁶ Devletin yönlendirme tedbirlerinde araç-amaç sistemi öngören ekonomik politikasına ilişkin rasyonellik ilkesi hakkında Bkz: Arnim, Volkswirtschaftspolitik, s.38.

kanun bundan dolayı 1. maddenin 2. bendinde, teşvik tedbirlerinin (sadece) ekonomik gücü federal ortam altında büyük olan ve bunun altında önemli derecede kötüye gidiyor gibi görünen veya geniş alanda bölge üzerinde aksi tesirlerin olduğu veya gözle görüldüğü bir tarzda yapı değişikliğine uğrayan veya onun tarafından tehdit edilen ekonomi dallarında etkili olan alanlarda yürütüleceğini mantıki olarak formülize ediyor. Resmi teşvik politikasının bu sınırlı ana kararları sadece bu konuda öngörülen finans mekanizmasının kullanımını sınırlamıyor, aynı zamanda serbest bir rekabet ekonomisinin sistemindeki gelişmeyi stabilize veya teşvik eden tedbirler için genel ölçü olarak geçerli olabiliyor. Bir bölgenin veya branşın ekonomi yapısına kapsamlı olarak girişleri bundan dolayı müesseseleri himaye eden kamulaştırmanın kullanımını da yapıyı sağlamlaştıran bir malzeme olarak haklı çıkarabiliyor.

Bölgesel veya sektörel ekonomi yapılarının ekonomiye yön veren düzenlemesi için, sosyal devlet görevinin ekonomi alanında da ilk olarak yöneldiği²⁴⁷ kanun koyucu öncelikle görevlidir. Onun ekonomi politikasıyla ilgili bir ekonomi bölgesini veya bir ekonomi dalını kuvvetlendirme kararı doğrusu büyük ölçüde hükümet ve idare aracılığıyla yeni bir düzenlemeye ihtiyaç duymaktadır. Çünkü yapısal yönden önemli olan faktörlerin çeşitliliği yasal bir düzenlemeye sınır getirmektedir.²⁴⁸ Burada sadece kanun koyucunun ekonomi politikasıyla ilgili kararını şeffaflaştıramayan, aynı zamanda yapısal ekonomi analizlerinin temelinde, içerisinde müesseseleri himaye eden kamulaştırmanın yerini bulduğu²⁴⁹ resmi idare aktivitelerinin tek tek her birine giren hedef-arac sistemini geliştirmek zorunda olan bölgesel ekonominin asıl görevi başlamaktadır. Geçmişin ekonomisiyle ilgili kanun hazırlaması bu yolu, resmi teşvik tedbirlerini, resmi teşvik politikasının hedefleri ve araçlarını birbiri üzerine oturtan çerçeve planlarına bağlamak²⁵⁰ suretiyle dikkatli bir şekilde takip etmektedir. Böyle handikapların girişinde gelişme hedefiyle mümkün olan rekabet edici genel ekonomiyle²⁵¹ ilgili ve aynı zamanda da sosyal hedefler arasında ortaya çıkabilecek ihtilaflar da dengelenmiş olmaktadır. Gelecekteki

²⁴⁷ Schmidt-Bleibtreu Klein, GG, Art. 20 Rdnr.20.

²⁴⁸ Karmaşık idari kararların sınırlı normlandırılabilirliği hakkında Bkz: Schmidt - Assman VVDStRL 34, s.254.

²⁴⁹ İdari kararların en başta maliyet-fayda veya getiri değeri analizi yardımıyla şeffaflaştırılması halinde Bkz: Eckhoff, Nutzen -Kosten- Analyse und Nutzwertanalyse als vollständige Entscheidungshilfe, Raumforschung und Raumordnung, 1973. S.93.

²⁵⁰ Frenzel, ibid, s.123.

²⁵¹ Schmidt, Rechtsfragen der regionalen Strukturpolitik, AÖR, 99. S.534.

ekonomi politikasıyla ilgili hedefler ne kadar somut olarak yapı iyileştiren müesseseleri himaye eden kamulaştırmanın esasları ve sınırları gelecekte o kadar somut olarak belirlenmiş olacaktır.

(b) Tek tek ekonomi bölgelerinin veya dallarının genel teşvik ihtiyacı tespit edilmiş olursa, o anda somut, göze çarpan müessesenin teşvikinin kamulaştırma aracılığıyla yapının iyileştirilmesine yardım edip etmeyeceği hakkında ek düşüncelere ihtiyaç duyulacaktır. Müesseseleri himaye eden kamulaştırma gerekli noktada “mikroekonomik” olarak başladığı²⁵² için, gelişmeyi teşvik eden etkiler, himaye edilen müessesenin bölge ekonomisinde veya söz konusu ekonomi dalında bir anahtar fonksiyonunu yerine getirmesini düzenli olarak şart koşmaktadır. Tek tek “dinamik endüstrilerin” rolünü ekonomi alanlarında analiz eden bölge ekonomisiyle ilgili gelişme modelleri bunun için önemli dayanak noktaları verebilmektedir. Açıklamaya bu ilişki içinde zengin mahkeme içtihatlarını, kanun koyucunun kömür kanununun 32. maddesinin 2. bendinin 1. şıkkında veya InvZulG’nin (Yatırıma, İzin Verme Kanunu)²⁵³ 1. Maddesinin 4. Bendinde belirtildiği ve orada teşvik edilen projenin uygunluğunu yapının iyileştirilmesi için tarif ettiği²⁵⁴ gibi “halk ekonomisiyle ilgili özel teşvik değeri” kavramına dahil ediyor. Onun kazancı, yapıyı iyileştirmenin uygunluğunun sadece bütün bölgesel ekonomi etkilerinin iyimser bir araştırmada teşvik değerini dışta bırakacak şekilde²⁵⁵ karara bağlanabileceğini ortaya çıkarmış olmaktadır. Başka hiç bir şey, mümkün olan rakipler üzerindeki üçüncü derecede ağırlıklı olan etkilerini itinalı bir şekilde hissettiren ve özel durumda kamulaştırmayı itibardan düşürebilen müesseseleri himaye eden kamulaştırma için geçerli değildir.

(c) Nihayet kamulaştırmanın himaye ettiği müessese bölgeyle ilgili olaylar içerisinde, somut olanların kamulaştırılmasına izin verildiği için somut olarak istenen yeri göstermiş olması gerekir. Mevcut iktisadi teşebbüsün genişletilmesi talep edilmişse mümkün olan alternatif genişleme alanlarının sayısı, işletme ekonomisiyle ilgili olarak sadece belirli bir bölge dikkate alındığı için düzenli olarak azalacaktır.

²⁵² Nowotny, Regional ökonomie, s.63.

²⁵³ 18.9.1969 tarihli BGB I s. 1211

²⁵⁴ OVG Munster, 9.4.1973 tarihli karar = Gew Arch 1974, 244; 26.3.1976 tarihli karar = DVB1 1976, 681; Ayrıntılı olarak Bkz: Heinze, Die Formel “volkswirtschaftlich förderungs würdig als Richtmass staatlicher Wirtschaftlenkung, WIR, 1972, 267.

²⁵⁵ Heinze, ibid, s.275.

Müesseseleri himaye eden kamulaştırmanın bölgesel veya sektörel ekonomi yapılarının iyileştirilmesi için gerekli olduğu kararı, sadece müdahale yapıyı iyileştiren etkisini tam olarak gösterebildiği için, işletme ekonomisine uygun yerin seçimini kapsamaktadır. Yeniden yerleşme çerçevesinde yer sorununa daha zor karar verilmektedir. Karar yardımı burada, tek tek her bölge için yer kararından çıkan ekonomik etkileri analiz eden ve bununla hem planlı gelişmelere hem de yer kararına kamulaştırma hukukuyla ilgili plan tespit etme metodları çerçevesinde rasyonel bir esas sunabilen makroekonomik yer teorisinden yararlanarak yapılmaktadır.

II.2.4.1.3.3.2.2.2. Bölgesel ve Sektörel İşsizliğin Giderilmesi

Gelişme hedefinin yanında özel olarak iş alanları elde etme ve yeni iş alanları açma²⁵⁶ hedefi de resmi yapısal politikanın motiflerinden sayılmaktadır. Kamulaştırma amacına aynı zamanda yüksek bir kıymet verildiğindendir ki, ancak kamulaştırma yoluyla bir işletmenin yerleşmesi veya genişlemesinin mümkün olduğu, istihdam oluşturulmasının söz konusu olduğu bir çok kamulaştırma vakaları önemli yer tutmaktadır²⁵⁷. Bütün ekonomi politikasıyla ilgili detay hedefleri gibi iş alanları elde etme ve yenilerini açma temel hedef değildir, bilakis sosyal yardım ekonomisiyle ve sosyal politikayla ilgili değerlere²⁵⁸ dayanmaktadır. Onun yüksek değer takdirinin gerçek, tarihi sebebi, iş durumuna gelen daha değer büyük çöküntülerin tek tek ve genel durumlar için sosyal yönden çekilmez sonuçlara götürdüğünü açıkça gözler önüne sermiş olan Weimar Cumhuriyeti'ndeki gizli ekonomik krizdir; o yıllardan beri iş alanlarının açılması ve muhafaza edilmesi genellikle kamulaştırmayı meşru kılan kamu yararları olarak bilinmektedir²⁵⁹.

Gerçekte ekonomi ve sosyal politikayla ilgili devletin sorumlulukları güvenli iş alanları hakkındaki endişeler içerisinde ehemmiyetsizdir. Bu kamulaştırma motifine, kamulaştırmanın himaye ettiği müessese projesi yapısal ve bölgesel iş alanı eksikliğini gidermeye yardım ettiği sürece, istisna olarak ona uygun olan zaruretten

²⁵⁶ Bull, Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, s.260.

²⁵⁷ Stengel, Die Grundstücksenteignung zugunsten privater Wirtschaftsunternehmen, s.40.

²⁵⁸ Giersch, Wirtschaftspolitik, s.26.

²⁵⁹ Frenzel, ibid, s.125.

dolayı tekrar gözden geçirme lüzumunu ortaya çıkarmaktadır. Burada şu detaylı sorular cevaplanmaktadır.

Zorluklar önceden beri sektörel veya bölgesel işsizlikten bahsetmek için bölgede veya bir ekonomi dalındaki iş durumunun hangi ölçüde kötüye gitmiş olması gerektiği sorusuna bir cevap hazırlamalıdır. Bundan dolayı iş alanlarıyla ilgili kamulaştırma tedbirleri sebeplerine göre gerekli olabilir. Halk ekonomisi öğretisi işsizlerin sayısı ile iş sahibi olanların sayısı arasındaki ilişkiyi tarif eden²⁶⁰ işsizlik payıyla, bir bölgenin ekonomi dalının iş durumunu ölçmek için ihtiyaç duyulan şekilsel bir ölçüyü hazır tutmaktadır. Hangi işsizlik payının işsizliği işaret ettiğini, ilk ve son olarak tespit etmeyen, bilakis zamana bağlı politik değerlere ait olan ekonomi politikasıyla ilgili handikaplar cevaplandırabilmektedir. Federal Ekonomi Bakanının yıllık ekonomi alanında ifade ettiği, son yıllarda %0,8'lik bir payı yüksek iş kapasitesi olarak değerlendiren, sonuçlar önemli bir ipucu vermektedir.

Burada tek tek müesseselerin himaye edilmesinin sektörel veya bölgesel işsizliği önlemeye çalışmak²⁶¹ için uygun bir araç olup olmadığı devamlı düşünülmektedir. Bölgesel veya sektörel olarak sınırlanmış olan kısmi iş pazarlarında sezonluk veya konjunktürel etkiler gibi işsizliğin farklı sebepleri bir araya geldiği için, burada bir karar ağırlaştırılabiliyor. İş piyasası üzerindeki hissedilir tesirler bundan başka sadece, kesin sayılar verilmeksizin²⁶², daha büyük sayıda iş alanları açan böyle kurma ve genişletme projelerinden çıkacağı ileri sürülmektedir.

Esas sorular son olarak iş ve işçi bulma politikasının aracı olarak kamulaştırma müdahalesinin gerekliliği ve uygunluğunun sorulmasıdır²⁶³. İlgili işçiler diğer iş yerlerine gönderilebilirlerse, kamulaştırmanın gerekliliğinde eksiklik olabilir²⁶⁴. İşçilerin sınırlanmış branş ve yerle ilgili niteliği doğrusu işten çıkarma imkanlarına, iş güçlerinin bir göçü bölgesel veya sektörel olarak arzu edilemeyeceği için dar sınırlar getirmektedir. Nihayet kamulaştırma müdahalesinin uygunluğu ayrıntılı bir etki analizi sayesinde güven altına alınmaktadır. Bu sadece tahmin edilen söz konusu temel mülkiyet üzerindeki “dış” etkileri ortaya çıkarmak zorunda değil,

²⁶⁰ Stern /Munch/ Hansmeyer, StabG, §1 Anm. 2c;

²⁶¹ Ekonomi politikasına ait tedbirlerin uygunluğu hakkında Bkz: Arnim, Volkswirtschaftspolitik, s. 41.

²⁶² Preiser, National ökonomie im Dienste der Wirtschaftspolitik, s.76.

²⁶³ Kamulaştırma hukukunda aşırılık yasağı Bkz: Kimminich, Bk, Art. 14 Rdnr 277.

²⁶⁴ Benzer yönde OVG. Koblenz, 29.1.1959 tarihli karar = AsRh. Pf. 7.201.

aynı zamanda tek bir müessesenin himayesinden ortaya çıkabilen mümkün olan “iç” ekonomiyle ilgili zararları da gidermek zorundadır. Mesela kamulaştırma sayesinde açılan iş alanlarını diğer teşebbüs dallarındaki rasyonelleşme tedbirleri üzerinde dengeleyen kamulaştırmayla himaye edilen müessesenin çevresindeki yan tesirler buraya dahildir. Diğer ilişkilerde görüldüğü gibi, iş yeri teklifi himaye edilen müessesenin çevresindeki yan tesirler buraya dahildir. Diğer ilişkilerde görüldüğü gibi, iş yeri teklifi himaye edilen müessesenin rekabet avantajı sebebiyle olabildiği ölçüde tehlikeye sokulan rakiplerin etrafındaki yaygın tesirler de buna dahildir.

II.2.4.1.3.3.3. Kamulaştırma Sayesinde Himaye Edilen Özel Kuruluşların Kamu Sorumlulukları

Özel iktisadi teşebbüslerin kamulaştırma hakkı tarafından bugüne kadar elde edilen görünüm, en azından, özel kuruluşun kamulaştırma hakkını amaç dışı olarak kullanmayacağını²⁶⁵ güven altına almak zorunda olan büyük sorumluluklar taslak halinde gösterilmezse eksik kalır. Çünkü başlangıçta incelenen “kamu teşebbüsleri” dahil olduğu halde kamu idaresinin düzenlemelerinden ayrı olarak ilk önce kendine sağlayacağı yararları dikkate alan özel teşebbüsler kolaylıkla, kamulaştırma objesinin kamu yararında kullanılması konusunda tehlike arz etmiyor²⁶⁶. Anayasanın 14. maddesini 3. bendinin 1. cümlesinin anayasa hukukuyla ilgili yetkilendirmesi ise, tercihen kamusal amaçları takip ettiği için mülkiyete müdahaleyi meşru kılmıyor, bilakis kamulaştırma amacının gerçekleştirilmesini de²⁶⁷, zorunlu olarak talep ediyor. Kamulaştırma makamları gibi kanun koyucular bundan dolayı, bir kamulaştırma sayesinde himaye edilen özel müessesenin yöntem

²⁶⁵ Stummer, Die Öffentliche Zweckbindung der enteigneten Sache, s.125.

²⁶⁶ Bullinger, Die Enteignung zugunsten privater, s.477.

²⁶⁷ Son yıllardaki kamulaştırma dogmatğine temel teşkil eden Alman Anayasa mahkemesinin 18.12.1968 tarihli Hamburg- Deich kararı için Bkz: BVerfGE 24, 367, 407 = DÖV 1969, 102 ff). Bu karar kraliyet mahkemesinin kararlarından açık bir biçimde geriye dönüşü göstermektedir. Bu konuda ayrıca Bkz: Schmidt- Assmann, BBauG, § 102, Rdnr.7.

hukukuyla ilgili güvenlikler aracılığıyla kamulaştırma amacının yerine getirilmesi için teşvik edilme²⁶⁸ endişesini taşımak zorundadırlar.

II.2.4.1.3.3.3.1. Güvenlik Aracı

Belki de en çok kullanılan güvenlik aracı olarak başlangıcından beri kamulaştırmaya maruz kalanın yeniden elde etme hakkı kamulaştırma hukukuna girmiştir. Kamulaştırma teorisinde en farklı şekilde hukuk tabiatıyla ilgili yapılarda²⁶⁹ ortaya çıkan bu kurum durdurucu ve önleyici güvenlik fonksiyonlarını yerine getirmektedir. Özel kanunla belirlenmiş bir sürenin geçmesinden sonra başarısız kalmış olan kamulaştırmalardan tekrar vazgeçildiğine göre bu durum durdurucu olarak etki etmektedir. Önleyici etkiler ise kamulaştırma amacını yerine getirmek zorunda olan kamulaştırmanın himaye etkilerinin üzerine yapılan büyük baskıda görünmekte, onlar, düzenli olarak uzun süren bir kamulaştırma metoduyla elde edilen yararları tekrar kaybetme²⁷⁰ tehlikesine girmek istememektedir. Anayasanın 14. maddesinden doğrudan açık yasal standartlaşmadan ayrılmış olarak geri alma hakkını çıkaran BverfG'nin geriye doğru kamulaştırma kararı bu önleyici fonksiyonu anayasa hukukuyla ilgili olarak kuvvetlendirilmiştir²⁷¹. Müesseseyi himaye eden kamulaştırmayı ekonomiyi idare eden araç olarak kullanan bir ekonomi idaresinin aktif şekillendirici aracı olarak kamulaştırma hukukuyla ilgili geri alma hakları devlet tarafından değil, sadece kamulaştırmaya maruz kalan tarafından geçerli hale getirilebildiği için²⁷², önceki gibi uygun değildir. Kamulaştırma dairesi ve kanun koyucu bundan dolayı özel kamulaştırma himayesini kamulaştırma amacına bağlamak için kendi imkanlarını aramak zorundadır. Bir yönüyle kamulaştırma

²⁶⁸ Bullinger, ibid, s.478. Yazar teminat yükümlülüğünün Anayasa md. 24, 73. C.1'den çıkarıldığına işaret etmektedir.

²⁶⁹ Altere Enteignungsgesetze (Karş: md.12, 4, 7.11.1937 tarihli BayZAG, GUBI s.109.

²⁷⁰ Bu yönde Bkz: Stummer, Die Öffentliche Zweckbindung der enteigneten Sache, s.195.

²⁷¹ Anayasa mahkemesinin bu kararından önceki doktrindeki görüşler hakkında Bkz. Maunz/ Durig/ Herzog, GG, Art.14: Rdnr.12.

²⁷² Aynı yönde Stengel, Die Grundstücksenteignung zugunsten privater Wirtschaftsunternehmen, s.49.

hareketini yan kararlarıyla ifade etmek bu amaca sunulmakta, diğer yönüyle kamulaştırma amacının akdi bir güvenliği tartışılmaktadır²⁷³.

(a) Hangi sıkıntı veren yan kararların kamulaştırma amacının güvenliği için geçerli olup olmadığı hususu kanun koyucu bizzat daha önceki kamulaştırma kanunlarında bu imkana ihtiyaç duyduğu için²⁷⁴, devamlı kapalı olarak kalabilir. Farklı metod hukukuyla ilgili kamulaştırmaların şekillenmelerini gözetim dışı bırakan²⁷⁵ götürü cevaplar tatmin etmiyor. Kendilerinde kamulaştırma amacının güvenliği yan kararlar aracılığıyla tespit edilebilen iki metod hukukuyla ilgili safha birçok kez kabaca şekillenmiş olarak düşünülebilir: Başlangıç noktası özellere kamulaştırma hakkının verilmesidir. Bu her şeyden önce daha önceki kamulaştırma kanunlarınca biliniyordu ve bu özel kuruluşlara kamulaştırma talep hakkını oluştuyordu. En yüksek devlet makamları tarafından düzenli olarak açıklanan verme hareketi himaye edilen bir idare hareketi şekline sokulduğu²⁷⁶ takdirde, bu şartlı veya süreli olarak sorumluluk veya iptal kayd-ı ihtirazı altında taksim edilebilmektedir. Böyle fer'i kararların olabilirliği için himaye edilenin kamulaştırma hakkı verilmesi üzerine herhangi bir hak iddia edemeyeceği ve bu hakkı verme işini federasyonun ve eyaletlerin idari metod kanunlarının genel kurallarına göre sınırlı olarak taksim edilebilmesi söz konusudur²⁷⁷.

Fer'i kararlar ise, önceden beri özel kuruluşa doğrudan kanun aracılığıyla bir kamulaştırma hakkı tanınmışsa, sürekli mümkün olan hak dağıtıcı kamulaştırma hareketine eklenebilir. Özel hakkı şekillendiren idari hareket olarak hukuk güvenliği ve açıklık yararındaki kamulaştırma değişimini ifade eden kamulaştırma, sorumluluğun tespit edilmesi caiz fer'i karar olarak kalacak şekilde şartsızdır²⁷⁸. Bunlar bizzat, özel kuruluşa kamulaştırmanın yürütülmesi üzerine bir hak talebi

²⁷³ Stummer, ibid, s.157.

²⁷⁴ Karş: Art.4. Abs.1. s.2 bayr.ZAG 17.11.1837, GBI s.109; Art 10 des Bayr. GEG Vom 1.8.1933, GVBI. S.217.

²⁷⁵ Bu yönde Bkz: Stummer, Die Öffentliche Zweckbindung der enteigneten facher s.143.

²⁷⁶ Meyer /Thiel/ Froberg, Enteignung Von Grundigentum, s.63.

²⁷⁷ Menfaat sahibi 3. Kişi yetki devri yoluyla sadece kamulaştırmanın kamulaştırma makamı tarafından gerçekleştirilmesini talep hakkı kazanır. Gerçek kamulaştırma işlemi daha sonraki bir aşamada ortaya çıkar. Bkz. Meyer, ibid, s.64.

²⁷⁸ Frans sen über Bedingungsfeindliche Verwaltungsakte, s.144.

olarak verilirse, kamulaştırma amacının kamulaştırmanın şartı olarak gerçekten yerine getirileceğini²⁷⁹ güven altına alması gerektiği için geçerli olacaktır.

(b) İdarenin iş sahası, kamulaştırma amacı üzerine tespit edilen fer'i kararlar yerine, kamulaştırmanın himaye ettiklerini kamulaştırmayla takip edilme hedef belirlemelere bağlamak²⁸⁰ için, sözleşmelere el atarsa, esas itibarıyla daha esnek olarak şekillenecektir. Bu uygulama kamulaştırma hukuku tarafından sayısız eski ve yeni örnekleri gösterdiği²⁸¹ kadar bilinmiyor. Böyle sözleşmelerin tipik içeriği, kamulaştırma makamının hak dağıtıcı kamulaştırma düzenlemesini, himaye edilenin takip edilen ekonomi politikasıyla ilgili hedefi, öngörülen yatırımı yapmak veya istenilen sayıda iş yeri açmak²⁸² suretiyle yerine getirmeye bağlamaktır. Böyle eşyaya göre genel-hukuki olan sözleşmenin geçerliliği idare usulü kanunlarının ışığı altında, genel-hukuki sözleşme hakkını yeni esaslar oturttuğu için²⁸³ itinalı bir açıklamaya ihtiyaç duymaktadır. Kısmen geçerli hale getirilen genel bir itiraz her ne olursa olsun gelecekte artık kimseyi ikna edemeyecektir²⁸⁴.

Resmi - hukuki müdahale sözleşmesinde eyalet idaresi usul kanunlarının usul kanunun 56 B maddesine benzeyen usul kararlarına göre karar verilirse, böyle sözleşmeyle birleştirebilirliğin geçerlilik kapsamı, teşvik edilene kamulaştırma faaliyeti için bir hak verilip verilmemesine bağlıdır²⁸⁵.

²⁷⁹ Schrodter, BBauG, § 108 Rdnr.3. Fur die Enteignung des BBauG.

²⁸⁰ Stummer, ibid, s.157.

²⁸¹ Stengel, Die Grundstücksenteignung zugunsten privater Wirtschafts unternehmen, s. 50. Yazar, enerji ekonomisi kanunu çıkmasından önceki dönemde enerji üreten işletmeler lehine yapılan kamulaştırmalar umurun menfaatini (kamu yararını) gözetme yükümlülüğünü içeren bir taahhütname imzalatıldığını belirtmektedir. Bu konuda Bkz. Eiser /Riederer/ Sieder, Energiewirtschaftsrecht, §11 Anm 30. Son yıllarda benzer bir uygulamaya da petrol boru hattı için yapılan kamulaştırmalarda rastlanmaktadır. Bkz. Stengel, ibid, s.50.

²⁸² Bu konuda Bkz: OVG Koblenz, 29.1.1959 tarihli karar = DÖV 1960,315; Bu karar göre işyeri açılması amacıyla yapılan bir kamulaştırmanın bu yöndeki bir mükellefiyeti içermemesi sebebiyle geçersiz olduğu sonucuna varılmıştır.

²⁸³ Bu konuda Bkz: Meyer/Borgs, VerwVerfG. §54. Rdnr.1.

²⁸⁴ Stummer, ibid, s.160.

²⁸⁵ Bu konuda Bkz: Meyer/Borgs, VerwVerfG, §56 Rdnr.3.

II.2.4.1.3.3.2. Özel Tipik Güvenlik Amaçları

Özel'e faydalı kamulaştırmayı ekonomi politikasıyla ilgili enstrüman olarak yerine getirmesi gereken çok yönlü görevlere uyum sağlamak zorunda olan maddi güvenlik amaçları tamamlamış olarak kalmaktadır. Bölgesel ve sektörel ekonomi teşvikinin enstrümanı olarak onun merkezi fonksiyonunda, kamulaştırma belirlenmiş hedefine ulaşabilir. Ancak kamulaştırmada yardım edilen müessese kapasitesini tam olarak kullanmaya garanti vermelidir, en azından işletmeyi belirli bir süre verimli olarak yürütmelidir²⁸⁶. Kamulaştırmanın ekonomiyi teşvik eden etkenlerin garanti altına alındığı zamanla takdir edilen bir işletme görevi hakkındaki özel ekonomi faaliyetinin bu bağlantısı pratik olarak gerçekleştirilebilir. Faydalı idari elementler, kamulaştırmanın bölgesel ve sektörel iş alanları bulma enstrümanı olarak baskı yaptığı ayrılmış hükümlerdir²⁸⁷. Bu özel işletmeler, müesseselerin bitirilmesine göre belirli sayıda iş alanı oluşturmakla görevlendirmektedir. Kamulaştırma halk ekonomisiyle ilgili önemli malları hazırlama hedefini takip ederse, belirlenmiş hükümler üretilen mallar için asgari bir de kontenjan tespit edebilecektir. Birleşme, bakım ve ruhsat görevleri, nihayet kamulaştırma belirli nüfusun bir kısmının veya hammaddesi olan ekonomi branşlarının bakımını garanti etmeyi²⁸⁸ amaçlarsa, mümkün olan bağların örnekleri olur. Bütününde bunlar özel işletmenin kamulaştırma hakkıyla kamu yararı bağlacının elzem görevlerini somutlaştırıyor. Kamulaştırma amacına ulaştığı sürece, özelliğini (özel olma durumunu) kaybedecek ve resmi idarenin hizmetine sokulmuş²⁸⁹ olacaktır.

²⁸⁶ Stummer, Die Offentliche Zweckbindung der enteignetensache, s.162.

²⁸⁷ Stummer, ibid, s.165.

²⁸⁸ Bullinger, Die Enteignung zugunsten Privater, s.477.

²⁸⁹ İbid, s.478.

II.3. Alman Kamulaştırma Hukukunda Kamu Yararı Kararının Genel Değerlendirilmesi

19. yüzyılın Alman devletlerindeki anayasa garantilerinin yürürlüğe girmesiyle, kamulaştırma hukuku sağlam bir temele dayandırılmış oldu. Anayasa hukukuyla ilgili kamulaştırma düzenlemelerinin unsurları, idarenin mülkiyet kavramları için belirlediği kanun kaydı ihtirazisi ve bunun yanında kamu yararı şartıdır. Anayasalar kamu yararı ve kamulaştırma telakkilerini tam olarak düzenlemediklerinden, kamu yararı anlayışını ortaya koymak için eyalet kanun koyucularına geniş bir hareket alanı kaldı.

19. Yüzyılın ikinci üçte birlik bölümünde rayına oturan kamulaştırma kanunu çıkarma işi teknik bir kamulaştırma görüntüsünü ortaya koymaktadır. Bu, zamanın güncel devlet anlayışını yansıtmaktadır: Hem ekonomiye faydalı kamulaştırmalar, hem de direkt devletin yararına uygun olan müdahaleler. Bir taraftan yaygınlaşan ekonomik gelişmeye ortam oluşturulurken, kişi yararına kamulaştırma ile bugüne kadar etkileri devam eden bir kamulaştırma türü de şekillenmiş oldu. Bu kamulaştırma kanununu düzenlemenin etkisiyle (bu kanun bağımsız bir kanun değil, imar kanununun içinde bir bölümdür), kamu yararı şartı somut ve teknik kurumlara indirgenmiş oldu.

“Klasik” bir kamulaştırma kavramı 19. Yüzyılın kamulaştırma hukukuna yabancıdır. Kamulaştırma kavramsal olarak ya toprak elde etme olayıyla sınırlanmakta, ya da kamulaştırma kavramından mülkiyet sınırlandırmaları sonucu çıkmaktadır. Doğrudan mülkiyete yapılan müdahaleler, cebri hukuktaki müdahalelere uygun olsa da çağdaş kamulaştırma anlayışına ters düşmektedir.

Kamulaştırmanın bu kavramsal sınırları, ancak Weimar İmparatorluk anayasasıyla belirleniyor. Kanun koyucu ve içtihatler bu dönemde modern kamulaştırma anlayışının temellerini ortaya koymuştur. Ancak motivasyonların farklı oluşunu kabul etmek gerekiyor. Zira kanun koyucunun, kamulaştırma enstrümanları konusunda da sosyo-politik düşüncelerini yürürlüğe koyması söz konusudur. Böylelikle, kamulaştırma, sosyo-ekonomik politikayla ilgili bir yönetim enstrümanı haline gelmektedir. Yirmili yılların, yerleşim alanları hakkındaki kanun çıkarmada bu kamulaştırma görüntüsü en açık biçimde ifade edilmiştir. Ancak Weimar

cumhuriyetinin son zamanında şehir inşaatıyla ilgili kamulaştırma düzenlemeleri yönetim tekniğiyle ilgili özellikleri tekrar bu müesseseye aktardı. İmparatorluk mahkemesinin kazai içtihatleri da bu gelişmeleri hoş görerek destekledi ve artan müdahale amaçlarını tazminat hakkıyla ilgili olarak biraraya getireceğine inandı. Nihayet, mülkiyet teminatının servet hakkıyla ilgili garanti etkisi bu içtihatlarla kuvvetlendi ve aynı zamanda kamulaştırma amaçları, yeni türevler etrafında çoğaltıldı. Fakat sonuç olarak, kamulaştırma hukukuyla ilgili kamu yararı şartı, devletin bütün mülkiyet müdahalelerini kapsar hale geldi.

Anayasanın değerler sistemi ile kamulaştırma hukukuyla ile kamu yararı kararının, varlığı koruma fonksiyonu artık tazminat hakkıyla ilgili olarak gözüldü edilmemektedir. Sosyal hukuk devleti anayasanın mülkiyet garantisinin, varlığı koruma boyutunu gözönüne almaktadır. Burada devletle şahıslar arasındaki mal hakimiyeti özgürlüğü ile mülkiyetin sosyal yükü arasındaki gerilimi uygun bir şekilde gidermek ve olmazsa ikinci sırada tazminat hakkıyla bunu hafifletmek yoluna gidilmiştir.

Özel hukuka göre kurulmuş olan “kamu müesseselerinin” yararına olan kamulaştırmalar “özele de faydalıdır”. Buradan, ekonomik yaşamda özel bir kamusal işlevle görevlendirilen kurumlar anlaşılmalıdır. Bu müesseselerin, kamulaştırma hakkı, kendisine verilen kamu görevleriyle sıkı bir bağlantı içindedir. Bu tür müesseseler, sıkı bir kamu ağı ve teftiş denetimi sayesinde kamu idaresinin hizmetine sokulmakta ve bundan sonra da kamulaştırma hakkıyla donatılmaktadır.

Buna karşılık özel ekonomik müesseseler dar anlamıyla böyle somut olarak yoğunlaşmış bir “kamu yararı” devrinden mahrumdur. Özel ekonomi faaliyetinin artan müessese büyüklüğüyle gelişen, genel ekonomik, sosyal ve politik önemleri kamulaştırma hakkı için bir gerekçe oluşturmamaktadır. Özel müesseselerin yararına olan kamulaştırma, daha çok ekonomiye müdahale ederek yöneten devletin yetkili olarak takip edebileceği ekonomi politikasıyla ilgili yararlarla sınırlanmaktadır.

Özel ekonomik kuruluşların faaliyetinin anayasa hukukuyla teminat altına alınan eşit düzenlemesi gözönünde tutulursa, herhangi bir özel ekonomik kuruluşun kamulaştırma aracılığıyla teşviki, diğer özel kuruluşların yanında bir istisna olarak

kaldığı görülür. Fakat özel ekonomi kuruluşlarının yararına olan kamulaştırmaların, devlet-özel sektör arasındaki üretim alanında ortaya çıkan büyük oransızlığı gidermek için temelde bir araç olarak kullanıldığı da yadsınamaz bir gerçektir.

Kamusal ekonomik faaliyetlerin verimsizliği ve işlemezliliği, artan kamulaştırma hareketlerini haklı göstermemektedir. Fiyat istikrarı, dış ekonomik denge veya yüksek istihdam elde edilmesi gibi genel ekonomiyle ilgili hedefler belirlemeler, kamulaştırma hukukuyla ilgili hedef olamazlar. Ancak, genel ekonomiyle ilgili gelişmelerin temin edilmesi, kamulaştırma müdahalelerini meşru kılmaktadır.

Buna karşılık sektörel veya bölgesel olarak sınırlanmış ekonomi politikasıyla ilgili hedef belirlemeler altında, özel kuruluşlara yararlı kamulaştırma faydalı bir yönetim enstrümanı olarak görülmektedir. Bunun sebebi, böyle bir imkan, bir ekonomik sektörün veya alanın yapısını düzeltmeğe ve gelişmesine hizmet etmesidir. Bölgesel ekonomi gelişme modelinin yardımıyla bu kamulaştırma amaçları rasyonel bir temele oturtulmaktadır. Ayrıca ikinci bir faydası olarak, bölgesel ve sektörel işsizliği ortadan kaldırması söylenebilir. Lehine kamulaştırma yapılan müessesenin, maksadının yapısal ve bölgesel iş alanları kurmağa ne denli katkıda bulunduğu denetlenmelidir. Bütün müdahale türlerinde, kamulaştırma hedefinin yerine getirilmesi, usul hukukuyla ilgili olarak garanti kapsamındadır.

Şehir inşasıyla ilgili planlar söz konusu olduğunda kamu yararının varlığı kabul edilmiştir. Zira bu planların hazırlanması sırasında kamu ve özel menfaatlerin hem birbiri arasında hem de birbirine karşı tartıldığı ve dolayısıyla kamu yararı şartını karşılamağa yeterli olduğu varsayılmıştır. Fakat buna rağmen, gelecekteki kamulaştırma sonuçlarının henüz planlama sırasında görülebilir olduğu her durumda belediye veya diğer planı yürütmekle yetkili merciler Anayasanın 14. md. 3 fık.nın 1. cümlesini plan hesaplarında dikkate almak zorundadırlar. Ayrıca Kamulaştırma makamı, planla bağlı olmaksızın her bir somut kamulaştırma olayında kamu yararı başta olmak üzere gerekli şartların bulunup bulunmadığını kontrol etmek durumundadır. Söz gelimi, imar planında belli bir amaç için ayrılmış olan bir taşınmazın tamamının kamulaştırılmasının gerekli olmadığı sadece bir hizmet yüklenmesinin kamu yararı açısından daha uygun olacağına karar verebilir.

SONUÇ VE ÖNERİLER

Kamulaştırma, çok eski devirlerden beri yapıla gelen gerek doğuda ve gerekse batıda uzun geçmişi olan hukuki ve idari bir tasarruftur. İlk örnekleri eski Yunan ve Roma'da gördüğümüz, kamulaştırma işlemi sayesinde İslam Dünyasında, hatta Kabe'nin etrafının genişletilmesinin bile sözkonusu olduğu bilinmektedir. Bizde de Osmanlı imparatorluğu döneminde ilk defa 1272 tarihli bir tüzükle kamulaştırma işlemleri düzenlenmiş ve cumhuriyet tarihinde de 1956 yılındaki 6830 sayılı İstimlak Kanunu yürürlüğe girinceye kadar, yaklaşık seksen civarında kanun ve tüzük kamulaştırma konusunu düzenlemek için mevzuatta yer almıştır. Günümüzde ise artık 1983 tarihli 2922 sayılı Kamulaştırma Kanunu yürürlükte.

İdarenin, yapmaları gereken kamusal hizmetleri gerçekleştirebilmeleri için taşınır mallar yanında taşınmaz mallara da ihtiyaçları bulunmaktadır. Her dönemde, idareler bu taşınmaz malları elde edebilmek için satın alma, değiştirme vb. gibi çeşitli yollara başvurmuşlardır. Bunların içinde en önemlilerinden biri şüphesiz kamulaştırmalardır.

Devlet ve kamu tüzel kişilerinin sahip oldukları kamu gücüne dayanarak, özel şahısların mülkiyetinde bulunan bir g.menkulü, kamu yararının gerektirdiği hallerde değerini peşin ödeyerek zorla elde etmesi veya kısıtlamasına kamulaştırma diyoruz. Bu tariften de anlaşılacağı üzere kamu yararı söz konusu olmadan herhangi bir taşınmazın kamulaştırılması mümkün değildir. Kamu yararı şartı, bir şart tasarruf niteliğinde olup; kamulaştırma işleminde o yer almadan, işlemin geçerli olması mümkün değildir. Kamu yararının bulunmadığı hallerde kamulaştırma kararı vermek, mülkiyetin bir nevi gasbı olur, bu da anayasaya aykırıdır. Ekonomik ve sosyal gelişmeler sonucu, teknolojinin dev boyutlara ulaşmasıyla devletin fonksiyonları arasına da yeni görevler katılması söz konusu olmaktadır. Tabiatıyla bu durum, bu görevleri yerine getirme hususunda idarenin kamu yararı kavramına bakış açısında önemli değişikliklere neden olmuştur. Zaten “öznel ve bulanık” bir kavram olan, kamu yararı kavramı zamanla daha bir içinden çıkılmaz hale gelmiştir. Kamu yararı kavramı, kamulaştırma işleminin ruhu durumundadır. Kamu yararı kararı ise bu işlemin sadece bir parçası, fakat zincirin en önemli halkasıdır. Bu kararın alınması kamu yararı kavramının belirlenmesine sıkı sıkıya bağlıdır. Kararın nasıl ve kimler

tarafından alınacağı, kimler tarafından onanacağı kamulaştırma kanunda ifade edilse bile, kamu yararının ne olduğuna kanun yer vermemektedir. Kamu yararının ne olduğuna öncelikle bilim adamları, idare ve yargı birlikte karar vereceklerdir.

Bu çalışmamızda kamu yararı kavramı ve kararı ele aldık. Kararın özünü kavram oluşturduğu için daha çok onun üzerinde durduk. Önemini, ilişkilerini ve sınırlarını belirlemeye çalıştık. Öncelikle Türk Kamulaştırma hukukundaki tespitlerimizi aktaracak, daha sonra Alman Kamulaştırma hukukuyla ilgili mukayeselere yer vereceğiz. Tespitlerimiz şunlardır:

- 1- Türk Kamulaştırma hukukunda kamulaştırma, mülkiyet hakkının özüne dokunan, bu hakkı ortadan kaldıran en azından kısıtlayan bir işlemdir.
- 2- Kamulaştırma işlemini kamu yararı gerekli kılar ve kamu yararı amacıyla kamulaştırma yapılır. Yeni kamu yararı, kamulaştırmanın hem sebep, hem de amaç unsurudur.
- 3- Kamu yararı , kamulaştırmanın işleminin her parçasına sinmiş, adeta onun ruhu durumundadır. Kamu yararının bulunmadığı bir işlemde kamulaştırma ölü doğmuş demektir.
- 4- Kamu yararı bulunmadıkça, idarenin değil sadece gerçek karşılığı, değil daha fazlası, dünyaları verse bile kişilerin mülkiyetine müdahalesi söz konusu olamaz. Kamu yararı, adeta bütün bu zorlukları kolaylaştıran, herşeyi basite indirgeyen bir iksirdir.
- 5- İdare, devlet, kamu kuruluşları veya kamu hizmeti ifa eden kuruluşların; insanlara daha iyi hizmet vermek, ekonomik büyüme ve gelişmeyi sağlamak, kısaca toplumun yararını temin edebilmek için fertlerin özel mülkiyetindeki bazı taşınmazların kamulaştırılmasına ihtiyacı olabilir.
- 6- Kamulaştırma, bir zorla alım müessesesidir (Compulsory Purchase) ve bu bir devlet hakkıdır.
- 7- Devlet bu hakkını, ancak kamu yararı gerekli ve zorunlu kılıyorsa kullanabilir.

- 8- Kamulaştırmada kamu yararı, devlet bu hakkını kullanırken bireylere de ellerinden alınan bu taşınmazların gerçek bedellerini isteme hakkı verir.
- 9- Kamulaştırma, bizim hukukumuzda idarenin kamu yararı nedenini öne sürerek bireyin mülkiyetinde olan bir taşınmazını bedelini peşin ödeyerek bile olsa rızası olmadan, rızasını hesaba katmadan, hatta hiç ona danışmadan zorla elinden aldığı bir müessesedir.
- 10- Kamu yararına dayanan kamulaştırma işleminde taşınmazın gerçek karşılığının peşin ödenmesi durumunda mülkiyet hakkı, paraya çevrilmek suretiyle korunmuş olacağından, “öze dokunma” durumu da “sınırlama” niteliğine dönüşmüş olacaktır.
- 11- Kamulaştırma işleminde, kamu yararı varlığıyla mülkiyeti komaya sokan fakat kamulaştırmaya hayat veren, ortadan kalkmasıyla da mülkiyete yeniden hayat verip kamulaştırmayı yok eden bir fenomendir.
- 12- Alman Kamulaştırma hukukunda da kamu yararı kavramı belirsiz ve müphem bırakılmıştır. Gerek Alman Anayasa’sının 14. md. si ve gerekse kamulaştırmayı düzenleyen İmar Kanununun kamulaştırmadaki kamu yararı şartını ifade eden 87. md. si kamu yararı’nın ne olduğunu tarif etmemiştir. Fakat gerek 85. Madde’de kamulaştırma amaçları ortaya konurken ve gerekse 87. Madde’de kamulaştırmanın geçerliliği için gerekli şartlar belirlenirken kamu yararı kavramı kavramı, Türk Hukukundakine göre biraz daha somutlaştırılmıştır. Söz gelimi, 85. Madde kamulaştırma amaçlarını 6 sebeble sınırlamış, ve bu sebeblerin genişletilmesini imkansız hale getirmiştir. Zira kamu yararı gibi, belirsiz bir hukuki kavram somutlaştırılmaya muhtaç olduğu için bu şekilde sınırlayarak saymanın hukuk güvenliğine hizmet edeceği kabul edilmiştir.
- 13- 87. Madde ile kamu yararı şartı bizde hiç olmayan şekilde somutlaştırılmıştır. Sözgelimi 1. Fıkra da “Kamulaştırma, her müşahhas olayda, ancak kamunun yararı bunu gerektiriyorsa ve kamulaştırma amacına mümkün olan başka bir yolla ulaşılması

mümkün değilse geçerli olur.” Diyerek, mümkün başka yolların varlığı halinde kamulaştırma için kamu yararı şartının oluşmadığını ifade etmiştir. Ayrıca ikinci fıkrada “kamulaştırma için talepte bulunan kişi veya kuruluşun, kamulaştırılacak taşınmazla benzer şartlarda diğer bir arazinin veya taşınmazın serbest piyasadan elde edilmesi hususunda ciddi bir çaba göstermesi ve bunun boşa çıkması gereklidir.” Diyerek kamu yararının basit bir kavram olmadığını, idarenin bu konuda çok hassas davranması gerektiği vurgulanmıştır. Hatta uygulamada Kamulaştırma makamı, kanunda ifade edilen “bu çaba”nın gerçekten gösterilip gösterilmediğini araştırmakta ve kamulaştırmayı yapacak kişi ve kuruluşlardan bu çabalarını kanıtlamalarını istemektedir.

14- Alman kamulaştırma hukukunda bizim hukukumuzdan farklı olarak kamu yararı kararı verip, kamulaştırmayı başlatacak Alman İmar Kanununun 104. Maddesine göre bir Kamulaştırma makamı (Enteignungsbehörde) oluşturulmuştur. Bu makam her eyalette, her şehirde, hatta her belediyenin bulunduğu yerde teşkilatlanmıştır. Belediyelik olmayan yerlerdeki kamulaştırma işlemleri bağlı bulunduğu eyalet kamulaştırma makamı tarafından yürütülür. Kamulaştırma makamının başı, teşkilatlandığı yerdeki en yüksek mülki makamdır.

15- Lehine, kamulaştırma yapılmasını isteyen her gerçek ve tüzel kişi, bu kamulaştırma makamına başvurmak zorundadır. Bu talebin yazılı olması ve ekte kamulaştırmanın amacını anlatan zaruri bir takım belgelerin bulunması gerekir. Bu belgelerde, idarenin; talebinin yerindeliği hakkında karar verilmesini mümkün kılacak unsurlar bulunmalı, özellikle, kamulaştırmanın amacı, konusu, kapsamı, kamulaştırılacak taşınmazın özellikleri ve sahibi hakkında bilgi verilmesi gerekir. Makam isterse ilave bilgi sonradan da talep edebilir.

16- Kamulaştırma, bir imar planına uygun olarak yapılıyorsa, bu takdirde, kamulaştırmayı yapan idarenin kamulaştırma makamına gitmesi gerekmez. Çünkü imar planının tesbiti sırasında, kamu ve özel menfaatlerin birbiri arasında (untereinander) birbirine karşı

(gegeneinander) tartıldığı ve böylece kamu yararı şartını sağladığı kabul edilmektedir.

- 17- Buna rağmen planın kamu yararına hizmet etmediğini ileri süren kamulaştırmadan zarar görenler varsa, bunlar kamulaştırma makamına itirazda bulunabilirler. Bu durumda Kamulaştırma makamı, kamulaştırmanın imar planının tesbitine uygun kullanım amacına hizmet edip etmeyeceğini araştırmak durumundadır. Tabiatıyla imar planının, kamulaştırma makamını bağlayıcı maddi bir etkisi de vardır. Kamulaştırma makamı, düzenlenmiş ve onaylanmış bir imar planında, mesela cadde olarak gösterilen bir yerin inşaat amacına daha uygun olduğu veya villa inşaatlarına ayrılan bir yerin fabrika inşaatına daha elverişli olacağı vb. gibi konularda görüş bildirilmez. Buna karşılık, kamulaştırma makamı, plana bağlı olmaksızın, kendisine müracaat edildiğinde her bir somut olayda kamulaştırma için gerekli olan şartların bulunup bulunmadığını kontrol eder. Örneğin, imar planında belli bir amaç için ayrılmış bir g.menkülün tamamen kamulaştırılmasının gerekli olmadığı, sadece bir hizmet yüklenmesinin yeterli olacağına karar verebilir. Alman kamulaştırma hukuku kamulaştırmayı en son çare (Ultima Ratio) olarak gördüğünden, kamulaştırma makamının, planın uygulanmasının, mülkiyetin kısmen veya tamamen alınmasını (ölçülülük prensibi de dikkate alınmak suretiyle) haklı kılıp kılmadığını belirlemesi gerekir. Bunun yanında, her somut olayda, planın uygulanmasını garanti etmek için kamulaştırmanın kamu yararını gerektirip gerektirmediği, dolayısıyla zorunlu olup olmadığı veya hangi ölçüde zorunlu olduğu konularında imar planında bir tesbit bulunmaz. Maddi yönden, kamulaştırma, kural olarak imar planına, sadece planda belirtilen amaç yönündeki kullanıma hasredilme bakımından bağlıdır. Ancak planın bağlayıcılığının, her somut olayda, kamu yararının kamulaştırmayı gerekli kılıp kılmadığı ve kamulaştırma amacına başka bir yoldan ulaşmanın mümkün olup olmayacağı konularında etkisi yoktur.

Kamulaştırma makamı bütün bunları derinlemesine inceleme durumundadır.

18- Alman kamulaştırma hukuku, kamu yararı kararı alınmasında bizden farklı olarak taraflar arasında imar kanunun 107. md'si gereğince "Sözlü Görüşme" imkanı getirmiştir. Bu görüşme ile, kamulaştırma makamı, hem kamulaştırmanın lehine yapıldığı tarafa, hem malik veya mülkiyetten yararlananlara, hem de kamulaştırmanın varsa diğer ilgililerine beyanda bulunma hakkı tanımıştır. Ayrıca kamulaştırma makamı, taşınmazın tamamının kamulaştırılması ya da irtifak kamulaştırılması yapılması hususunda bilirkişi komisyonundan da mütalaa almalıdır. Bütün bunlar, kamulaştırma makamının vereceği kamu yararı kararı için ön şartlardır.

19- Kamulaştırma makamı, önüne gelen her somut olayda kamu yararının varlığını tespit hususunda çok hassas davranır. Eğer, somut bir kamulaştırma hadisesinin gündeme gelmesinde, bununla ilgili teşebbüs veya plan, o beldenin yararına hizmet ediyorsa veya bu teşebbüs ya da planın hayata geçirilmesinde umumun önemli maddi ihtiyaçları söz konusu ise bu takdirde olayda kamu yararının varlığı söz konusu olur. Kamulaştırma amacına başka bir yolla ulaşmak mümkün ise, örneğin arazilerin veya arazi parçalarının karşılıklı takası mümkün ise bu olayda kamu yararından bahsedilmez. Ayrıca, kamu yararı, fiziksel amaçlarla kamulaştırmaya cevap vermez. Bu konuda tasarruf amacı veya plana uygun kullanımın önemi yoktur.

20- Her iki ülkenin kamulaştırma hukukunda kamu yararı hususunda ortak belirlemeler yapılırsa, şu durum ortaya çıkmaktadır:

- Öncelikle İdarenin görevleri ile, yapacağı kamulaştırma tasarrufu arasında bir görev ilişkisi bulunmalı, idare, yapacağı kamulaştırma konusunda görevli ve yetkili olmalıdır, aksi taktirde kamu yararı yoktur.
- İdare, kamulaştırılacak taşınmaza sahip olmadığı takdirde kendisinden istenilen görevleri yerine getiremiyorsa ya da yerine getiremeyeceği anlaşılabiliriyorsa (gerekliklik ilkesi = erforderlichkeit) bu kamulaştırmada kamu yararı var kabul edilir.

– İdarenin kamulaştırılması gereken malda doğrudan doğruya bir hizmet yararı bulunmalı ve bu yarar dolayısıyla bir yarar olmamalıdır. Mesela, idare, arsa spekülasyonu yapma ve ilerde bu yerleri daha fazla fiyata satma amacıyla kamulaştırma yaparsa, bu durumda kamulaştırmadan söz edilemez.

– İdare, kamulaştırılacağı taşınmazı, en kısa zaman süresi içinde kamulaştırma amacına tahsis etmelidir. (Alman hukukunda bu işi yapacağının, kamulaştırma makamına kamu yararı kararı verilmeden önce ayrıca ikna ve ispatı da gerekmektedir). İleriki (5 veya 10 yıl sonrasına) bir tarihe yönelik bir kamulaştırma kararında kamu yararı yoktur.

– İdare, her iki hukuk sisteminde de kamulaştırmada mülkiyete mümkün olan asgari müdahale prensibini kabul etmiştir. Yani kamulaştırma amacı için mülkün bir kısmı veya irtifak kamulaştırılması yapılması maksadın teminine yeterli oluyor, mülkiyetin tamamının kamulaştırılmasında kamu yararı yoktur.

– İrtifak hakkından geriye kalan mal sahibinin kullanma imkanını ortadan kaldırıyorsa, irtifak kamulaştırılması tesisinde kamu yararı yoktur. Mülkün tamamının kamulaştırılması gerekir.

– Kamulaştırmadan beklenen amacın gerçekleşmemesi durumunda ya da kamulaştırma ile hedeflenen kamu yararının ortadan kalkması durumunda mülk sahibinin geri alma hakkı doğar.

– Her iki sistemde kişi yararına kamulaştırma istisnai bir sistem olmasına rağmen Alman hukukunda daha çok işletilmiştir.

21- Son olarak her iki ülke kamulaştırma hukuklarında görülen en belirgin fark; Alman hukukunda kamu yararı kararı alınırken mülkiyet sahibinin kamulaştırma sürecine işin başında dahil edilmesi; Türk hukukunda ise kamulaştırma kararı alınıp, kendisine tebliğ edilinceye kadar, vatandaşın dışlanmasıdır. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi, kamu yararı kararı alınırken, kamulaştırma makamı Alman hukukunda tarafları çağırmakta, herkes adeta eteğindeki taşı dökmekte ve makam herkesi dinleyip olayı bütün ayrıntılarıyla değerlendirdikten sonra

(bilirkişi, incelenmesi, dahil) kamu yararı kararı vermektedir. Bu safhadan sonra taraflar isterlerse kamulaştırma makamının vereceği kamu yararı kararının varlığı veya yokluğu konusunda yargıya gidebilmektedirler. Tabiatıyla yargıya müracaat, bize göre son derece az olmaktadır. Bizde ise vatandaş tamamen kamulaştırma prosesinin dışında tutulmakta ve adeta mülk sahibi devletin esiri olarak görülmekte, vatandaş kamulaştırmalarla sürekli mağdur edilmektedir.

Kanaatimizce bu durum her iki ülkedeki sistem ve zihniyet anlayışından kaynaklanmaktadır. Federal Almanya her konuda devletçi anlayışı terkederek, sosyalleşmeye ve bireyselliğe önem verir ve sistemini buna göre kurarken, Türkiye’de sadece ekonomik alanda değil, spordan kültüre, giyim tarzından tarih yazımına kadar her alanda belirleyici bir rol üstlenmektedir. Devletin el atmadığı, biçimlendirmedeği adeta devletten bağımsız olmuş hiç bir alan yoktur. Bu maalesef kamulaştırma işleminde de böyle olmuş, devlet el attığı herşeyde olduğu gibi maalesef bu işlemi de çirkinleştirmiş ve içinden çıkılmaz hale getirilmiştir. Bugün Türkiye’de vatandaşın taşınmazı sorgusuz sualsiz kamulaştırılabilmektedir. Mülk sahibi olan, bu kamulaştırma kanununa göre kamulaştırma işleminin dışındadır. Devlet, adeta, “ben senin mülkünde kamu yararı görerek, onu kamulaştırıyorum, sana şu kadar ücret takdir ediyorum, beğenmezsen git, mahkemede hakkını ara”, demekte ve sonra da vatandaş mahkeme kapılarında süründürmektedir. Tabiatıyla, mahkemelerden sonuç gelene kadar, iş çoktan bitmekte ve kişilerin taşınmazları yerle bir edilerek kamu malı haline getirilmektedir.

Bize göre bir kamu yönetiminin, kamu hizmetini yürütülebilmesi için sahip olması gerektiği yetki, önceliğini “Kamu gücü”nden değil, “kamu yararı”ndan almalıdır. Kuvvet hakkın değil, hak kuvvetin belirleyicisi olmalıdır. Bir hukuk devletinden beklenen de budur. O halde, kamulaştırma işleminde, devlet; evrensel boyutlarda ve kutsal bir nitelik taşıyan bir “temel hak”la (mülkiyet), yine vazgeçilmezliği kuşku götürmeyen, gerekliliği ve çağdaş özelliği yadsınamayacak “toplum yararı”nı bağdaştıracak yeni bir düzenleme yaparak, vatandaşını, insan yerine koyduğunu ve ona değer verdiğini göstermelidir.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

KİTAPLAR

- Akın, İ. : Kamu Hukuku, İstanbul, 1987.
- Aldıkaçtı, O. : Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası, İstanbul, 1978.
- Anschütz, .: Die Verfassung des Deutschen Reiches, München, 1972.
- Anschütz, .: Verfassungsurkunde, München, 1971.
- Arcak, A.: Yeni kamulaştırma Yasası, C.I. Ankara, 1984.
- Arnim, H.: Volkswirtschaftspolitik, Frankfurt, 1977.
- Artukmaç, S.: Kamulaştırma Hukuku, Ankara, 1977.
- Azrak, Ü.: Millileştirme ve İdare Hukuku, İstanbul, 1977.
- Badura, P.: Das Verwaltungsmonopol, München, 1977.
- Badura, P.: in Handbuch der Verfassungsrechts, München 1983.
- Badura, P.: Wirtschaftsverwaltungsrecht, Köln, 1975.
- Badura, P.: Bay VBI; München, 1976.
- Baer, H.: Die Stromwirtschaftliche Betötigung Industrieller Eigenanlagen aus öffentlich-rechtlicher Sicht, München, 1972.
- Blata, T.: İdare Hukukku I, Ankara, 1972.
- Battis, U.: Erwerbsschutz durch Aufopferungsent schädigung, Berlin, 1969.
- Beine/Lohmann, Luftverkehrsrecht, Bohn, 1974.
- Bender,,: Staatshaffungsrecht, Z. Aufl. München, 1974.
- Bilgen, P.: İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul, 1955.
- Bull,,: Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, München, 1971.
- Bullinger, .: Die Enteignung zugunsten Privater, München, 1962.
- Bullinger, .: Der Staatl, München, 1962.
- Bullinger, .: Die Mineral Ölfenleitungen, München, 1976

- Burger,,: Öffentliche Unternehmen im Privat rechtsverkehr, München, 1975
- Conrad, .: Deutsche Rechtsgeshichte, Bd.2., Berlin, 1940.
- Dalamanlı, L/Aküzüm, H.: İstimlak Hukuku İle İlgili mevzuata, Ankara, 1963.
- Dannbeck,,: Reichsenteignungsrecht, München,1972.
- Darge/Melchinger/Rumpf.: Energierecht, 1. teil, Köln, 1976.
- Dönmezer, S.: İstimlak Hukuku, İstanbul, 1941.
- Düren, A.: İdare Hukuku, Ankara, 1979.
- Düren, A.: Devletin Mülkiyete El Atmasından Doğan Tazmin Yükümlülüğü, Ankara, 1977.
- Düzdağ, E.: Şeyhülislam Ebussuud Efendi Fetvaları, İstanbul, 1983.
- Eger,,: Das Gesetz über die Enteignung von Grundeigentum, Bd.1, München, 1975.
- Eger,,: Preussisches Enteignungsgesetz, München, 1960.
- Eiser/Riederer/Obermolte.: Energie wirtschafstrecht Berlin, 1977.
- Erichsen,,: Verfassungs-und Verwaltungsrechts geschichtliche Grundfagen, Bonn, 1982.
- Eroğlu, H.: İdare Hukuku, Ankara 1985.
- Evers, .: Das Recht der Energieversorgung/Berlin, 1986.
- Farke,,: Öffentliche Bedeutung privater Wirtschafs unternehmen und Sozialpflichtigkeit des Eigentums, Bonn, 1986.
- Fleiner,,: Institutionen des deutschen Verwaltungsrechst, Tübingen, 1928.
- Forsthoff, E.: Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd.1, München 1973.
- Frenzel, M.: Das öffentliche Interesse als Vorausserzung der Enteignung, Berlin, 1978.
- Giersch,,: Wirtschaftspolitik, Berlin, 1975.
- Giese,,: Enteignung und Entschädigung, Frankfurt, 1965.
- Giritli/Akgüner.: İdare Hukuku Dersleri I.II., İstanbul, 1987.

- Giritli/Bilgen.: İdare Hukuku Dersleri, İstanbul, 1979.
- Gözübüyük, Ş.: Yönetim Hukuku, Ankara, 1996.
- Grünhut,: Das Enteignungsrecht, Wien, 1873.
- Gürbüz, Y.: Anayasalar, İstanbul, 1981.
- Hamann/Lenz.: G.G. Kommentar, München, 1970.
- Haustein, .: Die Eisenbahnen im deutschen öffentlichen Recht, München, 1987.
- Hoffmann, .: Luftverkehrsgesetz, München, 1976.
- Horn, .:Das öffentliche Interesse an Zwangs lizenzen, München. 1977.
- Huber, E.R.: Dokumente zur deutschen Verfassungs geschichte, Bd.1, Berlin, 1970.
- Huber, E.R.: Rechtsstaat und Sozial staat in der Modernen Industriegesellschaft;
Berlin, 1980.
- Huber, E.R.: Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd.1, München, 1953.
- Huber, E.R.: Wirtschaftsvuerwaltungsrecht Bd.2, München, 1954.
- Jellimek, W.: Verwaltungsrecht, München, 1948.
- Karadeniz, Ö.: Romade Kamulaştırma ve Kamu Yararı Kavramı, Ankara. 1975.
- Karagözoğlu, H.F: Kamulaştırma, İstanbul. 1983.
- Karahacıoğlu/Nazaroğlu.: İdari ve Adli Yargıda Kamulaştırma Kanunu, Ankara,
1995.
- Karatepe, Ş.: İdare Hukuk, İzmir, 1988.
- Kızıl, Neşe.: “Kamulaştırma Fenomeni:”, (İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi İHİD),
1988, s.1-3, s.209-216.
- Kimminich.: Bonner, Kommentar, Müncher, 1973.
- Köroğlu, Ö.: Kamulaştırma, Ankara, 1995.
- Krüger, H.: Allegemeine Staatslehre, 2. Auflage, Stuttgart 1966.
- Kutlu, M.: Kamulaştırma ve İptal Davası, Ankara, 1992.
- Kutscher. H.: Die Enteignung, Stuttgart, 1938.

- Layer, M.: Principien des Enteignungsrecht, Leipzig, 1902.
- Lutz, J.: Wohnungsnotrecht und Enteignung, Leipzig, 1930.
- Maunz/Durig/Herzog.: Grundgesetz; Kommentar, München, 1996.
- Meyer, O.: Verwaltungsrecht, Bd. Z., Berlin, 1969
- Meyer/Thiel/Frohberg.: Enteignung von Grundeigentum, Berlin, 1959.
- Nipperdey, H.: Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz, Köln, 1965.
- Nowotny, E.: Reginal Ekonomi, Wien, 1971.
- Onar, S.S.: İdare Hukukunun Umumi Esasları, C.III. İstanbul, 1966.
- Oppenhoff, T.: Die Gesetze über die Kessortverhältnisse, den Verwaltungsbehörden in Preussen, Berlin, 1904.
- Ossenbühl, F.: Staatshaftungsrecht, München, 1976.
- Osten, N.: İdare Hukuku Dersleri, Ankara, 1968.
- Örücü, E.: Taşınmaz Mülkiyetine Bir Kamu Hukuku Yaklaşımı, Mülkiyet Hakkının Sınırlanması, İstanbul, 1976.
- Özay, İ.: Devlet II, İstanbul, 1987.
- Özyörük, M.: Kamulaştırma Hukuku, Ankara, 1948.
- Quecke/Bussmann.: Reichsenteignungsrecht, Berlin, 1939.
- Von Rönne, L.: Das Staatsrecht der Preussischen Monarchi, Bd.1, Leipzig (1856), Bd.2,3. Auflage, Leipzig 1872.
- Saladin, P.: Unternehmen und Unternehmer in der Verfassungsrechtlichen ordnung der Wirtschaft, Bd. 35. (1977)
- Schelcher, W.: Kommentar zum Sächsischen Enteignungsgesetz, Leipzig, 1903.
- Scheuner, U.:Verfassungsschutz des Eigentums, Tübingen, 1954.
- Schiwby, Harmony/Oestreicher.: Baugesetz buch Kommantar, Steinberg, 1994.
- Schleicher /Reymann/Abraham.: Das recht der Luftfahrt Kommentar und Quellensemmlung, Köln, 1966.

- Schmidt/Assmann.: Grundfragen des Städtebaurechts, Göttingen, 1972.
- Schmidt, R.: Rechtsfragen der regionalen Struktur politik, Baden Baden 1971.
- Schnur, R.: Gemeinwohl und öffentliche Interessen in den Verfassungen und den Gesetzgen des Sozialen Rechtsstaates, Berlin, 1968.
- Schrödter, H.: Bundes baugesetz, Berlin 1969.
- Schulte, H.: Eigentum und öffentliches Interesse, Berlin, 1970.
- Seufert, G.: Bayerisches Enteignungsrecht, Berlin, 1957.
- Stein, L.: Verwaltungslehre, I und 2, Auflage, aalen, 1962.
- Stengel, R.: Die Grundstücksenteignung zugunsten privater Wirtschaftsternehmen, Heidelberg. 1967.
- Stern/Münch/Hansmeyer.: Gesetz zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wiirtschaft, Stutgary 1972.
- Stobbe/Lehman.: Handbuch des deutschen Privatrechts, Bd.2. Berlin, 1898.
- Stödler, R.: Öffentlich-rechtliche Entschädigung, Hamburg, 1933.
- Strummer H.: Die Öffentliche Zweckbindung der enteigneten Sache, München, 1967.
- Tandoğan, H.: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C.1/1 Ankara. 1984.
- Toluner.S.: Millileştirme ve Milletlerarası Hukuk ;İstanbul, 1968.
- Tunaya, T.z.: Siyasi Müesseseler ve Anayasa Hukuku, İstanbul, 1969.
- Vogel / Wiebel.: Kommentierung zu Art 109 G.G. Hamburg, 1976.
- Vogel, K.: Öffentliche Wirtschaftseinheiten in privater Hand, Hamburg, 1959.
- Waterkamp, R.: Interventionstaat und planung, Raum Ordnung, Regional-und Struktur politik, Köln, 1973.
- Weber, W.: Eigentum und Enteignung, Berlin, 1954.
- Westermann, H.: Zur Problematik der Enteignung, Köln, 1968.
- Wolf/Bachof.: Verwaltungsrecht, Bd.1,9. Auflage, München, 1974; Bd.2.4. Auflage, München 1976.

Yayla, Y.: İdare Hukuku, İstanbul, 1985.

Zacher, H.: Staatliche Wirtschaftsforderung in BdR, Göttingen, 1972.

Zuleeg, M.: Subventionskontrolle durch Konkurrentenklage Frankfurt, 1974.

MAKALELER

Akıllıoğlu, T.: “Kamu Yararı Kavramı Üzerinde Düşünceler, Amme İdaresi Ens.

Dergisi, Sayı:2, Haziran, 1991, s.3-15

Aytaç, F; “Mülki İdare Amirleri ve Kamulaştırma” T.İ.D. Sayı:375, 1994. s.9-14

Çelebican, G: “Anayasa’nın 38. inci Maddesine İlişkin İptal Kararı Üzerine”, Bülent Nuri Esen’e Armağan Ankara, 1977, s.137-158.

Doğanay, Ü. : “Toplum Yararı ve Kamu Yararı Kavramları” Mimarlık Dergisi, 1974, s.129. s.5-6.

Dönmezer, S.: “İstimlak” İstanbul Barosu Mecmuası, 1940. s.1-3, s.277.

Eren, F. : “Mülkiyet Kavramı”, Recai Seçkin’e Armağan Ankara, 1974, s.765-796.

Keleş, R. : “Kentleşme ve Kamu Yararı”, Ekonomi Hukuk Kongresi, 1975.

Kızıl N. : “Kamulaştırma Fenomeni:”, (İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi İHİD), 1988, s.1-3, s.209-216.

Meriç, O. : “Belediye ve Köy Kamulaştırma Mevzuatımızda Kamu Menfaati Anlamı, İdare Dergisi, 1951, s.13-26.

Örücü, E. : “Taşınmaz Mülkiyeti Sınırlamalarına İlişkin Bazı Öneriler”, M.H.A.D., İstanbul, 1976, s.13. s.47-78.

Örücü, E. : “1961 Anayasası ve Anayasa Mahkemesine Göre Hakkın Özü Kavramı ve Mülkiyet Hakkının Özü, İ.Ü.H.F.M, 1975, s.41, s.145-161.

Pirler O. : “Köylerde Kamulaştırma İşleri, Amme İdaresi Dai, Ekim, 1988, s.45-50.

Tekinay, S.S. : “Mülkiyetin Kamulaştırma İle Geçmesi ve Sona Erdirilmesi, İHİD, 1982, s.1/3, s.183-198.

Treichler, “Über die Zwangsweise Abretung Von Eigentum und Anderer Rechten, Zeitschrift, für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft, Bd. 12, s.120-129.

Zevkliler, A. : “Kamulaştırma, Satımın Özel Bir Çeşidi midir? Osman Fazıl Berki’ye Armağan, Ankara, 1977, s.935-958.

KARARLAR

Danıştay Dergisi: Konuyla İlgili Çeşitli Sayılar. Ayrıca Danıştay, Bilgisayar Merkezinden yapılan karar taramalarından seçilmiş kararlar.

Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi: Konuyla İlgili Çeşitli Sayılar’dan alınan kararlar.

BVerfGE: Alman Anayasa Mahkemesi Kararları

BVerfGE: Alman İdare Mahkemesi Kararları