

T.C.
NECMETTİN ERBAKAN ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

İDARENİN HUKUKİ EL ATMA YOLUYLA
MÜLKİYET HAKKINA MÜDAHALESİ

BURAK MUTLU

YÜKSEK LİSANS TEZİ

DANIŞMAN
DOÇ. DR. ABDULKADİR YILDIZ

KONYA, Haziran 2021



 KONYA	T.C. NECMETTİN ERBAKAN ÜNİVERSİTESİ Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü	 SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
---	--	---

Bilimsel Etik Sayfası

Öğrencinin	Adı Soyadı	BURAK MUTLU		
	Numarası	20812301002		
	Ana Bilim / Bilim Dalı	KAMU HUKUKU		
	Programı	Tezli Yüksek Lisans	X	
		Doktora		
Tezin Adı	İDARENİN HUKUKİ EL ATMA YOLUYLA MÜLKİYET HAKKINA MÜDAHALESİ			

Bu tezin hazırlanmasında bilimsel etiğe ve akademik kurallara özenle riayet edildiğini, tez içindeki bütün bilgilerin etik davranış ve akademik kurallar çerçevesinde elde edilerek sunulduğunu, ayrıca tez yazım kurallarına uygun olarak hazırlanan bu çalışmada başkalarının eserlerinden yararlanılması durumunda bilimsel kurallara uygun olarak atıf yapıldığını bildiririm.

BURAK MUTLU

 KONYA	T.C. NECMETTİN ERBAKAN ÜNİVERSİTESİ Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü	 SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
---	--	---



ÖZET

Öğrencinin	Adı Soyadı	BURAK MUTLU		
	Numarası	20812301002		
	Ana Bilim / Bilim Dalı	KAMU HUKUKU		
	Programı	Tezli Yüksek Lisans	X	
		Doktora		
	Tez Danışmanı	Doç. Dr. ABDULKADİR YILDIZ		
Tezin Adı	İDARENİN HUKUKİ EL ATMA YOLUYLA MÜLKİYET HAKKINA MÜDAHALESİ			

Mülkiyet hakkı bir hukuk devletinde korunması gereken temel haklardandır. Nitekim Liberal ekonomik hukuk sistemini benimseyen ülkelerde varılan mutabakatla mülkiyet hakkı en temel insan haklarından biri haline gelmiştir. Ancak idareler çeşitli hukuka aykırı müdahaleleriyle mülkiyet hakkının ihlaline yol açmaktadırlar. Bunun en tipik örneği de çalışmamızın konusu olan hukuki el atmalardır. Haksız fiil niteliğinde olan kamulaştırmamız el atmanın bir türü olan hukuki el atma, imar planlarıyla taşınmazları kamusal alana isabet eden kişilerin taşınmazları üzerinde tasarruf etmelerinin engellenmesine ve bu şekilde uzun yıllar mağdur edilmelerine yol açmaktadır. Böylelikle bu kişiler taşınmazlarını satamamakta ya da üzerinde yapı yapamamaktadırlar. Bu sebeple AİHS ve Anayasa'da güvence altına alınmış mülkiyet hakkının, kanunlar kapsamında korunması ve özgürce kullanılmasının

temin edilmesi gerekliliği noktasında hukuki el atmanın da kamulaştırmamız el atma kapsamına dâhil edilmesi ve buna yönelik kanuni ve içtihadi uygulamalar geliştirilmesi ihtiyacı doğmuştur. Çok sayıda kanuni düzenlemeye ve Anayasa Mahkemesi kararlarına konu olan hukuki el atma uygulamaları, mevzuat açısından çok başarılı olamamış, nihayetinde yargı içtihatlarıyla şekillenen ve çözümlenmeye çalışılan uyuşmazlıklar haline gelmiştir. Çalışmamızda, bir hukuk devletinde idarenin eylem ve işlemlerinin anayasal ilkelere uygun olarak gerçekleştirilmesinin önemi ele alınmak suretiyle mülkiyet hakkının ihlaline yol açan bir uygulama olan hukuki el atma kurumu yüksek yargı içtihatları ışığında incelenmektedir.

Anahtar kelimeler: Anayasa, mülkiyet hakkı, hukuk devleti, kamulaştırmamız el atma, fiili el atma, hukuki el atma.

 KONYA	T.C. NECMETTİN ERBAKAN ÜNİVERSİTESİ Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü	 NECMETTİN ERBAKAN ÜNİVERSİTESİ SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
---	--	--

ABSTRACT

Author's	Name and Surname	BURAK MUTLU		
	Student Number	20812301002		
	Department	PUBLIC LAW		
	Study Programme	Master's Degree (M.A.)	X	
		Doctoral Degree (Ph.D.)		
	Supervisor	Dr. ABDULKADİR YILDIZ		
Title of the Thesis/Dissertation	INTERVENTION OF THE ADMINISTRATIVE WITH THE RIGHT TO PROPERTY THROUGH LEGAL CONFISCATION			

The right to property is one of the fundamental rights that must be protected in a state of law. As a matter of fact, with the agreement reached in countries that have adopted the liberal economic legal system, the right to property has become one of the most fundamental human rights. However, the administrations cause the violation of the property right with various unlawful interventions. The most typical example of this is the legal confiscations that are the subject of our study. Legal confiscation, which is a type of confiscation without expropriation, which is an unjust act of expropriation, prevents people whose immovables hit the public space with zoning plans from saving on their immovables and in this way cause them to be victimized for many years. Thus,

these persons cannot sell their immovables or build on them. For this reason, it is necessary to include legal confiscation within the scope of confiscation without expropriation and to develop legal and jurisprudential practices regarding the necessity to protect the property right under the ECHR and the Constitution and to ensure that it is used freely. Legal confiscation practices, which are subject to many legal regulations and decisions of the Constitutional Court, have not been very successful in terms of legislation, eventually they have become disputes that have been shaped by judicial jurisprudence and tried to be resolved. In our study, by addressing the importance of carrying out the acts and actions of the administration in accordance with the constitutional principles in a constitutional state, the legal appropriation institution, which is a practice that leads to the violation of the right of property, is examined in the light of high judicial jurisprudence.

Key words: Constitution, right to property, rule of law, confiscation without expropriation, actual confiscation, legal confiscation.

ÖNSÖZ

Çalışmamda Kamulaştırmасız el atmanın bir türü olan hukuki el atma uygulaması, Anayasal mülkiyet hakkı çerçevesinde incelenmiş, mülkiyet hakkının ihlaline yol açan bu yaygın uygulamanın yol açtığı sorunlar üzerinde bir farkındalık oluşturulmaya çalışılmıştır.

Bu konu üzerinde çalışmalarımı gerçekleştirmem için bana akademik destek sunan tez danışmanın Doç. Dr. Abdulkadir YILDIZ'a, teşekkürlerimi sunarım.

Girmiş olduğum bu süreçte aradaki mesafe ne olursa olsun beni her daim destekleyen aileme, kendisi de hukukçu olan ve her anlamda rehberim olan biricik eşim Duygu MUTLU'ya, yine hukukçu olan ve ilgisi, bilgisi ve sevgisini sürekli hissettiğim kız kardeşim İrem MUTLU'ya ve varlığıyla dünyamı aydınlatan canım oğlum Kenan Mete Mutlu'ya teşekkür ederim.

BURAK MUTLU

KONYA-2021

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ	vi
İÇİNDEKİLER	vii
KISALTMALAR DİZİNİ.....	ix
GİRİŞ.....	1

1.BÖLÜM

ANAYASAL MÜLKİYET HAKKI

I. MÜLKİYET HAKKI KAVRAMININ TANIMI, NİTELİĞİ, KONUSU VE KAPSAMI	6
A. MÜLKİYET HAKKI KAVRAMININ DOĞUŞU VE FELSEFESİ.....	6
B. MÜLKİYET HAKKININ TANIMI	10
C.MÜLKİYET HAKKININ NİTELİĞİ, KONUSU VE KAPSAMI.....	11
II. MÜLKİYET HAKKININ KORUNMASI.....	16
A.ULUSAL HUKUKTA MÜLKİYET HAKKININ KORUNMASI.....	16
B.ULUSLARARASI HUKUKTA MÜLKİYET HAKKININ KORUNMASI	19
III. MÜLKİYET HAKKININ SINIRLANDIRILMASI	22

2.BÖLÜM

KAMULAŞTIRMASIZ EL ATMA

I. GENEL OLARAK	26
II.KAMULAŞTIRMA	27
A.KAMULAŞTIRMA İŞLEMİNİN UNSURLARI.....	29
1.YETKİ UNSURU	29
2. SEBEP VE AMAÇ UNSURU.....	30
3.KONU UNSURU	31
4. ŞEKİL UNSURU.....	32
III. KAMULAŞTIRMASIZ EL ATMA KAVRAMI.....	33
A. KAMULAŞTIRMASIZ EL ATMANIN AMACI.....	35
B. KAMULAŞTIRMASIZ EL ATMANIN TÜRK HUKUKUNDAKİ YASAL VE YARGISAL TARİHİ GELİŞİMİ	36
C.FİİLİ EL ATMA	47

3.BÖLÜM

HUKUKİ EL ATMA

I. HUKUKİ EL ATMANIN DAYANAĞI OLAN İMAR PLANLARI.....	49
II. 3194 SAYILI İMAR KANUNU'NUN 18. MADDESİ (PARSELASYON) UYGULAMASI.....	56
III. HUKUKİ EL ATMA KAVRAMI.....	63
A. HUKUKİ EL ATMANIN UNSURLARI	67
1.EL ATMANIN KAMULAŞTIRMA YETKİSİ BULUNAN BİR İDARE TARAFINDAN YAPILMIŞ OLMASI	68
2.ÖZEL MÜLKİYET ALTINDAKİ BİR TAŞINMAZA EL ATILMIŞ OLMASI..	69
3.USULÜNE UYGUN BİR KAMULAŞTIRMA YAPILMAMIŞ VEYA TAMAMLANMAMIŞ OLMASI.....	71
4.EL ATMANIN UYGULAMA İMAR PLANIYLA VE HUKUKİ OLARAK YAPILMASI.....	73

4.BÖLÜM

HUKUKİ EL ATMA DAVALARINDA ÖZEL DURUMLAR

I. HUKUKİ EL ATMA DAVASININ HUKUKİ NİTELİĞİ.....	75
II. YARGI YOLU İLE GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME	80
III. DAVACI VE DAVALI İDARE(HUSUMET).....	84
IV. UZLAŞMANIN ŞART OLMAMASI.....	88
V. BİLİRKİŞİ HEYETİ VE DAVA BEDELİNİN BELİRLENMESİ.....	90
VI. ISLAH VE FAİZİN BAŞLANGICI.....	93
VII. HARÇLAR VE VEKÂLET ÜCRETİ.....	95
VIII. TAPUYA TESCİL SORUNU	96
SONUÇ	98
KAYNAKLAR	104

KISALTMALAR DİZİNİ

AİHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AÜHF	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AYM	Anayasa Mahkemesi
BM	Birleşmiş Milletler
C.	Cilt
DİDDK	Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu
DOP	Düzenleme Ortaklık Payı
E.	Esas
E.T	Erişim Tarihi
HGK	Hukuk Genel Kurulu
HMK	Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İHEB	İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi
İYUK	İdari Yargılama Usulü Kanunu
K.	Karar
KOP	Kamu Ortaklık Payı
K.T.	Karar Tarihi
M.Ö	Milattan Önce
R.G.	Resmi Gazete
S.	Sayı
s.	Sayfa
TBB	Türkiye Barolar Birliği
TBK	Türk Borçlar Kanunu
YHGK	Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YİBK	Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı

GİRİŞ

Özel mülkiyetin doğuşu, tarım devrimine dayanmakla birlikte, tarihi serüveni; Ortaçağ feodalizminden, Fransız ihtilaline, oradan sanayi devrimi ve günümüze uzanan geniş bir süreçte tamamlanmıştır. Uzun soluklu tarihi ve siyasi süreçler sonucunda gelişimini tamamlamış olan mülkiyet hakkı, anayasal ve yasal güvencelere kavuşturularak, ekonomik ve siyasi model olarak liberalizmi benimsemiş ülkelerde varılan mutabakatla ulusal ve uluslararası birçok metinde yer almıştır. Ülkemizde ise 1982 Anayasası'nın temel hak ve hürriyetler kısmında kişinin hakları ve ödevleri arasında yer bulan mülkiyet hakkı, yine başta Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi olmak üzere Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası belgelerle güvence altına alınmıştır.

Mülkiyet hakkı bir ayni hak niteliğinde olduğundan, sahibine eşya üzerinde mutlak bir tasarruf hakkı sağlar. Özel hukukta borçlar hukuku ilişkileri kapsamında yer alan mülkiyet hakkı, kamu hukukunda da zayıf konumda olan şahısların güçlü pozisyondaki devlet karşısında sahip olduğu temel haklar ekseninde konumlanmış, niteliği itibariyle anayasa ve idare hukukuna da konu olmuştur. İdareler tarafından sıklıkla başvuru ve tezimizin asıl konusunu oluşturan hukuki el atma uygulaması ise mülkiyet hakkı ihlalinin tipik bir örneğidir.

Anayasal mülkiyet hakkı ile özel hukuktaki mülkiyet hakkının kapsamaları birbirinden farklı şekilde açıklanmaktadır. Özel hukukta ayni bir hak olarak kapsamı açıklanan mülkiyet, herkese karşı ileri sürülebilen bir mutlak haktır. Anayasal mülkiyet hakkı ise bireysel başvuruya konu olabilen, başka bir deyişle birey tarafından talep edilebilir olan malvarlığı değeridir.

Mülkiyet hakkı her ne kadar ulusal ve uluslararası çapta geniş güvencelere kavuşturulmuş ve sınırlandırılması çok katı kurallara bağlanmış olsa da, ülkemizde uzun yıllardır idarelerin gerçekleştirdiği birtakım yanlış uygulamalar, mülkiyet hakkının niteliğine uygun olmayan sonuçlara yol açmaktadır. Bunların başında kamulaştırmasız el atma ve onun bir türü olan hukuki el atmalar gelmektedir. Kamulaştırmasız el atma deyince esas olarak idarelerin, vatandaşların özel

mülkiyetindeki taşınmazlarına fiili olarak müdahalede bulunmalarından bahsedilmektedir.

Fiili el atma, niteliği gereği bir haksız fiil olup borçlar hukukundaki haksız fiilden kaynaklanan sorumlulukları gerektirmektedir. Zira burada idarenin, bireylerin özel mülkiyetine, hukuka aykırı fiiliyle zarar vermesi söz konusudur. Hukuki el atma ise her ne kadar hukuka uygun olarak ve bir kamu hizmeti yapmak üzere başlatılmış olsa dahi, çıkış noktasından saparak özel mülkiyet sahiplerini mağdur eden ve sonucu itibariyle hukuka aykırı sonuçlar doğuran bir uygulama haline gelmiştir.

Kamulaştırma, bir kamu hizmeti gerçekleştirmek amacıyla gerçek ve özel hukuk tüzel kişilerinin mülkiyetindeki taşınmaz malların, gerçek karşılıkları ödenerek kamunun mülkiyetine geçirilmesidir. Kamulaştırma, gerek Anayasa’da gerekse 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu’nda detaylı olarak düzenlenmiştir. İdarelerin kamulaştırma yapmalarında hukuki bir sorun bulunmamakla birlikte, kamulaştırma yapmaksızın bireyin mülkiyet hakkının kullanımını kısıtladıkları zaman sorunlar başlamaktadır. Zira uygulama imar planı yapılan yerlerde şahısların özel mülkiyetindeki taşınmazlarının bir kısmı ya da tamamının kamu hizmetine ayrılan alanlarda kalması halinde, bu alanların kamulaştırılarak taşınmazlarının karşılıklarının sahiplerine ödenmesi gerekmektedir. Bu yapılmadığında taşınmazı kamusal alanda kalan mülk sahipleri, taşınmazları üzerinde tasarruf hakları kısıtlandığından, çok uzun süre yapı yapamayarak veya taşınmazlarını satamayarak mağdur olabilmektedirler.

Hukuki el atmanın çıkış noktası ve hukukiliğinin dayanağı, idarelerin kamu hizmeti gerçekleştirmek ve şehirleri planlamak için yaptıkları uygulama imar planlarıdır. Bir şehir, ilçe ya da bölge, imar planlarıyla planlandıktan sonra; park, yeşil alan, okul alanı, ibadet alanı, sağlık alanı, belediye hizmet alanı gibi kamusal alanlarda kalan özel mülkiyetteki taşınmazların kamulaştırılarak bedellerinin sahiplerine ödenmesi gerekir. Bir başka yol ise imar uygulaması yapılmak suretiyle özel şahısların kamu alanlarında kalan taşınmazları için en fazla %45 düzenleme ortaklık payı (DOP) kesildikten sonra uygun bir başka yerden kendilerine yeterli miktarda bedelsiz arsa verilmesidir. Başka bir ifadeyle, şahısların özel mülkiyetindeki taşınmazların, ya uygun karşılıklarıyla kamulaştırılması ya da İmar Kanunu’nun 18. maddesindeki imar

uygulaması (parselasyon) yapılmak suretiyle kendilerine bir başka yerden yapı yapmaya müsait yeni arsalar tahsis edilmesi esastır. Böylece kamu menfaatiyle bireysel menfaat arasındaki hakkaniyete uygun denge sağlanmış olur. Zira idarenin kamu hizmetlerini gerçekleştirmek adına karar alırken takdir hakkı bulunmakla birlikte, bu takdir hakkının kamu yararına uygun olarak kullanılması, keyfi ve sınırsız uygulamalardan kaçınılması, vatandaşların bireysel menfaatlerinin de göz önünde bulundurulması gerekir. Aksi durumda Anayasa ile güvence altında olan bir takım temel haklar ve dolayısıyla hukuk devleti ilkesi zarar görmüş olur.

Kamulaştırmасız el atma kavramı, Türk hukuk tarihinde ilk olarak Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu'nun 16.05.1956 tarih ve E.1956/1 K.1956/6 sayılı kararıyla kurumsallaşmıştır. Burada Yüksek Mahkeme, kamulaştırmасız el atmayı sadece fiili el atma olarak ele almak suretiyle, mülkiyet hakkının ihlaline yol açan bu uygulama için ihlalin giderilmesini sağlayacak nitelikte bir takım hukuki çözümler ortaya koymuştur. Yargıtay'ın sözü edilen kararına göre bu çözümler el atmanın önlenmesi ve malike tazminat ödenmesi şeklindedir.

Yargıtay'ın yukarıda bahsedilen içtihadından sonra 09.10.1956 tarihinde yürürlüğe giren 6830 sayılı İstimlak Kanunu'na baktığımızda, burada salt kamulaştırma ile ilgili hükümlerin düzenlendiği ve kamulaştırmасız el atma uygulamasına değinilmediği görülmektedir.

1961'de yürürlüğe konulan 221 sayılı Kanun'un 1. maddesi uyarınca ise, 6830 sayılı İstimlak Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarihe kadar kamulaştırılmayan, ancak idare tarafından fiilen kullanılan taşınmazlar kamulaştırılmış sayılmış ve taşınmazın bedelini isteme hakkı iki yıllık süreyle sınırlandırılmıştır.

2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 04.11.1983 tarihinde yürürlüğe girmesiyle, anılan kanunun 38. maddesinde ilk defa kamulaştırmасız el atma kavramı düzenlenmiş ise de, söz konusu madde Anayasa Mahkemesinin 2002/112 Esas, 2003/33 sayılı Kararı ile iptal edilmiştir. Bu karardan sonraki yasal boşluğu doldurulması için 18.06.2010 tarihinde 2942 sayılı Kanun'a geçici 6. madde eklenerek, bu maddede, 6830 sayılı İstimlak Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarih olan

09.10.1956 ile 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun yürürlük tarihi olan 04.11.1983 tarihi arasındaki kamulaştırmaz el atma uygulamalarıyla ilgili düzenlemelere yer verilmiş, nihayetinde geçici 6. madde 24.05.2013 tarihli 6487 sayılı kanunla son halini almıştır. Ancak sözü edildiği gibi bu kanun maddesi, kamulaştırmaz el atma uygulamalarına yönelik hukuki çözümleri sadece 09.10.1956 ila 04.11.1983 tarihi arasındaki fiili el atmalar için öngörmüştür.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 15.12.2010 tarih ve E.2010/5-662 K.2010/651 sayılı kararıyla hukuki el atma uygulamaları da kamulaştırmaz el atma kavramı kapsamına dâhil edilmiş ve Yüksek Mahkeme'nin bu kararı, mülkiyet hakkına bu yolla yapılan müdahalenin önüne geçilmesi noktasında bir milat olmuştur.

20.08.2016 tarihli 6745 sayılı Kanun'la Kamulaştırma Kanunu'na eklenen Ek-1. maddeyle de hukuki el atma detaylı bir yasal düzenleme haline kavuşmuşken, anılan maddenin ilk cümlesi hariç geri kalan tüm kısmı, Anayasa Mahkemesi'nin 20.12.2018 tarih ve E.2016/181 K.2018/111 sayılı kararıyla Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilmiştir. Gelinek noktada, fiili el atmayı düzenleyen 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun geçici 6. maddesi'nden başka ve kanunun Ek-1. maddesinin ilk cümlesi dışında, hukuki el atmaya dair herhangi bir yasal düzenleme kalmamış, bu madde ise imar planlarıyla tasarrufu hukuken kısıtlanan taşınmazlar hakkında beş yıl içinde imar uygulamaları yapılacağı ifadesiyle sınırlı kalmıştır.

Netice itibariyle gerek fiili el atma, gerekse hukuki el atmalar ile ilgili hali hazırda detaylı bir mevzuat hükmü bulunmamakta, bundan kaynaklı mülkiyet hakkı sorunları ve çıkacak uyuşmazlıkların çözümünde büyük bir muamma bulunmaktadır. Uzun yıllardan beri bu konunun bir türlü sağlam bir zemine oturmayışından ve yapılan yasal düzenlemelerin Anayasa Mahkemesi kararlarıyla iptal edilmesinden, kanun koyucunun bu konuyu çözümede anayasal ilkelere uygun doğru yöntemleri kullanamadığı ve ortada yasal bir boşluk olduğu görülmektedir. Bu boşluğun ise yargı kararlarıyla doldurulmaya çalışıldığı anlaşılmaktadır.

Bu çalışmada kamulaştırmaz el atma kurumu hukuki el atma özelinde incelenmiş ve tarihsel süreci de ele alınarak, yüksek mahkeme içtihatları ışığında

günümüze kadar geldiği nokta aydınlatılmaya çalışılmıştır. Bu anlamda konunun özünün anlaşılabilmesi için özellikle kamulaştırma müessesesi ile birlikte imar planlamaları ve imar uygulamalarından da bahsedilmesi ihtiyacı duyulmuş, bu noktada Kamulaştırma Kanunu ve İmar Kanunu hükümleri mercek altına alınmış, hukuki el atmanın medeni (eşya) hukuktan, idare hukukuna ve imar hukukuna kadar uzandığı noktalar birçok boyutuyla incelenmiştir.



1.BÖLÜM

ANAYASAL MÜLKİYET HAKKI

Çalışmamızın ilk bölümünde konumuzun ana eksenini oluşturan mülkiyet hakkı incelenmektedir. Buna yönelik olarak mülkiyet hakkının tanımı, niteliği, kapsamı, korunması ve sınırlandırılması konuları ele alınmaktadır. Zira hukuki el atmanın temel haklardan olan mülkiyet hakkını ne ölçüde ihlal ettiğinin görülebilmesi için mülkiyet hakkının niteliğinin ve kapsamının iyi anlaşılması elzemdir. Hepsinden önce ise mülkiyetin doğuşundan ve temel felsefesinden başlamak gerekir.

I. MÜLKİYET HAKKI KAVRAMININ TANIMI, NİTELİĞİ, KONUSU VE KAPSAMI

A. MÜLKİYET HAKKI KAVRAMININ DOĞUŞU VE FELSEFESİ

Sahip olma isteği bugüne kadar insanoğlunun en kadim tutkularından biri olmuştur. Zira tarih boyunca toplumlar ve onların kurdukları devletlere hükmedenler için en önemli konu daha fazla güce sahip olmaktır. Bu gücün göstergesi ise daha fazla eşya, toprak ve malvarlığıdır. Bu sahip olma güdüsünün çıkış noktası şüphesiz tarım devrimi olmuştur¹.

Olayların tarihlendirilmeye başladığı Bakır Çağı'ndan bu yana mülkiyetin tarıma dayalı olması, toprağı mülkiyetin ana unsuru haline getirmiş, böylece Tarım devrimiyle daha önce avcı toplayıcı olan insanlar yerleşik hayata geçmiş, tarım arazileri ve inşa ettikleri evlerle ilk defa taşınmaz mal edinme arzusuna sahip olmuşlardır. Tarihsel sürecin ilerlemesiyle bilimsel ve teknolojik gelişmeler, tarımın yanı sıra ticareti de ön plana çıkararak mülkiyetin kapsamının da genişlemesine yol açmıştır².

Tarım devrimi tarihteki tartışmalı olaylardandır. Zira bir kesim bu devrimi insanlığın gelişimi ve müreffeh topluma geçişin başlangıcı olarak kabul ederken, bir

¹ Yuval Noah HARARI, *Hayvanlardan Tanrılara Sapiens İnsan Türünün Kısa Bir Tarihi*, Kolektif Kitap Bilim ve Tasarım, Çev. Ertuğrul GENÇ, İstanbul, 2016, s.108.

² Elvin/DİNLER, Zeynep/ÇALIŞKAN, "Mülkiyetin Tarihsel Gelişimi Üzerine Bir Deneme", *Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi*, S.77, 2019, s.447.

başka kesim ise bunu, insanoğlunun doğayla yaşadığı uyumdan vazgeçerek bitmek bilmeyen mülk sahibi olma arzusunun miladı olarak görmektedir³.

Mülkiyet kavramı antik çağlardan beri üzerinde düşünülmüş ve tartışılmış bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır. MÖ 400'lü yıllarda yaşayan ünlü Yunan Filozofu Platon, tarihin ilk sosyalist düşünürlerinden biri olmuş, sınıf ayrımının olmadığı mutlu müreffeh bir toplum ve devlet modeli hayal etmiştir. Platon'a göre yöneticiler ve askerler özel mülkiyet sahibi olmamalı, altın ve gümüşten uzak durmalıdırlar. Aksi halde tiranlara dönüşmeleri kaçınılmazdır⁴. Yine o dönemde yaşamış Platon'un öğrencisi Aristoteles ise hocasının aksine özel mülkiyeti savunmuş, hatta kölelerin özel mülkiyetin konusunu oluşturan bir eşya olduğunu ileri sürmüştür⁵. Bu dönemin hakim imparatorluğu olan Roma'da ise özel mülkiyet mevcuttur. Nitekim Roma Devleti'nde halkın isyan çıkartıp yöneticilere karşı ayaklanmasıyla özel mülkiyet hukukunun da yer aldığı On İki Levha Kanunları çıkarılmıştır⁶.

İslamiyet'in doğduğu yıllara geldiğimizde mülkiyete farklı bir bakış açısı getirilmiş, asıl mülk sahibinin Allah olduğu, yerler ile gökler ve ikisi arasında ne varsa hepsinin mülkiyetinin Allaha ait olduğu⁷, insanların ise bu mülk üzerinde başkasının hakkını gasp etmeden ve harama bulaşmadan istifade etmesi, Allah'ın helal kıldığı rızıktan hakkı nispetinde faydalanması, bir nevi Allah'ın mülküne bekçilik etmesi gerektiği anlayışı hakim olmuştur⁸.

17. Yüzyılın en önemli düşünürleri John Locke ve Thomas Hobbes kendi dönemlerinde mülkiyet hakkı üzerine felsefi görüşler bildirmişler ve mülkiyet kavramını çok geniş yorumlamışlardır. Locke'a göre yaşam, özgürlük ve mülk sahipliği hakkı, birbirinden ayrılmaz bir bütündür ve tabii hukuk yaşamdan önce var olduğundan, mülkiyet hakkı devletlerin ve hatta toplumun dahi doğuşundan önceye

³ HARARI, s.108.

⁴ PLATON, **Devlet**, Say Yayınları, Çev. Furkan Akderin, İstanbul, 2019, 3. Kitap, s.145.

⁵ Burhan ERDEM, **İktisadi Düşünceler Tarihi**, Anadolu Üniversitesi Yayınları, Eskişehir, 2012, s.14.

⁶ DİNLER, ÇALIŞKAN, s.433.

⁷ Bkz Kur'an-ı Kerim. el-Maide 5/18, Ayrıca bk. Al-İ İmran 3/189, Zuhruf 43/85, el-En'am 6/12, Taha 20/6, Elmalılı M. Hamdi, YAZIR, **Hak Dini Kur'an Dili Meali**, 2. Baskı, Akçağ Basım Yayım, Ankara, 2006, s.112, 145, 162, 340, 510.

⁸ Hasan HACAK, "İslam Hukuku Düşüncesinde Özel Mülkiyet Anlayışı", **M.Ü İlahiyat Fakültesi Dergisi**, S.29, 2005, s.105.

dayanmakta olup Tanrı tarafından insana bahşedilmiş doğal bir haktır⁹. Rousseau ise özel mülkiyet şuurunun gelişmesiyle daha önce mutlu olan insanda hürriyet ve eşitlik kavramının yitirildiğini ifade ederken, mülkiyeti, insanların huzurunu bozan, onları köleleştiren, özgürlüklerini alan ve eşitliğe aykırı olan bir kavram olarak değerlendirerek bu konuda Locke’u eleştirmiştir¹⁰.

18. Yüzyıla gelindiğinde ise aydınlanma çağı düşünürleri ve ekonomistlerce geliştirilen liberalizm ve buna karşılık 19. Yüzyılda Marks ve Engels tarafından ileri sürülen ve temelinde sosyalizm yatan Marksizm, birbirine zıt iki temel siyasi ve ekonomik model olarak karşımıza çıkmaktadır. Liberalizm özel teşebbüsü destekleyen, serbest piyasayı benimseyen, hukukun üstünlüğünü savunan bir sosyal ve ekonomik model öngörmekte, özel mülkiyet ise bu sistemde ayrı bir önem taşımaktadır. Bunun sebebi, bu modelde bireyciliğin ön plana çıkarılarak ve kendi çıkarlarını düşünen bireyler üstün tutularak sözleşme serbestisine dayalı serbest piyasanın gerçekleştirilmeye çalışılmasıdır. Başka bir ifadeyle bireycilik ve özgürlük temelinde kendiliğinden doğan düzen ve piyasa ekonomisi, liberalizmin temel felsefesini oluşturmuş, bu yola giden araçlardan biri de özel mülkiyet olmuştur.¹¹

Klasik liberal devlet sistemlerinde özel mülkiyete daha fazla önem verilerek kişilerin mülkiyet hakkına sahip olması sağlanmış ve bu hakkın korunması için çeşitli yasal düzenlemeler yapılmışken, Marksist sistemi benimseyen devletlerde ise mülkiyet hakkı bireye değil topluma hasredilerek özel mülkiyet kavramına karşı çıkılmış ve tüm üretim araçları ile mülkiyete konu olan tüm hakların devlete ait olduğu kabul edilmiştir¹². Marksizmin ya da Karl Marx’ın söylemiyle bilimsel sosyalizmin temelinde, bütün insanların emeklerinin karşılığını özgürce alma hakları olduğu, fakat toplumu mülksüz işçi sınıfı ve mülk sahibi kapitalist burjuvazi olmak üzere iki sınıfa bölen bir ekonomik modelde insanların bu haklarını elde edemediklerinden,

⁹ Esin ÖRÜCÜ, “John Locke ve Sosyal Mukavelesinin Özelliği”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C.33, S.3-4, 1967, s.186.

¹⁰ Tahsin ERDİNÇ, “Jean-Jacques Rousseau Görüşleri ve Demokratik Sistem Üzerindeki Etkileri”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C.40, S.1-4, 1974, s.304.

¹¹ Murat İNCE, **Liberal ve Marksist Özgürlük Anlayışlarının Karşılaştırılması**, Akademisyen Kitabevi, Ankara, 2018, s.27-38.

¹² Fikret EREN, **Mülkiyet Hukuku**, Yetkin Yayınları, 4. Baskı, Ankara, 2016, s.3.

sömürülerek mağdur edildikleri düşüncesi yatmaktadır¹³. Marks ve Engels'in savunduğu bu ekonomik ve siyasi modelde, mülkiyet hakkı egemen sınıflar tarafından emeğin boyunduruk altına alınmak istemesinin bir tezahürü olarak görülmüş, bireysel mülkiyetin toplumsal mülkiyete dönüştürülmesi gerektiği savunulmuştur¹⁴.

Öğretide bir devletin liberal hukuk modelini benimseyip benimsemediği, mülkiyet hakkı, miras hakkı ve sözleşme özgürlüğünü düzenlemesiyle ilişkilendirilmiştir. Türk Anayasası ise bu sayılan üç hakkı da birlikte kabul ederek liberal hukuk sistemini tanıyan bir sistem benimsemiştir. Gerçekten de 1982 tarihli Anayasamızda herkesin mülkiyet ve miras hakkına sahip olduğu hükmü yer almıştır (m.35). Aynı konu Alman Anayasası'nda "*mülkiyet ve miras hakkı garanti altındadır(Das Eigentum und das Erbrecht werden gewährleistet)*" şeklinde ifade edilmiş, buna benzer olarak İsviçre Anayasası'nda "*mülkiyet teminat altındadır(Das Eigentum ist gewährleistet)*" hükmü yer almıştır¹⁵. Böylece anayasalarında yukarıda sözü edilen hakları düzenleyen ve ideolojik olarak liberal sistemi kabul eden devletlerin, liberal hukuk sistemini benimsemelerinden kaynaklı olarak mülkiyet hakkını son derece önemseyip ve bunu korumaya yönelik çeşitli hukuki mekanizmalar geliştirdikleri söylenebilir. Bir başka ifadeyle mülkiyet hakkı, liberal serbest piyasa ekonomik modelinin de bir gereği olarak ulusal ve ulusüstü metinlerle korunmuş, bireylerin bu konuda güvencelere kavuşturulması adına devletler nezdinde bu konuya ayrı bir önem atfedilmiştir.

¹³ İNCE, s.46.

¹⁴ Karl MARX, Friedrich ENGELS, **Komünist Manifesto**, 33. Baskı, Can Sanat Yayınları, Çev. Cemal Üster- Nur Deriş, İstanbul, 2019, s.67-69.

¹⁵ Veysel BAŞPINAR, **Mülkiyet Hakkını İhlal Eden Müdahaleler**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s.66-67.

B. MÜLKİYET HAKKININ TANIMI

Mülkiyet¹⁶, etimolojik olarak Arapça kökenli olup mülk kökünden türetilmiştir¹⁷. Mülk ise özünde bir şeyin sahiplenilmesine yönelik olarak aidiyet kurma ve hükmetme olgusunun konusunu oluşturan nesnedir.

1961 ve 1982 Anayasalarında mülkiyet hakkı yer almış ancak hakkın içeriğine yönelik olarak herhangi bir tanım yapılmamıştır. Yine Türk Medeni Kanunu'nun 683. maddesinde mülkiyet hakkının tanımı yapılmamış, sadece Medeni Hukuk bakımından kapsamı ve koruma mekanizmaları yer almıştır. Buna rağmen mülkiyet hakkına yönelik öğretilerde çeşitli yazarlarca önemi vurgulanmak suretiyle bazı tanımlar yapılmıştır ve bunlardan bir kaçısı şu şekildedir: Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir'e göre mülkiyet hakkı, *“eşya üzerinde en geniş yetki sağlayan aynı haktır”*¹⁸, Eren'e göre mülkiyet hakkı, *“içerdiği yetkiler itibariyle bazen kısmen sınırlandırılmış olsa bile, yine de hukuk düzeninin eşya üzerinde kurulmasına izin verdiği en geniş, en kapsamlı, en mutlak bir hâkimiyet hakkıdır”*¹⁹, İlgezdi'ye göre mülkiyet hakkı, *“taşınır ya da taşınmaz bir eşya üzerinde hak sahibine kullanma, yararlanma ve tasarruf yetkisi veren, hukuk düzeninin sınırları içinde kullanılabilen mutlak ve aynı bir haktır”*²⁰. Başpınar'a göre mülkiyet hakkı *“herkese karşı dermeyeran edilebilen, tam, mutlak, münhasır, kutsal ve en temel bir insan hakkıdır.”*²¹, Gemalmaz'a göre mülkiyet hakkı, *“uluslararası metinlerde farklı hukuki rejimlere tabi tutulmuş malvarlığı hakkıdır”*²², Ayan'a göre mülkiyet hakkı, *“sahibine aynı hak üzerinde hakimiyet kurma hakkı tanıyan, herkese karşı savunulabilen, herkesin saygı duymakla*

¹⁶ Türk Dil Kurumu Sözlüğünde mülkiyet; “sahiplik” olarak tanımlanmıştır. Bkz. www.tdk.gov.tr, E.T: 18.11.2020; Hukuk sözlüğünde ise “iyelik; maliklik; kişinin bir mal üzerindeki egemenliği” olarak tanımlanmıştır. Ejder YILMAZ, **Hukuk Sözlüğü**, Seçkin Kitapevi, Ankara 1986, s. 869. Adalet Bakanlığı'nın hukuk sözlüğünde ise mülkiyet hakkı; kişiye kanunun öngördüğü sınırlar içinde, sahibi olduğu maldan ve malın hukuki ve doğal ürünlerinden yararlanma ve o mal üzerinde tasarruf etme yetkisi veren egemenlik hakkı olarak tanımlanmıştır. Bkz. www.sozluk.adalet.gov.tr, E.T:18.11.2020

¹⁷ Kürşat AKÇA, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Mülkiyet Hakkı”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Özel Sayı, C.1, 2015, s.550.

¹⁸ Kemal OĞUZMAN, Özer SELİÇİ, Saibe OKTAY ÖZDEMİR, **Eşya Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2012 s.4.

¹⁹ EREN, s.4.

²⁰ Ali Rıza İLGEZDİ, **Hukuki El Atma (Kamulaştırmasız El Atmada Yeni Dönem)**, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara, 2016, s.17.

²¹ BAŞPINAR, s.57,98.

²² H. Burak GEMALMAZ, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı**, Beta Yayınları, İstanbul, 2017, s.10.

*yükümlü olduğu, malvarlığı hakkıdır.”*²³ Anayasa Mahkemesi ise 1966 yılında vermiş olduğu bir kararında mülkiyet hakkını, *“bir kimsenin, başkasının hakkına zarar vermemek ve kanunların koyduğu kayıtlamalara da uymak şartı ile, bir şey üzerinde dilediği şekilde kullanma, ürünlerinden yararlanma, tasarruf etme (başkasına devretme, şeklini değiştirme ve istihlâk etme, hattâ tahrip etme) yetkilerini ifade eder.”* şeklinde tanımlamıştır²⁴.

Tüm bu doktrinsel tanımlamalardan da yola çıkarak mülkiyet hakkını, malikine tasarruf etme, kullanma ve yararlanma hakkı veren, kişilere karşı sürekli ve mutlak olarak ileri sürülebilen, eşyanın aynından doğan, ulusal ve uluslararası bir çok metinde güvence altına alınmış bir kişi hakkı olarak tanımlamak mümkündür. Hukuki bir kavram olarak üzerinde en çok konuşulandırlardan biri olan mülkiyet hakkı, çeşitli ideolojik görüşlere göre farklı noktalarda konumlanmış ve bazı yazarlarca konuya salt bireysel olarak bakılırken, kimi kesim için ise mülkiyet kavramına daha çok toplumsal ve sosyal açıdan yaklaşmıştır.

C.MÜLKİYET HAKKININ NİTELİĞİ, KONUSU VE KAPSAMI

Türk toplumunda mülkiyet hakkı yerleşik hayata geçilmesiyle birlikte her toplum gibi önem kazanmaya başlamış, İslam dininin benimsenmesiyle birlikte şer’i ve örfi kurallara göre mülkiyet hakkının içeriği ve sınırları belirlenmiştir. Mülkiyet hakkı bir anayasal metin kapsamında ilk kez 1839 Tarihinde ilan edilen Tanzimat Fermanı’nda kabul edilmiştir. Burada “mahfuziyet-i mal” adı altında düzenlenen mülkiyet hakkı bağlamında müsadere yasağı ilkesi de kabul edilmiştir²⁵. Osmanlı Devleti’nin kendine özgü ilk medeni kanunu olan Mecelle’de²⁶ de özel mülkiyete ilişkin bir takım hükümler yer almıştır²⁷.

²³ Mehmet AYAN, *Eşya Hukuku II Mülkiyet*, Mimoza Yayınları, 7. Baskı, Konya, 2014, s.3

²⁴ Bkz. AYM. T.20.09.1966, E.1963/156, K.1966/34, www.normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr (E.T:19.11.2020).

²⁵ Kemal GÖZLER, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Ekin Yayın Dağıtım, 24. Baskı, Bursa, 2019, s.152.

²⁶ Mecelle 1868 ila 1876 yılları arasında Ahmet Cevdet Paşa Başkanlığı’ndaki bir heyet tarafından derlenmiştir. Uzun adıyla Mecelle-i Ahkamı Adliye, bir mukaddime, 16 kitap ve 1851 maddeden oluşmaktadır.

²⁷ Mecelle 1192. Madde: *“Herkes mülkünde keyfe mayeşa’ tasarruf eder. Fakat başkasının hakkı taalluk ederse maliki mülkünde istiklal üzre tasarrufdan men’eder.”* Cengiz İLHAN, 2. Baskı, **Günümüz Türkçe’siyle Mecelle-i Ahkam-I Adliye**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, s.362-365.

Cumhuriyet Döneminde ise 1921 Anayasası'nda mülkiyet hakkına yer verilmemişken, ilk olarak 1924 Anayasası(Teşkilat-ı Esasiye)nin 74. Maddesi'nde, *“Menafii umumiye için lüzumu usulen tahakkuk etmedikçe ve kanunu mahsus mucibince değer pahası peşin verilmedikçe hiçbir kimsenin malının istimval ve mülkünün istimplâk olunamayacağı”* hükmüne yer verilerek mülkiyet hakkı dolaylı olarak garanti altına alınmıştır²⁸.

1961 Anayasası'nda mülkiyet hakkı sosyal ve ekonomik haklar başlığı altında düzenlenmişken, 1982 Anayasası'nda temel hak ve özgürlüklerin kişi hakları bölümünde yer alarak kişinin haklarına dâhil edilmiştir. Mülkiyet hakkı, Anayasa dışındaki çeşitli metinlerde de yer bulmuş ve bu düzenlemelerle mülkiyet sahibine bir takım haklar tanınmıştır. Mülkiyet hakkının tam olarak tanımlamayan Türk Medenî Kanunu'nun 683. Maddesi; *“Bir şeye malik olan kimse, hukuk düzeninin sınırları içinde, o şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisine sahiptir. Malik, malını haksız olarak elinde bulunduran kimseye karşı istihkak davası açabileceği gibi, her türlü haksız el atmanın önlenmesini de dava edebilir.”* ifadeleriyle mülkiyet hakkının verdiği yetkileri ortaya koymuştur. Buna göre malik, eşyası üzerinde mülkiyet hakkından doğan haklarını herkese karşı mutlak bir şekilde ileri sürebilecek ve mülkiyet hakkını ihlal eden kişilere karşı hukuk düzeninin sınırları içinde karşı koyabilecektir²⁹.

Aynı haklar arasında en geniş kapsamlı hak olan mülkiyet, niteliği gereği bir takım özelliklere sahiptir. Öncelikle mülkiyet hakkı herkes tarafından saygı duyulması gereken ve herkese yönelik ileri sürülebilen mutlak bir haktır. Mülkiyet, tekelci bir hak olarak, istisnalar dışında salt malikçe kullanılabilen ve üçüncü şahısların ihlallerine karşı korunabilen, parasal nitelik taşıdığından malvarlığına dair bir haktır ve zamanaşımına tabi değildir. Hakkın konusu ise esas olarak taşınır ve taşınmaz mallardır³⁰. Çağdaş düşünce ve sanat hayatı ile teknolojinin gelişimi, konusu fikirler ve eserler olan fikri mülkiyet hukuku ile bilişim alanındaki bir takım somut olmayan değerlerin de mülkiyetin alanına dâhil edilerek kapsamının genişlemesine yol açmıştır.

²⁸ BAŞPINAR V., s.647,648.

²⁹ Betül ÖZLÜK, “Mülkiyet ve Zilyetlik Üzerine Düşünceler”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.27, S.1, 2019, s.142.

³⁰ AYAN, s.9-10.

Anayasa Mahkemesi de mülkiyet hakkının konusunu maddi mallar ve gayri maddi mallar olarak ikiye ayırmıştır. Maddi mallar; taşınır ve taşınmazlardan oluşmaktayken, gayri maddi mallar ise, fikri mülkiyet hakları ile alacaktan doğan diğer haklardır.

Yüksek Mahkeme vermiş olduğu bir kararında³¹, mülkiyet hakkının kapsamından şöyle bahsetmektedir; *“Anayasa'nın 35. maddesiyle güvenceye bağlanan mülkiyet hakkı, ekonomik değer ifade eden ve parayla değerlendirilebilen her türlü mal varlığı hakkını kapsamaktadır. Bu bağlamda mülk olarak değerlendirilmesi gerektiğinde kuşku bulunmayan menkul ve gayrimenkul mallar ile bunların üzerinde tesis edilen sınırlı aynı haklar ve fikrî hakların yanı sıra icrası kabil olan her türlü alacak da mülkiyet hakkının kapsamına dâhildir.”* Böylece Anayasa Mahkemesi mülkiyet hakkının konusunu Anayasanın özüne ve ruhuna uygun olarak son derece geniş yorumlamıştır³².

1982 Anayasa'sında mülkiyet hakkı, temel hak ve özgürlükler başlığının kişinin hakları ve ödevleri bölümünde negatif statü hakları kapsamında düzenlenmiştir. Buna göre devlet, malikin haklarına saygı duyacak ve bunları ihlal etmeyecektir. Ancak burada devletin görevi bitmemekte bilakis devletin mülkiyet hakkının sınırlarını çizmesi, hakkın niteliğini ve kapsamını belirledikten sonra bu hakların korunması noktasında aktif rol oynaması gerekmektedir. Devletin mülkiyet hakkından kaynaklı saygı duyma yükümlülüğü sadece negatif bir yükümlülük değil; hakkın gerçek anlamda korunmasını sağlayacak mekanizmaları kurmak, hak sahibini hem devletten hem de üçüncü kişilerden gelecek müdahalelere karşı korumak şeklinde pozitif bir yükümlülüğü içermektedir³³. Ancak devletin kamulaştırmasız el atma gibi müdahalelerle bu hakkın özünü ihlal ettiği ve mülkiyet hakkının korunmasında aktif rol alması gerekirken, müdahaleden kaçınma yükümlülüğünü dahi yerine getiremediği görülmektedir.

Anayasa Mahkemesi, bugüne kadar vermiş olduğu kararlarında mülkiyet hakkının içeriğinin belirlenmesi ve sınırlarının çizilmesi hususunda yol gösterici

³¹ AYM, Adile Şölen Yücel ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2017/15169 K.T:15.09.2020 <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2017/15169>, (E.T. 12.12.2020).

³² AKÇA, s.559.

³³ Veysel BAŞPINAR, “Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukuku'nda Mülkiyet Hakkı Teminatı”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.65, S.3, 2016, s.635-636.

olmuştur. Yüksek Mahkeme mülkiyet hakkının korunmasında Anayasa'nın teminatı olmuş ve son derece etkili kararlar vermiştir. Anayasa Mahkemesi'ne göre “...mülkiyet hakkını tanımayan bir devlet sisteminin; kamu yararı düşüncesine dayansa bile, Anayasa'nın 2. Maddesinde belirtilen demokratik bir hukuk devleti sistemi olduğu savunulamaz...,...mülkiyet hakkından yoksun yaşamasına insanın doğal yapısı elverişli değildir³⁴.”

Hukuk devleti, devletin tüm kurumlarının hukuka bağlı olduğu, özellikle yürütme organının, temel hukuk normlarını belirleyen Anayasal ilkelere aykırı davranmadığı, idarenin temel hak ve hürriyetlere mutlak olarak riayet ettiği devlettir³⁵. Elbette ki idarenin temel amacı hukuk düzeni tesis etmek değil, kamu hizmeti gerçekleştirmektir. Hukuk düzenini korumak daha çok yargının işidir. Ancak yine de kanuni idare ilkesi gereği idarenin hukuka bağlılığı, hukuki düzen ve hukuk devleti anlayışı için gerekliliktir³⁶. Dolayısıyla mülkiyet hakkı; demokratik bir hukuk devletinde hukuka bağlı idarenin, Anayasadaki genel ilkeler kapsamında saygı duyması, ihlal etmekten kaçınması ve aktif olarak koruması gereken bir temel haktır.

Hukuk devleti özel mülkiyetin teminatıdır. Zira devletin ve kamu kuruluşlarının tahakkümünden bireyleri koruyan en temel hak mülkiyettir ve demokratik bir hukuk devleti olmanın gereği olarak Anayasa'nın mülkiyet hakkını düzenleyen hükmü, doğrudan devlete yöneliktir. Mülkiyetin şahıslar nezdinde korunması hem TMK 683/II, 982 ve devamı, hem de 3091 sayılı Kanun gibi maddi kanunlar çerçevesinde çeşitli yollarla sağlanmaktayken, Anayasadaki düzenlemenin muhatabı ise doğrudan devlettir³⁷. AİHS'deki mülkiyet hakkı anlayışına göre devletin kişileri mülkiyet hakkı ihlallerine karşı koruma yükümlülüğü³⁸ hakkın ihlal edilmemesinin yanı sıra kişilere

³⁴ EREN, s.11-12.

³⁵ Kemal GÖZLER, **İdare Hukuku**, 2. Baskı, Cilt I, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2009, s.123.

³⁶ Tahsin BALTA, **İdare Hukukuna Giriş I**, Sevinç Matbası, Ankara, 1970, s.77.

³⁷ BAŞPINAR, Mülkiyet Hakkını İhlal Eden Müdahaleler s.133.

³⁸ Anayasa'nın “Mülkiyet Hakkı” kenar başlıklı 35. Maddesi için Danışma Meclisinin kabul ettiği metnin gerekçesinde bu husus şöyle açıklanmıştır. “Mülkiyeti Anayasa teminatı altına alan bu madde doğrudan devlete hitabetmektedir. Mülkiyetin şahıslara karşı korunması Medenî Kanun ve 5917 sayılı Gayri Menkule Tecavüzün Meni Hakkında Kanun gibi mevzuatla sağlanmaktadır. Mülkiyetinin münferit himayesini fert mahkemelerden ve idareden talep edecektir. Mülkiyetin müessese olarak güvence altına alınması ise kanun koyucu, başka açıdan Devlet, Anayasaya uygunluk denetimini yapacak olan Anayasa yargısı tarafından sağlanacaktır.” , www.anayasa.gov.tr, (E.T.19.11.2020).

bu hususta etkili bir iç hukuk mekanizması sunulmasını da gerektirmektedir³⁹. Bu bağlamda gerek AİHS gerekse Anayasal ilkelerin hayata geçirilmesinin hukuk devletinin gereği olduğu ve bir tarafta güçlü devlet otoritesi ile diğer tarafta zayıf vatandaş arasındaki adil dengenin bu ilkelerden vazgeçilmeden, bunların şeffaf bir şekilde hayata geçirilmesiyle sağlanabileceği bir gerçektir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1 No'lu Protokolü'nün 1. maddesi kapsamında yer alan mülkiyet hakkı, devlet üzerinde hem negatif hem de pozitif yükümlülükler yol açan bir hak olarak belirtilmektedir. Mülkün kamulaştırılması veya tahrip edilmesinin yanı sıra, planlama kısıtlamaları, kira kontrolleri ve mülke geçici olarak el konulması negatif yükümlülükler aykırılığa örnek olarak gösterilebilir. Öte yandan, Sözleşme'nin 1. maddesi gereğince, 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesi ile korunan hakkın etkili bir şekilde kullanılması, yalnızca Devletin müdahale etmeme görevine değil, alacağı pozitif koruma önlemlerine de bağlıdır. Örneğin, Öneriyıldız / Türkiye davasında bir çöplükteki güvenli olmayan şartların sonucunda mülkün tahrip edilmesini önlemek için Devletin pratik adımlar atma yükümlülüğü altında olduğu tespit edilmiştir.

Anayasa'da temel hak ve özgürlükler belirlenirken, bu hakların en çok devlet tarafından ihlal edilebileceği öngörüsünden hareketle bazı düzenlemeler yer almış, bir başka ifadeyle devletin en temel görevi, bireylerin hak ve özgürlüklerini kendi hukuka aykırı uygulamalarına karşı koruyarak bu konuda anayasal bir güvence vermek olmuştur. Elbette bu hususta Anayasa ve kanun koyucu kadar hukuk devletine riayet etmek ve kişilerin temel hak ve hürriyetlerini korumakla yükümlü olan kamu idaresinin de üzerine düşeni yerine getirmesi gerekmektedir. Zira idareler, kamu hizmeti ve de kamu yararı gibi hususları bahane ederek mülkiyet hakkına müdahale etmek suretiyle doğrudan ya da dolaylı yollardan Anayasal mülkiyet hakkını ihlal etmekte, hukuka aykırı bir takım uygulamalarla mülkiyetin korunmasına yönelik anayasal ilkeleri bertaraf etmektedirler. Bunların başında ise bu çalışmanın da konusunu oluşturan kamulaştırmaz hukuki el atma uygulamaları yer almaktadır. Bir hukuk devletinde idarenin eylem ve işlemlerinin hukuka uygun olarak yapıp

³⁹ BAŞPINAR, Mülkiyet Hakkını İhlal Eden Müdahaleler, s.197.

yapmadığının denetlenmesi son derece mühimdir. Bu noktada mülkiyet hakkına idare tarafından yapılan müdahaleler sıkı bir yargı denetimine tabi olmalı, bireylerin anayasal hakları, idareler tarafından kamu yararı ve hizmet gereği gibi içi doldurulmayan kavramlara feda edilmemelidir.

II. MÜLKİYET HAKKININ KORUNMASI

Mülkiyet hakkı gerek ulusal gerekse uluslararası metinlerde temel hak ve özgürlükler kapsamında düzenlenmiş ve mülkiyet hakkının ihlaline yol açan haller, çeşitli mevzuat metinlerinde yer yer müeyyideleriyle birlikte açıklanmıştır. Ulusal hukukumuzda 1982 Anayasası'nda mülkiyet hakkına yer verilerek bu temel hak, anayasal düzeyde güvenceye kavuşturulmuş, Medeni Kanun ve diğer kanunlarda mülkiyet hakkının içeriği ve kapsamına dair düzenlemelere yer verilerek maddi kanunlarımızda da yerini alan mülkiyet hakkı, hukuk devletinin gelişimine bağlı olarak belli bir seviyeye ulaştırılmaya çalışılmıştır. Ulusalüstü insan hakları belge ve sözleşmelerinde de mülkiyet hakkı yerini bulmuş, gerek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi gerekse Birleşmiş Milletler nezdinde kabul edilen bazı metinlerde⁴⁰ mülkiyet hakkının önemi vurgulanmıştır.

A. ULUSAL HUKUKTA MÜLKİYET HAKKININ KORUNMASI

Anayasa'nın "Mülkiyet Hakkı" kenar başlıklı 35. maddesi şöyledir:

"Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir.

Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir.

Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz."

Görüldüğü üzere Anayasa bu hükümle mülkiyet hakkının içeriğinden ziyade sınırlandırılmasından ve kullanım şekline bahsetmektedir⁴¹. Burada 1982 Anayasası'nın mülkiyete yaklaşımının mutlak ve sınırsız değil, verdiği hak ve yetkiler kadar yüklediği sorumluluklar da belirlenmek suretiyle, liberal modele daha yakın

⁴⁰ BM nezdinde kabul edilerek yürürlüğe konulan üç temel belge; BM tarafından 10.12.1948 tarihinde kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, yine 23.03.1976 tarihinde yürürlüğe giren Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, yine BM tarafından 03.01.1976 tarihinde yürürlüğe konulan Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'dir.

⁴¹ EREN, s.14.

olarak, sınırsız mülkiyetçi salt liberal anlayışla, sosyalist anlayış arasında karma bir model öngördüğü anlaşılmaktadır⁴². Yine 1961 Anayasa'sından farklı olarak 1982 Anayasa'sının mülkiyet hakkını temel hak ve özgürlükler bölümünde düzenlemesiyle, mülkiyeti kişisel, mutlak bir temel hak olarak öngördüğü anlaşılmaktadır.

Her ne kadar Anayasa, mülkiyet hakkının tanımı, içeriği ve kapsamına yer vermese de, Anayasa Mahkemesi bir kararında⁴³ Anayasa'nın 35. Maddesinin kapsamını şöyle açıklamaktadır; “*Anayasa'nın 35. maddesi ve mülkiyet hakkına temas eden hükümler içeren kıyılara ilişkin 43., toprak mülkiyetine ilişkin 44., kamulaştırmayı düzenleyen 46., tarih, kültür ve tabiat varlıklarının korunmasına ilişkin 63., tabii servet ve kaynaklara ilişkin 168., ormanlara ilişkin 169. ve 170. maddeleri ile müsadereye ilişkin 28. maddesinin sekizinci fıkrası dikkate alındığında Anayasa'nın mülkiyet hakkına müdahaleyle ilgili üç kural ihtiva ettiği görülmektedir. Anayasa'nın 35. maddesinin birinci fıkrasında herkesin mülkiyet hakkına sahip olduğu belirtilmek suretiyle "mülkten barişçil yararlanma hakkı"na yer verilmiş; ikinci fıkrasında da mülkten barişçil yararlanma hakkına müdahalenin çerçevesi belirlenmiştir.*

Anayasa'nın 35. maddesinin ikinci fıkrasında genel olarak mülkiyet hakkının hangi koşullarda sınırlanabileceği belirlenmiş, aynı zamanda "mülkten yoksun bırakma"nın şartlarının genel çerçevesi de çizilmiştir. Öte yandan Anayasa'nın 46. maddesinde, taşınmaz mülkiyetinden yoksun bırakma yolu olan kamulaştırma usulü özel olarak düzenlenmiştir.

Anayasa'nın 35. maddesinin son fıkrasında mülkiyet hakkının kullanımının toplum yararına aykırı olamayacağı kurala bağlanmak suretiyle devletin mülkiyetin kullanımını kontrol etmesine ve düzenlemesine imkân sağlanmıştır. Zira mülkiyet hakkının kullanımının toplum yararına aykırı olamaması, devletin mülkiyetin kullanımının toplum yararına uygun olarak düzenleyebilmesini gerektirmektedir. Bu

⁴² Suat ŞİMŞEK, “Mülkiyet Hakkının Kapsamı, Sınırlandırma Nedenleri ve Şartları Açısından 1982 Anayasası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi: Karşılaştırmalı Bir Analiz-I”, **TBB Dergisi**, S.91, 2010, s.185.

⁴³ AYM, Recep Tarhan ve Afife Tarhan Başvurusu, Başvuru No: 2014/1546 K.T:02.02.2017 <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/1546>, (E.T. 12.12.2020).

durumda da devletin mülkiyetin kullanımını kontrol yetkisine sahip olduğunun kabulü zorunlu hâle gelmektedir

Mülkten yoksun bırakma ve mülkiyetin düzenlenmesi, mülkiyet hakkına müdahalenin özel biçimleridir. Mülkten yoksun bırakma şeklindeki müdahalede mülkiyetin kaybı söz konusudur. Mülkiyetin kullanımının kontrolünde ise mülkiyet kaybedilmemekte ancak mülkiyet hakkının malike tanıdığı yetkilerin kullanım biçimi, toplum yararı gözetilerek belirlenmekte veya sınırlandırılmaktadır. Mülkten barışçıl yararlanma hakkına müdahale ise genel nitelikte bir müdahale türü olup mülkten yoksun bırakma ve mülkiyetin kullanımının kontrolü mahiyetinde olmayan her türlü "karışma"nın mülkten barışçıl yararlanma hakkına müdahale kapsamında ele alınması gerekmektedir. Bununla birlikte özellikle kamu otoritelerinin doğrudan mülkün kullanımına yönelik olmayan ancak sonuçları itibarıyla mülkiyet hakkını etkileyen "karışma"ları mülkten barışçıl yararlanma hakkına müdahale kapsamında görülmelidir.” Görüldüğü üzere Yüksek Mahkeme bu kararında, anayasal mülkiyet hakkı kavramının içeriğini doldurarak, taşınmazın bulunduğu sokağın yaya ve araç trafiğine kapatılmış olmasından kaynaklı kira geliri azalan başvurucuların mülkiyet hakkının ihlal edildiğini ifade etmiş, devletin toplum yararı gözetilerek hangi şekilde mülkiyet hakkına müdahalede bulunabileceğini ve bunun hangi hallerde mülkiyet hakkının ihlali anlamına geleceğini ortaya koymuştur.

Mülkiyet hakkının özel hukuk bağlamında düzenlendiği en önemli mevzuat şüphesiz Türk Medeni Kanunu’dur. Söz konusu Kanunun 683. maddesinde mülkiyet hakkının içeriği, 684 ve devamı maddelerinde hakkın kapsamı, çeşitleri, sona ermesi, 704 ve devamı maddelerinde ise taşınmaz mülkiyetine ilişkin hükümler düzenlenmiştir⁴⁴.

Mülkiyetin özel hukuk dışında kamu hukuku bağlamında da çeşitli ulusal metinlerle güvence altına alındığı görülmektedir. Mülkiyet hakkının içeriğini belirlememekle birlikte, ceza hukuku anlamında bir hak olarak korunmasını sağlayan ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun “Malvarlığına Karşı Suçlar” bölümünde yer alan “hırsızlık, güveni kötüye kullanma, yağma, dolandırıcılık” gibi suç teşkil eden

⁴⁴ AYAN, s.32.

bazı fiiller bakımından mülkiyet hakkının önemsendiği ve fiil karşılıklarının ağır müeyyidelere bağlandığı görülmektedir (TCK141-169). Yine idare hukuku bağlamında bakılacak olursa, mülkiyet hakkından bir yararlanma türü olan zilyetlik müessesesini koruyan 04.12.1984 tarih ve 3091 sayılı “Taşınmaz Mal Zilyetliği’nin Önlenmesi Hakkında Kanun’un⁴⁵ ve onun uygulanmasına dair çıkartılan yönetmeliğin⁴⁶ son derece detaylı düzenlemeler yapan ulusal mevzuat metinleri olduğunu söylemek mümkündür⁴⁷. Bunun yanı sıra fikir ve sanat eserleri sahiplerinin fikri mülkiyet haklarını koruyan 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu⁴⁸ da mülkiyet hakkının ulusal düzeyde korunduğu mevzuata örnektir.

B. ULUSLARARASI HUKUKTA MÜLKİYET HAKKININ KORUNMASI

Birleşmiş Milletler⁴⁹ tarafından kabul edilen uluslararası metinlerde mülkiyet hakkı çeşitli şekillerde yer almıştır. Bunlardan en önemlisi 10 Aralık 1948’de kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’dir.

İHEB’nin 17. maddesinde , *“herkesin tek başına veya başkalarıyla ortaklaşa mülkiyet hakkı olduğu, hiç kimsenin keyfi olarak mülkiyetinden yoksun bırakılmayacağı”* ifadesine yer verilmiştir.

İHEB hukuken bağlayıcı bir niteliğe sahip olmamakla birlikte çağdaş devletler tarafından insan haklarına yönelik genel ilkeleri belirlemesi, temel hak ve özgürlüklerin bütünlüğünü içeren bir belge olması ve uygar bir toplum düzeninin

⁴⁵ Kanun’un 3. Maddesi düzenlemenin uygulama alanını “3091 sayılı Kanun gerçek ve tüzelkişilerin zilyed bulunduğu taşınmaz mallarla, kamu idareleri, kamu kurumları ve kuruluşları veya bunlar tarafından idare olunan veya Devlete ait veya Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan sahipsiz yerlere veya menfaati umuma ait olan taşınmaz mallara yapılan tecavüz veya müdahalelerin, idari makamlar tarafından önlenmesi suretiyle tasarrufa dair güvenliği ve kamu düzenini sağlamak” olarak belirlemiştir.

⁴⁶ 31.07.1985 tarih ve 18828 sayılı R.G’de yayımlanmıştır.

⁴⁷ EREN, s.29.

⁴⁸ 13/12/1951 tarih ve 7981 sayılı R.G’de yayımlanmıştır. Kanun’un 13. Maddesinde “Fikir ve sanat eserleri üzerinde sahiplerinin mali ve manevi menfaatleri bu kanun dairesinde himaye göreceği” hükmü yer almıştır.

⁴⁹ Birleşmiş Milletler, 24 Ekim 1945’te kurulmuş; dünya barışını, güvenliğini korumak ve uluslararası ekonomik, toplumsal ve kültürel bir iş birliği oluşturmak için kurulan uluslararası bir örgüttür. Üye sayısı 193’tür. Bkz. www.wikipedia.org, (E.T:21.11.2020).

kurulmasına öncülük etmesi bakımından öneme sahiptir⁵⁰. İHEB’de mülkiyet hakkı bir insan hakkı olarak düzenlenmiş olmasına rağmen, yine Birleşmiş Milletlerin yürürlüğe koyduğu Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ile Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi’nde ise mülkiyet hakkına yer verilmemiştir. Bunun sebebi, bilinenin aksine liberal batı ile sosyalist doğu arasındaki gerilim değil, bu hakkın sınırlandırılmasının detaylarında tereddüt yaşayan ve başını İngiltere ile ABD’nin çektiği batı bloğunun bu hakkın sözleşmede yer almasına karşı çıkmasıdır⁵¹.

Mülkiyet hakkının daha detaylı ve imzacı devletleri bağlayan bir metin olarak düzenlendiği bir diğer uluslararası belge ise 4 Kasım 1950’de Roma’da imzalanan ve 3 Eylül 1953’te yürürlüğe giren Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi olup sözleşmenin ana metninde yer almayan “mülkiyet hakkı” 1 numaralı ek protokolünün⁵² “Mülkiyetin Korunması” kenar başlıklı 1. Maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir:

“Her gerçek ve tüzel kişinin mal mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Herhangi bir kimse ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir. Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulamak konusunda sahip oldukları hakka halel getirmez.”

Mülkiyet hakkını düzenleyen ulusalüstü metinler arasında en etkili denetim sistemine sahip olanı kuşkusuz AİHS’dir. Sözleşme, taraf devletler hakkında başvuru yapma imkânı getirmiş, sözleşmenin yargı organı olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından(AİHM) uzun yıllardır etkili bir koruma mekanizmasıyla on

⁵⁰ Fazıl SAĞLAM, “İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nde Tüm Hak ve Özgürlüklere Yönelik Kurallar Üzerine Bir Deneme”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C.25, S.2, 2019, s.1238.

⁵¹ GEMALMAZ s.5; İEHB’de dahil olmak üzere BM’nin yürürlüğe koyduğu metinlerde mülkiyet hakkının bir insan hakkı olarak düzenlenmediğini savunan ve bunun sebebinin Sovyet etkisi olduğunu iddia eden farklı görüş için bkz. Şeref ERTAŞ, “Mülkiyet Hakkının Yeni Boyutu ve Bu Hakka Getirilen Daraltımların, Sınırlamaların Anayasaya ve İnsan Haklarına Uygunluğu” Türk Medeni Kanunu’nun Yürürlüğe Girişinin 80. Yılı Münasebetiyle Düzenlenen Sempozyum, A. Lale Sirmen, Çiğdem Kırca, Vedat Buz, **AÜHF**, Ankara, 2007, s.138 .

⁵² Bu protokol, 20.03.1952 tarihinde Paris’te imzalanmış ve 18.05.1954 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye bu protokolü 20.03.1952 tarihinde imzalamış ve 10.03.1954 tarihinde onaylamıştır.

binlerce karar verilmiş ve bu yolla yadsınamayacak kadar bir içtihadi birikim sağlanmıştır⁵³. Ülkemiz hakkında verilen çok sayıda ihlal kararı da bu içtihadi mirasın bir parçasıdır. Anayasa Mahkemesi de AİHM kararlarını takip etmekte ve iç hukukumuzdaki anayasal yargı süreci bu içtihatlar çerçevesinde şekillenmektedir.

AİHM'nin kamulaştırmaz el atmadan kaynaklı mülkiyet hakkı müdahaleleriyle ilgili de içtihatları mevcuttur. Kamulaştırmaz el atmayı mülkiyet hakkının ölçüsüzce sınırlandırılması olarak gören Mahkeme, söz konusu müdahalelerin AİHS'de güvence altına alınan mülkiyet hakkını ihlal ettiğine yönelik kararlar vermiştir. AİHM konuyla ilgili önemli bir kararında⁵⁴ şu ifadeler yer vermiştir; *“Kamulaştırmada mülk sahiplerinin mülklerini kullanma ve tasarruf hakları saklı kalmakla birlikte, uygulamada bunların yapılabilmesi imkânı önemli ölçüde azaltmıştır. Aynı zamanda, kamulaştırmanın hukuka uygun olacağını peşinen kabul etmekle ve Stockholm şehrine, uygun gördüğü herhangi bir anda kamulaştırmalara başlama yetkisi vermekle mülkiyetin özü de etkilenmiştir. Böylece, başvuruçuların mülkiyet hakkı belirsiz ve geri alınabilir bir hale gelmiştir. Ayrıca inşaat yasağı getirilmiş olması da kuşkusuz, başvuruçuların mülklerini kullanma hakkını kısıtlamıştır. Dolayısıyla, başvuruçuların mülkiyet hakkına bir müdahale gerçekleşmiştir ve Komisyon'un haklı olarak vurguladığı gibi, bu müdahalenin sonuçları, kamulaştırma izinlerinin ve inşaat yasaklarının uzun süreli olarak bir arada kullanılmasıyla hiç şüphesiz daha ciddi bir özellik kazanmıştır.”*

Yine Türkiye'den yapılan bir başvuruda⁵⁵ AİHM, *“imar planında taşınmazın kamu hizmetine ayrılmasının ve bu çerçevede kamu makamlarının süre sınırlaması olmaksızın herhangi bir zamanda taşınmazı kamulaştırmaya yetkili olmalarının mülkiyet hakkının kullanımını belirsiz ve kullanılamaz hâle getireceğini”* vurgulamıştır.

⁵³ GEMALMAZ, s.3.

⁵⁴ AİHM, Sporrong ve Lönnroth-İsveç davası, 23 Eylül 1982, Seri A No. 52, s. 23-24, paragraf 60, <https://www.anayasa.gov.tr/media/3600/aihmkararlarindanornekler.pdf>, (E.T:12.12.2020).

⁵⁵ AİHM, Hakan Arı/Türkiye, B. No: 13331/07, 11/1/2011, S.35, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr /BB/2017/24715>, (E.T:12.12.2020).

III. MÜLKİYET HAKKININ SINIRLANDIRILMASI

1982 Anayasası'nın 12. maddesi, *“herkesin kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip olduğunu”* belirtmek suretiyle temel hak ve özgürlüklerin niteliğini ortaya koyduktan sonra, 13. maddesi'nde, temel hak ve hürriyetlerin sadece Anayasada ifade edilen şartlarla sınırlandırılabilceğini ve bu sınırlandırmanın ancak kanunla yapılabileceğini hüküm altına alınmıştır. Bununla birlikte, sınırlandırmaların ilgili temel hakkın özüne dokunulmaksızın ve ancak anayasanın ilgili maddelerinde yer alan özel sınırlandırma sebeplerine dayanılarak yapılması gerektiği ifade edilmiştir.

Yukarıda sözü edilen Anayasa hükmüyle temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılabilceği ifade edildikten hemen sonra bu sınırlamanın *“Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı”* düzenlemesine yer verilerek sınırlamanın da sınırları öngörülmüştür⁵⁶.

Anayasa Mahkemesi bir kararında⁵⁷ mülkiyet hakkının sınırlandırılmasını şöyle izah etmektedir; *“Mutlak bir hak niteliğinde olmayan mülkiyet hakkı, Anayasa'da yer alan temel hak ve özgürlüklerin sınırlama rejimine tabidir. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında Anayasa'nın 13. maddesindeki ölçütler göz önüne alınmak zorundadır. Bu sebeple mülkiyet hakkına getirilen sınırlandırmaların denetiminin, Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan ölçütler çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir.*

Mülkiyet hakkına getirilen sınırlandırmanın Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen öze dokunmama, Anayasa'nın ilgili maddesinde belirtilmiş olma, kanunlar tarafından öngörülme, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmama koşullarına uygun olup olmadığının belirlenmesi gerekir.”

⁵⁶ Ergun ÖZBUDUN, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, 2017 Anayasa Değişikliklerine Göre Gözden Geçirilmiş 19. Basım, 2019, Ankara, s.113.

⁵⁷AYM, Ayşe Öztürk Başvurusu, Başvuru No: 2013/6670 K.T:10.06.2015 <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/6670>, (E.T. 12.12.2020).

Temel hak ve hürriyetlerin yalnız kanunla sınırlanabilmesi demek, bu hakların diğer düzenleyici işlemler olan yönetmelik v.b ile sınırlandırılmayacağı anlamına gelmektedir⁵⁸. Burada Anayasa koyucu önemine binaen temel hakların idarenin keyfi uygulamalarıyla sınırlandırılmasını ve ihlal edilmesini önlemek amacıyla yasal dayanak aramış, kişilere bu hususta kanuni güvence vermiştir. Anayasa Mahkemesi ise müdahalenin kanuna dayalı olmasının, iç hukukta müdahaleye ilişkin yeterince ulaşılabilir ve öngörülebilir kuralların bulunmasını gerektirdiğini ifade etmektedir⁵⁹.

Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olması ifadesi, sınırlandırmaların Anayasanın lafzi hükümlerinin yanı sıra, genel kapsamı ile onu oluşturan temel anlam ve yazılış felsefesine uygun olmasıdır⁶⁰. Anayasa Mahkemesi, kararlarında⁶¹, Mülkiyet hakkının Anayasa'nın sözüne ve ruhuna uygun olarak sınırlandırılması olarak kastedilenin, Anayasa'nın bütünü dikkate alınıp mülkiyet hakkı bakımından öngörülen ek güvencelere uyulması, kamu yararına aykırı olarak bu amaçlar dışında sınırlandırılmaması ve sınırlandırmanın hakkın özüne müdahale edilmeksizin, ölçülülük ilkesine riayetle yapılması anlamına geldiğini ifade etmektedir. Mülkiyet hakkına ilişkin Anayasa Mahkemesi kararlarında söz konusu kriterler çoğunlukla bir bütün olarak uygulanmakta ve kişinin hakkıyla kamu yararı arasındaki adil dengeye vurgu yapılmaktadır.

Demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olmak demek, Özbudun'un ifadesiyle "*çağdaş ve hürriyetçi demokrasinin genel ve evrensel nitelikleri*" ne uyum ve bu niteliklerle özdeşleşmektir⁶². Anayasa Mahkemesi'ne göre bir müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olması için zorunlu toplumsal bir ihtiyacı karşılaması ve orantılı olması gerekir ve bu değerlendirme, amaç ile araç

⁵⁸ Kemal GÖZLER, "Anayasa Değişikliğinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri: Anayasanın 13'üncü Maddesinin Yeni Şekli Hakkında Bir İnceleme", **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl 59, Sayı 2001/4, s.56, www.anayasa.gen.tr/madde13.htm; (E.T: 25.11.2020).

⁵⁹AYM, Türkiye İş Bankası A.Ş Başvurusu, Başvuru No: 2014/6192, K.T:12.11.2014, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/6192?BasvuruNoYil=2014&BasvuruNoSayi=6192>, (E.T. 11.04.2021).

⁶⁰ ÖZBUDUN, s.114.

⁶¹AYM, Zekiye ŞANLI Başvurusu, Başvuru No: 2012/931, K.T:26.06.2014, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2012/931>, (E.T. 11.04.2021).

⁶² ÖZBUDUN, s.116.

arasındaki ölçülülük ilkesinden bağımsız bir şekilde düşünülemez⁶³. Yine zorunlu toplumsal bir ihtiyaçtan bahsedilebilmesi için müdahalenin amaca ulaşmaya elverişli olması, başvurulacak en son çare ve alınabilecek en hafif önlem olması gerekir. Orantılılık ise amaç ile tedbir arasında dengesizlik olmamasını ifade eder⁶⁴.

Laiklik, dini kural ve düşüncelerin kendi alanına çekilmesi anlamına gelmekte ve laik cumhuriyet, din ve devlet işlerinin birbirinden ayrı tutulmasını gerektirmektedir⁶⁵. Bir sınırlandırmanın sınırı ilkesi olarak 1961 Anayasası ya da AİHS’de yer almayan laik Cumhuriyetin gereklerine uygun olma ifadesi, 1982 Anayasası’nın, laiklik ilkesini bir merkezi değer olarak belirlediğini ortaya koymaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi laiklikle bağdaşmayan özgürlüğün savunulamayacağını belirtmektedir⁶⁶. Ancak laikliğin tanımı olan din ve devlet işlerinin ayrılmasıyla temel hak ve hürriyetlerini sınırlandırılmasının nasıl bir ilgisi bulunduğu, bir başka deyişle laikliğin gereklerinin, temel hakların ne şekilde sınırlandırılmasının sınırını teşkil edeceğinin anlaşılamadığına yönelik doktrinde eleştiriler mevcuttur. Gözler, laiklikle temel hak ve hürriyetlere saygının birbirinden tamamen farklı kavramlar olduğunu, 13. Maddeye eklenen “*laik cumhuriyetin gerekleri*” ifadesinin gereksiz bir kavram kargaşasına sebebiyet vermekten öteye gitmediğini ifade etmektedir⁶⁷.

Ölçülülük ise, hakkın sınırlandırılması kapsamında kullanılan araç ile sınırlamanın neticeleri arasındaki ilişkiyi belirten bir kavramdır⁶⁸. Bir başka ifadeyle ölçülülük, ulaşılmak istenen amaç ile bu yolda kullanılan araç arasındaki makul dengedir. Anayasa Mahkemesi hukuki el atma konusunda verdiği bir kararında⁶⁹, “*uygulama imar planının onaylanmasından itibaren yaklaşık on dört yıl geçmesine rağmen imar planında yol olarak kamu hizmetine ayrılan taşınmazın*

⁶³AYM, Ferhat ÜSTÜNDAĞ Başvurusu, Başvuru No: 2014/15428, K.T:17.07.2018, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/15428>, (E.T. 11.04.2021).

⁶⁴AYM, Eyyup GÜL Başvurusu, Başvuru No: 2018/10186, K.T:25.02.2021, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2018/10186>, (E.T. 11.04.2021).

⁶⁵ BALTA, s.75.

⁶⁶ Zühtü ARSLAN, “Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasanın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, C.18, S.1, 2002, s.152.

⁶⁷ GÖZLER, Ankara Barosu Dergisi, s.61,62.

⁶⁸ ŞİMŞEK, s.214.

⁶⁹AYM, Hüseyin ÜNAL Başvurusu, Başvuru No: 2017/24715, K.T:20.09.2018 <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2017/2471N5>, (E.T. 12.12.2020).

kamulaştırılmamasının başvuruca şahsi olarak aşırı bir külfet yüklediğini, bu durumda başvurucaınun mülkiyet hakkının korunması ile kamunun yararı arasında olması gereken adil dengenin başvuruca aleyhine bozulduğu ve müdahalenin ölçülü olmadığı”nı belirterek mülkiyet hakkına müdahalede ölçülülük ilkesinin önemini vurgulamıştır.

Mülkiyet hakkının sınırlandırılmasının özel sebebi olarak Anayasa’nın 35. maddesinde kamu yararı kavramı belirtilmiştir. Buna göre kişilerin mülkiyet hakkına kamu yararının elverdiği ölçüde müdahale edilebilecektir. Burada özellikle idarelerin kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla yaptıkları imar planları ve bu kapsamda gerçekleştirilen kamulaştırma uygulamaları gündeme gelmektedir. Şüphesiz bir yerleşim alanının planlanması amacıyla yapılan imar planları, parselasyon işlemleri ve bunun doğal sonucu olarak ortaya çıkan kamulaştırma faaliyetleri, kamu yararını sağlamak amacıyla yapılmaktadır ve tüm bu idari faaliyetlerin Kamulaştırma Kanunu, İmar Kanunu gibi yasal dayanakları mevcuttur.

AİHM tarafından mal ve mülkten yoksun bırakma bağlamında değerlendirilen⁷⁰ kamulaştırmatsız el atma uygulamasının ise kanuni dayanağı bulunmadığı gibi bu uygulama Anayasanın sözü ve ruhuna da uygun değildir⁷¹. Zira Anayasanın lafzı açıkça mülkiyet hakkına müdahaleyi yasaklarken, bu tip uygulamalar Anayasanın inşa edildiği yazılış felsefesi ve ilkelerinden çıkan temel manaya, bir başka deyişle özüne uygun düşmemektedir. Yine bu noktada mülkiyet hakkının zaman zaman tamamına yapılan ve hakkı tamamen ortadan kaldıran müdahaleler bakımından ölçülülük ilkesine de uygun davranıldığını söylemek çok zordur. Görüldüğü gibi idarelerin kamulaştırmatsız el atma uygulamaları Anayasada düzenlenen mülkiyet hakkının sınırlandırılması için belirlenen genel ilkelere son derece ters düşmektedir.

⁷⁰ ŞİMŞEK, s.324.

⁷¹ ÖZDEMİR, s.39.

2.BÖLÜM

KAMULAŞTIRMASIZ EL ATMA

Bu bölümde kamulaştırmaz el atma kurumu incelenmektedir. Burada idarenin mal edinme yöntemlerinin başlıcası olan kamulaştırma kavramından ve unsurlarından bahsedilmekte, müteakiben kamulaştırmaz el atma kavramı ile kamulaştırmaz el atmanın yasal ve yargısal tarihi süreci ele alınmaktadır.

I. GENEL OLARAK

İdare, kamusal faaliyetler gerçekleştirmek adına menkul ve gayrimenkul mallara ihtiyaç duyar. Bu ihtiyaçlarını karşılamak için idarenin çeşitli mal edinme yöntemleri mevcuttur. Özel hukuk yöntemine göre idarenin bir malı edinebilmesi ancak mülk sahibini ikna etmesine bağlıdır. Ancak kamu hukukuna göre mal iktisabında, şahısların rızası bulunmasa bile idarenin kamu gücü otoritesine dayanarak bu malları edinmesi mümkündür. Kamulaştırma ise idarenin kamu hukuku usulleri kapsamında sahip olduğu bir mal edinme usulüdür⁷².

Kamulaştırma, idarelerin taşınmaz mal edinme yöntemi iken, istimval ise taşınır mallara sahibinin rızası dışında kamu gücüyle el konulması işlemidir. Kamulaştırma olağan zamanlarda başvurulmuş bir mal edinme yöntemi olup istimval istisnai ve olağanüstü hallerde söz konusu olabilmektedir. Yine idarelerin bir bayındırlık işi sebebiyle ve kalıcı olmadan taşınmazları depo vb. olarak kullanmak için geçici işgal yetkisi mevcuttur⁷³. Tüm bu sayılanlar idarenin kamu gücünü kullanarak özel hukuk kişilerinin taşınır ve taşınmaz mallarına cebren el koymak suretiyle mal edinmesi usulleridir.

⁷² GÖZLER, C.II, s.921-923.

⁷³ Metin GÜNDAĞ, **İdare Hukuku**, 11. Baskı, İmaj Yayınevi, 2017, Ankara, s.249.

II.KAMULAŞTIRMA

Kamulaştırma⁷⁴, mal sahibinin isteğinin bir önemi olmaksızın taşınmazının bir kısmı veya tamamının kamu malları arasına katılmasını sağlayan bir yoldur⁷⁵. Anayasanın 46. Maddesi'nde;

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

Ayrıca kamu yararının gerektirdiği hallerde gerçek ve özel hukuk tüzelkişilerinin mülkiyetinde bulunan taşınmaz malların ne şekilde kamulaştırılacağı ve bunda hangi usullerin uygulanacağı 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu⁷⁶, nun ilgili maddelerinde düzenlenmiştir.

Buna göre devlet ya da kamu tüzel kişileri, özel mülkiyetteki taşınmaz bir malın tamamına ya da bir bölümüne, kamu yararının söz konusu olması kaydıyla, karşılığını peşin ödeyerek ve kanunda belirtilen esaslar dairesinde zorla el koyabilmektedir⁷⁷. Bu her ne kadar mülkiyet hakkına müdahalede bulunmak anlamına gelmekteyse de, kamulaştırmanın Anayasal ve yasal dayanağının mevcut olduğu ve kamu yararı gözetildiğinde gerçekleştirilmesi kaçınılmaz olan durumlarda kamu hizmetinin tesisi bakımından faydalı bir yöntem olduğu açıktır. Kaldı ki Anayasa'nın 35. maddesine göre mülkiyet hakkı sınırsız bir hak değildir.

Kamulaştırmada esas olan kamu yararı olmakla birlikte, bazı durumlarda kamu hizmetinin yürütülebilmesi adına bireysel ve kamusal yarardan birinin seçilmesi ve kamusal yarar için bireysel yararın feda edilmesi gerekebilmektedir. Ancak burada

⁷⁴ TDK'da kamulaştırmak Devlet veya kamu tüzel kişilerce, kamu yararı gerektiğinde kişinin hukukunu da koruyarak karşılığını peşin ödemek koşuluyla taşınmazların sahiplerinden izin alınmaksızın yasal yollarla tamamını veya bir kısmını almak, devletleştirmek, istimlak etmek, özelleştirmek karşılığı olarak tanımlanmıştır. Kamulaştırma kelime anlamı olarak mülkiyetten çıkarma anlamına gelip yakın zamana kadar yerine eski Türkçe ifadeyle istimlak kelimesi kullanılmıştır. Mülk alma manasına gelen istimlak kelimesine kamulaştırmanın düzenlendiği 1961 Anayasası'nda yer verilmeyerek, öztürkçe ifadesi yerleşik kullanım haline gelmiştir. Bkn. GÖZLER, İdare Hukuku, C.II, 2009, s.934.

⁷⁵ Turgut TAN, **İdare Hukuku**, Turhan Kitabevi, 8. Bası, 2019, Ankara, s.625.

⁷⁶ 8/11/1983 tarih ve 18215 sayılı R.G'de yayımlanmıştır.

⁷⁷ GÜNDAY, s.250.

bireysel yararın feda edilmesinin şahısların özel mülkiyetine ölçüsüzce müdahale edilip mağdur edilmeleri şeklinde algılanmaması gerekir. Zira kamulaştırma yapılırken Anayasa ve yasalardaki esasların idareler tarafından itina ile yerine getirilmesi zorunludur⁷⁸.

Anayasa Mahkemesi bir kararında kamulaştırmaya yönelik esasları şöyle ifade etmiştir:

“Anayasa'nın 46. maddesinde öngörülen ve temel öğesinin "kamu yararı" olduğu kabul edilen kamulaştırma, bir taşınmaz üzerindeki özel mülkiyet hakkının, malikin rızası olmaksızın, kamu yararı için ve karşılığı ödenmek koşuluyla devlet tarafından sona erdirilmesidir. Kamu yararı bulunması, kamulaştırma kararının yasada gösterilen esas ve usullerine uyulması, gerçek karşılığın peşin ve nakden ödenmesi kamulaştırmanın anayasal öğeleridir.

Bir taşınmazın hiçbir karşılık ödenmeden idareye geçmesi, mülkiyet hakkının sınırlandırılmasını aşan, hakkın özünü zedeleyen bir durumdur.

AIHM, kamulaştırma yapılmaksızın taşınmaza el atılması yoluyla yapılan müdahalenin, başvuru sahiplerinin mülkiyete saygı haklarını ihlal ettiği kanaatinde dir.”

Tüm bu açıklamalar ışığında kamulaştırmanın mülkiyet hakkının özüne dokunmakla birlikte Kamulaştırma Kanunu'na dayanması, kamu yararı için gerçekleştirilmesi ve gerçek karşılığının ödenmesi gibi unsurlar sağlandığında hukuka uygun olduğu bir uygulamadır⁷⁹. Ancak aynı durum kamulaştırmamız el atma için söz konusu değildir. Zira aşağıda ayrıntılarına yer verildiği üzere, bu uygulama anayasal kriterlere uymayan, malikin mülkiyet hakkına ölçsüz ve orantısızca müdahale eden bir uygulamadır.

⁷⁸ Sadullah ÖZEL, **Mülkiyet Kamulaştırma ve Gerçek Karşılık Hakkı**, Yetkin Yayınları, 2013, Ankara, s.115.

⁷⁹ Esmâ ALTUNIŞIK, “Hukuki El Atma”, Pamukkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Denizli, 2019, s.13.

A.KAMULAŞTIRMA İŞLEMİNİN UNSURLARI

Her idari işlem gibi kamulaştırmanın da yetki, şekil, sebep, konu ve amaç yönlerinden hukuka uygun olması gerekir. Bunlardan herhangi birinin sakatlığı kamulaştırma işlemini hukuka aykırı kılar. Bu anlamda hukuki el atma konusunu yakından ilgilendirdiğinden, kamulaştırmanın unsurlarını incelemek gerekmektedir.

1.YETKİ UNSURU

Anayasanın 46. maddesinde devlet ve kamu tüzel kişilerinin kamulaştırma yapabileceği ifade edilmiştir. Buradan kamu tüzel kişiliği bulunmayan idarelerin ve özel hukuk gerçek ve tüzel kişilerinin kamulaştırma yapamayacağı sonucu çıkmaktadır. Buna göre devletin ve yerel yönetimler olan il özel idaresi, belediye ve köylerin yanı sıra, tüzel kişiliği bulunan KİT'ler, üniversiteler, TÜBİTAK, İSKİ v.s. gibi kamu kurumlarının da kamulaştırma yapmaya yetkili oldukları söylenebilir. Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının ise kamulaştırma yapmasına yasal bir engel bulunmamakla birlikte Danıştay içtihatları bunun aksi yöndedir. Buna yönelik Danıştay kararları ancak kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının mallarının özel mal niteliğinde olduğu ve bu kurumların özel hukuka tabi olduğu düşüncesiyle desteklenebilir.⁸⁰

Kuşkusuz kamulaştırma yapacak kamu idareleri yalnızca görev alanına giren kamusal hizmetlerin ve teşebbüslerin yerine getirilmesine yönelik ve yetkili oldukları yerlerle sınırlı olarak kamulaştırma yapabilir⁸¹. Aksi durum idari işlemi yer ve konu bakımından yetki unsuru itibarıyla sakatlar. Bunun yanı sıra Kamulaştırma Kanunu'nda sayılan makam ve merciler dışındakilerin kamu yararı kararı almaya ve kamulaştırma yapmaya yetkileri bulunmamaktadır. Son olarak Kamulaştırma Kanunu uyarınca özel kişilerin kamulaştırma yapamayacağını, ancak özel kişiler lehine kamulaştırma yapılabileceğini söylememiz gerekir⁸².

⁸⁰ GÖZLER, C.II, s.940, 941. Bkz. Danıştay 6. Dairesi'nin 13.04.1982 Tarih ve E.1980/3168 K.1982/914 sayılı kararı, akt. GÖZLER, C.II, s.941.

⁸¹ GÜNDAY, s.252.

⁸² GÖZLER, C.II, s.943,944.

2. SEBEP VE AMAÇ UNSURU

Kamulaştırma kararlarının asıl sebebi; kamu hizmetlerinin yürütülmesi için gerekli taşınmazlara ihtiyaç duyulması iken, kamu hizmetinin temelinde yatan sebep ise idareyi işlem yapmaya yönelten kamu yararı kavramıdır⁸³. Her idari işlemin olduğu gibi kamulaştırma işlemlerinin de amacı kamu yararını tesis etmektir. Kamulaştırma uygulamalarında kamu yararı kavramı günümüzde son derece geniş yorumlanmaktadır. Eskiden sadece bayındırlık hizmetleri için kamu yararından bahsedilirken bugün turizm, spor ve sosyal sebeplerle de kamulaştırmalar gündeme gelebilmektedir⁸⁴.

Kamulaştırma Kanunu kamulaştırma işleminin aşamalarından bahsederken kamu yararı kararı alınması gibi özel bir kriter belirlemiştir. Her idari işlem, doğası gereği kamu yararı için tesis ediliyor olmakla birlikte, kamulaştırma işlemi için kanun koyucunun, işlemin maksat unsurunun sağlanmasını özel olarak belirlediği görülmektedir. Ancak burada onaylanmış imar planlarına göre yapılacak kamulaştırma işlemlerinde ayrıca kamu yararı kararı alınmayacağı belirtilmelidir. Zira Kamulaştırma Kanunu'nun 6. maddesinin son fıkrası⁸⁵ bunu açık bir şekilde düzenlemiştir⁸⁶. Bu hükümden anlaşılan, bir yerleşim alanının imar planlarıyla planlandıktan sonra burada kamusal alanda kalan özel mülke tabi taşınmazların kamulaştırılması için doğrudan imar planlarının kesinleşmiş olması kamu yararı sebebi olarak görülmüştür. Nitekim kamulaştırma işlemlerinin iptali istemiyle idare mahkemelerinde açılan davalarda, dava konusu taşınmazın bulunduğu alanda kesinleşmiş bir imar planı söz konusuysa, işlemin diğer unsurlarıyla ilgili şekli ve sınırlı bir inceleme yapıldıktan sonra ayrıca işlemin amaç unsuru olan kamu yararı kavramını değerlendirmeksizin davanın reddine karar verilmektedir⁸⁷.

⁸³ İl Han ÖZAY, *Günışığında Yönetim*, Filiz Kitabevi, 2017, İstanbul, s.608.

⁸⁴ GÜNDAY, s.254, 255.

⁸⁵ “Onaylı imar planına veya ilgili bakanlıklarca onaylı özel plan ve projesine göre yapılacak hizmetler için ayrıca kamu yararı kararı alınmasına ve onaylanmasına gerek yoktur. Bu durumlarda yetkili icra organınca kamulaştırma işlemine başlanıldığını gösteren bir karar alınır.” (E.T.01.01.2020).

⁸⁶ İbrahim ŞAHBAZ, “İmar Planlarında Kamu Yararı Denetimi”, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.17, S.2, 2018, s.48.

⁸⁷ “Uyuşmazlıkta, dava dosyasındaki bilgi ve belgelerle yukarıdaki mevzuat hükümlerinin birlikte değerlendirilmesi neticesinde, davacıya ait Konya İli, Meram İlçesi, Gazanfer Mahallesinde bulunan ve tapuda (eski) 3963 ada, 7 parsel numarasıyla kayıtlı bulunan taşınmazın bulunduğu alanda yapılan

Burada tartışılan konulardan biri olan kamulaştırma işleminin amaç unsuru bakımından yargısal denetimine değinmekte fayda vardır. Kuşkusuz kamu yararına karar verme ve hangi kararın kamu yararına daha uygun olacağını belirleme yetkisi esas itibariyle idarelere aittir. Gözler'in de savunduğu fikre göre, mahkemeler idarenin kamu yararının belirlenmesine ilişkin takdirini denetleyemezler. Kişisel saiklerle, siyasi amaçlarla vb. nedenlerle hareket edildiği apaçık ortada değilse idarenin takdir hakkına müdahale edilemez. Söz gelimi, idare bir alt geçit yapımına karar vermiş ve bu amaçla alt geçit yapılacak alanda kalan arsaları kamulaştırma kararı almış ise, bu işlemde mahkeme kamu yararı bulunmadığını ileri süremez⁸⁸. Öte yandan idarenin hukuka aykırı işlemlerini amaç unsuru yönünden de inceleyerek takdir hakkının keyfi ve sınırsız değil, kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun olarak kullanılıp kullanılmadığını denetlemek idari yargının varlık sebebidir.

İşlemin amaç unsurunun hukuki denetimi yapılırken yerindelik ve hukukilik arasındaki hassas dengeyi doğru ayarlamak gerekmekte ve idarenin yerine geçilerek idari eylem ve işlem niteliğinde kararlar verilmemelidir. Ne var ki bu hassas ayarı tesis etmek bazen son derece zordur.

3.KONU UNSURU

Yalnızca özel mülkiyetteki taşınmaz mallar kamulaştırılabilmektedir. Bir başka ifadeyle taşınır mallar ve kamunun idaresindeki mallar kamulaştırmaya konu olamaz⁸⁹. Zira kamunun mülkiyetindeki mallar özel mülkiyet değil kamu mülkiyeti mahiyetindedir⁹⁰. Taşınır mallar ise olağan dönemde satın alma yöntemi, olağanüstü dönemlerde ise istimval yoluyla iktisap edilebilir. Bir kamu idaresinin bir başka kamu tüzel kişinin elindeki taşınmaz mala ihtiyaç duyması halinde uygulanacak usul ise

1/1000 ölçekli uygulama imar planı değişikliği ile davacının taşınmazının imar yoluna isabet ettiği, buna karşı herhangi bir dava açılmadığı ve planların kesinleştiği, buna göre davacının taşınmazının imar yoluna isabet ettiği ve söz konusu taşınmazla ilgili 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 5 ve 6. Maddeleri gereği hukuka uygun olarak alınan dava konusu kamulaştırma kararında hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna varılmıştır.” Konya 1. İdare Mahkemesi E.2020/294, K.2020/726, , K.T.08.09.2020, E.T.01.01.2021, <https://portal.uyap.gov.tr/uyap-uygulamaları>.

⁸⁸ GÖZLER, C.II, s.962.

⁸⁹ TAN, s.626.

⁹⁰ GÖZLER, C.II, s.948.

Kamulaştırma Kanunu'nun 30. maddesi'nde⁹¹ belirlenmiştir⁹². Bu durumda kamulaştırmanın konusu, özel hukuk kişilerinin mülkiyetindeki taşınmazların bir kısmı veya tamamıdır.

4. ŞEKİL UNSURU

Kamulaştırma, önemli bir hak olan özel mülkiyetin sona erdirilmesine dayandığından, esasları ve aşamaları diğer idari işlemlere nazaran son derece farklı ve ayrıntılı usul kurallarına bağlanmıştır⁹³. Kamulaştırma işleminin kanunda belirlenen aşamaları sırasıyla şöyledir; Önce kamulaştırma bedeli için yeterli ödenek temin edilmelidir, sonra kamu yararı kararının alınması gerekir ve kamulaştırılacak taşınmaz belirlendikten sonra kamulaştırma kararı alınır. Tüm bu idari aşamalar tamamlandıktan sonra taşınmaz sahibiyle anlaşmak suretiyle satın alma yolu denir ve bundan bir sonuç alınamazsa Asliye Hukuk Mahkemesi'nde bedel tespit davası açılarak tapu siciline şerh verilmesi istenir⁹⁴. Görüldüğü üzere kamulaştırma işlemi idari aşamalar ve yargısal aşamalardan geçtikten sonra tamamlanır. Satın alma usulü denendikten sonra Asliye Hukuk Mahkemesi'nde açılan bedel tespit davasında, taraflara duruşma gününün bildirildiği meşruhatlı davetiyenin tebliğinden itibaren otuz gün içinde Kamulaştırma işleminin iptali istemiyle idari yargıda dava açılabilir⁹⁵.

⁹¹ "Kamu tüzelkişilerinin ve kurumlarının sahip oldukları taşınmaz mal, kaynak veya irtifak hakları diğer bir kamu tüzelkişisi veya kurumu tarafından kamulaştırılamaz. Taşınmaz mala; kaynak veya irtifak hakkına ihtiyacı olan idare, 8 inci madde uyarınca bedeli tespit eder. Bu bedel esas alınarak ödeyeceği bedeli de belirterek mal sahibi idareye yazılı olarak başvurur. Mal sahibi idare devire muvafakat etmez veya altmış gün içinde cevap vermez ise anlaşmazlık, alıcı idarenin başvurusu üzerine Danıştay ilgili idari dairesince incelenerek iki ay içinde kesin karara bağlanır. Taraflar bedelde anlaşamadıkları takdirde; alıcı idare, devirde anlaşma tarihinden veya Danıştay kararının tebliği tarihinden itibaren otuz gün içinde, 10 uncu maddede yazılı usule göre mahkemeye başvurarak, kamulaştırma bedelinin tespitini ister. Bu durumda yapılacak yargılamada mahkemece, 29/6/1938 tarihli ve 3533 sayılı Kanun hükümleri uygulanmaz..."

⁹² GÜNDAY, s.255,256.

⁹³ GÜNDAY, s.257.

⁹⁴ GÜNDAY, s.257-260, TAN, s.628-631, ÖZAY, s.623-630, GÖZLER, C.II, s.963-969.

⁹⁵ GÖZLER, C.II, s.974.

III. KAMULAŞTIRMASIZ EL ATMA KAVRAMI

Kamulaştırmatsız el atmayı Onar, “*Dolayısıyla İstimlak*” olarak nitelendirmiş ve şöyle tanımlamıştır; idarelerin bir şahsa ait taşınmazı isteyerek ya da istemsizce istimlak usulü ve şartlarına uymaksızın ve bir bedel ödemeksizin fiilen işgal etmek suretiyle bir kamu hizmetine özgülemesi ve üzerinde bazı bayındırlık eserleri oluşturmasıdır⁹⁶. Gözler’e göre kamulaştırmatsız el atma; bir kamu idaresinin özel mülkiyete tabi bir taşınmaza, kamulaştırma kararı almaksızın fiilen işgal etmek suretiyle el atmasıdır.⁹⁷ Tan’a göre kamulaştırmatsız el atma; kimi durumlarda idarece kamulaştırma işlemi tesis etmeden, ya da kanuni dayanağı olmaksızın özel mülkiyetteki bir taşınmaza el atılmasıdır⁹⁸. Özay’a göre; belirli bir bedel ödemeksizin özel mülkiyetteki malın bir bölümü ya da tamamının işgal edilmesi suretiyle bu taşınmaza el koyulmasıdır⁹⁹. Günday’a göre; idarenin idari usullere uyararak aldığı bir kamulaştırma kararı bulunmamasına rağmen, özel mülkiyete konu gayrimenkullere el atmasıdır¹⁰⁰. Yalçınduran ise kamulaştırmatsız el atma için “*el koyma*” ifadesini kullanmış ve özel mülkiyetteki taşınmaz mallara, mülk sahiplerinin mülkiyet hakkını ihlal edecek şekilde kanuni dayanağı bulunmaksızın müdahalede bulunulması olarak tanımlamıştır¹⁰¹.

Öğretideki tüm bu tanımlamalardan da yola çıkılarak kamulaştırmatsız el atmayı; şahısların özel mülkiyetindeki gayrimenkul mallarına, rızaları bulunmaksızın ve mülkiyet haklarını kısıtlayacak şekilde, kamulaştırma işlemi yapmadan fiilen ya da hukuken el konulması olarak tanımlamak mümkündür. Bu tanımlama, fiili el atma yanında hukuki el atmayı da kapsamaktadır. Ancak buradaki “hukukî” ifadesinin, yapılan uygulamanın hukuka uygun olduğu anlamına gelmediği vurgulanmalıdır.

⁹⁶ “Dolayısıyla istimlak denilince imar kanunu gibi kanunlara dayanılarak yapılan plânlar dolayısıyla bazı yerlerin kamu alanında kalması ya da kamu menfaati için idareye terk edilmiş olması sebebiyle meydana gelen kamulaştırma tasarrufları olarak âmme emlakî mahiyeti iktisap etmesi veya âmme menfaati için idareye terk edilmiş olması dolayısıyla netice itibarıyla meydana çıkan istimlak tasarrufları anlaşılabilir. Fakat idare hukukunda dolayısıyla istimlak ifade ettiği dar bir mâna da vardır; hattâ bu mânada istimlake fiilî istimlak dahi denilebilir”, Sıddık Sami ONAR, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, İsmail Akgün Matbaası Hak Kitabevi, 3. Bası, 1966, İstanbul, s.1557, 1558.

⁹⁷ GÖZLER, C.II, s.990.

⁹⁸ TAN, s.636.

⁹⁹ ÖZAY, s.637.

¹⁰⁰ GÜNDAY, s.276.

¹⁰¹ Türker YALÇINDURAN, **Kamulaştırmatsız El Koyma**, Yetkin Yayınları, 2015, Ankara, s.23.

Kamu yararı amacıyla başlamış olsa da hukuki el atma, mülkiyet hakkını ihlal eden bir uygulamadır. Anayasa Mahkemesi kamulaştırmaz el atma kavramını bir kararında¹⁰² şu şekilde tanımlamıştır: *“Kamulaştırma yapmaya yetkili olan Devlet, kamu tüzel kişileri, kamu kurumları veya kamu yararı bulunması halinde yararlarına kamulaştırma yapılabilecek gerçek ve özel hukuk kişileri tarafından, Anayasa’nın 46. maddesi ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu’na aykırı şekilde, özel mülkiyete konu taşınmazlara kısmen veya tamamen, fiilen veya hukuken bedelsiz olarak el koyma işlemine “kamulaştırmaz el atma” denmektedir.”* Bu kararında Anayasa Mahkemesi’nin kamulaştırmaz el atmayı fiilen ve hukuken diye nitelendirmek suretiyle en geniş haliyle tanımladığı görülmektedir.

Kamulaştırmaz el atma kavramı, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu’nun 16.05.1956 tarih ve E.1956/1 K.1956/6 sayılı kararıyla kurumsallaşmıştır. Burada Yüksek Mahkeme, kamulaştırmaz el atmayı sadece fiili el atma olarak ele almış ve mülkiyet hakkının ihlaline yol açan bu uygulamanın hukuka uygunluğunun sağlanmasına yönelik bir takım hukuki çözümler ortaya koymuştur. Sonraki kararlarında ise Yargıtay kamulaştırmaz el atmayı; *“9 Ekim 1956 gününden sonra kamulaştırma işlemi yapılmaksızın ve bir kanun hükmüne dayanılmadan idarenin taşınmaz mal üzerinde fiilen tasarrufa başlaması ve asıl mal sahibinin kullanma hakkına engel olması veya bu hakkı ortadan kaldırmış bulunması”* şeklinde tanımlamıştır¹⁰³. Yargıtay’ın hukuki el atmaya yönelik tanımı ise AİHM’nin tanımıyla benzeşmektedir¹⁰⁴. AİHM’nin Sporrong ve Lönnroth kararına göre hukuki el atma *“belediyelerce yapılan imar planlarının fiilen hayata geçirilmemesi ve yıllarca suskun kalınması sonucu mülkiyet hakkının süresi belirli olmayan bir sınırlamaya tabi kılınması ile kamu yararı ve mülkiyet hakkı arasındaki dengenin bozularak bu yolla mülkiyet hakkının özüne dokunulmasıdır”*¹⁰⁵.

¹⁰²AYM, Celalettin AŞÇIOĞLU Başvurusu, Başvuru No: 2013/1436 K.T:06.03.2014 <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/1436>, (E.T. 17.12.2020).

¹⁰³ Egemen KARACA, “Kamulaştırmaz El Koymanın Unsurları ve Kamulaştırmaz El Koymaya Karşı Yargısal Başvuru Yolları”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Yıl 2018, S. 137, s.275.

¹⁰⁴ ÖZDEMİR, s.43.

¹⁰⁵ AİHM, Sporrong ve Lönnroth-İsveç davası, 23 Eylül 1982, Seri A No. 52, s. 23-24, paragraf 60, <https://www.anayasa.gov.tr/media/3600/aihmkararlarindanornekler.pdf>, (E.T:17.12.2020).

Yargıtay kararlarında uzun yıllar fiili yol olarak kabul edilen kamulaştırmaksız el atma¹⁰⁶, borçlar hukuku kapsamında borç doğuran hallerden biri olarak görülmektedir. Onar'a göre fiili yol "*idarenin icraya taalluk eden maddi faaliyet ve hareketleri sırasında ağır bir surette usulsüz hareketleriyle, ... usul dışı sayılacak maddi fiil ve hareketleriyle ferdin mülkiyet hakkına veya amme hürriyetine tecavüz*"¹⁰⁷ üdür.

A. KAMULAŞTIRMASIZ EL ATMANIN AMACI

Kamulaştırmaksızın el atmanın amacı, idare tarafından özel mülkiyete tabi bir taşınmaza kamulaştırılmaksızın el koyulmak istenmesidir. İdareler bunu fiili ve hukuki olarak yapabilmektedirler. Nitekim bu husus 5999 Sayılı Kanun'un çıkarılması kapsamında mecliste yapılan görüşmeler sırasında kamulaştırmaksız el atmanın "bedelsiz el atma" şeklinde nitelendirilmesiyle de dikkat çekmektedir. Meclisteki bu görüşmeler esnasında bu uygulamanın hukuksuzluğu vurgulanmıştır¹⁰⁸.

Devlet işlemlerini tesis ederken ve eylemlerini gerçekleştirirken hukuk düzeni sınırları içerisinde kalmak ve her şekilde kamu yararını gözetmek durumundadır. Bunun aksi, bir hukuk devleti düzeninde mümkün değildir. İdarenin fiilen özel mülkiyetteki bir taşınmaza hukuka aykırı saikler gözeterek müdahalede bulunması bir hukuk devletinde kabul edilemez ve bu noktada aslında kamulaştırmaksız el atmanın amacından da bahsedilemez. Zira idarenin mülkiyet hakkına zarar vermek gibi bir niyeti olmamalı ve son tahlilde idarenin kamulaştırmaksız el atması, sanki hukuki bir amacı olabilirmiş gibi tartışılarak buna meşru zemin sağlanmamalıdır. Dolayısıyla burada idare, hukuk düzeninin korumadığı bir haksız fiilde bulunmuş olmakla tıpkı özel kişiler gibi bunun sorumluluğuna katlanmak zorundadır.

Yukarıda da belirtilen, kamulaştırmaksızın fiili el atmanın amacının tartışılması dahi bir hukuk devletinde mantıklı değilken, bazı el atmalarda idarenin hukuka uygun hareket ettiği söylenebilir. Doktrinde, arsa arazi düzenlemesi (parselasyon) uygulaması kapsamında kesilen düzenleme ortaklık payı, hukuka uygun

¹⁰⁶ Ufuk ÜNLÜ, "Kamulaştırmaksız El Koyma Sebebiyle Tazmine Yönelik Yasal Düzenlemenin Getirdikleri", **Terazi Hukuk Dergisi**, C.7, S.68, 2012 s.61.

¹⁰⁷ ONAR, s.1668.

¹⁰⁸ YALÇINDURAN, s.26.

kamulaştırmatsız el atma olarak nitelendirilmektedir¹⁰⁹. Zira burada idareler imar uygulamasıyla değerindeki artış karşılığında şahısların arsalarının bir kısmını kamulaştırmaksızın ve bedelsiz olarak devralmaktadırlar. Ancak belirtildiği üzere burada, kadastral parseller, üzerinde yapılaşmaya uygun imar parsellerine dönüştürüldüğünden, bunlara değerlerindeki artışın karşılığı olarak el konulmaktadır.

Hukuki el atmalarda ise idare imar planları yapmak için kamu yararı amacıyla harekete geçmekte, ancak özel mülk sahiplerinin kamusal alanda kalan taşınmazlarını çok uzun süre kamulaştırmayarak ve parselasyon uygulaması da yapmayarak mülkiyet haklarını ihlal etmektedir. Burada idarenin başlangıçtaki amacı hukuka uygun olsa da sonucu itibariyle hukuka aykırı bir hal almaktadır.

B. KAMULAŞTIRMASIZ EL ATMANIN TÜRK HUKUKUNDAKİ YASAL VE YARGISAL TARİHİ GELİŞİMİ

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu'nun kamulaştırmatsız el atma kavramını ilk defa ele aldığı kararına¹¹⁰ göre; kamulaştırmatsız el atma, salt fiili yoldan kaynaklı bir haksız fiil olarak değerlendirilerek haksızlığın giderilmesi için malikin ister el atmanın önlenmesi, isterse bedel davası açabileceği, malike dava tarihindeki değer üzerinden tazminat ödeneceği şeklinde çözümler geliştirilmiştir¹¹¹. Bu karara göre mülkiyet malikten idareye geçmediğinden, istihkak davası açılmasına gerek yoktur ancak malik idare aleyhine meni müdahale davası açabilecektir. Özellikle üzerine bayındırlık eserlerinin inşa edildiği taşınmazlarda müdahalenin önlenmesinde bazı sıkıntılar çıkma ihtimaline binaen ise malik mülkiyetin idareye devrine mukabil taşınmazın bedelini isteyebilecektir¹¹². Yargıtay'ın bu kararı, kamulaştırmatsız el atmaya uygulanacak ilkeleri, bundan sonraki kanuni düzenleme ve yargısal içtihatlardan çok

¹⁰⁹ GÜNDAY, s.276. TAN, s.636, Ali ULUSOY, **Yeni Türk İdare Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s.633vd.

¹¹⁰ "Netice; Usulü dairesinde istimlak muamelesine tevessül edilmeksizin gayrimenkulü yola kalbedilen şahsın, esas itibariyle, gayrimenkulünü yola kalbeden amme hükmi şahsiyeti aleyhine meni müdahale davası açmaya hakkı olduğuna, ancak dilerse bu fiili duruma razı olarak, mülkiyet hakkının amme hükmi şahsiyetine devrine karşılık gayrimenkulün bedelinin tahsilini de dava edebileceğine ve isteyebileceği bedelin de mülkiyet hakkının devrine razı olduğu tarih olan dava tarihindeki bedel olduğuna 16.5.1956 tarihinde ilk toplantıda ittifakla karar verildi.", YİBK 16.05.1956 tarih ve E.1956/1 K.1956/6-7 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 17.12.2020).

¹¹¹ GÖZLER, C.II, s.991.

¹¹² YAVUZ, s.79.

ileri bir anlayışla mülkiyet hakkına yapılan müdahaleler kapsamında ortaya koymuştur¹¹³.

Yargıtay'ın yukarıda bahsedilen içtihadından sonra 09.10.1956 tarihinde yürürlüğe giren 6830 Sayılı İstimlak Kanunu'na bakıldığında, burada salt kamulaştırma ile ilgili hükümler düzenlendiğini ve kamulaştırmaz el atma uygulamasına değinilmediği görülmektedir.

1961'de yürürlüğe konulan 221 Sayılı Kanun'un 1. maddesi uyarınca ise, 6830 Sayılı İstimlak Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarihe kadar kamulaştırılmayan, ancak idare tarafından fiilen kullanılan taşınmazlar kamulaştırılmış sayılmış ve taşınmazın bedelini isteme hakkı 2 yıllık süreyle sınırlandırılmıştır. Bu düzenleme kamulaştırmaz el atmalarla ilgili adeta ortada kalan durumu bir anlamda toparlamış ise de konuya tam bir çözüm getirmekten uzak kalmıştır. Zira bu kanun sadece geçmişte ortaya çıkmış olan kamulaştırmaz el atmalar nedeniyle meydana gelen sorunları çözebilmiştir. Bu nedenle, 9 Ekim 1956 tarihinden sonra yapılan kamulaştırmaz el atmalarda yine Yargıtay'ın 16.05.1956 tarih ve E.1956/1 K.1956/6 sayılı içtihadıyla benimsenen uygulamaya devam olunmuştur¹¹⁴.

2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 04.11.1983 tarihinde yürürlüğe girmesiyle, anılan kanununun 38. maddesinde ilk defa kamulaştırmaz el atma kavramı düzenlenmiştir. Anılan maddede; *“Kamulaştırma yapılmış, ancak işlemleri tamamlanmamış veya kamulaştırma hiç yapılmamış iken kamu hizmetine ayrılarak veya kamu yararına yönelik bir ihtiyaca tahsis edilerek üzerinde tesis yapılan taşınmaz malın malik, zilyed veya mirasçılarının bu taşınmaz mal ile ilgili her türlü dava hakkı yirmi yıl geçmekle düşer. Bu süre taşınmaz mala el koyma tarihinden başlar”* hükümleri düzenlenmiştir. Ancak söz konusu madde mülkiyet hakkı sahiplerinin dava hakkını yirmi yıl ile sınırladığından Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir¹¹⁵.

¹¹³ Mehmet BAYRAKTAR, “Kamulaştırmaz El Atma Davaları İle İlgili Düzenlemeler ve Uygulaması”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C.86, S.1, 2012, s.75.

¹¹⁴ Gürsel KAPLAN, “Yeni Yasal Düzenlemelere Göre Kamulaştırmaz El Koyma Sebebiyle Doğan Tazmin Hakkının Tabi Olduğu Usul ve Esaslar”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S.99, 2012, s.136.

¹¹⁵ AYM, E.2002/112, K. 2003/33, K.T.10.04.2003, [https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2003/33?EsasNo=2002%2F112,\(E.T.12.06.2021\)](https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2003/33?EsasNo=2002%2F112,(E.T.12.06.2021)).

Söz konusu kararın¹¹⁶ ilgili kısımlarında Yüksek Mahkeme; “...Yirmi yıllık hak düşürücü sürenin geçmesiyle taşınmaz malikinin her türlü dava açma hakkının engellenmesi ve taşınmazın hiçbir karşılık ödenmeden idareye geçmesi, mülkiyet hakkının sınırlanmasını aşan, hakkın özünü zedeleyen bir durumdur. Bu nedenlerle kural, Anayasa’nın 13, 35 ve 46. maddelerine aykırıdır... Devletin veya bir kamu tüzel kişisinin kamulaştırma işlemi olmaksızın temel insan haklarından olan mülkiyet hakkına keyfi bir şekilde el konularak bireylerin sahip oldukları taşınmazları üzerinde özgürce tasarruf etmelerinin engellenmesi ve yirmi yıl sonunda dava hakkı da tanınmayarak, mülkiyet haklarının ellerinden alınması hukuk devleti ilkesine aykırıdır.” ifadelerine yer vermiştir.

Bu karardan sonraki yasal boşluğun doldurulması için 18.06.2010 tarihinde 2942 Sayılı Kanun’a geçici 6. Madde¹¹⁷ eklenerek, bu hükümde, 6830 Sayılı İstimlak

¹¹⁶AYM, E.2002/112 K. 2003/33 K.T:10.04.2003, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2003/33?EsasNo=2002%2F112>, (E.T.26.12.2020).

¹¹⁷ "Kamulaştırmaksız el koyma sebebiyle tazmin Geçici Madde 6- Kamulaştırma işlemleri tamamlanmamış veya kamulaştırması hiç yapılmamış olmasına rağmen 9/10/1956 tarihi ile 4/11/1983 tarihi arasında fiilen kamu hizmetine ayrılan veya kamu yararına ilişkin bir ihtiyaca tahsis edilerek üzerinde tesis yapılan taşınmazlara veya kaynaklara kısmen veya tamamen veyahut irtifak hakkı tesis etmek suretiyle malikin rızası olmaksızın fiili olarak el konulması sebebiyle, malik tarafından ilgili idareden tazminat talebinde bulunulması halinde, öncelikle uzlaşma yoluna gidilmesi esastır.

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

Uzlaşma; nakdi ödeme, idareye ait taşınmazın trampası, idareye ait taşınmaz üzerinde sınırlı aynı hak tanınması veya imar mevzuatı çerçevesinde başka bir yerde imar hakkı kullanılması suretiyle yapılabilir.

Uzlaşma görüşmeleri, hukuki veya fiili engel bulunmadığı takdirde davete icabet tarihinden itibaren en geç altı ay içerisinde sonuçlandırılır ve uzlaşmaya varılıp varılmadığı, malik veya temsilcisi ile komisyon üyeleri tarafından imzalanan bir tutanağa bağlanır. Bu tutanak ile uzlaşma görüşmelerine ilişkin bilgi ve belgeler, açılacak davalarda taraflar aleyhine delil teşkil etmez. Uzlaşmaya varılması halinde, üzerinde uzlaşılan hakkın türünü, tanınma şart ve usullerini, nakdi ödemede bulunulacak ise miktarını ve ödeme şartları ile taşınmazların tesciline veya terkinine dair muvafakati de ihtiva eden bir sözleşme akdedilerek bu sözleşme çerçevesinde işlem yapılır ve uzlaşma konusu taşınmazlar resen tapuya tescil veya terkin edilir.

Uzlaşılan nakdi tazminat bedeli, bütçe imkanları dahilinde, sonraki yıllara sari olacak şekilde taksitli olarak da ödenebilir. Taksitli ödeme süresince, 4/12/1984 tarihli ve 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanuna göre ayrıca kanuni faiz ödenir.

İdare ve malik arasında uzlaşma sağlanamadığı takdirde, uzlaşmazlık tutanağının tanzim edildiği veya ikinci fıkradaki sürenin uzlaşmaya davet olmaksızın sona erdiği tarihten itibaren üç ay

Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarih olan 09.10.1956 ile 2942 Sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun yürürlük tarihi olan 04.11.1983 tarihi arasındaki kamulaştırmaz el atma uygulamalarıyla ilgili düzenlemeler yer almıştır. Öte yandan söz konusu maddede kamulaştırmaz el atma sebebiyle açılacak tazminat davasının yanı sıra uzlaşma gibi idari çözümler düzenlenmiştir.

Geçici 6. maddedeki dava açmadan önce maliklerin uzlaşma ön başvuru şartını sağlamaları kuralı dikkat çekmektedir. Uzlaşma sağlanamadığı takdirde üç ay içinde sadece tazminat davası açılacağı hüküm altına alınmıştır¹¹⁸. Burada kanun maddesi malikler için sadece tazminat isteme hakkı tanımış, istihkak davası ve müdahalenin

içerisinde malik tarafından sadece tazminat davası açılabilir. Dava açılması halinde, fiilen el konulan taşınmazın veya üzerinde tesis edilen irtifak hakkının müracaat tarihindeki değeri, ikinci fıkranın birinci cümlesindeki esaslara göre mahkemece tespit ve taşınmazın veya hakkın idare adına tesciline veya terkinine ve malike tazminat ödenmesine hükmedilir. Tescile veya terkine ilişkin hüküm kesin olup tarafların hükmedilen tazminata ilişkin temyiz hakkı saklıdır.

Kesinleşen mahkeme kararlarına istinaden bu madde uyarınca ödemelerde kullanılmak üzere, ihtiyaç olması halinde, idarelerin yılı bütçelerinde sermaye giderleri için öngörülen ödeneklerden yüzde iki pay ayrılır. Kesinleşen alacakların toplam tutarının ayrılan ödenegin toplam tutarını aşması halinde, ödemeler, sonraki yıllara sari olacak şekilde, garameten ve taksitlerle gerçekleştirilir. Taksitlendirmede, bütçe imkanları ile alacakların tutarları dikkate alınır. Taksitli ödeme süresince, 3095 sayılı Kanuna göre ayrıca kanuni faiz ödenir. İdare tarafından, mahkeme kararı gereğince nakdi ödeme yerine, üçüncü fıkradabelirtilen diğer uzlaşma yolları da teklif edilebilir ve bu maddenin uzlaşmaya ilişkin hükümlerine göre işlem yapılabilir.

Bu maddenin tazminata ilişkin hükümleri, vuku bulduğu tarih itibarı ile bu maddenin kapsamında olan kamulaştırmaz el koymadan dolayı açtıkları tazminat davası süre bakımından dava hakkının düştüğü gerekçesiyle reddedilmiş olanlar hakkında da uygulanır. Evvelce açtıkları davalar sonunda tazminat almaya hak kazanmış veya süre dışındaki sebeplerden dolayı davaları reddedilmiş olanlar hakkında bu madde hükümleri uygulanmaz. Ancak, gerek iç hukuka ve gerekse milletlerarası hukuka göre evvelce açtıkları davalar sonunda hak kazanmış oldukları tazminat henüz ödenmemiş olanlara, idare tarafından nakdi ödeme yerine, üçüncü fıkrada belirtilen diğer uzlaşma yolları teklif edilebilir ve bu maddenin uzlaşmaya ilişkin hükümlerine göre işlem yapılabilir.

Vuku bulduğu tarih itibarı ile bu maddenin kapsamında olan kamulaştırmaz el koymadan dolayı bu maddenin yürürlüğe girmesinden önce tazmin talebiyle dava açmış olanlar; bu madde hükümlerine göre uzlaşma yoluna gitmeyi isteyip istemediklerini bu maddenin yürürlüğe girmesinden itibaren üç ay içinde idareye ve mahkemeye verecekleri dilekçeler ile bildirebilirler. Uzlaşma talebi üzerine, uzlaşma görüşmelerinin neticesine kadar dava bekletilir; uzlaşamaması halinde, uzlaşmazlık tutanağının mahkemeye sunulmasından sonra davaya devam edilir.

Bu madde uyarınca ödenecek olan tazminatın tahsili sebebiyle idarelerin mal, hak ve alacakları haczedilemez." <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2942-20130214.pdf>,(E.T. 26.12.2020).

¹¹⁸ ÖZDEMİR, s.70. Ancak Yargıtay verdiği bazı kararlarda üç aylık uzlaşma başvurusunu zorunlu idari başvuru yolu anlamında bir dava şartı olarak kabul etmemiştir. Buna ilişkin Yargıtay'ın 5. ve 18. Hukuk dairesinin birbiriyle uyumlu olmayan kararları mevcuttur., bknz. Yargıtay 5. Hukuk Dairesi E.2011/17580 K.2011/20948, Yargıtay 18. Hukuk Dairesi E.2013/2008 K.2013/6322, Sedat KARTAL, "Kamulaştırmaz El Atma Davaları Yargı Kararları ve Hukuki Sorunlar", **Bursa Barosu Dergisi**, C.38, S.94, 2014, s.141.

men'i imkanlarını dışlamıştır¹¹⁹. Sonrasında bu maddedeki sadece tazminat davası açılabileceğine ilişkin hüküm hak arama hürriyetine aykırı bulunduğundan Anayasa Mahkemesi tarafından¹²⁰ iptal edilmiştir. Aynı kararlar 04.11.1983 tarihinden sonraki on beş yıl içindeki kamulaştırmaz el atmalar için de geçici 6. maddenin uygulanacağını öngören 6111 Sayılı Kanun'un geçici 2. maddesi de iptal edilmiş¹²¹ ve zikredilen geçici 6. madde AYM'nin kararı sonrasında 24.05.2013 tarihli 6487 sayılı kanunla son halini almıştır. Burada maddenin başlığı *Kamulaştırmaz el koyma sebebiyle tazmin* iken, "*Kamulaştırılmaksızın kamu hizmetine ayrılan taşınmazların bedel tespiti*" olarak değiştirilmiş, böylece AYM'nin iptal gerekçeleri göz ardı edilerek kamulaştırmaz el atma davalarının hukuki niteliği tazminat davasından bedel tespiti davasına dönüştürülmüştür¹²².

Ancak yukarıda da sözü edildiği gibi 2942 Sayılı Kanun'un geçici 6. maddesi, kamulaştırmaz el atma uygulamalarına yönelik hukuki çözümleri sadece 09.10.1956 ile 04.11.1983 tarihi arasındaki fiili el atmalar için öngörmüştür. Dolayısıyla bu tarihten sonraki fiili el atmalar ile imar planlarının kesinleşmesi ve 5 yıldan fazla

¹¹⁹ KAPLAN, s.142.

¹²⁰ "Maddi hukukta herhangi bir değişiklik yapmaksızın maddi hukukun ihlalden kaynaklanan uyuşmazlıkların dava konusu yapılmasını yasaklayan kural, hak arama özgürlüğünü ortadan kaldıracı niteliktedir. Taşınmazına kamulaştırmaz el atılan malikin sadece tazminat davası açabileceğini düzenleyen kural, malikin el atmanın önlenmesi ve ecri misil davası gibi mülkiyet hakkından kaynaklanan davaları açmasını yasaklamakta, böylece hak arama özgürlüğünü bu davalar yönünden ortadan kaldırmaktadır. Açıklanan nedenlerle malikin sadece tazminat davası açabileceğini öngören kural, Anayasa'nın 36. maddesine aykırıdır. İptali gerekir." Bkz. AYM E:2010/83, K:2012/169 K.T.01.11.2012, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2012/169?EsasNo=2010%2F83>, (E.T.26.12.2020)

¹²¹ ÖZDEMİR, s.73. "Geçmişe yönelik bazı mağduriyetlerin giderilmesi amacıyla çıkarılan ve istisnai nitelik taşıyan Geçici 6. maddedeki malik aleyhine hükümlerin geleceğe yönelik olarak uygulanması halinde kamulaştırma için Anayasa ve Kanun'da öngörülen bütün güvenceler etkisiz kalabilecektir. Kuralla, Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 15 yıl boyunca 2026 yılına kadar idarelerin özel mülkiyete kamulaştırmaz el atma yoluyla müdahalesine yol açılmaktadır. Böylece idareler kamulaştırma yapmak yerine, hukuka aykırı olarak el atmak suretiyle taşınmazları elde edebileceklerdir. Böyle bir durumda devletin hukuka bağlılığı ilkesi zedeleneceği gibi bireyler açısından hukuki güvenlik ve öngörülebilirlik de ortadan kalkacaktır. Bir hukuk devletinde kanunların hukuka aykırı uygulamaları teşvik etmesi kabul edilemez. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2., 35. ve 46. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir." Bknz. AYM E:2010/83, K:2012/169 K.T.01.11.2012, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2012/169?EsasNo=2010%2F83>, (E.T.27.12.2020).

¹²²Erhan TUTAL, "Kamulaştırmaz El Atma Davalarında Yargılama Sürecindeki Son Gelişmeler", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S.7, 2016, s.1116.

süreyile kamulaştırma işlemleri yapılmamasından kaynaklanan hukuki el atmalar bu hükmün kapsamı dışında bırakılmıştır.

YHGK'nın 15.12.2010 tarih ve E.2010/5-662 K.2010/651 sayılı kararıyla hukuki el atma uygulamaları da kamulaştırmaz el atma kavramı kapsamına dâhil edilmiş ve Yüksek Mahkeme'nin bu kararı, mülkiyet hakkına bu yolla yapılan müdahalenin önüne geçilmesi noktasında bir milat olmuştur. Yargıtay'ın bu kararının ayrıntılarına bakılması hukuki el atma müessesesinin daha iyi anlaşılması noktasında faydalı olacaktır. Anılan karara konu davada, davacının taşınmazı Maltepe Belediyesi tarafından yapılan imar planı ile ilköğretim alanına ayrılmış ve aradan yirmi yıldan fazla zaman geçmesine rağmen taşınmaz, yatırımcı kurum olan İstanbul İl Özel İdaresi tarafından kamulaştırılmamıştır. Bunun üzerine davacı kamulaştırmaz el atma sebebiyle tazminat istemiyle dava açmış, Kartal 2. Asliye Mahkemesi'nce davanın kısmen kabulüne dair verilen karar, temyiz incelemesi sonucu Yargıtay 5. Hukuk Dairesi'nin kararı ile taşınmaza fiilen el atılmadığı gerekçesiyle bozulmuştur. İlk kararında ısrar eden yerel mahkemenin kararının Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun önüne gelmesi üzerine, Genel Kurul direnme kararını onamış ve söz konusu kararının sonuç kısmında imar planında okul alanı olarak ayrılan taşınmazın uzun yıllar amacına uygun imar programına alınmamış ve kamulaştırılmamış olmasını, davacının ileriye dönük inşaat yapma, satma, kiralama gibi mülkiyete ilişkin haklarını kısıtladığını, bunun hukuk devleti ilkesinin önemli bir unsuru olan hukuki güvenliği zedelediğini, fiili el atmayla hukuki el atmanın aynı sonuçları doğurduğunu¹²³ ifade ederek hukuki el atmanın da mülkiyet hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun bu kararıyla Türk İmar ve taşınmaz hukukunda yeni bir süreç başlamış, taşınmazları imar planları ile değersizleştirilen vatandaşların taşınmazları için hak arama yolu açılmıştır. Ayrıca bu durum idareleri, daha dikkatli ve şehircilik ilkeleriyle planlama esaslarına daha fazla riayet etmek suretiyle plan yapma konusunda hassasiyete yöneltmiştir¹²⁴. Böylece hem kamusal

¹²³ Bekir YILDIRIM, **Açıklamalı-İçtihatlı Kamulaştırma ve Kamulaştırmaz El Atma Davaları**, Yetkin Yayınları, İlaveli 2.Baskı, Ankara, 2013, s.864-879.,YHGK E.2010/5-662 K.2010/651, K.T.15.12.2010, <https://portal.uyap.gov.tr/uyap-uygulamaları>, (E.T.14.06.2021).

¹²⁴ İLGEZDİ, s.35.

yarar gözetilmiş hem de özel yarar göz ardı edilmeyerek mülkiyet hakkı ihlallerinin önüne geçilmesi için içtihadi bir adım atılmıştır. Bu da hukuk devletine yaklaşımları noktasında önemli bir dönüm noktası olmuş buna yönelik yasal düzenlemeleri beraberinde getirmiştir.

Yargıtay'ın bu kararından sonra Uyuşmazlık Mahkemesi, taşınmazları kamusal alanlarda kalıp da uzun yıllar imar programına alınmayan ve kamulaştırılmayan maliklerin mülkiyet haklarına yapılan hukuki el atmayı 2577 Sayılı İYUK'un 2/1-b bendinde yer alan idari işlemde kaynaklı bir tam yargı davası olarak nitelendirip bu davalarda görevli yargı kolunun idari yargı olduğunu belirlemiştir. Anılan kararında Yüksek Mahkeme imar planında lise alanında kalan davacının taşınmazının uzun yıllar programa alınmayan imar planı neticesinde kamulaştırılmaması sebebiyle açılan hukuki el atma davasında uyuşmazlığın 2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2/1-b hükmündeki bir idari işlem dolayısıyla hakları doğrudan zarar görenlerin açabileceği bir tam yargı davası olduğuna ve buna ilişkin davada idari yargının görevli olduğuna oy birliğiyle kesin olarak karar vermiştir¹²⁵. 20.08.2016 tarihli 6745 sayılı Kanunla Kamulaştırma Kanunu'na eklenen Ek-1. maddeyle hukuki el atmaya dair açılan tazminat davalarında idari yargının görevli olduğu konusunda düzenleme yapılmış ancak ilgili maddenin ilk cümlesi hariç diğer tüm hükümleri Anayasa Mahkemesi kararıyla iptal edildiğinden hâlihazırda bu davaların görüleceği yargı yolunun kanuni alt yapısı kalmamıştır. Ancak gerek Uyuşmazlık Mahkemesi'nin süregelen içtihatlarında gerekse doktrinde hukuki el atma davalarının temelinde idari bir işlem olan tam yargı davaları olduğu hususunda ittifak mevcuttur.

Yukarıda anlatılan tüm bu yargısal gelişmeler, hukuki el atmanın kanuni alt yapısının düzenlenmesini zorunlu kılmış, 24.5.2013 tarihli 6487 sayılı Kanun ile Kamulaştırma Kanununun geçici 6. maddesine şöyle bir hüküm eklenmiştir: *“Uygulama imar planlarında umumi hizmetlere ve resmî kurumlara ayrılmak suretiyle veya ilgili kanunların uygulamasıyla tasarrufu kısıtlanan taşınmazlar hakkında, 3/5/1985 tarihli ve 3194 sayılı İmar Kanununda öngörülen idari başvuru ve işlemler*

¹²⁵YAVUZ, s.92,93. Bkz. Uyuşmazlık Mahkemesi E:2012/41, K:2012/77, K.T. 09.04.2012, <http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr/Karar/Content/662ac953-2748-40b8-8333a1a87efe37dc?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, (E.T.27.12.2020).

*tamamlandıktan sonra idari yargıda dava açılabilir. Bu madde hükümleri karara bağlanmamış veya kararı kesinleşmemiş tüm davalara uygulanır. Kararı kesinleşen davalara ise, bu maddenin yalnızca sekizinci fıkra hükümleri uygulanır.”*¹²⁶ Ancak bu hüküm 20.08.2016 tarih ve 6745 Sayılı Kanun’un 34. Maddesiyle kaldırılmıştır. Yine aynı tarihli Kanunla Kamulaştırma Kanunu’na eklenen Ek-1. maddeyle de hukuki el atma müessesesi detaylı bir yasal düzenleme haline getirilmiştir. Anılan madde şöyledir;

“Uygulama imar planlarında umumi hizmetlere ve resmî kurumlara ayrılmak suretiyle mülkiyet hakkının özüne dokunacak şekilde tasarrufu hukuken kısıtlanan taşınmazlar hakkında, uygulama imar planlarının yürürlüğe girmesinden itibaren beş yıllık süre içerisinde imar programları veya imar uygulamaları yapılır ve bütçe imkânları dâhilinde bu taşınmazlar ilgili idarelerce kamulaştırılır veya her hâlde mülkiyet hakkını kullanmasına engel teşkil edecek kısıtlılığı kaldıracak şekilde imar planı değişikliği yapılır/yaptırılır. Bu süre içerisinde belirtilen işlemlerin yapılmaması hâlinde taşınmazların malikleri tarafından, bu Kanunun geçici 6 ncı maddesindeki uzlaşma sürecini ve 3194 sayılı İmar Kanununda öngörülen idari başvuru ve işlemleri tamamlandıktan sonra taşınmazın kamulaştırmasından sorumlu idare aleyhine idari yargıda dava açılabilir.

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

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

¹²⁶ ALTUNIŞIK, s.73.

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

Bu kanun hükümleri kamulaştırmasız el atmanın bir türü olan hukuki el atma kavramının yasal zeminini oluşturmuş ve bu tarihe kadar yargı içtihatlarıyla yön verilen hukuki el atma davalarının ilkelerini ortaya koymuştur. Burada imar planları yapıp da beş yıl ve daha uzun süre imar programlarını bitirmeyen idareler aleyhine aynı kanunun geçici 6. maddesindeki idari başvuru yolları tüketildikten sonra idare mahkemelerinde tam yargı davalarının açılacağı öngörülmüştür. Yine hukuki el atma sebebiyle açılacak davalarda ve bu davaların çözümünde geçici 6. maddenin ilgili hükümlerinin uygulanacağı ifade edilmiştir. 20.08.2016 tarihli 6745 sayılı Kanunla Kamulaştırma Kanunu'na eklenen bir diğer madde ise geçici 11. maddedir. Söz konusu madde şöyledir;

“Bu Kanunun ek 1 inci maddesinin birinci fıkrası kapsamında kalan ve bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce tasarrufu hukuken kısıtlanan taşınmazlar hakkında aynı fıkroda belirtilen süre, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren başlar.

Bu Kanunun ek 1 inci maddesinin üçüncü fıkrası hükmü, bu madde kapsamında kalan taşınmazlara ilişkin dava ve takipler hakkında da uygulanır.”

Önlerine gelen uyuşmazlıkta anılan maddenin Anayasal mülkiyet hakkına aykırı olduğunu düşünen Ankara 2. ve Adana 3. İdare Mahkemeleri somut norm denetimi yapılmasını sağlamak üzere Anayasa Mahkemesi'ne itirazda bulunmuş ve AYM ilgili maddeyi Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmiştir¹²⁷. Yüksek Mahkeme, tasarrufu kısıtlanan taşınmazlar hakkında yeniden başlayan sürenin kanundaki beş yıllık süreyi baştan başlatarak kısıtlılık süresinin on yıla çıkmasına sebep olacağını öngörerek,

¹²⁷ YAVUZ, s.95. Bkz. AYM, E.2016/196, K. 2018/34, K.T.28.03.2018, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2018/34?EsasNo=2016%2F196&KararAramaRaporu=1>, (E.T.12.06.2021).

malike aşırı yük yükleyen ve özel menfaatle kamu menfaati arasındaki adil dengenin malik aleyhine bozulacağını belirterek düzenlemeyi mülkiyet hakkına ölçsüz bir müdahale olarak görmüş ve iptaline karar vermiştir.

Son olarak ise yine Anayasa Mahkemesi'nin 20.12.2018 tarihli 2016/181 E. 2018/111 K. Sayılı kararı ile 20.08.2016 tarihli 6745 sayılı Kanunla Kamulaştırma Kanunu'na eklenen Ek-1.maddenin ilk cümlesi dışındaki tüm hükümleri Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilmiştir. Maddenin ilk cümlesine yapılan itiraz reddedilmiş olduğundan yüksek mahkemenin hukuki el atma müessesesini tanıdığını ancak buna ilişkin belirlenen idari itiraz ve yargılama usulüne ilişkin düzenlemelerin anayasal mülkiyet hakkına aykırı bulunduğunu söyleyebiliriz. Böylelikle hukuki el atma kurumunu düzenleyen yegâne mevzuat hükmü de ortadan kalkmıştır. Yüksek Mahkemenin ek-1. maddenin birinci cümlesinden sonra gelen idari başvurularla ilgili hükümlerinin iptalinde şu gerekçelere yer verilmiştir¹²⁸:

“imar uygulamalarıyla taşınmazların umumi hizmetlere ve resmi kurumlara ayrılmasında dikkate alınan kamu yararı amacı ile kısıtlanan mülkiyet hakkının korunması arasındaki adil dengenin sağlanmasındaki yollardan biri de kamulaştırmadır. Kamulaştırma ile imar kısıtlamalarıyla beş yıl süresince kullanılan külfet de karşılanacaktır. Kanun koyucunun maddenin dava konusu birinci fıkrasının birinci cümlesi uyarınca mülkiyet hakkını kısıtlayan imar planı değişikliğinin yapılmaması halinde taşınmazın ilgili idarece kamulaştırılmasını amaçladığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla kamulaştırmanın Anayasa'nın 46. Maddesi çerçevesinde öngörülen ilkelere göre yapılması gerekmektedir...

Uygulama imar planlarının yürürlüğe girmesinden itibaren beş yıllık süre içinde kamulaştırma veya kısıtlılığı kaldıran imar planı değişikliği yapılmaması halinde maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesine göre idari yargıda dava açılmasından önce uzlaşma sürecinin tamamlanması gerekmektedir. Kanunun geçici 6. Maddesinin üçüncü fıkrasına göre uzlaşmak, idareye ait taşınmazın trampası, idareye ait taşınmaz üzerinde sınırlı aynı hak tanınması ve imar mevzuatı çerçevesinde başka bir yerde imar hakkı kullandırılması seçeneklerine öncelik verilmektedir. Bu seçenekler

¹²⁸ ALTUNIŞIK, s.123.

üzerinde uzlaşmanın mümkün olmaması halinde nakdi bedel üzerinden uzlaşma yapılabileceği kabul edilmektedir. Böylece beş yıllık bir süreden sonra uzlaşma için geçirilecek süre dava açılmasını geciktirecek ve Anayasanın 46. Maddesinde kamulaştırmanın esaslarından birini oluşturan nakden ödeme son seçenek olarak uygulanacaktır¹²⁹.”

Yüksek mahkeme burada uzlaşma başvurusunun beş yıllık süreyi uzatacağını ve dava açılmasını geciktireceğini vurgulamaktadır. Böylelikle artık hukuki el atmalarda uzlaşma yoluna başvurulmadan doğrudan dava açılacaktır. Anayasa Mahkemesi'nin verdiği kararın¹³⁰ ek-1. maddenin yukarıda belirtilen bölümü dışındaki hükümleriyle ilgili olan kısmının gerekçesi ise şöyledir;

“Dava konusu ek 1. Maddenin birinci fıkrasının birinci cümlesi dışında kalan kısmında yer alan düzenlemeler gereği süresinde kamulaştırma yapılmaması halinde taşınmaz malikleri ile ilgili idare aleyhine dava açma hakkını elde etmekle birlikte, Kanunun geçici 6. Maddesindeki malik aleyhine olan hükümlerin sürekli nitelikte uygulanması Anayasa Mahkemesinin 01.11.2012 tarihli ve E.2010/83, K.2012/169 sayılı kararında da açıklandığı üzere bu davalarda kamulaştırma için Anayasanın 46. Maddesinde öngörülen güvenceleri etkisiz bırakacaktır.

Maddenin bu bölümünün Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren sürekli uygulanması, idarelerin özel mülkiyete kamulaştırmaksız el atma yoluyla müdahalesinin de sürekli hale gelmesine sebep olabilecek niteliktedir. İdareler kural ile kamulaştırma yapmak yerine kamulaştırma için Anayasada belirtilen ilkelere aykırı olarak taşınmazları elde edebilme imkânına sahip olabilecektir. Böyle bir durumda devletin hukuka bağlılığı ilkesi zedeleneceği gibi bireyler açısından hukuki güvenlik ve öngörülebilirlik de ortadan kalkacaktır. Bir hukuk devletinde kanunların aykırı uygulamaları teşvik etmesi kabul edilemez.

Açıklanan nedenlerle maddenin birinci fıkrasının birinci cümlesi dışında kalan bölümünün Anayasaya aykırı olduğuna ve iptaline..”

¹²⁹ AYM, E.2016/181, K.2018/111, K.T.20.12.2018, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2018/111?EsasNo=2016%2F181>, (E.T.27.12.2020).

¹³⁰ AYM, E.2016/181, K.2018/111, K.T.20.12.2018, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2018/111?EsasNo=2016%2F181>, (E.T.27.12.2020).

Görüldüğü gibi yüksek mahkeme 6745 sayılı Kanunla Kamulaştırma Kanunu'na eklenen Ek-1.maddenin ilk cümlesi dışındaki hükümlerini malik aleyhine olan hükümlerin sürekli şekilde uygulanması sonucunu doğuracağını ifade etmiş ve bu kuralların Anayasal mülkiyet hakkına aykırı olduğu sonucuna varmıştır. Anayasa Mahkemesi kanun koyucunun hukuki el atmayı yasal dayanağının olduğu bahanesiyle sürekli hale getirmesine ve sadece belirli bir dönem için öngörölmüş istisnai hükümler içeren geçici 6. maddedeki kuralların sürekli olarak hukuki el atma davalarına uygulanmasını Anayasa'ya uygun bulmamıştır. Böylelikle hukuki el atma kurumunun ilkelerinin belirlenmesi çabası yine sonuçsuz kalmış, bundan sonra hukuki el atmanın yasal alt yapısının oluşturulması neredeyse imkânsız hale gelmiştir. Zira Anayasa Mahkemesi bu kararında hukuki el atmanın başlı başına hukuka aykırı bir kurum olduğunu belirterek, hukuki el atmanın kamulaştırma gibi sürekli uygulanmasına yol açacak hükümlerin öngörölmesine karşı çıkmıştır.

Bu bölümde son olarak 2942 Sayılı Kanun'a 30.05.2019 tarihinde eklenen geçici 14. Madde'den bahsetmek gerekmektedir. Sözü edilen kanun maddesi 04.11.1983 tarihinden, bu maddenin yürürlük tarihine kadar başlanmış ancak tamamlanmamış ya da hiç yapılmamış kamulaştırma işlemleri için açılan fiili ya da hukuki el atma davalarında, mahkemelerce verilen kararların kesinleşmeden icraya konulamayacağı ve başlatılan icra takiplerinin durdurulacağını düzenlemiştir. Ancak söz konusu hüküm Anayasa Mahkemesi kararıyla¹³¹, mülkiyet ve adil yargılanma hakkının ölçsüz biçimde sınırlandırılmasına yol açtığından iptal edilmiştir.

C.FİİLİ EL ATMA

Fiili kamulaştırmatsız el atmayı, alelade kamulaştırmatsız el atma ve bayındırlık yapılarının inşası sebebiyle el atma olarak ikiye ayırmak mümkündür. Alelade kamulaştırmatsız el atma ile kastedilen, idarenin bayındırlık amacıyla bir yapı inşası dışındaki sebeplerle özel mülkiyete el atmasıdır. Söz gelimi özel mülkiyetteki bir taşınmaza idarenin moloz yığınlarını boşaltması ya da kiremit yığıması veya bir üniversitenin özel mülkiyetteki bir araziyi kendi sınırlarına dâhil etmesi gibi örnekler

¹³¹ AYM, E.2019/89, K.2021/10, K.T.04.02.2021, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2021/05/20210507-10.pdf>, (E.T.08.05.2021).

verilebilir¹³². Bayındırlık sebebiyle fiili el atma ise idarenin yol, köprü, otoyol, baraj, nükleer santral vs. gibi kamu faaliyeti yapmak için yapılar inşa etmek suretiyle özel mülkiyetteki taşınmazlara kamulaştırmaksızın el atmasıdır. Kamulaştırmaz el atmanın bu ikinci türüne Fransız Doktrininde “dolaylı kamulaştırma” denilmektedir. Fiili el atmanın bu iki türünün de haksız fiile neden olan fiili bir yol olduğunda tereddüt bulunmamakla birlikte, haksızlığın giderilmesi için malikin tazminat talebinin yanında meni müdahale ile bayındırlık eserinin yıkılmasını isteme hakkının olup olmadığı konusu tartışmalıdır. Zira burada bayındırlık eserinin yıkılması çok makul bir çözüm olarak kabul edilmeyebilir¹³³. Ancak YİBGK’nun 16.05.1956 tarih ve E.1956/1 K.1956/6 sayılı kararının getirdiği hukuki çözümlerden biri de meni müdahale olduğundan böyle bir ayrıma gitmenin kanuni ve de içtihadi bir alt yapısı bulunmamaktadır.

Fiili yolu idarenin borç doğuran bir haksız fiili olarak görmek mümkündür¹³⁴. İdarenin sorumluluğunu gerektiren fiili yol sonucunda, idarenin hukuka aykırı bir şekilde ve haksız olarak zor kullanması ortaya çıkmaktadır. Bu zor kullanma idarenin kamu görevlileri eliyle de gerçekleştirilebilir. Bu haksız fiildeki hukuka aykırılığın ağır ve açık olması, müdahalenin mülkiyet hakkına ya da kamu özgürlüklerine yönelik olması gerekir¹³⁵. Nihayetinde bir özel borç ilişkisi kapsamında haksız fiilden kaynaklı fiili yola sebebiyet veren kamulaştırmaz el atmanın sonuçlarının giderilmesi için adli yargıda tazminat davası açılmaktadır. Zira burada söz konusu olan, idarenin mülkiyet hakkını hukuka aykırı şekilde ihlal eden bir eylemidir¹³⁶. Hukuki el atma davalarında ise idarenin imar planı yapmasına rağmen kamulaştırma yapmaması söz konusu olduğundan, idarenin kamulaştırma yapmama işlemi ya da eyleminden kaynaklı ortaya çıkan hizmet kusuru sonucu idari yargıda görülmesi gereken tam yargı davası gündeme gelmektedir.

¹³² GÖZLER, C.II, s.991.

¹³³ GÖZLER, C.II, s.992-996. Ayrıca bkz. ONAR, C.III, s.1561-1562.

¹³⁴ ÖZDEMİR, s.41.

¹³⁵ Şeref GÖZÜBÜYÜK, **Yönetmelik Yargı**, 35. Bası, Turhan Kitabevi, 2016, Ankara, s.87.

¹³⁶ GÖZLER, C.II, s.991.

3.BÖLÜM

HUKUKİ EL ATMA

Bu bölümde çalışmamızın asıl konusu olan Hukuki el atma uygulaması kavramsal olarak ve unsurları itibariyle incelenmektedir. Bu noktada hukuki el atmaların kamulaştırmasız fiili el atmalardan farkları, Anayasa Mahkemesi, Danıştay ve Yargıtay içtihatları ışığında detaylarıyla ele alınmaktadır. Bunun yanı sıra hukuki el atmanın dayanağı olan imar planları ve parselasyon işlemleri ile bu işlemlerin hukuki el atma ile olan ilişkileri izah edilmektedir. Zira imar planları ve parselasyon uygulamaları incelenmeden, imar hukuku uygulamalarının bir neticesi olan hukuki el atmanın tam olarak anlaşılması mümkün değildir.

I. HUKUKİ EL ATMANIN DAYANAĞI OLAN İMAR PLANLARI

İmar planları, bir yerleşim yerinde düzen, estetik ve sağlık işlevinin sürdürülebilmesini sağlamak için yapılan planlama programları doğrultusunda meydana gelen yazılı ve çizili metinlerdir¹³⁷. Türkiye’de hızlı artan nüfus ve kentleşme oranı, yeni yerleşim alanlarını açılması ve dinamik bir yapı olan kentleşme için eski yerleşim yerlerinin yetersiz kalması gibi sebepler, yeni imar planlamalarını ya da mevcut olanların revize edilmesini zorunlu kılmaktadır. Bu anlamda İdare Hukuku’nun bir alt dalı olan İmar Hukuku kapsamında kalan imar planları, mülkiyet hakkına kamusal kaynaklı müdahale teşkil eden düzenleyici işlemlerdir¹³⁸.

İmar planları kapsamında temelde karşımıza Nazım İmar Planları ve Uygulama İmar Planları çıkmaktadır. Nazım İmar Planları genellikle 1/5000 ölçekli olarak Büyükşehir Belediyesi olan yerlerde Büyükşehir Belediye Meclisleri tarafından yapılır. Uygulama İmar Planları ise 1/1000 ölçekli olup il ve ilçe belediye meclisleri tarafından kararlaştırılmaktadır. İstisnai olarak büyükşehir sınırları içindeki belediyelerde nazım imar planları yürürlüğe konulup da bir yıl içinde uygulama imar planlarının yapılmaması halinde uygulama imar planları Büyükşehir belediyesi tarafından yapılır¹³⁹.

¹³⁷ Nusret İlker ÇOLAK, **İmar Hukuku**, On İki Levha Yayıncılık, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 2.Baskı, İstanbul, 2014, s.129.

¹³⁸ ÇABUK/DOĞAN ÇAKMAK/ŞENGÖZ, s.19,20.

¹³⁹ ÇOLAK, s.171-174.

İmar Kanunu ve Mekânsal Planlar Yapım Yönetmeliği ve diğer ilgili yönetmeliklerde farklı ölçeklerde yapılan planlar arasında bir hiyerarşi ve ilişki bulunmasının gerektiği ifade edilmektedir. Bu hiyerarşi sayesinde ülke ölçeğinde alınan kararların bütünlüğünün sağlanabilmesi amacı ile en üst düzeyde alınan planlama kararının uygulama ölçeğine sirayet etmesi, mekâna indirgenmesi amaçlanmaktadır. İmar Kanunu'nun 5. maddesi'nde Nazım İmar Planı; *“varsa bölge planlarının mekâna ilişkin genel ilkelerine ve varsa çevre düzeni planlarına uygun olarak halihazır haritalar üzerine, yine varsa kadastral durumu işlenmiş olarak çizilen ve arazi parçalarının; genel kullanım biçimlerini, yerleşme alanlarının gelişme yön ve büyüklüklerini, nüfus yoğunlukları ve eşiklerini, ulaşım sistemlerini göstermek ve uygulama imar planlarının hazırlanmasına esas olmak üzere düzenlenen, plan hükümleri ve raporuyla beraber bütün olan plan”* olarak, Uygulama İmar Planı; *“tasdikli halihazır haritalar üzerine varsa kadastral durumu işlenmiş olarak nazım imar planı esaslarına göre çizilen ve çeşitli bölgelerin yapı adalarını, bunların yoğunluk ve düzenini, yolları ve uygulama için gerekli imar uygulama programlarına esas olacak uygulama etaplarını ve diğer bilgileri ayrıntıları ile gösteren plan”* olarak tanımlanmıştır

Mekânsal Planlar Yönetmeliği'nin 4. maddesinde Nazım ve Uygulama İmar Planlarının tanımı şöyle yapılmaktadır:

“Nazım İmar Planı: Mevcut ise çevre düzeni planının genel ilke, hedef ve kararlarına uygun olarak, arazi parçalarının genel kullanım biçimlerini, başlıca bölge tiplerini, bölgelerin gelecekteki nüfus yoğunluklarını, çeşitli kentsel ve kırsal yerleşme alanlarının gelişme yön ve büyüklükleri ile ilkelerini, kentsel, sosyal ve teknik altyapı alanlarını, ulaşım sistemlerini göstermek ve uygulama imar planlarının hazırlanmasına esas olmak üzere, varsa kadastral durumu işlenmiş olarak 1/5.000 ölçekte, büyükşehir belediyelerinde 1/5000 ile 1/25.000 arasındaki her ölçekte, onaylı hâlihazır haritalar üzerine, plan notları ve ayrıntılı raporuyla bir bütün olarak hazırlanan plandır.”

“Uygulama İmar Planı: Nazım imar planı ilke ve esaslarına uygun olarak yörenin koşulları ve planlama alanının genel özellikleri, yapının kullanım amacı ve ihtiyacı, erişilebilirlik, sürdürülebilirlik ve çevreye etkisi dikkate alınarak;

yapılaşmaya ilişkin yapı adaları, kullanımları, yapı nizamı, bina yüksekliği, taban alanı katsayısı, kat alanı kat sayısı veya emsal, yapı yaklaşma mesafesi, ön cephe hattı, ifraz hattı, kademe hattı, ada ayırım çizgisi, taşıt, yaya ve bisiklet yolları, ulaşım ilişkileri, parkları, meydanları, kentsel, sosyal ve teknik altyapı alanlarını, gerektiğinde; parsel büyüklükleri, parsel cephesi ve derinliği, arka cephe hattı, yol kotu ve bu kotun altındaki kat adedi, bağımsız bölüm sayısı gibi yapılaşma ve uygulamaya ilişkin kararları, uygulama için gerekli imar uygulama programlarına esas olacak uygulama etaplarını ve diğer bilgileri ayrıntıları ile gösteren ve varsa kadastral durumu işlenmiş olarak 1/1.000 ölçekte onaylı hali hazır haritalar üzerinde, plan notları ve ayrıntılı raporuyla bir bütün olarak hazırlanan plandır.”

Bahsi geçen mevzuat hükümleri uyarınca parsellerin imar planlarında hangi kullanıma ayrılacağı, alt ölçekli planlara yön veren ana ilkelerin ve stratejilerin öngörüldüğü 1/25.000 ve 1/5.000 ölçekli nazım imar planlarında belirlenmektedir. 1/25.000 ve 1/5.000 ölçekli Nazım İmar Planlarında öngörülen çerçeve kararlar doğrultusunda genel kullanım şekilleri ve bölge çeşitleri belirlendikten sonra planlamaya konu edilen alanın özelliklerine göre 1/1.000 ölçeğine doğru detaylandırılarak planlama yapılmaktadır. Dolayısıyla nazım imar planlarıyla genel fonksiyonları ve ana hatları belirlenen yerleşim yerlerinin yapılaşma koşullarıyla ilgili teknik detayları, uygulama imar planlarıyla oluşturulmaktadır.

Ayrıca, yukarıda sözü edilen yönetmeliğin “Mekânsal Planlama Kademeleri ve İlişkileri” başlıklı 6. maddesinde şu ifade yer almaktadır.

“Mekânsal planlar kapsadıkları alan ve amaçları açısından Mekânsal Strateji Planları, Çevre Düzeni Planları ve İmar Planları olarak hazırlanır. Buna göre planlama kademeleri, üst kademededen alt kademeye doğru sırasıyla; Mekânsal Strateji Planı, Çevre Düzeni Planı, Nazım İmar Planı ve Uygulama İmar Planından oluşur. Mekânsal planlar, plan kademelenmesine uygun olarak hazırlanır. Her plan, planlar arası kademeli birliktelik ilkesi uyarınca yürürlükteki üst kademe planların kararlarına uygun olmak, raporu ile bütün oluşturmak ve bir alt kademedeki planı yönlendirmek zorundadır.”

Bu anlamda, 1/5000 ölçekli Nazım İmar Planı, bir üst ölçekli plan olan 1/25.000 ölçekli Nazım İmar Planına göre daha fazla ayrıntı içermesi gereken ve bir alt ölçek olan 1/1.000 ölçekli planlara yön verecek bir biçimde düzenlemesini teknik noktada gerekli kılan plandır. Başka bir deyişle, 1/1.000 ölçekli imar planlarının yapımı sürecinde 1/5.000 ölçekte bir imar planı düzenlenmesinin teknik bakımdan gerekli olduğu, bunun imar mevzuatı açısından da zorunluluk olduğu bilinmektedir. Diğer bir açıdan, kademeli birliktelik ilkesi uyarınca, bir alt ölçekte alınan plan kararlarının bir üst ölçek plan kararları ile tutarlı olması, üst ölçek plan kararlarının alt ölçekte uygulanmasının imkânsız ya da problemlili olduğu tespit edildiği durumlarda ise, üst ölçek plan kararının tekrar gözden geçirilmesi gerekir. Dolayısıyla planlama faaliyetlerinde planların kademelik birlikteliği ilkesinin sağlanması esastır.

Planlama faaliyetlerinin asıl amacı elbette ki kamunun ortak faydasının sağlanmasıdır¹⁴⁰. Ancak icrai nitelikte genel düzenleyici işlemler olan imar planlarının mülkiyet hakkına oldukça ciddi etkileri bulunmaktadır. İdareler imar planları vasıtasıyla özel mülkiyet üzerinde kanunlarla dahi sağlanamayacak ölçüde geniş bir hâkimiyet yetkisi elde etmektedir¹⁴¹. Bu noktada önemli olan bu yetkinin tüm idari işlemlerin amacı olan kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun olarak kullanılmasıdır.

3194 Sayılı İmar Kanunu'nda, imar planlarının uygulanması süresi bakımından düzenleme¹⁴² yapılmış, belediyelere bu hususta imar planlarının yürürlüğe girmesiyle üç ay içerisinde planın uygulanmasına yönelik olarak beş yıllık imar programlarının hazırlanması ve kamu hizmetlerine ayrılan özel mülkiyete tabi taşınmazlar bakımından

¹⁴⁰ ÇOLAK, s.99.

¹⁴¹ ÇABUK/DOĞAN ÇAKMAK/ ŞENGÖZ, s.29.

¹⁴² İmar Kanunu'nun "İmar programları, kamulaştırma ve kısıtlılık hali" başlıklı 10. Maddesi'nde; *"Belediyeler; imar planlarının yürürlüğe girmesinden en geç 3 ay içinde, bu planı tatbik etmek üzere 5 yıllık imar programlarını hazırlarlar. Beş yıllık imar programlarının görüşülmesi sırasında ilgili yatırımcı kamu kuruluşlarının temsilcileri görüşleri esas alınmak üzere Meclis toplantısına katılır. Bu programlar, belediye meclisinde kabul edildikten sonra kesinleşir. Bu program içinde bulunan kamu kuruluşlarına tahsis edilen alanlar, ilgili kamu kuruluşlarına bildirilir. Beş yıllık imar programları sınırları içinde kalan alanlardaki kamu hizmet tesislerine tahsis edilmiş olan yerleri ilgili kamu kuruluşları, bu program süresi içinde kamulaştırırlar. Bu amaçla gerekli ödenek, kamu kuruluşlarının yıllık bütçelerine konulur. İmar programlarında, umumi hizmetlere ayrılan yerler ile özel kanunları gereğince kısıtlama konulan gayrimenkuller kamulaştırılincaya veya umumi hizmetlerle ilgili projeler gerçekleştirilinceye kadar bu yerlerle ilgili olarak diğer kanunlarla verilen haklar devam eder."* hükmü yer almaktadır.

kamulaştırma işlemlerinin yapılması zorunluluğu öngörülmüştür¹⁴³. Böylece İmar Kanunu kapsamında belediye sınırları içinde yapılan imar planları belediyelerce, belediye mücavir alan sınırları dışında yapılanlar ise valiliklerce oluşturulmakta ve bu konuda İmar Kanunu'nun belirlediği sürelerle riayet edilmesi gerekmektedir¹⁴⁴.

Danıştay, İmar Kanunu'nun 10. maddesi kapsamındaki beş yıllık imar programlarının hazırlanmasına yönelik süreyi yorumladığı bir kararında¹⁴⁵ şu değerlendirmelere yer vermiştir:

“...Umumi hizmetlerin görülmesi için gerekli taşınmazların tedarik edilebilmesi için ilgili idarelere kanunlarla tanınan yetkiler bireylerin mülkiyet hakkını kısıtlamaktadır. Kamu yararı ile bireysel fayda arasında çatışma bulunduğundan demokratik toplumların hukuk sistemlerinin tümünde iki unsur arasında denge sağlanması amacı güdülmüştür. İmar işlemleri yönünden de ilgililerin mülkiyet haklarının kısıtlanması söz konusu olabilmektedir. Bu bağlamda ülkemizde anayasal güvence altına alınan mülkiyet hakkının sınırlandırılması yine aynı maddede öngörülen ilkelere bağlı kılınmıştır. İmar işleriyle ilgili olarak da, bu ilkelere uygun düzenlemeler içeren 3194 sayılı Kanunla, taşınmaz mülkiyetinin kısıtlanma şekilleri ve sınırları belirlenmiştir.

Takdir yetkisi çerçevesinde söz konusu kamu yararı amacının gerçekleştirilmesi yönünden belirtilen fiili ve hukuki engeller sebebiyle davacıların makul ve belirli bir süre boyunca bu kısıtlamalara katlanabileceği, ancak bu sürenin uzaması hâlinde söz konusu kısıtlamaların taşınmaz malikine yüklenen külfeti ağırlaştıracağı bu durumda da kısıtlılık süresinin uzamasına bağlı olarak davacıların kısıtlanmadan doğan zararının tazmini istemiyle dava açabileceği, kısıtlılık iddiasının bu davanın konusunu oluşturacağı, idarenin tasarrufları nedeniyle oluşan bu zararları ödemesinin hukuk devleti ilkesinin bir gereği olduğu hususu izahtan varestedir...”

Görüldüğü üzere Danıştay, imar planları yapıldıktan sonra imar programlarının tamamlanmaması durumunda kanundaki belirlenmiş süreyi aşan makul olmayan

¹⁴³ ÇABUK/DOĞAN ÇAKMAK/ ŞENGÖZ, s.29.

¹⁴⁴ ALTUNIŞIK, s.71.

¹⁴⁵ Danıştay 6. Dairesi, E.2015/3020, K.2019/5789, K.T.17.06.2019, <https://portal.uyap.gov.tr/uyap-uygulamalari>, (E.T.30.12.2020).

kısıtlılık sürelerini mülkiyet hakkına müdahale olarak görmüş ve kısıtlılıktan doğan zararların malike ödenmesinin hukuk devletinin gereği olduğunu ifade etmiştir. Keza AİHM'ye göre de bir taşınmazın imar planlarında kamusal alana isabet etmesi mülkiyet hakkının ihlali anlamına gelmemekle birlikte, bu durumun kullanım imkânını azaltacağı hususu yadsınamaz. Zira planlama sürecinde bu taşınmazlarda inşaat yasağının bulunması, buradaki mülkiyet hakkının belirsiz bir şekilde kullanım hakkını kısıtlamaktadır¹⁴⁶.

İmar Kanunu'nun 10. maddesi'nde belediyelerin imar planlarının yürürlüğe girmesini müteakiben üç ay içerisinde, bu planı tatbik etmek üzere beş yıllık imar programlarını hazırlamaları gerektiği belirtilmiş fakat bu planların ne sürede programa alınacağına dair bir süre düzenlenmemiştir. Nitekim Anayasa Mahkemesi 3194 Sayılı İmar Kanunu'nun 13. maddesinin 1. ve 3. fıkralarını¹⁴⁷ iptal ederken¹⁴⁸ imar planlarında kamusal hizmet alanlarına ayrılan taşınmazların mevcut kullanım biçimlerinin ne kadar devam edeceği hususundaki belirsizliğe dikkat çekmiş, bunun bir mülkiyet hakkı sınırlaması olduğunu vurgulamıştır¹⁴⁹. Bu noktada imar programlarının hangi sürede uygulamaya konulacağı noktasındaki belirsizliğin önü kapatılmak istense de bu konuda kanun koyucu herhangi bir düzenleme getirmemiş ve bu belirsizlik devam etmiştir.

¹⁴⁶ Abdullah ÇELİK, İmar Planlarında Kamu Hizmetine Ayrılan Taşınmazların Makul Sürede Kamulaştırılmamasının Mülkiyet Hakkına Etkileri ve Buna İlişkin Bir Anayasal Mahkemesi Kararının İncelenmesi, **Terazi Hukuk Dergisi**, C.9, S.100, 2014, s.166.

¹⁴⁷ İmar Kanunu'nun 13/1. Maddesi; *"Resmî yapılara, tesislere ve okul, cami, yol, meydan, otopark, yeşil saha, çocuk bahçesi, pazar yeri, hal, mezbahe ve benzeri umumî hizmetlere ayrılan alanlarda inşaat ve mevcut bina varsa esaslı değişiklik ve ilaveler yapılmasına izin verilmez. Ancak imar programına alınuncaya kadar mevcut kullanma şekli devam eder."* <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/1999/51?EsasNo=1999%2F33>, E.T.02.01.2021

¹⁴⁸ "13. maddenin birinci fıkrası uyarınca imar planlarında umumî hizmetlere ayrılan yerlerin mevcut kullanma şekillerinin ne kadar devam edeceği konusundaki bu belirsizliğin, kişilerin mülkiyet hakları üzerinde süresi belli olmayan bir sınırlamaya neden olduğu açıktır. İmar plânlarının uygulamaya geçirilmesindeki kamusal yarar karşısında mülkiyet hakkının sınırlandırılmasının demokratik toplum düzeninin gerekleriyle çelişen bir yönü bulunmamakta ise de, itiraz konusu kuralın neden olduğu belirsizliğin kişisel yarar ile kamu yararı arasındaki dengeyi bozarak mülkiyet hakkını kullanılamaz hale getirmesi, sınırlamayı aşan hakkın özüne dokunan bir nitelik taşımaktadır. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi de 23.9.1981 günlü *Sporrong ve Lonroth* kararında, kamulaştırma izni ile inşaat yasağının uzun bir süre için öngörülmüş olmasının, toplumsal yarar ile bireysel menfaat arasındaki dengeyi bozduğu sonucuna varmıştır. Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 13. ve 35. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.", AYM E.1999/33, K.1999/51, K.T.29.12.1999, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/1999/51?EsasNo=1999%2F33>, E.T.02.01.2021.

¹⁴⁹ BAŞPINAR V. , Mülkiyet Hakkını İhlal Eden Müdahaleler, s.355,356.

İmar planları kesinleşerek bağlayıcı nitelik kazandıktan sonra hem idare hem de şahıslar bakımından bir takım yükümlülükler ve hukuki sonuçlar doğurmaktadır. Bu noktada idareler açısından ortaya çıkan yükümlülükler imar planlarına uymak, bunlara aykırı davranmamak ve imar programlarını öngörülen sürelerde oluşturmaktır¹⁵⁰. Dolayısıyla idarenin üzerine düşen sorumluluklar bakımından idare hukukunun temel ilkelerinden hukuki belirlilik, öngörülebilirlik ve idari istikrar ilkeleri önem kazanmaktadır. Zira imar planları hukuki niteliği itibariyle düzenleyici idari işlemler olduğundan, idarenin kendi yaptığı planlama doğrultusundaki kurallara uyması idari istikrar ve bu planların hangi koşullarda ve hangi sürede tamamlanacağı hususundaki netlik ise belirlilik ilkesi kapsamında değerlendirilmelidir.

İmar programlarını imar planlarının uygulanmasını sağlayan idari işlemler olarak ifade etmek mümkündür. İmar programı kapsamına alınan planlar ve hedefleri, programın uygulanmasıyla gerçekleşir. Bir başka deyişle imar planlarının icrası bu planlarının uygulanması, yani imar programlarının tamamlanmasıyla gerçekleşir. Bu bağlamda imar programlarının konusunu da kamulaştırma, parselasyon gibi alt ve üst yapı işlemleri oluşturur¹⁵¹. İmar planları yapıldıktan sonra Anayasal mülkiyet hakkının ihlal edilmemesi için beş yıllık imar programlarının hazırlanması ve süratli bir şekilde uygulamaya konulması gerekmektedir. Bu sürenin çeşitli sebeplerle uzatılmaya çalışılması, yapılan planlar neticesinde taşınmazları kamu alanına isabet eden özel mülk sahiplerinin mağduriyetine yol açmakta ve telafisi güç zararlar meydana getirmektedir. Bu noktada planların kesinleşmesinin üzerinden çok uzun bir süre geçmeden parselasyon ya da kamulaştırma işlemlerine başlanılarak özel mülkiyet sahiplerinin taşınmazları üzerindeki belirsizliğin giderilmesi, hukuk devletinin bir organını temsil eden idarelerin mülkiyet hakkına riayet kapsamındaki asli sorumluluğudur.

¹⁵⁰ İLGEZDİ, s.44.

¹⁵¹ ÇOLAK, s.330, 331.

II. 3194 SAYILI İMAR KANUNU'NUN 18. MADDESİ (PARSELASYON) UYGULAMASI

Nazım imar planlarının belirlediği genel ilkeler, ana hedefler ve yerleşim yeri fonksiyonları kapsamında yapılan 1/1000 ölçekli uygulama imar planlarının hayata geçirilebilmesi, mevzuatta parselasyon adı verilen işlemin gerçekleştirilmesine bağlıdır. İmar planlarının uygulanmasına matuf olarak arazi sahiplerinin rızası olmaksızın yapılan ve imar uygulaması olarak bilinen parselasyon, uygulama imar planı ve mevzuatına uygun olarak üzerinde yapı yapmaya uygun düzgün yapı adaları ve imar parselleri oluşturulmak amacıyla yapılan bir idari işlemdir¹⁵². İmar planlarının uygulanması kapsamında 3194 Sayılı Kanun'un 10. Maddesi'nde öngörülen imar programlarının temelinde parselasyon işlemleri yer almaktadır. Doktrinde 18. Madde uygulaması olarak da ifade edilen parselasyon planları, belediye sınırları içinde belediye encümeni, mücavir alan dışında ise valiliklerce yapılmaktadır. Buna göre parselasyon planları, ilgili kurumlar tarafından hazırlandıktan sonra ilan edilir ya da başka araçlarla duyurulur ve kesinleşen parselasyon planları tescil edilmek için ilgili tapu dairesine gönderilir. Parselasyon planlarının nasıl hazırlanacağı ve buna ilişkin esasların detayları 3194 Sayılı Kanun'un 18. Maddesi¹⁵³ ile Arazi ve Arsa

¹⁵² ÇABUK/DOĞAN ÇAKMAK/ŞENGÖZ, s.30.

¹⁵³ 3194 Sayılı Kanun'un "Parselasyon planlarının hazırlanması" başlıklı 18. Maddesi;

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

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

Düzenleme ortaklık payları, düzenlemeye tabi tutulan yerler ile bölgenin ihtiyacı olan yol, meydan, park, otopark, çocuk bahçesi, yeşil saha, ibadet yeri ve karakol, Milli Eğitim Bakanlığına bağlı öğretime yönelik eğitim tesis alanları, Sağlık Bakanlığına bağlı sağlık tesis alanları, pazar yeri, semt spor alanı, toplu taşıma istasyonları ve durakları, otoyol hariç erişme kontrolünün uygulandığı yol, su yolu, resmî kurum alanı, mezarlık alanı, belediye hizmet alanı, sosyal ve kültürel tesis alanı, özel tesis yapılmasına konu olmayan ağaçlandırılacak alan, rekreasyon alanı olarak ayrılan parseller ve mesire alanları gibi umumi hizmet alanlarından oluşur ve bu hizmetlerle ilgili tesislerden başka maksatlarla kullanılamaz. Düzenlemeye tabi tutulan alan içerisinde bulunan taşkın kontrol tesisi alanlarının, bu

fıkra da belirtilen kullanımlar için düzenleme ortaklık payı düşülmesini müteakip kalan Hazine mülkiyetindeki alanlardan karşılanması esastır. Ancak taşkın kontrol tesisi için yeterli alanın ayrılamaması durumunda, düzenleme ortaklık payının ikinci fıkrada belirtilen oranı aşmaması şartıyla, düzenlemeye tabi diğer arazi ve arsaların yüz ölçümlerinden bu fıkradaki kullanımlar için öncelikle düzenleme ortaklık payı ayrıldıktan sonra ikinci fıkrada belirtilen orana kadar taşkın kontrol tesisi için de ayrıca pay ayrılır. Kapanan imar ve kadastro yollarının öncelikle düzenleme ortaklık payına ayrılan toplam alandan düşülmesi esastır.

Üçüncü fıkrada belirtilen, bölgenin ihtiyacına ayrılan alanlardan belediye hizmetleri ile ilgili olanlar bu amaçlarla kullanılmak kaydıyla ilgili belediyesi adına, diğer alanlar ise imar planındaki kullanım amacı doğrultusunda bu amacı gerçekleştirecek olan idareye tahsis edilmek üzere Hazine adına tescil edilir.

Düzenleme ortaklık paylarının toplamı, üçüncü fıkrada sözü geçen umumi hizmetler için, yeniden ayrılması gereken yerlerin alanları toplamından az olduğu takdirde, eksik kalan miktar, tescil harici alanlardan veya muvafakat alınmak kaydıyla; kamuya ait taşınmazlardan ya da Hazine mülkiyetindeki alanlardan karşılanır. Bu yöntemlerle karşılanamaması hâlinde belediye veya valilikçe kamulaştırma yoluyla tamamlanır.

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

Bu madde hükümlerine göre, herhangi bir parselden bir defadan fazla düzenleme ortaklık payı alınmaması esastır. Ancak, her türlü imar planı kararı ile yapılaşma koşulunda ve nüfusta artış olması hâlinde, artış olan parsellerden, uygulama sonucunda oluşan değerinin önceki değerinden az olmaması kaydıyla, ilk uygulamadaki düzenleme ortaklık payı oranını % 45'e kadar tamamlamak üzere ilave düzenleme ortaklık payı kesintisi yapılabilir.

Parselasyon planı yapılmadan ifraz ve tevhit edilerek tescil edilen parsellerden, imar planında umumi hizmet alanlarına rastladığı için terk edilen veya bağışlanan alanların toplam parsel alanına oranı, yeni yapılacak parselasyon planındaki düzenleme ortaklık payı oranına tamamlayan farkı kadar düzenleme ortaklık payı alınabilir.

Belediye veya valiliğin; parselasyon planlarını, imar planlarının kesinleşme tarihinden itibaren beş yıl içinde yapması ve onaylaması esastır. Parselasyon planı yapmamaları sebebiyle doğacak her türlü kamulaştırma iş ve işlemlerinden belediyeler veya valilikler sorumludur.

Mevcut yapılar nedeniyle parsellerden düzenleme ortaklık payı alınamadığı hâllerde bu payın miktarı, düzenlemenin gerçekleştirilebilmesi için yapılacak kamulaştırmada kullanılmak üzere bedele dönüştürülebilir.

Bedel takdiri 2942 sayılı Kanununun 11 inci maddesinde belirtilen bedel tespiti esasları da gözetilerek 6/12/2012 tarihli ve 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanununa göre lisans almış gayrimenkul değerlendirme uzmanları veya ilgili idare takdir komisyonlarınınca raporlandırılarak tespit edilir. Tespit edilen bedel tapu kütüğünün beyanlar hanesinde belirtilir ve bu bedelin tamamı ödeme tarihinde, her takvim yılı başından geçerli olmak üzere bir önceki yıla ilişkin olarak 4/1/1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanununun mükerrer 298 inci maddesi hükümleri uyarınca tespit ve ilan edilen yeniden değerlendirme oranında güncellenmek suretiyle ödenmedikçe devir yapılamaz, yapı ruhsatı verilemez. Bedelin tamamen ödenmesi hâlinde taşınmaz maliki ya da idarenin talebi üzerine terkin edilir.

Düzenleme sonucu taşınmaz maliklerine verilecek parseller; öncelikle düzenlemeye alınan taşınmazın bulunduğu yerden, mümkün olmuyor ise en yakınındaki eşdeğer alandan verilir.

Düzenleme alanında bulunan imar adalarında, asgari parsel büyüklüğünü karşılamak kaydıyla, imar uygulama alanında kalan hisseli arsa ve araziler; hisse sahiplerinin muvafakati hâlinde veya fiilî kullanım esasına göre müstakil hâle getirilebilir.

Uygulama imar planında hüküm bulunmaması hâlinde yönetmelikte belirlenen asgari parsel büyüklüklerinin altında parsel oluşturulamaz.

Bu maddede belirtilen kamu hizmetlerine ayrılan yerlere rastlayan alanlardaki ağaçlar/yapılar, belediye veya valilikçe bedeli/enkaz bedeli ödenerek sökülür ve yıkılır.

Düzenlenmiş arsalarda bulunan yapılara, ilgili parsel sahiplerinin muvafakatlari olmadığı veya plan ve mevzuat hükümlerine göre mahzur bulunduğu takdirde, küçük ölçüdeki zaruri tamirler dışında ilave, değişiklik ve esaslı tamir izni verilemez. Düzenlemeye tabi tutulması gerektiği halde, bu

Düzenlemeleri Hakkında Yönetmelik¹⁵⁴'te düzenlenmiştir. Kanun maddesinin önceki başlığı “Arsa ve Arazi Düzenlemesi” “iken, daha sonra yapılan değişiklikle “Parselasyon Planlarının Hazırlanması” olarak ifade edilmiştir.

Doktrinde hamur kuralı olarak da bilinen parselasyon işlemi sonrasında, düzenleme ile taşınmazları uygulamaya giren özel mülk sahiplerinin taşınmazlarında oluşan değer artışlarına mukabil düzenlemeye tabi olan yerler için planlanan ve buraların ihtiyaç duyduğu kamusal alanların yapımında kullanılmak üzere düzenleme ortaklık payı alınır¹⁵⁵. Bu oran daha önce %40 iken 4/7/2019 tarihli ve 7181 sayılı Kanunun 9 uncu maddesiyle %45 olarak düzenlenmiştir¹⁵⁶.

Düzenleme ortaklık payının mülkiyet hakkını ihlal ettiğine ilişkin doktrinde çeşitli görüşler mevcuttur. Bu eleştirilerin bir bakıma haklılık payı vardır. Zira Anayasa Mahkemesi Eski İmar Kanunundaki %25 oranında belirlenen DOP oranını 1961 Anayasası'nda yer alan mülkiyet hakkına aykırı bularak iptal etmiştir¹⁵⁷.

madde hükümlerinin tatbiki mümkün olmayan hallerde imar planı ve yönetmelik hükümlerine göre müstakil inşaata elverişli olan kadastral parsellere plana göre inşaat ruhsatı verilebilir.

Bu maddenin tatbikinde belediye veya valilik, ödeyecekleri kamulaştırma bedeli yerine ilgililerin muvafakatı halinde kamulaştırılması gereken yerlerine karşılık, plan ve mevzuat hükümlerine göre yapı yapılması mümkün olan belediye veya valiliğe ait sahalardan yer verebilirler.

Veraset yolu ile intikal eden, bu Kanun hükümlerine göre şüylendirilen Kat Mülkiyeti Kanunu uygulaması, tarım ve hayvancılık, turizm, sanayi ve depolama amacı için yapılan hisselendirmeler ile cebri icra yolu ile satılanlar hariç imar planı olmayan yerlerde her türlü yapılaşma amacıyla arsa ve parselleri hisselerle ayıracak özel parselasyon planları, satış vaadi sözleşmeleri yapılamaz.

Bu madde kapsamında yapılmış olan imar uygulamalarının kesinleşmiş mahkeme kararlarıyla iptal edilmesi nedeniyle; davaya konu parselin imar planı kararları ile umumi ve kamu hizmetlerine ayrılan alanlara denk gelmesi veya iptal edilen uygulama ile tahsis ve tescil edilmiş parsellerde hak sahiplerince yapı yapılmış olması ve benzeri hukuki veya fiili imkânsızlıklar nedeniyle geri dönüşüm işlemleri yapılarak uygulama öncesi kök parsellere dönülemeyeceğinin parselasyon planlarını onaylamaya yetkili idarelerin onay merciince tespiti halinde, öncelikle davaya konu parselin hak sahiplerinin muvafakatı alınmak kaydıyla uygulama sahası içerisinde idarece uygun bir yer tahsis edilir veya anlaşma olmaması halinde davacı hak sahibinin kök parseldeki yeri dikkate alınarak uygulamadaki düzenleme ortaklık payı kesintisi düşüldükten sonraki taşınmazın rayiç bedeli üzerinden değeri ödenir.

Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Bakanlıkça hazırlanan yönetmelikle belirlenir.”

¹⁵⁴ 22.02.2020 tarih ve 31047 sayılı Resmî Gazete.

¹⁵⁵ BAŞPINAR V., Mülkiyet Hakkını İhlal Eden Müdahaleler, s.359.

¹⁵⁶ Aynı oran 03.12.2003 tarih ve 5006 sayılı kanunla yapılan değişiklikten önce %35 olarak belirlenmişti.

¹⁵⁷ “Anayasa'nın 38 inci maddesinin Temsilciler Meclisinde görüşülmesi sırasında bir çok üyeler söz almış, Anayasa Komisyonu sözcüleri de bir çok defalar konuşmuşlardır. Bu konuşmalarda daha çok maddenin konumuzun dışında kalan ikinci fıkrası üzerinde durulmuştur. Ancak, kamulaştırılacak

Gözler de kesilen DOP oranının mülkiyet sahiplerinin taşınmazlarının değerlendirilmesinin karşılığı olarak görülmesini eleştirmektedir. Yazar burada günümüz koşullarında her taşınmazın parselasyon sonrası değerlendirilmeyebileceğini, değerlendirilebileceğinin her taşınmaz için aynı oranda olmayacağını ve burada parselasyon uygulanan taşınmaz sahipleri nezdinde fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin ölçüsüz olarak uygulanacağını vurgulamaktadır. Nitekim yazar aynı sebeplerle parselasyon gören yerlerde sadece yol, park, yeşil alan gibi orta mallar değil, karakol gibi kamu hizmeti veren kurumların da yapılacağını ve bu kurumlar için neden sadece parselasyon gören taşınmaz sahiplerinin katkı vermesi gerektiğini eleştirmektedir¹⁵⁸.

Doktrindeki eleştirileri bir tarafa bırakacak olursak arsa arazi düzenlemesi sonucunda, düzenlemeye konu arazilerde mülk sahibi olan şahısların, tarla niteliğindeki arazilerinin imar parseli haline gelmesini sağlayan imar uygulamasının ve bu yerler için planlanan kamusal alanların ekonomik masrafına katkı sunmaları beklenir¹⁵⁹. Sonuçta taşınmaz sahiplerinin kadastral parselleri üzerinde yapı yapmaya elverişli düzenli imar parselleri oluşturulmasıyla bu uygulamadan dolayı söz konusu taşınmazların değerleri yadsınamayacak şekilde artacaktır. Hal böyleyken kanun koyucu, idarelerin sözü edilen özel mülkiyet sahiplerine parselasyon işlemi sonucu

taşınmaz malların gerçek değerinin peşin ödeneceğine ilişkin kayda itiraz edenler de olmuş ve maddenin birinci fıkrasının (istimlâki gerektiren hallerde ödenecek değer ve ödeme şekli ilgili kanunlarda belirtilir) şeklinde değiştirilmesi istenilmişse de bu İstek kabul edilmemiştir.

23/5/1949 günlü Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasa'sının 14 üncü maddesinin üçüncü fıkrasında (Kamulaştırma, ancak toplum yararı için yapılabilir. Kamulaştırma bir kanunla, yahut bunun usulüne ve değerini tazmini ölçüsünü düzenleyen bir kanunun uygulanması ile olabilir. Tazminat toplum yararı düşüncesine ve ilgililerin yararlarına göre hakka uygun şekilde belli edilir. Tazminat miktarından doğacak anlaşmazlıklarda ilgililer mahkemeye başvurabilirler) denilmektedir. Görülüyor ki bu hüküm Türkiye Cumhuriyeti Anayasa'sının 38 inci maddesinin birinci fıkrası hükmünden çok farklıdır. Böyle olduğu için de 1960 yılında Federal Almanya Cumhuriyetinde kabul edilen Federal İmar Kanunu, imar alanına ilk defa alınan yerlerde tarla kaidesini uygulamak ve parselleri karşılıksız olarak yüzde otuz kadar noksanı ile taksim etmek yetkisini belediyelere tanımıştır. Fakat, Türkiye Cumhuriyeti Anayasa'sının 38 inci maddesinin birinci fıkrası böyle bir hal şekline elverişli değildir. Bu fıkranın yukarıda işaret edilen şekilde düzenlenmesini isteyen teklif de Temsilciler Meclisi tarafından kabul olunmamıştır.

Yukarıdanberi yapılan açıklamadan anlaşılacağı üzere 6785 sayılı İmar Kanununun şüyulandırılan taşınmaz malların yüzde yirmi beşe kadar noksanı ile sahiplerine dağıtılabileceğine ilişkin hükmü Anayasa' nın 38. maddesinin birinci fıkrasına aykırıdır. Bu sebeple de iptaline karar verilmek gerekir.”

AYM, E.1963/65, K.1963/278, K.T.22.11.1963,

<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/1963/278?EsasNo=1963%2F65>, (E.T.03.01.2021)

¹⁵⁸ GÖZLER, C.II, s.1001-1004.

¹⁵⁹ ÇOLAK, s.407.

adeta ortak olduğunu ve ortaklık payının ödenmesi gerektiğini öngörmüştür. Bu uygulama her ne kadar doktrinde bazı yazarlar¹⁶⁰ tarafından mülkiyet hakkına aykırı bulunarak eleştirilmekte ise de kanımızca hukuka aykırı bir yönü yoktur. Zira idare özel mülkiyet sahiplerine yerleşim yeri planlanması ve yapılaşma sağlanmasına yönelik uygulama yapılması hususunda hizmet vermekte ve bunun karşılığında taşınmazları değerlenen maliklerden kamu hizmetlerinin karşılanması için katkı sunması beklenmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi 1963 tarihinde verdiği yukarıda belirtilen kararından sonra 1982 Anayasası döneminde, parselasyon işlemi sırasında düzenleme ortaklık payı alınmasını Anayasa'ya aykırı bulmamış, DOP'u, karşılık ödenmeden alınan bir kamulaştırma bedeli olarak nitelendirmenin mümkün olmadığını, dolayısıyla bu noktada bir kamulaştırmatsız el atmadan söz edilemeyeceğini vurgulayarak 1990 yılındaki kararında¹⁶¹ şu ifadelerle yer vermiştir;

“İtiraz konusu kural ile, kadastral parsellerin imar parseline dönüştürülmesinden sonra belediye tarafından kamu hizmeti yapılırken, hizmet karşılığı, yine o yere getirilecek hizmet için malikin taşınmazından belli bir miktarın düzenleme ortaklık payı olarak alınması yetkisinin, karşılık ödenmeden yapılan bir kamulaştırma olarak nitelendirilmek olanaksızdır. Bu nedenle yönetimin kamulaştırmatsız el atmada bulunduğundan söz edilemez.

Arsa sahiplerinin, belediyeye, otopark yerleri, park yerleri ve diğer kamu tesisleri için arsa yardımında bulunmaları, konut yapımına tahsis edilmiş arsalardan yeter miktarın, sahiplerince, araba park yeri olarak belediyeye intikal ettirilmesi birçok ülkede uygulanmaktadır.

Pek çok uygar ülke tarafından kabul edilip uygulanan arazi ve arsa düzenlemesinde bir kısım alanın "düzenleme ortaklık payı" olarak alınması işlemi; belediyenin yaptığı kamu hizmeti karşılığında, 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu'nun 16., 86., 87., 88. maddeleri gereği alman değerlendirme resmi (şerefiye) ile, yol yapı harcamalarına, kanalizasyon harcamalarına, su tesisleri harcamalarına

¹⁶⁰ BAŞPINAR V., Mülkiyet Hakkını İhlal Eden Müdahaleler, s.358. Ayrıca Bkz. GÖZLER, C.II, s.1000-1004.

¹⁶¹ AYM, E.1990/7, K.1990/11, K.T.21.06.1990, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/1990/11?EsasNo=1990%2F7>, (E.T.03.01.2021).

yararlananların katılma payı gibi, kendine özgü dengeli bir değerlendirme niteliğindedir.

Diğer taraftan 2464 sayılı Yasa'nın 97. maddesinde de, belediyelerin anılan Yasa'da harç ve katılma payı konusu yapılmayan her türlü hizmet için ücret almaya yetkili oldukları kabul edilmiştir.

Yerleşme yerleri ile bu yerlerdeki yapılaşmaların plan, fen, sağlık ve çevre koşullarına uygun oluşmasını sağlamak amacıyla düzenlenmiş olan İmar Yasası'nın dava konusu 18. maddesinin ikinci fıkrası, belediyeye düzenlemeye bağlı tutulan taşınmaz maliklerinden, götürülen hizmetten dolayı bir karşılık alma yetkisi vermektedir. Düzenlemeden önceki taşınmazına karşılık olarak verilen taşınmaz da malikin tasarrufuna özgülediğinden, uygulamaya esas hükümlerin Anayasa'ya aykırılığı söz konusu değildir.”

7181 Sayılı Kanun'dan önce, parselasyon işlemi sırasında yol, yeşil alan, park, meydan, ilköğretim alanı gibi alanları gibi umumi hizmete ayrılan yerler düzenleme ortaklık payı ile sağlanırken, düzenleme alanı içindeki diğer resmi kurum ve kuruluşlar için ise kamu ortaklık payı kesilmekteydi¹⁶². Ancak 04.07.2019 tarihli 7181 sayılı kanun ile İmar Kanunu'nun 18. Maddesi'nde bir dizi değişikliğe gidilmiş ve kamu ortaklık payı uygulaması kaldırılarak artık resmi kurumların da DOP'tan sağlanması kuralı öngörülmüştür. Yine aynı kanunla, DOP oranı %40'tan %45'e çıkarılmış, DOP'tan temin edilecek umumi hizmet alanları çeşitlendirilmiştir¹⁶³. Ayrıca önceki düzenlemede, birden fazla kez yapılan parselasyon uygulamalarında sadece bir defa kesilebilen düzenleme ortaklık payı, yeni düzenlemeye göre yapılan her parselasyon uygulamasıyla birlikte %45'lik oran tamamlanıncaya kadar yeniden kesilebilmektedir.

Bu durumda yukarıda sözü edilen kanuni düzenlemeyle birlikte düzenleme ortaklık payı kamu ortaklık payı kavramı farkı kaldırılmış, taşınmazları düzenleme alanındaki resmi kurumlara ayrılan yerlerde kalan özel mülkiyet sahiplerinin hisseli olarak resmi kuruma ayrılan yerde malik yapılması ve bu hisselerin kamulaştırılması

¹⁶² Aynur HASOĞLU, “Düzenleme Ortaklık Payı-Kamu Ortaklık Payı İlişkisi”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C.14, S.153, 2019, s.1026.

¹⁶³ Suat ŞİMŞEK, “7181 sayılı Kanunla, Arazi ve Arsa Düzenlemesi İşlemlerinde Neler Değişti”, <https://gayrimenkulmevzuati.com/7181-sayili-kanunla-arazi-ve-arsa-duzenlemesi-islemlerinde-neler-degisti/>, (E.T.09.01.2021).

sonucunu doğuran kamu ortaklık payı uygulamasından vazgeçilmiştir. Böylece getirilen uygulama birliği sayesinde umumi hizmetlerin yanı sıra resmi hizmet alanlarının da DOP'tan karşılanmasıyla hem idarenin bu alanlara isabet eden taşınmazları kamulaştırma yükü ortadan kalkmış hem de özel mülk sahiplerinin resmi kurum alanına isabet eden taşınmazları uzun süre kamulaştırılmayarak bu yolla hukuki el atma yolunun önü kapatılmıştır. Dolayısıyla bu düzenleme kanımızca mülkiyet hakkı kapsamında yerinde ve isabetli bir düzenlemedir.

Bu konuda son olarak parselasyon ilkelerine değinmek gerekmektedir. 3194 Sayılı Kanun'un 18. Maddesi ve bunun uygulanmasına dair Arsa Arazi Düzenlemesine ilişkin yönetmelikte parselasyon ilke ve kuralları detaylı olarak belirlenmiştir. Buna göre düzenlemeye giren parselin, yeni yerden yapılacak imar parseli tahsisi, mümkün olduğunca kadastral parselden, bu mümkün değilse ve teknik zorunluluklar söz konusuysa kadastral parselde en yakın yerden sağlanır. Eski kadastral parsel sahibine mümkün olduğunca müstakil bir imar parseli verilir ve eğer yapılabiliyorsa kadastral parseldeki mevcut yapılar korunur. Taşınmaz sahibine tek ve müstakil parsel tahsis edilemiyorsa, bu parsel mümkün olduğunca tek bir imar parselinde hisselendirilerek verilir. Düzenleme alanı bir müstakil imar adasından küçük olamaz. Ancak bir imar adası tek bir parselden oluşabilir. Tüm bu ilke ve kurallara uygun olarak parselasyon planları yapılır, düzenleme sınırları tespit edilerek özet cetvelleri, tahsis cetvelleri, ada dağıtım cetvelleri düzenlenir ve kadastral parsel sahiplerine en uygun imar parselleri tahsis edilerek parselasyon uygulaması tamamlanmış olur.

Tüm bu anlatılanlar ve Anayasa Mahkemesi kararları ışığında; parselasyon işleminde mülkiyet hakkına aykırı bir durum bulunmadığı, bu işlemin sosyal devlet ilkesine uygun olarak birçok uygar devlette uygulandığı gibi ülkemizde de uygulanmasının hukuk devleti açısından sakıncasının bulunmadığı söylenebilir. Öte yandan parselasyonun, kamulaştırma gibi zaman zaman sürüncemede bırakılıp mülkiyet hakkını ihlal eden ve hukuki el atma sonucu doğurabilen işlemlere göre daha yerinde bir uygulama olduğu, bu uygulamanın kamulaştırmatsız el atmaya sebebiyet verdiği şeklinde değil, doktrinde de sözü edildiği gibi olsa olsa hukuka uygun kamulaştırmatsız el atma olarak nitelendirilebileceği açıktır. Ancak elbette ki parselasyon işlemi yapılırken idarenin keyfi ve hukuksuz davranmaması gerektiği, bu

işlemler sonucunda ortaya çıkan hukuka aykırı sonuçların giderilebilmesi için idare mahkemelerine her zaman dava açılabilceği de tabiidir.

III. HUKUKİ EL ATMA KAVRAMI

Hukuki el atma, imar planları yapıldıktan sonra kamusal alanlara isabet eden özel mülkiyetteki taşınmazların, bulunduğu yerlerde yapılan planların kesinleşmesinden itibaren beş yıl ve daha fazla süre geçmesine rağmen, imar uygulamaları yapılmayarak mülkiyet hakkının kısıtlanmasıdır¹⁶⁴. Bu noktada taşınmazları imar planlarıyla kamuya ait alanlara isabet eden şahısların taşınmazları kamulaştırılmayarak ya da parselasyon uygulaması yapılmak suretiyle kendilerine üzerinde yapı yapmaya uygun imar parsellerinden yer verilmeyerek uzun süre boyunca taşınmazlarından yararlanma hakları ellerinden alınmış olmaktadır. Böylece malikler arsalarını satamamakta, kat karşılığı inşaat sözleşmeleri yapamamakta ya da arsaları üzerinde yapı yapamamaktadırlar.

Kamulaştırmaz el atma uzun yıllar salt fiili el atma olarak değerlendirilmiş, yerel mahkemeler ve Yargıtay bir takım gerekçelerle hukuki el atmanın kamulaştırmaz el atmaya dâhil olduğunu ve mülkiyet hakkı ihlali teşkil ettiğini kabul etmemişlerdir. Yargıtay'ın bu kabulü, mülkiyet hakkına yapılan bu müdahalelerin uzun süre kamulaştırmaz el atma sayılmasına mani olmuş ve bu durum pratikte birçok malikin mağdur olmasına yol açmıştır¹⁶⁵. Neyse ki YHGK'nın kararıyla¹⁶⁶ hukuki el atma uygulamaları da kamulaştırmaz el atma kavramı kapsamına dâhil edilmiş ve uzun yıllar süregelen bir yanıltan dönülmüştür. Anılan kararlar bir idari

¹⁶⁴ Yakup Emre ÇORUHLU/Bayram UZUN/Okan YILDIZ, “Kamulaştırmaz Hukuki El Atma Kavramının İncelenmesi ve Muhtemel Çözüm Yaklaşımlarının Getirilmesi”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, S.39, 2019, s.8.

¹⁶⁵ Mehmet ÇABUK/Nuran DOĞAN ÇAKMAK/Dilara ŞENGÖZ, **Danıştay Kararları Işığında Kamulaştırmaz El Atma**, 2.Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020, s.45.

¹⁶⁶ “... uzun yıllar programa alınmayan imar planının fiilen hayata geçirilmemesi nedeniyle kamulaştırma ya da takas cihetine gitmeyen davalı İdarece, pasif ve suskun kalınmak ve işlem tesis edilmemek suretiyle taşınmaza müdahale edildiği; bu haliyle İdarenin eyleminin, mülkiyet hakkının özüne dokunan ve onu ortadan kaldıran bir niteliğe sahip bulunan kamulaştırmaz el koyma olgusunun varlığı için yeterli bulunduğu, her türlü izahtan varestedir.”, YHGK, E.2010/5-662 K.2010/651. KT.15.12.2010.

işlem olan imar planları sonucunda mülkiyet hakkının içini boşaltan uygulamaların önüne geçilmesi sağlanmak istenmiştir¹⁶⁷.

Hukuki el atma kavramının uluslararası alanda ortaya çıktığı önemli ilk dava 1982’de AİHM’de görülen Sporrong ve Lönnroth-İsveç davasıdır. Bu davada davacıların taşınmazları üzerinde 25 ve 12 yıl boyunca imar yasağı söz konusu olmuş, kamulaştırma yapılmamış ve başvuruçuların taşınmazlarından istifade etmeleri çok uzun yıllar engellenmiştir. AİHM burada bireysel hak ile kamusal hak arasındaki adil dengenin bireysel hak aleyhine bozulduğunu belirtmiş ve hak ihlali kararı vermiştir¹⁶⁸. Sonrasında AİHM tarafından Hakan Arı-Türkiye davasında yapılan belirlemeler ve AİHM kararlarının Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay tarafından da takip edilmesiyle hukuki el atma Türkiye’de mülkiyet hakkının ihlali anlamında tartışılan bir uygulama olma yolunda ilerlemiştir.

Şöyle ki idareler bazı durumlarda mülkiyet hakkına özel mülkiyetteki taşınmazlara fiilen el atarak değil, idari işlem olarak yapılması gereken kamulaştırma, parselasyon gibi işlemleri yapmayarak müdahalede bulunurlar. Böylece AİHS ve Anayasa’da güvence altına alınmış mülkiyet hakkının, kanunlar kapsamında korunması ve özgürce kullanılmasının temin edilmesi gerekliliği noktasında hukuki el atmanın da kamulaştırmatsız el atma kapsamına dâhil edilmesi ve buna yönelik kanuni ve içtihadî uygulamalar geliştirilmesi ihtiyacı doğduğundan, YHGK’nın 15.12.2010 tarih ve E.2010/5-662 K.2010/651 sayılı kararından sonra hukuki el atmalar da kamulaştırmatsız el atma sayılmıştır. Bundan sonra da bu konu yerleşik içtihat haline gelmiştir. Nitekim Yargıtay 5. Hukuk Dairesi’nin, 15.12.2010 tarihli genel kurul kararına atıf yapmak suretiyle imar planında kamusal alana isabet eden taşınmazlara fiilen el atılmamış olsa dahi kamulaştırma bedelinin ödenmesi gerektiğine ilişkin çok sayıda kararı¹⁶⁹ mevcuttur.

Danıştay’ın hukuki el atma ile ilgili bakış açısı da benzer şekildedir. Danıştay 6. Dairesi’nin uzun yıllardır süregelen içtihatlarında, imar planlarıyla kamu hizmeti

¹⁶⁷ TUTAL, s.1112.

¹⁶⁸ Dilek KARADEMİR, “Kamulaştırmatsız El Atma”, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.11, S.2-12, 2016, s.946,947.

¹⁶⁹ Bkz. Yargıtay 5. Dairesi E.2010/13978, K.2011/4724, K.T.16.03.2011, akt. YILDIRIM, S.1331,1332.

alanında kalan taşınmazların İmar Kanunu'nun 10. maddesi'nde belirtilen imar programına alınmaması sebebiyle mülkiyet hakkının özünün zedelendiği, zira kanunun bu konuda idareye bir takdir hakkı tanımaksızın bağlayıcı sürelerde gerekli işlemleri gerçekleştirmesini emrettiği, bunu yapmayan idarelerin sorumlu olduğu belirtilmektedir. Nitekim Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 24.05.2012 tarih E.2007/2255 K.2012/801 sayılı ve yine 14.12.2006 tarih E.2003/385 K.2006/2124 sayılı kararlarında, imar planlarının kesinleşmesinden sonra uzun süre idareler tarafından kamulaştırılmayan taşınmazlar bakımından kamu yararı ile mülkiyet hukuku arasında sağlanması gereken adil dengenin mülkiyet hakkı aleyhine bozulduğuna hükmedilmiştir¹⁷⁰.

Danıştay bir kararında¹⁷¹ hukuki el atma ile ilgili şunu ifade etmiştir: *“Yukarıda açıklandığı üzere, malikin taşınmaz üzerindeki egemenliği hukuk düzeninin sınırları içinde üçüncü kişilere karşı korunmuş ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 683. maddesinde malike, hukuka aykırı olarak müdahalenin önlenmesini isteme hakkı tanınmıştır. Bir kişinin taşınmazına eylemli olarak el atıp tamamen veya kısmen kullanılmasına engel olunması ile imar uygulaması sonucu o kişinin mülkiyetinde olan taşınmaza hukuken kullanmaya engel sınırlamalar getirilmesi arasında sonucu itibari ile bir fark bulunmamakta her ikisi de kişinin mülkiyet hakkının sınırlandırılması anlamında aynı sonucu doğurmakta, uzun yıllar programa alınmayan imar planının fiilen hayata geçirilmemesi nedeniyle kamulaştırma ya da takas cihetine gitmeyen idarelerce, pasif ve suskun kalınmak ve işlem tesis edilmemek suretiyle taşınmaza müdahale edildiğinden, bu haliyle idarenin eylemi, mülkiyet hakkının özüne dokunan ve onu ortadan kaldıran bir niteliğe sahip bulunan kamulaştırmasız el koyma olgusunun varlığı için yeterli bulunmaktadır.”*

Yine davacının taşınmazının imar planında yol ve otopark alanına ayrılması sonucunda kamulaştırma işlemi yapılmaması üzerine açılan davada Danıştay hukuki el atmanın niteliğini belirlemeden önce konuya Yargıtay'ın getirmiş olduğu çözümlü vurgulamış ve şöyle devam etmiştir: *“Davacıya ait parsellerin, imar planında*

¹⁷⁰ İLGEZDİ, s.58,59.

¹⁷¹ Danıştay 6. Dairesi, E.2016/12699, K.2017/2603, K.T.13.04.2017, <https://portal.uyap.gov.tr/uyap-uygulamaları>, (E.T.30.12.2020).

kamunun kullanımı için yol ve otopark alanı olarak ayrılması nedeniyle bu parselde artık yapılaşmaya gidilemeyeceğinden, davacının tasarruf haklarının kısıtlandığı açıktır. Buna rağmen taşınmazın yol ve otopark olarak belirlenmesinin üzerinden beş yıldan fazla bir süre geçmiş olmasına karşın davalı idarece 5 yıllık imar programının hazırlanmadığı ve kamulaştırma yapılmadığı gibi taşınmazın kamulaştırılmasına yönelik davacı istemlerinin reddedildiği ve ne zaman kamulaştırma yapılabileceği konusunda davacıya herhangi bir bilgi de verilmediğinden davacıya ait parselin mülkiyet hakkından yararlanma olanaklarının kalmadığı görülmektedir.”

Danıştay yukarıda yaptığı açıklamalarla hukuki el atmayı vurguladıktan sonra konuya Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin doğrudan Türkiye ile ilgili vermiş olduğu bir kararındaki yaklaşımından bahsederek davacının mülkiyet hakkının belirsiz bir süre sınırlandırılmasını hukuka aykırı bulmuş, talep edilen bedelin tarafına ödenmesi gerektiğine hükmetmiştir. Danıştay'ın ilgili kararının¹⁷²devamı şu şekildedir.

“Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, yukarıda da yer verilen Hakan Arı/Türkiye Davasında (Başvuru No:13331/07) verdiği kararda, söz konusu durumun başvuranın mülkiyet hakkından tam anlamıyla yararlanmasının önünde engel teşkil ettiği ve arazinin satış şansı da dahil, sonucu itibarıyla taşınmazın değerini hatırı sayılır ölçüde azalttığı değerlendirmesinde bulunarak, malikin, kamu yararının gerekleri ile mülkiyet hakkı arasında gözetilmesi gereken adil dengeyi bozan alışılmışın dışında ve ölçüsüz bir yüke katlanmak zorunda kaldığı sonucuna varmış, ilgilinin mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

Bu bağlamda, imar planında kamusal kullanıma ayrılmış olması nedeniyle davacının taşınmazının yapılaşmaya kapatıldığı, imar haklarını kullanma olanağının kalmadığı, dolayısıyla davacının mülkiyet hakkı kullanımının engellendiği görülmektedir. Bunun yanında, idarece belirsizliği telafi edecek herhangi bir hukuki karar alınmayarak arsa üzerindeki kısıtlama devam ettirilmiştir.

¹⁷² Danıştay 6. Dairesi, E.2011/8152, K.2013/2702, K.T.17.04.2013, <https://portal.uyap.gov.tr/uyap-uygulamaları>, (E.T.03.01.2021).

Bu durumda, davacıya ait taşınmazın imar planında "yol ve otopark" olarak belirlenmesi nedeniyle 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 10. maddesi uyarınca imar planının yürürlüğe girmesinden itibaren en geç 3 ay içinde bu planı tatbik etmek üzere 5 yıllık imar programının belediyece hazırlanmaması ve bunun sonucunda taşınmazının kamulaştırılmaması nedeniyle davacının mülkiyet hakkının belirsiz bir süre ile kısıtlandığı ve bu kısıtlamanın idarece bir karar alınarak kaldırılmadığının sabit olması karşısında, taşınmaz malın değerinin hesaplanarak ilgisine ödenmesi dışında başka bir yol kalmamıştır.”

A. HUKUKİ EL ATMANIN UNSURLARI

Hukuki el atmanın unsurlarını ortaya koymak idarenin bu hukuka aykırı davranışının sonuçlarını gidermek bakımından önem arz etmektedir. Zira bir idari işlemin iptali ancak onun yetki, şekil, sebep, konu ve amaç unsurları bakımından hukuka aykırı olması durumunda mümkündür. İşlemden bu sayılan unsurlar bakımından hukuka aykırılık bulunmaması durumunda ise davanın esastan reddi gerekir¹⁷³.

Hukuki el atmanın unsurlarından bahsederken kanuni düzenlemelerden bağımsız bir değerlendirme yapılarak hukuki el atmanın niteliğine uygun ve daha çok yargı kararlarıyla uygulamaya girmiş olan unsurlarından bahsedilecektir. Zira 2942 Sayılı Kanun'un geçici 6. maddesi, kamulaştırmaz el atma uygulamalarına yönelik hukuki çözümleri sadece 09.10.1956 ile 04.11.1983 tarihi arasındaki fiili el atmalar için öngörmüş, bu tarihten sonraki fiili el atmalar ile imar planlarının kesinleşmesi ve 5 yıldan fazla süreyle kamulaştırma işlemi yapılmamasından kaynaklanan hukuki el atmalar bu hükmün kapsamı dışında bırakılmıştır.

Hukuki el atmanın unsurları fiili el atmanın unsurlarıyla benzeşmektedir. Dolayısıyla el atmanın unsurları hukuki el atma özelinde ancak yine de fiili el atmayı da içerebilecek şekilde, kamulaştırmaz el atma kapsamında incelenmiştir.

¹⁷³ KARACA, s.281.

1.EL ATMANIN KAMULAŞTIRMA YETKİSİ BULUNAN BİR İDARE TARAFINDAN YAPILMIŞ OLMASI

Hukuki el atmadan söz edilebilmesi için öncelikle ortada kamulaştırma yapması gerekip de yapmayan bir idarenin mevcut olması gerekir. 2942 Sayılı Kamulaştırma Kanunu 1. Maddesi'nde kamulaştırmaya yetkili idareler olarak devlet ve kamu tüzel kişilikleri ifade edildikten sonra, aynı kanunun 5. Maddesinde bakanlıklar, köyler, belediyeler, üniversiteler, YÖK, TRT, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu ve diğer kamu kurumlarının kamulaştırma kararı alabileceği hükmü düzenlenmiştir.

Kamulaştırma yetkisi, kamu gücü otoritesine bağlı olarak kullanılan bir yetki olduğundan, sadece devlet ve kamu tüzel kişilerin ve ancak idarenin görevli olduğu kamu hizmetinin yürütülmesi amacıyla yapılabilir¹⁷⁴.

Özel mülkiyet kapsamındaki bir taşınmaza kamulaştırmaksızın el koyan idare eğer kamulaştırma yetkisini haiz değilse, söz konusu eylem, alelade bir hukuka aykırı fiil olarak değerlendirilir ve Borçlar Kanunu'nun haksız fiil esasları kapsamında zararın tazmin ettirilmesi yoluna gidilir¹⁷⁵. Nitekim Yargıtay'ın bir kararında¹⁷⁶ kamulaştırma yetkisi bulunmayan bir idarenin el koyma fiilinin kamulaştırmaksız el atma sayılmadığı, bir haksız fiil niteliğindeki bu eylemin sonucunun, yol açtığı zararın tazmini suretiyle giderilebileceği belirtilmiştir¹⁷⁷.

Kamulaştırma Kanunu'nun 5'nci maddesinde ise *"gerçek kişiler yararına kamulaştırmalarda bu kişilerin, özel hukuk tüzelkişileri yararına kamulaştırmalarda ise; yönetim kurulları veya idare meclislerinin, yoksa yetkili yönetim organlarının başvuruları üzerine gördükleri hizmet bakımından denetimine bağlı oldukları köy, belediye, özel idare veya bakanlık yetkilidir"* hükmü düzenlenmiştir. Buna göre özel hukuk tüzel kişilerinin kamulaştırma yetkisi bulunmamaktadır. Nitekim Danıştay 6.

¹⁷⁴ GÜNDAY, s.252.

¹⁷⁵ YALÇINDURAN, s.35.

¹⁷⁶ "...Olayda kamulaştırma yapabilecek davalı bakanlığın el atma ile ilgili tasarrufunun bulunup bulunmadığı araştırılmamıştır. Böyle bir tasarrufunun bulunmadığı takdirde kamulaştırma yetkisi bulunmayan Muhafız Alayının dava konusu yeri tel örgü ile çevirmesi nedeni ile bir zarar meydana gelmişse ancak bu zarardan davalı sorumlu tutulabilir. Mahkemece bu yön dikkate alınmadan ve gerekli araştırma ve inceleme yapılmadan dava yanlış nitelendirilerek hüküm tesis edilmiştir." Yargıtay 3.HD. E.1977/2265, K.1977/3089, K.T. 09.05.1977, akt. ULUSOY, s.17.

¹⁷⁷ ULUSOY Y. , s.17,18.

Dairesi bir kararında özel bir dernek tarafından özel bir kanun hükmü bulunmaksızın okul yapılmak için alınan kamulaştırma kararının hiçbir hukuki değer taşımadığı ve yok hükmünde olduğuna karar vermiştir¹⁷⁸. Bu durumda gerektiği durumlarda özel hukuk kişileri adına yine idarece kamulaştırma yapılır. Bu nedenle bu özel hukuk tüzel kişileri tarafından özel mülkiyet altındaki bir taşınmaza yapılan el atmalar kamulaştırmatsız el atma teşkil etmez¹⁷⁹. Nitekim bir kararında Yargıtay, özel hukuk tüzel kişilerinin kamulaştırma yetkisi bulunmadığı ve bunlardan kaynaklı el atmalarda kamulaştırmatsız el atmadan değil bir haksız fiilden söz edilebileceğini vurgulamıştır. Sözü edilen kararın¹⁸⁰ ilgili kısmı şöyledir;

“Dosyanın incelenmesinde, Karayolları 8. Bölge Müdürlüğüne yazılan müzekkere cevabından davaya konu 103 ada 33 parselde herhangi bir kamulaştırma işleminin bulunmadığı anlaşılmaktadır. Özel hukuk tüzel kişisi(Limited Şirket) olan davalının kamulaştırma yapma yetkisi bulunmadığı gibi, davacının da eski hale getirme yönünden bir talebi bulunmamaktadır. Davacının talebi, taşınmaza hafriyat dökülmesi sebebi ile taşınmazın zarar görmesi ve ayrıca taşınmaz üzerindeki bir kısım ağaçların zarar gördüğü iddiasına dayalı tazminat istemine ilişkindir.

Şu halde yukarıda açıklanan yönler gözetilmeksizin, mahkemece kamulaştırmatsız el atma hükümlerinin tatbiki ile zararın hesaplanmış olması ve ayrıca bilirkişi raporunda (B) harfi ile gösterilen 1100 m² lik kısım yönünden tapuda davacılar adına kayıtlı hisselerin iptali ile tapuda davalı şirket adına tesciline hükmedilmiş olması doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir.”

2.ÖZEL MÜLKİYET ALTINDAKİ BİR TAŞINMAZA EL ATILMIŞ OLMASI

Hukuki el atmadan söz edilebilmesi için idare tarafından özel mülkiyette bulunan bir taşınmaza el atılması gerekir. Dolayısıyla kamu malları kamulaştırılmadığı gibi bunlara hukuken el atılamaz¹⁸¹.

¹⁷⁸ Danıştay 6. Dairesi, E.980/1388, K.981/1547, K.T.13.05.1981, Danıştay Dergisi, S.44-45, akt. TAN, s.627

¹⁷⁹ ALTUNIŞIK, s.36.

¹⁸⁰ Yargıtay 4.HD. E.2015/14973, K.2017/5560, K.T. 09.10.2017, <https://portal.uyap.gov.tr/uyap-uygulamaları>, (E.T.09.01.2021).

¹⁸¹ Gürsel KAPLAN, Kamu Kurumları ve Tüzel Kişileri Arasında Taşınmaz Mal Devri ve Yargısal Denetimi, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ayferi Göze'ye Armağan**, S.2004/1-2, 2004, s.171.

Türk Medeni Kanununun 715. maddesinde; “*sahipsiz yerler ile yararı kamuya ait mallar, Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. Aksi ispatlanmadıkça, yararı kamuya ait sular ile kayalar, tepeler, dağlar, buzullar gibi tarıma elverişli olmayan yerler ve bunlardan çıkan kaynaklar, kimsenin mülkiyetinde değildir ve hiçbir şekilde özel mülkiyete konu olamaz*” hükmü yer almaktadır. Görüldüğü üzere kanun maddesi kamu orta mallarının tüm toplumun kullanımına ait olduğunu ve özel mülkiyete konu olamayacağını düzenlemektedir.

Tahsis amaçları itibariyle kamu malları sahipsiz mallar, orta malları ve hizmet malları olarak nitelendirilmektedir. Herkesin kullanabildiği özel mülkiyette bulunmayan dağlar, denizler, kayalar, deniz kıyıları sahipsiz mallardır. Yine kamunun ortak kullanımına açık doğrudan kullandığı ve yararlandığı yollar, meydanlar, pazarlar, mezarlıklar, parklar orta malıdır. Belli bir kamu hizmetine özgülenmiş, kamu tüzel kişilerinin yani idarelerin mülkiyetinde bulunan üniversite, adliye, hastane, belediye, cezaevi, müze vs. gibi mallar ise hizmet mallarıdır¹⁸². Bütün bu kamu malları özel mülkiyete tabi değildir ve bunlar bir idare tarafından kamulaştırılamayacağı gibi bunlara hukuken el atılması mümkün değildir.

Kamulaştırma Kanunu’nun 30. maddesi, bir kamu tüzel kişisine ait taşınmaz malın bir başka kamu tüzel kişisi tarafından kamulaştırılamayacağını belirterek eğer böyle bir ihtiyaç hâsıl olursa söz konusu idarenin bedel tespit etmek suretiyle diğer idareye başvurabileceğini ve devire muvafakat edilmemesi halinde ise anlaşmazlığın alıcı idarenin başvurusu üzerine Danıştay’da çözümleneceğini düzenlemiştir¹⁸³. Dolayısıyla bir idarenin başka bir idarenin taşınmazına ihtiyaç duyması halinde uygulanacak yöntem mevzuatta açıklanmıştır. Bu durumda idarelerin bir başka idarenin taşınmaz malını kamulaştırma yetkisi olmadığından ve kamulaştırma olmadığından hukuki el atmadan da söz edilemeyeceğinden, hukuki el atmanın ancak özel mülkiyetteki taşınmazlar bakımından söz konusu olduğunu söyleyebiliriz.

Danıştay bir kararında hazine arazisinin kamulaştırılmasının mümkün olmadığını, böyle bir işlemin yok hükmünde sayılacağını ifade etmiştir. Sözü edilen

¹⁸² GÖZLER, C.II, s.826-829.

¹⁸³ ÖZDEMİR, s.134.

karara göre; “2942 sayılı Yasanın 30. maddesine göre işlem tesis edilmesi gerekirken anılan Yasanın genel hükümleri uyarınca hazineye ait taşınmazın kamulaştırılması yolunda tesis edilen işlem yok hükmündedir¹⁸⁴.”

3.USULÜNE UYGUN BİR KAMULAŞTIRMA YAPILMAMIŞ VEYA TAMAMLANMAMIŞ OLMASI

Devlet ya da kamu tüzel kişileri, özel mülkiyetteki taşınmaz bir malın tamamı ya da bir bölümünü, kamu yararının söz konusu olması kaydıyla, karşılığını peşin ödeyerek ve kanunda belirtilen esaslar dairesinde kamulaştırabilmektedir¹⁸⁵. 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu’nda kamulaştırma işleminin ayrıntıları belirlenmiş ve kamulaştırma yapılırken uygulanacak prosedür, ilke ve esaslar düzenlenmiştir¹⁸⁶.

Hukuki el atma, imar planları yapıldıktan sonra mevzuatta belirtilen beş yıllık süre içinde imar programlarının uygulamaya konulmaması halinde gündeme gelmektedir. Dolayısıyla imar planlarıyla kamusal alanda kalan özel mülkiyete tabi taşınmazlar hakkında, imar programlarının uygulanması kapsamında kamulaştırma ya da parselasyon işlemleri yapılmadığından, bu taşınmazların hukuki niteliğinin belirsizliğe düşürülmesi sonucunda mülkiyet hakkı mağduriyetleri söz konusu olmaktadır. Ancak burada mülkiyet hakkına müdahaleden söz edebilmek için imar programlarının uygulanmaması, bir başka ifadeyle parselasyon ve kamulaştırmanın yapılmaması ya da tamamlanmaması gerekmektedir¹⁸⁷. Zira imar planlarının uygulamaya konulması, uzun soluklu ve detaylı teknik çalışmalar gerektirmekte olup bunun yapılabilmesi için idareye kanuni bir süre tanınmıştır. Bu sürenin aşılması ise kamu hizmeti için ve kamu yararı amacıyla hukuka uygun olarak başlayan işlemleri hukuka aykırı hale getirmektedir.

Yukarıdaki bölümlerde detaylı olarak incelendiği üzere kamulaştırma işlemi yapılırken kanunda yer alan usul ve esaslara mutlak suretle riayet edilmesi gerekir. Zira karşılığı ödenerek de olsa mülkiyet hakkının malikinin rızası olmaksızın idareye devrini sağlayan bu işlem, ortaya çıkardığı sonuçlar itibariyle önemlidir ve bu noktada

¹⁸⁴ Danıştay 6. Daire, E.2001/6417, K.2002/6314, K.T.23.12.2002, akt. ALTUNIŞIK, s.37.

¹⁸⁵ GÜNDAY, s.250.

¹⁸⁶ ULUSOY Y., s.19.

¹⁸⁷ Sezer ÇABRİ, “Kamulaştırmaz El Atma Kavramının Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 15.12.2010 Tarihli Kararı Doğrultusunda Tanımlanması”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.15, S.1-2, 2011, s.89.

idari işlemin usulüne uygun yapılması, şahısların mülkiyet hakkı güvenliği için önem arz etmektedir. Bu durumda kamu yararı kararı ve kamulaştırma kararlarının yetkili merciler tarafından alınması, kararlar alınırken idari usullerin doğru takip edilmesi gerekmekte, aksi halde usulüne uygun bir kamulaştırma işlemi yapılmadığından her halükarda hukuki el atmalar gündeme gelmektedir. Bir başka deyişle kamulaştırma işleminin yapılması demek, işlemin idari usullere uyularak ve işlemlerin yetkili merciler tarafından tamamlanması demektir. Tamamlanmamış ya da usulüne uygun gerçekleştirilmemiş bir kamulaştırma işlemi de hiç yapılmamış bir kamulaştırma işlemi ile aynı sonuçları doğurmakta ve hukuki el atmaya yol açmaktadır¹⁸⁸. Diğer yandan Kamulaştırma Yasası'ndaki kurallara uygun, hukuken geçerliliği olan bir kamulaştırma işlemi mevcutsa, hukuki el atmadan söz edilemez¹⁸⁹.

Bunun yanı sıra, yok hükmünde sayılan bir kamulaştırma işleminden kaynaklanan el atmalar da hukuki el atma sayılacaktır. Zira yok hükmünde kabul edilen bir kamulaştırma hiç doğmamış bir işlem ve hiç yapılmamış bir kamulaştırmadır¹⁹⁰. Nitekim görev gaspı, yetki gaspı, ağır ve bariz yetki tecavüzü gibi hukuka aykırılıklar işlemi yok hükmünde kılar. Ancak yokluk değil de diğer hukuka aykırılık sebepleriyle iptal edilebilirlik yaptırımına tabi olan bir kamulaştırma işlemi varsa orada hukuki el atma ancak kamulaştırma işleminin iptal edilmesinden sonra söz konusu olabilir¹⁹¹.

Yine kamulaştırma işlemini hukuka aykırı kılan bir başka husus da tebligatın usulsüz yapılmasıdır. Bazen idareler kamulaştırma işlemine başlamalarına rağmen hak sahiplerini doğru belirleyip kamulaştırmaya yönelik alınan kararları ve yapılan işlemleri usulüne uygun olarak hak sahiplerine tebliğ etmemektedirler. Burada da kamulaştırma işlemi hukuka aykırı olmakta ve bunun sonucunda hukuki el atma oluşmaktadır¹⁹².

¹⁸⁸ ÖZDEMİR, s.124-126.

¹⁸⁹ ULUSOY Y., s.20.

¹⁹⁰ ALTUNIŞIK, s.40.

¹⁹¹ Şahver İrem YAZICIOĞLU, “Kamulaştırmaz El Atma”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2008, s.62.

¹⁹² ULUSOY Y., s.93.

4.EL ATMANIN UYGULAMA İMAR PLANIYLA VE HUKUKİ OLARAK YAPILMASI

İmar parsellerinin imar planlarında hangi kullanıma ayrılacağı, alt ölçekli planlara yön veren ana ilkelerin ve stratejilerin öngöröldüğü 1/25.000 ve 1/5.000 ölçekli nazım imar planlarında belirlenmektedir. 1/25.000 ve 1/5.000 ölçekli Nazım İmar Planlarında öngörölen çerçeve kararlar doğrultusunda genel kullanım şekilleri ve bölge tipleri belirlendikten sonra planlamaya konu olan yerlerin özellikleri açısından 1/1.000 ölçeğine doğru detaylandırılarak planlama yapılmaktadır. Dolayısıyla nazım imar planlarıyla genel fonksiyonları ve ana hatları belirlenen yerleşim yerlerinin yapılaşma koşullarıyla ilgili teknik detayları, uygulama imar planlarıyla oluşturulmaktadır.

İmar planları yapıldıktan sonra imar programlarına alınmayan özel mülkiyetteki taşınmazların durumu uzun bir belirsizlik sürecine girmektedir. Mülkiyet sahipleri çok uzun yıllar taşınmazlarından tasarruf edememekte, taşınmazlarını satamamakta ya da farklı şekilde değerlendiremez olmaktadır. Böylelikle imar planlarıyla kamu hizmeti ve kamu yararı amacıyla hukuka uygun olarak başlayan planlama süreci, idarenin imar programlarını sürüncemede bırakması sonucunda hukuka uygun olma niteliğini kaybederek kamulaştırmasız el atmanın bir türü olan hukuki el atma meydana gelmektedir. İşte bu yüzden hukuki el atma tabiri kimi zaman yanıltıcı olmakta, sanki hukuki el atma, kamulaştırmasız fiili el atmadan farklı olarak hukuka aykırı bir uygulama değilmiş izlenimi vermektedir. Ancak hukuki el atma da en az fiili el atma kadar mülkiyet hakkını ihlal etmekte olup sadece bunun çıkış noktası fiili el atmadaki gibi bir haksız fiile dayanmamaktadır.

Kamulaştırmasız el atma uzun yıllar salt fiili el atma olarak değerlendirilmiş, yerel mahkemeler ve Yargıtay bir takım gerekçelerle hukuki el atmanın kamulaştırmasız el atmaya dâhil olduğunu ve mülkiyet hakkı ihlali teşkil ettiğini kabul etmemişlerdir. Yargıtay'ın bu kabulü, mülkiyet hakkına yapılan bu müdahalelerin uzun süre kamulaştırmasız el atma sayılmasına mani olmuştur¹⁹³. Ancak YHGK'nın 15.12.2010 tarih ve E.2010/5-662 K.2010/651 sayılı kararıyla hukuki el atma uygulamaları da kamulaştırmasız el atma kavramı kapsamına dâhil edilmiştir.

¹⁹³ ÇABUK/DOĞAN ÇAKMAK/ŞENGÖZ, s.45.

Böylelikle bir haksız fiil niteliğindeki fiili el atmanın yanı sıra hukuki el atmaların da mülkiyet hakkı ihlali olduğu ve bu ihlalden kaynaklı zararın da karşılanması gerektiği anlayışı Türk yargı sistemine yerleşmiş, sonrasında da buna yönelik yasal düzenlemeler yapılmıştır.

Şu halde hukuki el atmada, imar planlarına dayalı olarak imar programlarının gerçekleştirilmemesi, taşınmaz mülkiyetinden kaynaklanan yetkilerin kamu yararı amacıyla da olsa sınırlandırılması söz konusudur. İdareler uygulamada bilhassa ödenek yokluğu gibi durumları bahane edip kamulaştırma yapmayarak mülkiyet hakkının belirsiz bir süre kullanım dışı kalmasına sebep olmakta ve kamu yararı kavramına sığınmaktadırlar. Bu durum kamu yararıyla özel mülkiyet arasındaki adil dengeyi bozmakta anayasal mülkiyet hakkının kısıtlanmasına sebep olmaktadır¹⁹⁴. Bu da idarenin planlama faaliyetini hukuki bir işlem olmaktan çıkarmakta, imar programlarının yapılmayışının sonucu olarak hukuki el atmalara sebep olmaktadır. Dolayısıyla hukuki el atmayı fiili el atmadan ayıran nokta hukuki el atmanın doğrudan hukuka aykırı bir eylem olan fiil yol suretiyle ortaya çıkmaması, bilakis temelinde hukuki bir işlem olan uygulama imar planının bulunmasıdır. Bir başka ifadeyle hukuki el atmada idarenin bir sahiplenme iradesiyle ve kalıcı olarak bir taşınmaza fiilen el atması değil, imar planına dayalı imar programlarını gerçekleştirilmemesi söz konusudur¹⁹⁵. Dolayısıyla hukuki el atmanın hukukiliği, uygulama imar planından kaynaklanmaktadır.

¹⁹⁴ YALÇINDURAN, s.55.

¹⁹⁵ ALTUNIŞIK, s.82.

4.BÖLÜM

HUKUKİ EL ATMA DAVALARINDA ÖZEL DURUMLAR

Geçtiğimiz bölümlerde hukuki el atma tüm yönleriyle ele alınmak suretiyle genel olarak teorik ve doktrinsel incelemeler yapılmıştır. Bu bölümde ise konunun daha çok pratik ve uygulamaya dönük hususları değerlendirilmekte, gerek Danıştay içtihatları, gerekse Bölge İdare Mahkemeleri ve yerel mahkeme kararları ışığında hukuki el atma uyuşmazlıklarındaki özel durumlar incelenmektedir. Özellikle hukuki el atma davalarının hukuki niteliği, bu davalarda görevli ve yetkili mahkemeler, uyuşmazlıkta davacının kim olduğu, hangi idareye husumet yöneltileceği, bilirkişi heyetinin teşekkülü ve dava bedelinin belirlenmesi, ıslah, faizin başlangıcı, harçlar ile vekâlet ücreti ve son olarak tapuya tescil sorunu irdelenmektedir.

I. HUKUKİ EL ATMA DAVASININ HUKUKİ NİTELİĞİ

İdari faaliyetlerin yürütülmesi esnasında faaliyetin muhatabı kişiler bir şekilde zarar görmüş olabilir. Devletin sorumluluğu da idari faaliyetlerden zarar gören ile bu faaliyetleri yürüten idare arasındaki zarar gören aleyhine ve idare lehine bozulan mali ve sosyal dengenin sağlanması açısından söz konusu olmaktadır¹⁹⁶. Anayasanın 125. maddesinde, idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolunun açık olduğu hüküm altına alınmıştır. Bu kapsamda idarenin mali sorumluluğu anayasal hukuk devleti ilkesinin uygulanmasının bir gereği olarak kabul edilmiş ve borçlar hukukundan esinlenilerek kusura dayandırılmıştır. Ancak bu kusur özel hukuktaki kusur kavramından tamamen ayrılan ve kasıt, ihmal gibi idari kusurdan ziyade, idarenin bütününden kaynaklı bir hizmet kusuru olarak değerlendirilmektedir¹⁹⁷. Bir başka ifadeyle idarenin kuruluşu ya da işleyişinden kaynaklı aksaklık ve de bozukluklar hizmet kusurunu oluşturur¹⁹⁸. Dolayısıyla hizmetin geç işlemesi, hiç işlememesi, yanlış ve hatalı olarak işletilmesi hizmet kusuru olarak değerlendirilmekte ve bu kusur sonucu zarar görenler tarafından zararın tazmini talep edilebilmektedir.

¹⁹⁶ Bahtiyar AKYILMAZ/Murat SEZGİNER/ Cemil KAYA, **Türk İdari Yargılama Hukuku**, Savaş Yayınevi Yenilenmiş 4. Baskı, Ankara, 2020, s.483.

¹⁹⁷ GÜNDAY, s.368.

¹⁹⁸ GÖZÜBÜYÜK, s.292.

Dolayısıyla tam yargı davalarında mahkeme, davacının sübjektif bir hakkının ihlalden kaynaklı bir zararın ortaya çıktığına ve kusurlu ya da kusursuz davranışıyla bu zararın oluşmasına sebep olan idareyi zararı tazmine mahkûm etmektedir¹⁹⁹.

Hukuki el atmadan kaynaklanan davaların hukuki niteliğinin belirlenmesi oldukça zordur. Zira hukuka uygun bir imar planı yapımıyla başlayan ve sonradan mülkiyet hakkı kısıtlamasına dönüştüğünden hukuka aykırı bir uygulama haline gelen imar planı olarak bakıldığından, hukuki el atma davasının işlemden kaynaklı bir tam yargı davası mı yoksa eylemden kaynaklı bir tam yargı davası mı olduğunu belirlemek gerekir. Bu noktada imar planının bir idari işlem olduğu ve mülkiyet hakkının kısıtlanmasından kaynaklı zararın temelinde de imar planının bulunduğunu düşünmek, açılacak davanın idari işlemden kaynaklı bir tam yargı davası olduğunun söylenmesini gerektirecektir. Ancak hukuki el atmaya dayanak olan imar planına bir dava açılmadığı ve dolayısıyla mahkemelerce de hukuka aykırılığı ortaya konulmadığı durumu düşünüldüğünde, ortada hukuka aykırı bir işlem bulunmadığı için bundan kaynaklanan bir zarar da söz konusu olamayacağından, zararın imar planından değil kamulaştırma işleminin yapılmamasından kaynaklandığının ifade edilmesi gerekir. Bu noktada da kamulaştırma yapmamanın bir idari işlem mi, yoksa eylem mi olduğunu değerlendirmek gerekmektedir.

Bir görüşe göre, imar planında kamusal alana isabet eden taşınmazın kamulaştırılmamasından kaynaklı zarara uğrayan taşınmaz sahibinin zararının, hem bir idarî işlem olan imar planından hem de planın yürürlüğe girmesi sonrası yasal süresi içinde taşınmazın kamulaştırılmamasına yönelik idarî eylem sebebiyle ortaya çıktığından, zarara sebep olan son idarî tasarrufun “eylem” şeklinde oluşması sebebiyle açılacak tam yargı davasının eylemden kaynaklandığının kabul edilmesi gerekir²⁰⁰.

Bilindiği üzere idari işlemler ve eylemler nitelikleri itibariyle farklı idari tasarruflardır. Tam yargı davalarında idare hukukunda hizmet kusuru teorisine

¹⁹⁹ Gürsel KAPLAN, **İdari Yargılama Hukuku**, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Güncelleştirilmiş 5. Baskı, Bursa, 2019, s.267.

²⁰⁰ Emre AKBULUT, “Kamulaştırmamadan Kaynaklanan Tam Yargı Davalarına Danıştay’ın Yaklaşımı ve Alternatif Çözüm Önerisi”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Y.5, S.19, 2014, s.480.

dayanılarak bir sorumluluk türü belirlenmiştir. İşlemden kaynaklı tam yargı davalarında da işlemin hukuka aykırı olarak tesis edilmesi bir zarara yol açtığında hizmet kusuru kapsamında işlemden kaynaklı tam yargı davası açılabilir²⁰¹. İdari eylemler ise idarenin davranışları, bir başka deyişle hareketlerini niteler. Ancak kimi zaman idarenin hareket etmesi gereken ve eyleme geçmesi gereken zamanlarda pasif kalması da bir idari eylem olarak kabul edilmekte ve idare bu eylemsizlikten kaynaklanan zarardan sorumlu tutulabilmektedir²⁰². Nitekim Danıştay da bazı kararlarında idarenin hareketsizliğini bir idari eylem olarak değerlendirmiştir²⁰³.

Anayasa Mahkemesi bir kararında²⁰⁴ hukuki el atmayı, idarenin fiili el koyma niteliği taşıyan bir eylemi henüz bulunmadığı, aksine kanunen yapması gereken kamulaştırma işlemlerini yapmamak biçiminde tezahür eden bir eylemsizliği söz konusu olduğundan, hareketsizlik şeklinde gerçekleşen bir idari eylem olarak nitelendirmiştir.

YHGK 15.12.2010 tarihli kararında, “*İdarece, pasif ve suskun kalınmak ve işlem tesis edilmemek suretiyle taşınmaza müdahale edildiği; bu haliyle İdarenin eyleminin, mülkiyet hakkının özüne dokunan ve onu ortadan kaldıran bir niteliğe sahip bulunan kamulaştırmasız el koyma olgusunun varlığı için yeterli bulunduğu*” ifadelerine yer verirken bir yandan pasif ve suskun kalmayı idari işlem olarak nitelemiş diğer yandan söz konusu durumu mülkiyet hakkının özüne dokunan bir eylem olarak belirtmiştir.

Yargıtay anılan kararında pratikteki bir ihtiyaçtan kaynaklı olarak hukuki el atmayı da kamulaştırmasız el atmaya dâhil etmiş ancak hukuki el atmanın niteliğini tam olarak belirleyememiştir. Zira fiili el atma doğrudan idarenin bir haksız fiilidir. Ancak hukuki el atmanın dayanağı olan imar planları düzenleyici idari işlemlerdir. İdarenin söz konusu işlemleri hayata geçirmesi ise bir idari eylem olarak sonuçlanmaktadır. Bir başka deyişle idare imar planı yapmasına rağmen beş yıl içinde

²⁰¹ ÖZAY, s.822.

²⁰² ÖZAY, s.825.

²⁰³ Danıştay 13. Daire, E. 2005/2625, K. 2005/5753, T. 02.12.2005 <https://portal.uyap.gov.tr/uyap-uygulamaları>, E.T.23.01.2021.

²⁰⁴ AYM, E.2013/93 K.2013/101 K.T.25.09.2013, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2013/101?EsasNo=2013%2F93>, (E.T.23.01.2021).

imar programı ve de kamulaştırma yapmayarak suskun, pasif kalmak suretiyle hukuka aykırı bir idari eylemde bulunmaktadır²⁰⁵. Bu noktada hukuki el atma davasının 2547 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 12. maddesi kapsamında bir işlemden kaynaklı tam yargı davası olarak mı yoksa 13. maddesindeki eylemden kaynaklı tam yargı davası şeklinde mi açılacağı hususu gündeme gelmektedir. Zira sözü edilen iki maddenin düzenlediği idari başvuru ve dava açma usulleri farklılık arz etmektedir.

Konya Bölge İdare Mahkemesi bir kararında²⁰⁶ hukuki el atmanın hukuki niteliğine dair şu ifadelerde bulunmuştur; *“Yukarıda yer alan mevzuat hükümleri uyarınca, imar planlarında umumi hizmetlere ve resmî kurumlara ayrılmak suretiyle mülkiyet hakkının özüne dokunacak şekilde tasarrufu hukuken kısıtlanan taşınmazların bedelinin tazmini amacıyla açılan kamulaştırmасız hukuken el atma davasının temelinde, idari işlem niteliğinde olan imar planı bulunduğu, dolayısıyla işlemden kaynaklanan tam yargı davası niteliğinde olduğundan, eylemden kaynaklanan tam yargı davaları için 2577 sayılı Kanunun 13. maddesinde öngörülen idareye zorunlu başvuru yolunun bu dava için zorunlu olmadığı açıktır.”*

Konya Bölge İdare Mahkemesi'nin bir başka kararında hukuki el atmanın niteliğiyle ilgili çoğunluk görüşü bakımından yukarıdaki kararla benzer değerlendirmelere yer verilmekle birlikte karara katılmayan muhalefet görüşünün hukuki el atmaya dair hukuki nitelendirmesi dikkat çekmektedir. Söz konusu karardaki²⁰⁷ muhalefet görüşünde; idarî yargıda görülen hukukî kamulaştırmасız el atma davalarının, usul hukuku bakımından 2577 sayılı Kanun'da yer alan kurallara göre açılmasının gerektiği, idarî yargıda görülen kamulaştırmасız el atma davalarının, idarî yargılama usulü kurallarına göre nasıl açılacağı belirlenebilmesi için ise, evvelâ hukukî kamulaştırmасız el atma davalarının işlemden kaynaklı bir tam yargı davası mı, yoksa eylemden kaynaklı bir tam yargı davası mı olduğunun ele alınması gerektiği, zîra bu davaların, işlemden kaynaklı bir tam yargı davası olarak değerlendirilir ise 2577 sayılı Kanun'un 12. maddesine göre konunun incelenmesi, bu

²⁰⁵ Fatma AYHAN, “Karar incelemesi: İmar Planlarında Umumi Hizmete Ayrılan Taşınmazların Uzun Süre Kamulaştırılmaması Sorunu”, **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, C.15, S.2, 2012, s.147.

²⁰⁶ Konya Bölge İdare Mahkemesi 2. İdari Dava Dairesi, E.2020/378, K.2020/2554, K.T.25.11.2020, <https://portal.uyap.gov.tr/uyap-uygulamaları>, (E.T.26.01.2021).

²⁰⁷ Konya Bölge İdare Mahkemesi 2. İdari Dava Dairesi, E.2020/873, K.2020/2503, K.T.19.11.2020, <https://portal.uyap.gov.tr/uyap-uygulamaları>, (E.T.26.01.2021).

davalar eylemden kaynaklı bir tam yargı davası olarak değerlendirilir ise, bu halde 2577 sayılı Kanun'un 13 üncü maddesine göre konunun incelenmesi gerekliliğinden bahsedilmiştir.

Karşı oy görüşü şu ifadelerle devam etmiştir; “işlemden kaynaklı maddî tazminata müteallik tam yargı davasında kabul hükmü kurabilmek için, evvelâ o işlemin hukuka aykırı olması gerekmektedir. Hukukî kamulaştırmatsız el atma davalarında ise imar planı arz kullanım kararının (imar planının) hukuka aykırı olduğuna ya da olmadığına dair bir inceleme ve değerlendirme yapılmamaktadır. Dolayısıyla, hukukî kamulaştırmatsız el atma davasında imar plânı arz kullanım kararının (imar planının) hukuka uygun olup olmadığına bir önemi bulunmamaktadır.

Zîra hukukî kamulaştırmatsız el atma davaları, ilgili idarelerin Kanun'dan doğan görevlerini belli bir müddet hareketsiz kalmak sureti ile yerine getirmemeleri (hareketsiz kalmaları) temeline dayandığından, eylemden kaynaklı olan davalar arasında yer almaktadır.

Diğer taraftan 2577 sayılı İdarî Yargılama Usulü Kanunu'nun 2 nci maddesinde idarî dava türlerinin sayma yolu ile belirtildiği; anılan Kanun'un 10 uncu, 11 inci ve 12 nci maddelerinde iptal davasına ilişkin özel hükümlere yer verildiği; 10 uncu, 11 inci ve 12 nci maddelerin idarî işlemlerden kaynaklı uyuşmazlıkları düzenlediği açıktır. Maddî olaydaki bedel talebi ise 2577 sayılı Kanun'un 13 üncü maddesi kapsamında kalmakta olup, 13 üncü maddenin ise eylemden kaynaklı tam yargı davalarını düzenlediği aşîkârdır. Bu davaların işlemden kaynaklı olduğunun kabul edilmesi halinde, bu davalarındaki dava sürelerinin 2577 sayılı Kanun'un 12 nci maddesi kapsamında ele alınacağı, dolayısıyla bu davaların süre aşımı nedeniyle reddi konusunun gündeme geleceği izahtan varestedir.

Açıklamalar çerçevesinde maddî olay incelendiğinde, 2577 sayılı Kanun'un 13 üncü maddesinde yer alan ön karar müessesesinin, dava öncesinde idarenin konuyu değerlendirerek, muhtel bir hakkın varlığının idarece tesbiti durumunda dava yoluna gidilmeden hakkın yerine getirilmesinin mümkün kılınmasını sağlamayı öngördüğü; 2577 sayılı Kanun'daki düzenlemenin, usûl hukukuna ilişkin bir kural olduğu dikkate

alındığında; 2942 sayılı Kanun gereği değil, 2577 sayılı Kanun gereği idareye müracaatın gerekli olduğu sonucuna varılmıştır.”

Kanımızca hukuki el atmadan kaynaklanan tam yargı davasının temelinde hukuka aykırı bir işlem bulunmadığından, imar planı işleminden kaynaklı değil, ancak bir birel işlem olan imar uygulaması ve de kamulaştırma yapmaktan kaynaklı bir tam yargı davası olarak görmek daha makuldür. Zira eylemden kaynaklı tam yargı davasında İYUK’un 13. maddesi gereği zararın öğrenildiği tarihten itibaren bir yıl ve her halükarda 5 yıllık başvuru süreleri gündeme gelecek ve bu durum Kamulaştırma ve İmar Kanunu’nda belirlenen 5 yıllık imar programı yapılmasını gerektiren sürelerin üzerine eklendiğinde taşınmazı kısıtlanan maliklere ayrı bir külfet getirecektir. Belki de hukuki el atmadan kaynaklı tam yargı davalarında ikili bir ayrıma gidilmesi ve davacının idareden imar planı değişikliği ya da kamulaştırma yapılmasını isteyip de bu talebin reddedildiği durumlarda, bu ret işleminden kaynaklı bir tam yargı davası açılması (ki bu durumda İYUK 12. maddesi uyarınca işlemde kaynaklanan bir tam yargı davası açılmış olacaktır.) başvuru olmadan doğrudan doğruya açılan davalar bakımından ise, idarenin kamulaştırma yapmama eyleminden kaynaklı bir tam yargı davası açılması (ki bu durumda İYUK 13. maddesi uyarınca eylemden kaynaklanan bir tam yargı davası açılmış olacaktır.) gerekmekte olduğu söylenebilir.

II. YARGI YOLU İLE GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME

Kamulaştırmatsız el atmanın ülkemizdeki yasal ve yargısal tarihi gelişiminin ayrıntıları yukarıda incelenmişti. Buna göre Yargıtay’ın 2010 yılına kadar kamulaştırmatsız el atmayı salt fiili el atma olarak değerlendirdiği ancak bu tarihten sonra hukuken el atmaları da kamulaştırmatsız el atma kapsamına dâhil ettiği belirtilmişti. İşte Yargıtay’ın sözü edilen kararından sonra hukuki el atma davalarının hangi yargı kolunda görülmesi gerektiği gündeme gelmiş ve konu Uyuşmazlık Mahkemesi’ne taşınmıştır²⁰⁸.

Uyuşmazlık Mahkemesi, 09.04.2012 tarih ve E:2012/41 K:2012/77 sayılı kararında; 3194 Sayılı Kanun’un 18. maddesinin uygulanması kapsamında imar planı ve imar uygulamaları sonucu ortaya çıkan zararın tazminine yönelik olan uyuşmazlığı,

²⁰⁸ YALÇINDURAN, s.231.

2577 Sayılı İYUK'un 2. maddesinde düzenlenen idari eylem ve işlemler sebebiyle hakları muhtel olanlar tarafından açılacak bir tam yargı davası niteliğinde görmüş ve görevli mahkemeyi idare mahkemeleri olarak belirlemiştir²⁰⁹.

Her ne kadar Uyuşmazlık Mahkemesi'nin istikrar kazanmış kararlarıyla hukuki el atmadan kaynaklı tazminat davalarının idari yargıda görülmesi kabul edilmiş ise de, Yargıtay zaman zaman verdiği kararlarında Uyuşmazlık Mahkemesi'nin verdiği kararların sadece görülmekte olan dosya özelinde bağlayıcı olduğunu, bunun dışında kalan ve Uyuşmazlık Mahkemesi'nin önüne gitmeyen dosyalarda Asliye Hukuk Mahkemeleri tarafından verilen kararların geçerli olduğunu belirtmiştir²¹⁰.

Anayasa Mahkemesi ise bir kararında²¹¹; *“Sonuç olarak, davacının taşınmazının imar planlarında “dere mutlak koruma alanı”nda bırakılması nedeniyle tasarruf hakkının kısıtlanmasının kamulaştırmatsız el atma olarak nitelendirilemeyeceği, bunun, idari bir işlem olan imar planlarının zorunlu bir sonucu olduğu ve tasarruf hakkının kısıtlanması sebebiyle doğan zararın ancak idari yargıda açılacak bir tam yargı davasına konu edilebileceği sonucuna ulaşılmaktadır. Dolayısıyla bakılmakta olan dava, itiraz başvurusunda bulunan Mahkemenin görev alanına girmemektedir.*

Nitekim, Anayasa'nın 158. maddesiyle, adli, idarî ve askerî yargı mercileri arasındaki görev ve hüküm uyuşmazlıklarını kesin olarak çözümlenmeye yetkili kılınan Uyuşmazlık Mahkemesinin istikrar bulmuş içtihatları da bu yöndedir (Örneğin; 4.2.2013 günlü, E.201/107, K.2013/230 sayılı kararı)” ifadelerine yer vererek hukuki el atma davalarında idari yargının görevli olduğunu belirtmiştir. Yine Yargıtay bir kararında²¹²; yukarıda belirtilen Anayasa Mahkemesi kararına atıf yapmak suretiyle Asliye Hukuk Mahkemesinin görev ret kararı vermesi gerekirken işin esasına girerek verdiği kararı bozmuştur.

²⁰⁹ TUTAL, s.1117, Bkz. Uyuşmazlık Mahkemesi K.T. 09.04.2012 , E:2012/41, K:2012/77, <https://portal.uyap.gov.tr/uyap-uygulamaları>, (E.T.12.04.2021).

²¹⁰ Yargıtay 5. Hukuk Dairesi, E.2012/18696, K.2012/26913, K.T.12.12.2012, akt. YALÇINDURAN, s.232.

²¹¹ AYM, E.2013/93 K.2013/101 K.T.25.09.2013, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2013/101?EsasNo=2013%2F93>, (E.T.23.01.2021)

²¹² Yargıtay 5. Hukuk Dairesi, E.2013/16048, K.2013/19796, K.T.18.11.2013, akt. Cemil TEMEL, **Açıklamalı- İçtihatlı Dilekçe ve Karar Örneklili Kamulaştırma ve Kamulaştırmatsız El Atmadan Doğan Davalar**, Bilge Yayınevi, 2. Baskı, Ankara, 2017, s.728,729.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu verdiği bir kararında²¹³; uygulamada yaşanan sıkıntılıların önüne geçilebilmesi adına hukuki el atmadan kaynaklı tazminat taleplerinin idari yargıda karşılanması gerektiğini, bu şekilde uygulamada birlik ve bütünlük oluşabileceğini, asıl çözümün kanun koyucunun bu konuda yargı yolunu belirleyen bir düzenleme yapması gerektiği ancak o zamana kadar sorunun Uyuşmazlık Mahkemesi'nce belirlenen ilke ve kurallar çerçevesinde çözülmesinin uygun olduğunu ifade etmiştir²¹⁴.

Hukuki el atma davalarında görev konusu ilk olarak 2942 Sayılı Kanun'un geçici 6. maddesi'nin 10. fıkrasının 3. cümlesiyle belirlenmiştir. Buna göre imar planlarıyla tasarrufu kısıtlanan taşınmazlar hakkında idari yargıda dava açılacağı düzenlenmişken maddenin bu cümlesi mülga edilmiştir. Sonra da aynı kanunun ek-1. maddesiyle kanunda belirtilen süre içerisinde belirtilen işlemlerin yapılmaması hâlinde taşınmaz sahiplerinin Kanunun geçici 6. maddesindeki uzlaşma sürecini ve 3194 sayılı İmar Kanununda öngörülen idari başvuru ve işlemleri tamamlandıktan sonra taşınmazın kamulaştırmasından sorumlu idare aleyhine idari yargıda dava açılacağı hükmü öngörülmüştür. Ancak bu hüküm de Anayasa Mahkemesi'nin 20.12.2018 tarihli 2016/181 E. 2018/111 K. Sayılı kararı ile iptal edilmiştir. Görüldüğü üzere kanun koyucunun hukuki el atma davalarında yargı yolu belirleme çabaları bir türlü başarılı olamamıştır.

Doktrinde hukuki el atma davalarının idari yargıda çözümlenmesine çeşitli yönlerden eleştiriler getirilmektedir. Bunlardan bazıları; idare mahkemelerinin tapu iptal ve tescil yetkisi bulunmadığından, mahkeme kararının uygulanması bakımından bazı teknik sorunların gündeme gelmesi, idare mahkemelerinin her il ve de ilçede bulunmayışından kaynaklı olarak kişilerin el atma davalarında mahkemeye erişimlerinin güçleşmesi, idari yargıda devleti koruma düşüncesiyle tazminat hakkında kısıtlayıcı yorumlar yapılabildiği, idari yargıdaki süre, ehliyet gibi katı biçimselci kuralların uyuşmazlığın niteliğine uymadığı şeklindedir²¹⁵. Ancak bu yorumlar kanımızca yersizdir. Zira idare mahkemelerinin yadsınamayacak düzeyde tam yargı,

²¹³Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E.2012/5-1210, K.2013/501, K.T.10.04.2013, akt. YALÇINDURAN, s.232.

²¹⁴ YALÇINDURAN, s.232.

²¹⁵ YALÇINDURAN, s.233-238.

bir başka deyişle tazminat davalarına ilişkin içtihadi birikimi mevcuttur. Aynı zamanda Türkiye'nin bir çok yerinde her geçen gün yeni idare mahkemeleri açılmakta ve bu mahkemelere çok sayıda hakim ataması yapılmaktadır. Dolayısıyla günümüzde idare mahkemelerinde dava açmak son derece kolay ve erişilebilir hale gelmiştir. İdari yargıdaki usul yasası kuralları ise iddia edilenin aksine katı biçimselci olarak değil, esaslı usule feda etmeyecek düzeyde ve çoğu zaman idareye karşı güçsüz konumda olan davacılar lehine, herhangi bir hak ihlaline sebebiyet vermeyecek şekilde esnek olarak uygulanmaktadır. Devleti koruma düşüncesiyle tazminat miktarlarında kısıtlayıcı yorumlar yapıldığı görüşü ise gerçeklikten uzaktır. İdari yargı idarenin bir kurumu değil, devletin bağımsız ve tarafsız yargı koludur. İdari yargıda idare ya da devlet, sadece taraflardan biridir ve idari yargıçlar tüm taraflara eşit mesafededir. Şu halde idare mahkemeleri nitelikli, uzman ve ihtisas mahkemeleri olarak kanunlar ve hakkaniyet ölçüsünde olması gereken gerçek tazminat miktarlarına hükmetmektedirler. Bu miktarlar ise günümüzde taşınmazın gerçek değeri üzerinden milyonları bulmakta ve aşmaktadır.

Tüm bu anlatılanlardan hareketle İdarenin bir şahsın taşınmazını kamu hizmetine tahsis ederek tasarruf hakkını kısıtlayıcı işlemlerde bulunmasını haksız fiilden hareketle salt bir özel hukuk uyuşmazlığı olarak nitelendirmek doğru değildir²¹⁶. Bu davaların özü kamusal niteliktedir. Zira temelinde idari işlem olan imar planları ve uygulamaları vardır. Nitekim gelinen noktada hukuki el atma davalarında görevli yargı yolu hususunda açık bir kanun hükmü bulunmamakla birlikte uyuşmazlıklar; Yargıtay, Danıştay ve Uyuşmazlık Mahkemesinin yerleşik içtihatları doğrultusunda idare mahkemelerinde görülmeye devam etmektedir

2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Hakkında Kanun'un "Taşınmaz mallara ilişkin davalarda yetki" başlıklı 34. maddesinde, kamulaştırma mevzuatının uygulanması ve bunlara bağlı her türlü haklara ilişkin davalarda yetkili mahkemenin taşınmaz malların bulunduğu yer idare mahkemesi olduğu ifade edilmektedir. Bu durumda hukuki el atmadan doğan davalarda yetkili mahkeme, imar planıyla tasarrufu

²¹⁶ İştah TARHANLI, "Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları Işığında Kamulaştırmasız El Atma", **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, S.1-3, C.11, 1990, s.46.

kısıtlandığı iddia edilen taşınmaz neredeyse o yerin bağlı olduğu yer idare mahkemesidir.

III. DAVACI VE DAVALI İDARE(HUSUMET)

Hukuki el atma davalarında tapuda taşınmazın maliki olan kişi ya da veraset belgesi ile mirasçılık hakkını ispat edebilen mirasçılar davacı olabilmektedirler. Bir başka ifadeyle mülkiyet hakkı için tapu kaydı esas alınır ve dava ehliyeti buna göre belirlenir.²¹⁷

Davacının İdare Mahkemesi Başkanlığı'na hitaplı olarak yazacağı dava dilekçesinde, tarafların varsa vekillerinin ya da temsilcilerinin ad soyadları ve T.C Kimlik numaraları yer almalıdır. Yine dava dilekçesinde tarafların adresleri yer almalıdır. Aksi halde mahkeme tarafından usulüne uygun açılmayan davada dilekçenin reddine karar verilir.

Yargıtay bir kararında²¹⁸; kamulaştırmасız el atma davasının dinlenebilmesi için davacının taşınmazda tapulu malik olması gerektiği, dava görülürken davacının taşınmazdaki mülkiyeti sona erdiğinden, davadaki ehliyetini kaybetmesinden dolayı açılan davanın reddine karar verilmesi gerektiğine hükmetmiş, bir başka kararında²¹⁹ ise; tapuya kayıtlı olmayan taşınmaz için zilyedinin adına kayıtlı olup olmadığının araştırılması, kayıtlıysa tapudan tapu kaydının getirilmesi, değilse zilyede bu hususta malikliğini ispatlayabilmesi için süre verilmesine karar vermiştir.

Danıştay ise davacının dava ehliyetine ilişkin verdiği bir kararında²²⁰; kişisel hak ihlalinin, tam yargı davalarında dava ehliyetinin sübjektif unsurunu oluşturmakta olup hukuki el atma nedeniyle açılan tam yargı davalarında, zarara uğradığını ileri süren kişi ile hukuken el atılan taşınmaz arasında meşru bir ilişkinin varlığının ispatlanması gerektiğini, diğer taraftan kamulaştırmасız el atma nedeniyle açılan tam yargı davalarında, mülkiyet hakkının geçmişte belirli bir süre engellenmiş olması ile ileriye yönelik olarak belirsiz bir süre engelleme durumunun mülkiyet sahibinde

²¹⁷ ULUSOY Y., s.71.

²¹⁸ Yargıtay 5. Hukuk Dairesi, E.2005/4061, K.2005/6984, K.T.16.06.2005, akt.ÖZDEMİR, s.166.

²¹⁹ Yargıtay 5. Hukuk Dairesi, E.2002/3373, K.2002/5949, K.T.14.03.2002, akt.ÖZDEMİR, s.167.

²²⁰ Danıştay 6. Dairesi, E.2018/3462, K.2020/8378, K.T.30.09.2020, <https://portal.uyap.gov.tr/uyap-uygulamaları>, (E.T.24.01.2021).

meydana getirdiği mağduriyetin giderilmesi amaçlandığından, tazminata hükmedilebilmesi için mülkiyet bağının davanın devamı sırasında da var olması gerektiğini ifade ettikten sonra, davacının uyuşmazlık konusu taşınmazda halen malik olduğunu, 31.12.2012 tarihli, 19787 yevmiye sayılı işlemle başka hissedarın hissesini satın aldığı ve kendi hissesi ile birleştirme işlemi yapıldığı ileri sürülmekte olduğunu, bu tespit ve açıklamalar doğrultusunda, dava şartları arasında yer alan dava ehliyetinin, karar kesinleşinceye kadar her aşamada taraflarca ileri sürülebileceği gibi, mahkeme veya temyiz mercileri tarafından da yargılamanın her aşamasında resen değerlendirilebileceğine ilişkin usul hukukunun genel kuralları çerçevesinde, davacı ile zarara konu taşınmaz arasında mülkiyet ilişkisinin devam edip etmediğinin tapu sicil müdürlüğünden araştırılmak suretiyle yeniden bir karar verilmesi gerektiğinden idare mahkemesinin ehliyet ret yönündeki kararını bozmuştur.

Hukuki el atma davalarının davalısı ise imar planı yaptıktan sonra süresi içinde imar uygulaması ya da kamulaştırma yapmayan idaredir. Bir başka ifadeyle hukuki el atmadan kaynaklı tam yargı davalarında husumetin, kamulaştırma yapması gerekip de yapmayan idareye yöneltilmesi gerekir. Zira kamulaştırma yapmama işlemi ya da eyleminden kaynaklı bir tam yargı davasında, oluşan zarara sebebiyet veren ve dolayısıyla hizmet kusurunu işleyen idare hasım mevkiinde yer almalıdır.

İdare Mahkemeleri 2577 Sayılı İYUK uyarınca doğru hasmı belirlemeye resen yetkili bulunmaktadır. Ancak hukuki el atma davalarında gerçek hasmın belirlenmesi konusunda bazı tereddütler bulunmaktadır. Bunun sebebi, zaman zaman imar planını yapan idarelerle kamulaştırma yapması gereken idarelerin farklı olmasından ileri gelmektedir. Söz gelimi, bir yerleşim bölgesindeki 1/1000 ölçekli uygulama imar planını belediye yapmakta, ancak malikin taşınmazı milli eğitim alanı ya da sağlık alanına isabet ettiğinde, kamulaştırma yapması gereken idare belediye değil, Sağlık Bakanlığı ya da Milli Eğitim Bakanlığı olmaktadır. Bu durumda hukuki el atma davasında hasım Belediye mi, Bakanlık mı, yoksa her ikisi de mi olacaktır. Burada malikin zararına hangi idare kusurlu eylemiyle yol açmıştır. Kanımızca İmar planını yapan belediyenin belediye sorumluluk alanına girmeyen bir taşınmaz bakımından kamulaştırma yetkisi bulunmadığından, bu davada belediyeye husumet yöneltmek hakkaniyetli olmayacaktır. Zira burada kamulaştırma yapması gerekip de

yapmayan diğer idaredir ve bu idarenin kusurlu kamulaştırma yapmama eylemi sebebiyle malikin zararı oluşmuştur. Ancak bu noktada bir ayrıma gitmek gerekir. Eğer belediye imar planını yaparken ilgili bakanlığına bilgi vermeyerek, bu konuda gerekli iç yazışmaları yapmadan ve ilgili idarenin onayını almadan imar planını yaptıysa, artık diğer idarenin kusurunun bulunmadığını kabul etmek gerekir.

Bu konuda Antalya 3. İdare Mahkemesi'nin; *"dava konusu olayda, "sağlık ocağı alanı" olarak ayrılmak suretiyle tasarrufu kısıtlanan ve taşınmazın bedelinin davalı Sağlık Bakanlığı tarafından ödenmesi gerekeceğinden davanın, bilirkişi raporu ve davacı tarafın ıslah dilekçesi doğrultusunda kabulüne karar verilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır"* gerekçesiyle davanın kabulüne ilişkin 15/11/2019 gün ve E:2018/1111, K:2019/1022 sayılı kararında mahkeme, doğru hasım olarak Sağlık Bakanlığı'nı belirlemiş ve karar Konya Bölge İdare Mahkemesi tarafından onanmıştır. Ancak burada istinaf daire başkanının söz konusu karardaki²²¹ karşı oyu dikkat çekicidir. Muhalefet oyunda şu ifadelere yer verilmiştir;

" ...2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun Ek Madde 1 hükmüne rağmen taşınmazların kamulaştırılmaması veya maliklerin mülkiyet hakkını kullanmasına engel teşkil edecek kısıtlılığı kaldırarak şekilde imar planı değişikliği yapılmaması halinde, hukuki kısıtlamadan dolayı mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasıyla açılacak olan tazminat davalarında husumetin hangi idareye yöneltilmesi gerektiği konusunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır.

Olayda, dava konusu taşınmaz imar planında "sağlık ocağı" alanı olarak ayrılmış olup, davalı idarece söz konusu taşınmazın "sağlık ocağı" alanı olarak belirlenmesi konusunda ilgili belediyeden her hangi bir taleplerinin bulunmadığı ileri sürülmektedir. Ayrıca, Sağlık Bakanlığı Sağlık Yatırımları Genel Müdürlüğü'nün 23.3.2016 tarih ve 1147 sayılı yazısı ile aralarında dava konusu taşınmazın da bulunduğu özel şahısların mülkiyetinde bulunan taşınmazlara ihtiyaç bulunmadığı, bu taşınmazların imar planı tadilatı yapılmak suretiyle sağlık alanından çıkarılması ve sahiplerinin tasarrufuna bırakılmasının Antalya Valiliği'nden istenildiği, bu yazı

²²¹ Konya Bölge İdare Mahkemesi 2. İdari Dava Dairesi, E.2019/2538, K.2020/2580, K.T.26.11.2020, <https://portal.uyap.gov.tr/uyap-uygulamaları>, (E.T.27.01.2021).

doğrultusunda Antalya İl Sağlık Müdürlüğünce Muratpaşa Belediye Başkanlığına gerekli yazının yazıldığı ileri sürülmektedir.

Davalı idarenin bu iddiaları ile yukarıda yer verilen 3194 sayılı Kanununun 10 uncu maddesi ile 2942 sayılı Kanununun Ek 1 inci maddesi hükümlerinin bir arada değerlendirilmesi neticesinde, imar planlarında umumi hizmetlere ve resmî kurumlara ayrılan ancak planların yürürlüğe girmesinden itibaren uzunca süre bu taşınmazların ayrıldığı amaca yönelik olarak fiilen kullanılmaması veya kamulaştırılmaması durumunda, imar planlarının yapımı ve değiştirilmesi konusunda yetkili ve sorumlu olan ilgili belediyelerce söz konusu taşınmaz üzerindeki kamu hizmetini gerçekleştirme öngörülen kamu kurumu ile irtibata geçilerek, bu taşınmazın ayrıldığı amaca yönelik olarak kullanılması söz konusu değilse, taşınmaz üzerindeki kısıtlılığın imar planı değişikliği yapılması suretiyle giderilmesi kamu yararına daha uygun olacaktır. Aksi halde kamu hizmetinin yürütülmesi amacıyla kullanılmayan ve ileride de kullanılmayacak olan bir taşınmaz için yüksek miktarlarda kamu kaynağının harcanması söz konusu olacaktır ki, böyle bir durumda kısıtlı olan kamu kaynaklarının etkin ve verimli kullanılması ilkesi ve kamu yararı ile bağdaştırılması hukukten mümkün değildir.

Bu duruma göre, 2942 sayılı Kanununun Ek 1 inci maddesi hükmü kapsamında dava konusu taşınmaz üzerindeki davacıların mülkiyet hakkını kullanmasına engel teşkil eden kısıtlılığı kaldıracak şekilde imar planı değişikliği yapmakla sorumlu olan ilgili belediyenin işbu davada hasım mevkiine alınması ve davalı idarenin de hasım mevkiinden çıkarılması suretiyle uyuşmazlığın çözümlenmesi gerektiği görüşüyle usul yönünden çoğunluk kararına katılmıyorum.”

Ancak yukarıdaki karşı oyda belirtilen görüş genel olarak kabul gören bir görüş değildir. Zira Danıştay da hukuki el atma davalarında imar planını yapan belediyeleri değil, taşınmazı kamulaştırmakla yetkili bulunan idareleri hasım olarak kabul etmekte ve uyuşmazlığı bu şekilde çözmektedir. Burada kanımızca en makul yöntem, dava esnasında imar planı yapılırken belediye ve ilgili diğer idarelerin aralarındaki iç yazışmaları araştırarak zarardan sorumlu asıl idareyi ortaya çıkarıp doğru hasım belirlendikten sonra uyuşmazlığın buna göre çözümlenmesidir.

IV. UZLAŞMANIN ŞART OLMAMASI

6487 Sayılı Kanun'dan önce uzlaşma bir dava şartı olarak kabul edilmemekteydi. Ancak anılan yasayla 2942 Sayılı Kanun'un geçici 6. maddesine eklenen hükümle kamulaştırmасız el atma davalarında uzlaşma bir dava şartı haline getirilmiştir²²².

2942 Sayılı Yasa'nın hukuki el atmaya dair esasları düzenleyen Ek-1. Maddesinin ikinci cümlesinde, imar planları yapıldıktan sonra belirlenen beş yıllık süre içinde imar uygulama işlemlerinin yapılmaması hâlinde taşınmazların malikleri tarafından, bu Kanun'un geçici 6. maddesindeki uzlaşma süreci ve 3194 sayılı **İmar Kanunu'nda öngörülen idari başvurulardan sonra** taşınmazın kamulaştırmасından sorumlu idare aleyhine idari yargıda dava açılabileceği hükmü yer almaktaydı. Böylece kanun koyucu hukuki el atma davaları bakımından geçici 6. maddeye atıf yapmak suretiyle uzlaşma şartını bir zorunlu idari başvuru olarak öngörmüştü. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin Ek-1. Maddenin birinci cümlesi dışındaki bütün hükümlerini iptal etmesiyle birlikte hukuki el atma davalarında uzlaşma şartının yasal dayanağı kalmamıştır. Şu halde anılan iptal kararından sonra taşınmazının tasarrufu kısıtlanan kişiler hiçbir zorunlu idari başvuru ve uzlaşma şartı bulunmaksızın doğrudan doğruya hukuki el atmadan kaynaklı tam yargı davası açabilecektir.

Konya 1. İdare Mahkemesi uzlaşma şartını yerine getirmediği için hukuki el atmaya dair açılan bir davada davanın süreden reddine karar vermiş ve kararında²²³ şu ifadelere yer vermiştir; *"aynı dava konusu istem hakkında daha önce Konya 2. İdare Mahkemesi'nde açılan davada, davacı tarafından imar planında yol olarak ayrılan taşınmazda herhangi bir tasarrufta bulunamadıkları sebebi ile 11/06/2013 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren ve Bazı Kanunlar ile 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 21. maddesi ile değişik Geçici 6. maddesi uyarınca gerekli başvuru yolunun tüketilmediği gerekçesiyle anılan mahkemenin 11.10.2018 tarih ve E.2018/144 K.2018/1268 sayılı kararıyla dava dilekçesinin mercine tevdiine karar verildiği, söz konusu kararın davalı idareye*

²²² İLGEZDİ, s.52.

²²³Konya 1. İdare Mahkemesi E.2019/860, K.2019/1120, K.T.31.10.2019, <https://portal.uyap.gov.tr/uyap-uygulamalari>, (E.T.26.01.2021).

23.10.2018 tarihinde tebliğ edildiği ve mahkememizce yapılan ara kararı neticesinde davalı idarenin söz konusu dilekçeye cevap vermeyerek zimnen reddettiğinin anlaşıldığı, davanın, Konya 2. İdare Mahkemesi'nin 11.10.2018 tarih ve E.2018/144 K.2018/1268 sayılı mercine tevdi kararının davalı idareye tebliğ tarihi olan 23.10.2018 tarihinden sonra zimni ret süresi olan 22.12.2018 tarihi itibarıyla 60 günlük dava açma süresinde ve en son 20.02.2019 tarihinde açılması gerekirken, 19/06/2019 tarihinde açılan davanın süre aşımı nedeniyle esasının incelenme olanağı bulunmadığı sonucuna varıldığından davanın süreden reddine karar verilmiştir.”

Konya 1. İdare Mahkemesi'nin yukarıda belirtilen süre ret kararı Konya Bölge İdare Mahkemesi tarafından bozulmuştur. Bölge İdare mahkemesi bozma kararında²²⁴ hukuki el atma davalarında zorunlu idari başvuru şartının bulunmadığı ve bakılan davanın, halen imar planı uyarınca hukuken el atmanın devam ettiğinden bahisle açıldığından, devam eden süreç nedeniyle yeni bir dava niteliğinde olan bu davada süre aşımı bulunmadığı sonucuna varmıştır.

Konya Bölge İdare Mahkemesi'nin bu konuda verdiği bir başka kararı da uzlaşmaya yönelik yeni hukuki durumun yargı tarafından nasıl yorumlandığı konusunda fikir vermektedir. Bölge İdare Mahkemesi kararında²²⁵ şu ifadeler yer vermiştir; “...Görüldüğü üzere, imar planından kaynaklı hukuki el atma davalarının, yukarıda yer verildiği üzere 2942 sayılı Kanun'un önce geçici 6 ncı maddesine, sonrasında da (hâlen bir cümlesinin yürürlükte olduğu hâliyle) Ek-1 inci maddesine istinaden açılan davalar niteliğinde olduğu, bu tür davalarda yukarıda anılan yasal düzenlemelerde Anayasa Mahkemesi kararından önce uzlaşma yoluyla zorunlu idari başvuru usulü öngörüldüğü hâlde, mevcut hukuki duruma göre (Anayasa Mahkemesinin iptal kararı sonrasında Ek-1 inci maddenin mevcut hâline göre) bu davalarda zorunlu uzlaşma veya idari başvuru şartının ortadan kalktığı anlaşılmaktadır.

²²⁴ Konya Bölge İdare Mahkemesi 2. İdari Dava Dairesi, E.2020/378, K.2020/2554, K.T.25.11.2020, <https://portal.uyap.gov.tr/uyap-uygulamaları>, (E.T.26.01.2021).

²²⁵ Konya Bölge İdare Mahkemesi 2. İdari Dava Dairesi, E.2020/873, K.2020/2503, K.T.19.11.2020, <https://portal.uyap.gov.tr/uyap-uygulamaları>, (E.T.26.01.2021).

Diğer taraftan, hukuki el atmadan kaynaklı tam yargı davalarında idarenin uzun süre işlem yapmaması şeklinde bir eyleminin bulunduğundan söz edilebilirse de, bu davaların özü itibariyle de bir idari işlem niteliğinde olan imar planından kaynaklandığı, bu sebeple anılan davaların idari yargıda kendine özgü bir dava türü olarak kabulünün gerektiği, ayrıca bu davalarda idari eylemden hareketle 2577 sayılı Kanun uyarınca idari başvuru zorunluluğu aranılacak olduğunda, Anayasa Mahkemesinin bu davalarla ilgili özel yasal düzenlemenin iptali yönünde verdiği (yukarıda alıntılanan) kararıyla uyuşmayan bir sonucun ortaya çıkacağı, hâl böyle olunca da aktarılan yasal düzenlemeler ve Anayasa Mahkemesi kararının amacı ve özüne uygun şekilde bu davalarda uzlaşma veya başka bir ad altında idari başvuru zorunluluğunun aranmasının hukuken mümkün bulunmadığı sonucuna varılmaktadır.” Görüldüğü üzere mahkeme burada Anayasa Mahkemesi kararından sonra uzlaşma şartının ortadan kalktığını açıkça ortaya koymaktadır.

Yukarıda da ifade edildiği gibi hukuki el atma davasının işlemden mi yoksa eylemden mi kaynaklanan bir tam yargı davası olduğu sorusunun cevabına göre idareye başvuru şartı yeniden gündeme gelebilir. Zira bu tür davaların kamulaştırma yapmama eyleminden kaynaklı bir tam yargı davası olarak değerlendirilmesi halinde İYUK’un 13. maddesi gereği zorunlu idari başvuru yapmak gerekecektir. Ancak bir işlemden kaynaklı tam yargı davası olarak nitelendirildiğinde ise İYUK 12. maddesi uyarınca doğrudan doğruya tam yargı davası açılabilir.

V. BİLİRKİŞİ HEYETİ VE DAVA BEDELİNİN BELİRLENMESİ

2942 Sayılı Kanun’un Ek-1. Fıkrasında; bu maddenin birinci fıkrası uyarınca hukuki el atmadan kaynaklı tam yargı davası açılması hâlinde, taşınmazın ya da üzerinde tesis edilen irtifak hakkının dava tarihindeki değerinin mahkeme tarafından; **bu Kanunun 15 inci maddesinde yer alan bilirkişilerin nitelikleri ve seçilme usullerine göre** bilirkişi incelemesi yapılarak belirleneceği hükmü yer almaktaydı. Bilindiği üzere bu hüküm Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. Şu halde artık hukuki el atmadan kaynaklı tam yargı davalarında bilirkişi heyetleri mahkeme ve Danıştay içtihatları doğrultusunda belirlenmektedir.

Danıştay'ın yerleşik içtihatları hukuki el atma davalarında oluşturulacak bilirkişi heyetinin niteliğini ortaya koymaktadır. Danıştay buna yönelik olarak bir kararında²²⁶şu ifadelerle yer vermiştir; *“Uzun yıllar parselasyon planı ya da kamulaştırma yapılmamak suretiyle mülkiyet hakkı süresi belirsiz bir zaman diliminde kısıtlandığından; aralarında gayrimenkul değerlendirme uzmanının da bulunduğu bilirkişi kurulunca, taşınmazın dava tarihi itibarıyla cins ve nevi, yüzölçümü, kıymetini etkileyecek bütün nitelik ve unsurları, her unsurun ayrı ayrı değeri, varsa vergi beyanı, varsa resmi makamlarca yapılmış kıymet takdirleri, taşınmazın mevkii, taşınmazın mevkii ve şartlarına göre ve olduğu gibi kullanılması halinde getireceği net geliri, özel amacı olmayan emsal satışlara göre satış değeri, bedele etki eden tüm kanuni veriler, imar verileri, taşınmazın özgün nitelik ve kullanım şekli, değeri etkileyen hak ve yükümlülükleri, gayrimenkul üzerinde aynı ve şahsi ittifak hakları ve gayrimenkul mükellefiyetleri vb. bedelin tespitinde etkili olacak diğer objektif ölçülerin belirlenmesi suretiyle taşınmazın gerçek bedeli tespit edilerek tazminat istemi hakkında karar verilmesi gerekir.”*

Buna göre yüksek mahkeme bilirkişi kurulunun aralarında bir gayrimenkul değerlendirme uzmanı olmak suretiyle en az üç kişiden teşekkül etmesini ve taşınmazın tüm niteliklerini belirlemek suretiyle gerçek bedelin dava tarihi itibarıyla hesaplanmasını uygun görmektedir.

Uygulamada idare mahkemeleri hukuki el atma davalarında oluşturdukları bilirkişi heyetinde; gayrimenkul değerlendirme uzmanı, şehir plancısı ve bazen de harita mühendisine yer vermektedirler. Burada gayrimenkul değerlendirme uzmanı; rayiç ve emsal araştırması yapıp tüm nitelikleriyle taşınmazın bedelinin belirlenebilmesi için, şehir plancısı; el atmanın temel dayanağı imar planı olduğundan, taşınmazın şehir planındaki konumunun, plandaki fonksiyonunun ve niteliğinin belirlenebilmesi için, harita mühendisi ise taşınmazın yerinin sınırlarının net bir şekilde belirlenebilmesi için tercih edilmektedir. Bazı idare mahkemeleri ise bu davalarda aralarında iki

²²⁶ Danıştay 6. Dairesi, E.2015/4965, K.2015/6383, K.T.03.11.2015, <https://portal.uyap.gov.tr/uyap-uygulamaları>, (E.T.24.01.2021).

gayrimenkul uzmanı, iki de şehir plancısı ve bir harita mühendisinin bulunduğu beş kişilik bilirkişi heyeti oluşturabilmektedir.

Yine dava bedelinin belirlenmesinde dava tarihinin esas alınmasının ne derece doğru olduğu tartışılır. Zira uygulamada hukuki el atma davaları birkaç yıl sürebilmektedir. Bu durumda davacıların taşınmazlarının değeri karar tarihi itibariyle çok daha yüksek çıkabilecekken, dava tarihi itibariyle hesaplandığından daha düşük çıkmaktadır. Bu durum her ne kadar yasal faiz imkânıyla giderilmeye çalışılsa da, bu sefer de yasal faizin dava tarihi değil ıslah tarihi itibariyle hesaplanması tartışması gündeme gelmektedir.

Konya 1. İdare Mahkemesi bir kararında bilirkişi heyetinin keşif tarihi itibariyle hesapladığı hukuki el atmadan kaynaklı bedelin Danıştay denetimine elverişli olmadığı kanaatine vararak kararında şu ifadeye yer vermiştir; *“Uyuşmazlığın teknik yönden açıklığa kavuşturulabilmesi için Mahkememizce yaptırılan keşif ve bilirkişi incelemesi sonucunda düzenlenip Mahkememize sunulan 28.07.2020 havale tarihli bilirkişi raporunda, imar planı tadilatı kararının kesinleşmesinin üzerinden 5 yıl geçmesine rağmen kamulaştırılmayan davacılara ait taşınmazın bedelinin dava tarihi itibariyle değil, keşif tarihi itibariyle belirlendiği görülmekle, davacıya ait taşınmazın dava tarihi olan 08.11.2018 tarihi itibariyle hesaplanmasının istenilmesine yönelik mahkememizce ek rapor alınmasına dair karar verilmiştir.”*²²⁷

Burada yargı kararlarının uygulanmaması sorununa da değinmekte fayda olduğunu düşünmekteyiz. Zira ülkemizde idarelerin taraf olduğu davalarda maalesef yargı kararlarının uygulanmadığı görülmektedir. Bu durum bir hukuk devletinde söz konusu dahi olmamalıyken ülkemizde idarelerin kimi zaman bu konuda sorumlu davranmadıkları ortadadır.

İdarelerin taraf olduğu ve tazminat ödemeye hükmedildikleri davalarda, tazminatların hak sahiplerine zamanında ödenmediği bilinmektedir. Buna ilişkin Anayasa Mahkemesi'nin de kararları mevcut olup tazminatları ödenmeyen davacılar bakımından AİHS ve Anayasaya aykırılıktan ihlal kararları verilmektedir. Yüksek

²²⁷Konya 1. İdare Mahkemesi E.2018/1470, K.2021/62, K.T.19.01.2021, <https://portal.uyap.gov.tr/uyap-uygulamaları>, (E.T.24.01.2021).

mahkeme bu gibi konularda başvuruçuların mahkemeye erişim hakkı, adil yargılanma hakkı ve de mülkiyet hakkının ihlal edildiğini belirtmektedir²²⁸.

VI. ISLAH VE FAİZİN BAŞLANGICI

2577 Sayılı İYUK'un 16. Maddesinin 4. Fıkrasında ; *“Ancak, tam yargı davalarında dava dilekçesinde belirtilen miktar, süre veya diğer usul kuralları gözetilmeksizin nihai karar verilinceye kadar, harcı ödenmek suretiyle bir defaya mahsus olmak üzere artırılabilir ve miktarın artırılmasına ilişkin dilekçe otuz gün içinde cevap verilmek üzere karşı tarafa tebliğ edilir.”* Hükmü düzenlenmek suretiyle 2013 yılında idari yargılama usulüne ilk defa ıslah müessesesi getirilmiştir. Buna göre artık tam yargı davalarında dava devam ederken dava miktarı artırılabilir. Hal böyleyken imar kısıtlılığı sebebiyle açılan hukuki el atmadan kaynaklı bedel davalarında da ıslah mümkündür²²⁹.

Medeni Yargılamadaki istemle bağlı olma kuralı İdari Yargılama kanununda kural olarak yer almamakla birlikte İYUK'un 3. Maddesinde dava konusu miktarın yazılması gerektiği aksi halde bunun bir dilekçe ret sebebi teşkil etmesi, idari yargıda da istemle bağlılığın uygulandığını göstermektedir. Nitekim idare mahkemeleri ve Danıştay da istemle bağlılık kuralını uygulamaktadır. Burada da medeni yargılamada olduğu gibi istemle bağlı olmanın tek istisnası ıslah yoludur²³⁰. Buna göre hukuki el atma davasında bedelin belirlenmesi için oluşturulan bilirkişi heyetinin raporuna göre toplam bedel üzerinden davacıya ıslah hakkı tanınmaktadır. Uygulamada idare mahkemesi toplam bedelin belirlendiği bilirkişi raporunun davacıya tebliği ile birlikte davacıdan ıslah talebini beklemektedir. Islah talebi üzerine ıslah dilekçesi davalı idareye tebliğ edilmekte ve otuz günlük beyan sürenin sonunda dava, ıslah edilen toplam bedel üzerinden karar verilebilecek aşamaya gelmektedir.

²²⁸ Murat Tezcan, “Kamulaştırmaz El Atma Davalarından Kaynaklanan İlamın Yerine Getirilmemesi Sorunu “Anayasa Mahkemesinin 2013/711E. Sayılı Bireysel Başvuru Kararının İncelemesi”, **Ankara Barosu Dergisi**, S.1, 2015, s.463., bkz. AYM, Kenan YILDIRIM ve Turan Yıldırım Başvurusu, Başvuru No: 2013/711 K.T:03.04.2014, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/711?BasvuruNoYil=2013&BasvuruNoSayi=711> (E.T. 17.12.2020).

²²⁹ TEMEL, s.713.

²³⁰ Elvin Evrim ÖZCAN, “İdari Yargılama Hukukunda Islah”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S.92, 2011, s.235.

Danıştay, hukuki el atma nedeniyle açılan tazminat davalarını, adli yargıdaki fiili el atma nedeniyle açılan kamulaştırmasız el atma davalarından farklı yorumlamaktadır. Buna göre yüksek mahkeme bu davaları, 3194 sayılı Kanun kapsamında açılan davalar olarak değerlendirmekte ve hükmedilecek faizi, dava açıldığında talep edilen miktar için dava tarihinden geçerli olmak üzere, ıslah edilen kısım için ise ıslah tarihi itibarıyla belirlenmesini benimsemiştir.²³¹ Bir kararında²³² ise Danıştay dava bedeline ilişkin faiz başlangıcını yanlış belirleyen mahkeme kararının düzeltilerek onanmasına karar vermiştir.

Danıştay'ın tüm bu geçmişe yönelik kararlarının yanı sıra Konya Bölge İdare Mahkemesi'nin son zamanlarda hukuki el atma davalarında hükmedilen bedele ilişkin faiz uygulamasında farklı yönde kararlar²³³ verdiği görülmektedir. İstinaf mahkemesi; Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun E:2019/53, K:2020/853 sayılı kararına²³⁴ da atıf yaparak davacıların tazminine karar verilmesi konusunda gerçek iradesini yansıtan miktarın, ıslah ile artırılan gerçek zararı olduğu, bu gerçek zararın, Mahkemece yaptırılan bilirkişi incelemesi veya ıslah dilekçesinin verildiği tarihte değil, esasen dava tarihinde ortaya çıktığı, bu nedenle kamulaştırmasız el atma bedelinin tümüne dava tarihinden itibaren yasal faiz işletilmesi gerektiğine dair kararlar vermeye başlamıştır. Kanımızca bu kararlar mülkiyet hakkı bakımından son derece isabetli olmuştur. Ancak Bölge İstinaf mahkemesinin bu kararlarından sonra Danıştay 6.

²³¹ Danıştay 6. Dairesi, E.2015/4965, K.2015/6383, K.T.03.11.2015, <https://portal.uyap.gov.tr/uyap-uygulamalari>, (E.T.24.01.2021).

²³² “Antalya 1. İdare Mahkemesince verilen 06/10/2015 tarihli, E:2013/1293, K:2015/902 sayılı kararda, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesinin 1. fıkrasında sayılan bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmadığından, mahkeme kararının faize ilişkin kısmının "kabulüne karar verilen 270.212,70-TL'nin dava dilekçesinde istenen 5.586,00- TL'sine dava açma tarihi olan 9.10.2013 tarihinden, ıslah edilen 264.626,7-TL'sine(hisse oranları dikkate alınarak) ıslah tarihi olan 4.05.2015 tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte davacıya ödenmesine" şeklinde düzeltilerek ONANMASINA”, Danıştay 6. Dairesi, E.2017/863, K.2020/10108, K.T.02.11.2020, <https://portal.uyap.gov.tr/uyap-uygulamalari>, (E.T.26.01.2021).

²³³ Konya Bölge İdare Mahkemesi 2. İdari Dava Dairesi, E.2020/2173, K.2020/2804, K.T.23.12.2020, <https://portal.uyap.gov.tr/uyap-uygulamalari>, (E.T.26.01.2021).

²³⁴ Söz konusu karar hukuki el atma değil Van depreminden kaynaklı zararın talep edildiği klasik bir tam yargı davasına ilişkindir. Zira Danıştay'ın hukuki el atmadan kaynaklı davalarda hükmedilen miktara nasıl faiz işletileceğine dair yukarıda belirtilen görüşü geçerliliğini korumaktadır. Ancak istinaf mahkemesi Danıştay'ın sözü edilen kararını hukuki el atmadan kaynaklı tam yargı davalarına da uygulanması gerektiğine ilişkin olarak geniş yorumlamaktadır. Sözü edilen karar için Bkz. Danıştay İDDK, E.2019/53, K.2020/853, K.T.09.06.2020, <https://portal.uyap.gov.tr/uyap-uygulamalari>, (E.T.12.04.2021).

Dairesi, hukuki el atma davalarına yönelik olarak verdiği son kararlarında²³⁵ istinaf mahkemesinin bu tutumunu benimsemeyerek faizin ıslah tarihinden itibaren başlatılması gerektiğine yönelik eski içtihatlarına devam etmiştir. Zira Bölge İdare Mahkemesinin atıf yaptığı Danıştay İDDK kararı, bir hukuki el atma uyuşmazlığı değil, farklı sebepten doğan bir tam yargı davası için verildiğinden, Danıştay 6. Dairesi henüz bu görüşü benimsememiştir. Ancak Bölge İdare Mahkemesi'nin bu kararlara ısrar etmesi halinde, Danıştay İDDK'nın hukuki el atma uyuşmazlıklarında verilmesi gereken faize ilişkin olarak da ıslah değil, dava tarihini belirleyebileceği ihtimali kuvvetli görünmektedir. Ya da bir başka ihtimal Bölge Mahkemesinin bu görüşünden Danıştay 6. Dairesi'nin görüşü doğrultusunda dönmesi olabilir.

Görüldüğü gibi, faiz hususu genel olarak idari yargıda hukuk mahkemelerinden farklı olarak dava değil ıslah tarihinden itibaren uygulanmaktadır. Doktrinde bu durum eleştirilmektedir. Zira davacı dava tarihinde dava değerini bilmediğinden bedelin tamamını isteyememektedir. Yoksa davacının muradı aslında dava tarihi itibarıyla bedelin tamamını talep etmektir. Bu durumda hukuki el atmadan kaynaklı bedelin tamamına dava tarihi itibarıyla yasal faiz işletilmesi daha hakkaniyetli bir çözüm olacaktır²³⁶.

VII. HARÇLAR VE VEKÂLET ÜCRETİ

2942 Sayılı Yasa'nın geçici 6. Maddesi'nde; kamulaştırmaz el atma kapsamında açılan davalarda **mahkeme ve icra harçları ile her türlü vekâlet ücretinin maktu olarak belirleneceği** hükmü düzenlenmiş ve aynı yasanın Ek-1. Maddesinde ise, bu madde kapsamında kalan taşınmazlar hakkında açılacak dava ve takiplerde, bu Kanunun geçici 6. maddesinin üçüncü, yedinci, sekizinci ve on birinci fıkra hükümlerinin uygulanacağı düzenlenmişti²³⁷. Ancak daha önce de belirtildiği üzere Ek-1. Maddenin birinci cümlesi dışındaki tüm hükümleri Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edildiğinden geçici 6. Maddeye bu konuda yapılan atıf da artık mevcut değildir. Bir başka ifadeyle hukuki el atma davalarında harçların ve vekâlet ücretinin

²³⁵ Danıştay 6. Dairesi, E.2017/1532, K.2021/3396, K.T.09.03.2021, <https://portal.uyap.gov.tr/uyap-uygulamalari>, (E.T.08.05.2021).

²³⁶ TEMEL, s.713.

²³⁷ TEMEL, s.714.

maktu olmasını gerektirecek herhangi bir yasal dayanak bulunmamaktadır. Ancak idare mahkemeleri hukuki el atmaya dair verdikleri kararlarda²³⁸ harçlar ve vekâlet ücreti bakımından geçici 6. Maddenin hükmünü uygulamaya devam etmektedirler.

VIII. TAPUYA TESCİL SORUNU

2942 Sayılı Kanun'un Ek-1. Fıkrasında; bu maddenin birinci fıkrası uyarınca hukuki el atmadan kaynaklı tam yargı davası açılması hâlinde, taşınmazın ya da üzerinde tesis edilen irtifak hakkının dava tarihindeki değerinin mahkeme tarafından; bu Kanunun 15 inci maddesinde yer alan bilirkişilerin nitelikleri ve seçilme usullerine göre bilirkişi incelemesi yapılarak taşınmazın hukuken tasarrufunun kısıtlandığı veya fiilen el konulduğu tarihteki niteliklerine göre tespit edileceği ve **taşınmazın idare adına tesciline veya terkinine hükmedileceği** hüküm altına alınmıştır²³⁹. Anayasa Mahkemesi tarafından anılan hükmün iptal edilmesiyle tescil sorunu yeniden gündeme gelmiştir. Zira İdare mahkemelerinin bir asliye hukuk mahkemesi gibi tapu iptal ve tesciline karar verme yetkisi bulunmamaktadır. Nitekim bu sorun doktrinde sürekli eleştirilmekte ve idare mahkemelerinin tescile hükmetme yetkisi bulunmadığından hukuki el atma davalarının da asliye hukuk mahkemelerinde görülmesinin daha isabetli olacağına dair görüşler gündeme gelmektedir²⁴⁰.

İdare mahkemeleri hukuki el atmadan kaynaklı olarak taşınmazın kamulaştırılmasına yönelik bedele hükmettikten sonra, tescile ilişkin doğrudan bir hüküm kurmamakla birlikte, gerekçe kısmında bu hususa da değinmek ve kararın bir örneğini ilgili tapu müdürlüğüne göndermek suretiyle konuya bir çözüm getirmişlerdir. Antalya İdare Mahkemesi bir kararında²⁴¹ tapuya tescille ilgili kısım şöyle ifade etmiştir; “Öte yandan; davacıya ödenecek tazminat tutarının, taşınmazın davalı idare adına (5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun 45.

²³⁸ “Aşağıda dökümü yapılan 2.081,70-TL yargılama gideri ile 2942 sayılı Kanun'un geçici 6. maddesinin atfıyla Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca maktu olarak belirlenen 1.362,00-TL vekâlet ücretinin davalı idareden alınarak davacıya ödenmesine”, Antalya 1. İdare Mahkemesi E.2018/1126, K.2019/1139, K.T.31.10.2019, <https://portal.uyap.gov.tr/uyap-uygulamaları>, (E.T.26.01.2021).

²³⁹ TEMEL, s.715.

²⁴⁰ YALÇINDURAN, s.233-238.

²⁴¹ Antalya 1. İdare Mahkemesi E.2018/900, K.2019/1169, K.T.07.11.2019, <https://portal.uyap.gov.tr/uyap-uygulamaları>, (E.T.26.01.2021).

maddesinin birinci fıkrasının üçüncü tümcesinde yer alan “Genel bütçe kapsamındaki kamu idarelerinin edindiği taşınmazlar Hazine adına, diğer kamu idarelerine ait taşınmazlar ise tüzel kişilikleri adına tapu sicilinde tescil olunur.” hükmü uyarınca) tapuya tescil edilmesi sırasında kamulaştırma bedeli yerine geçecek miktar olarak kabul edilmesi ve belirlenen tazminat tutarının ödenmesi üzerine gayrimenkulün davalı idare lehine tescili tabiidir.

Ayrıca, karar tarihinden sonraki süreçte taşınmaz malın davacı tarafından üçüncü kişilere devredilebilmesi ihtimali dikkate alındığında, taşınmaz malın kamulaştırma bedeline karşılık gelen söz konusu tazminat tutarının, tapuda herhangi bir (ipotek, şerh gibi) kısıtlama olmadan mülkiyetin davalı idareye geçirilmesi sırasında davacıya ödenmesi gerektiği de açıktır.”

Böylece mahkeme kararında hükmedilen bedelin, kamulaştırmaya karşılık ödenecek bedel olduğu ve bu bedelin taşınmazın tüm kısıtlamalardan arı olarak tapuda davalı idare lehine tescil edilmesi suretiyle ödenmesi gerektiği açıklığa kavuşturulmuştur.

SONUÇ

Çalışmamızda kamulaştırmasız el atma, mülkiyet hakkı odaklı olarak ve daha çok hukuki el atma özelinde incelenmiş, bu konunun bir hukuk devletinde kabul edilemeyecek şekilde mülkiyet hakkını ihlal eden bir uygulama olduğu izah edilmeye çalışılmıştır. Gerek fiili gerekse hukuki el atma olarak gerçekleşen bu tarz müdahalelerin, kişilerin taşınmazları üzerinde tasarruf hakkının kısıtlanmasına sebep olduğu ve bir temel hak olan mülkiyetin özüne zarar verecek sonuçlara yol açtığı ortadadır. Ne yazık ki idare tarafından bu uygulamaların ısrarla gerçekleştirildiği ve taşınmaz sahiplerinin son derece mağdur edildiği görülmektedir. Bu mağduriyetler ise uzun yıllar mahkemeler tarafından giderilmeye çalışılmıştır. Zira 1983 tarihinden sonra yapılan kamulaştırmasız el atmaların tazminine yönelik herhangi bir mevzuat hükmü bulunmamakta olup bu yasal boşluk genellikle yüksek yargı organlarının süregelen içtihatlarıyla doldurulmuştur.

Anayasa'da temel hak ve özgürlükler belirlenirken, bu hakların en çok devlet tarafından ihlal edilebileceği öngörüsünden hareketle bazı düzenlemeler yer almış, bir başka ifadeyle devletin en temel görevi, bireylerin hak ve özgürlüklerini kendi hukuka aykırı uygulamalarına karşı koruyarak bu konuda anayasal bir güvence vermek olmuştur. Elbette bu hususta hukuk devletine riayet etmek ve kişilerin temel hak ve hürriyetlerini korumakla yükümlü olan kamu idaresinin de üzerine düşeni yerine getirmesi gerekmektedir. Zira idareler, kamu hizmeti ve de kamu yararı gibi hususları bahane ederek mülkiyet hakkına müdahale etmek suretiyle doğrudan ya da dolaylı yollardan Anayasal mülkiyet hakkını ihlal etmekte, hukuka aykırı bir takım uygulamalarla mülkiyetin korunmasına yönelik anayasal ilkeleri bertaraf etmektedirler.

Kamulaştırmasız el atma asıl olarak idarenin özel mülkiyetteki bir taşınmaza haksız bir şekilde fiilen el atmasıdır. Ancak idareler bazı durumlarda mülkiyet hakkına özel mülkiyetteki taşınmazlara fiilen el koyarak değil, idari işlem olarak yapılması gereken kamulaştırma, parselasyon gibi işlemleri yapmayarak müdahalede bulunurlar. Böylece AİHS ve Anayasa'da güvence altına alınmış mülkiyet hakkının, kanunlar kapsamında korunması ve özgürce kullanılmasının temin edilmesi gerekliliği

noktasında hukuki el atmanın da kamulaştırmasız el atma kapsamına dâhil edilmesi ve buna yönelik kanuni ve içtihadi uygulamalar geliştirilmesi ihtiyacı doğmuştur.

Taşınmazları imar planlarıyla kamuya ait alanlara isabet eden şahısların taşınmazları kamulaştırılmayarak ya da imar uygulaması yapılmayarak uzun süre boyunca taşınmazlarından yararlanma hakları ellerinden alınmış olmaktadır. Böylece malikler arsalarını satamamakta, kat karşılığı inşaat sözleşmeleri yapamamakta ya da arsaları üzerinde yapı yapamamaktadır. Taşınmazları üzerindeki tasarruf hakları kısıtlanan ve taşınmazları bir türlü kamulaştırılmayan kişiler ise çareyi yargıya başvurmakta bulmaktadırlar. Yargı organları da uzun süre kamulaştırmasız el atmanın hukuka aykırı olduğunu tespit edememiş, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu'nun 16.05.1956 tarih ve E.1956/1 K.1956/6 sayılı kararından sonra fiili el atmalar, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 15.12.2010 tarih ve E.2010/5-662 K.2010/651 sayılı kararıyla da hukuki el atmalar kamulaştırmasız el atma kapsamına dâhil edilmiştir.

Kamulaştırmasız el atmanın geçirdiği tüm yasal ve yargısal tarihi sürece bakıldığında, bu konunun bir türlü yasal düzenlemeye bağlanamayışı ve yapılan kanunların sürekli Anayasa Mahkemesi kararlarıyla iptal edilmesinden, niteliği gereği el atmaları yasal bir zemine oturtmanın mümkün olmadığı sonucu çıkmaktadır. Bir başka ifadeyle, fiili el atmalar yapıldığı andan itibaren, hukuki el atmalar ise sonucu itibarıyla hukuka aykırı ağır mülkiyet hakkı ihlallerine sebep olduğundan, Anayasa Mahkemesi tarafından yasa koyucunun bu konuyu yasal zeminde meşru hale getirmek istemesinin önüne geçilmek istenmiştir. Dolayısıyla buna yönelik yasal düzenleme girişimleri, Anayasa ve yasalarla katı şekil kurallarına bağlanan kamulaştırma işlemi devre dışı bırakarak, idarenin özel mülkiyetteki taşınmazlara kamulaştırmaksızın sahip olması ve bu uygulamanın sürekli hale getirilmesi sakıncasını taşımaktadır. Anayasa Mahkemesi ise bu gidişatı gördüğünden, yasa koyucunun kamulaştırmasız el atmaya yasal zemin arama girişimlerini bertaraf etmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin konuya yönelik tüm kararları incelendiğinde, yüksek mahkemenin kamulaştırmasız el atmayı AİHS ek protokoller ve Anayasa'nın 35. maddesi kapsamında değerlendirdiği görülmektedir. Bu noktada AYM'nin mülkiyet hakkının özünü ölçsüz bir şekilde ihlal eden kamulaştırmasız el atmaya yönelik yasal mevzuat hükümlerini, Anayasa ve AİHS'ye aykırı bularak iptal ettiği anlaşılmaktadır.

Özellikle taşınmaz sahiplerinin kamulaştırma bedelini talep etmeleri için dava açma sürelerini yeniden başlatan ve dava açma hakkını sınırlayan düzenlemeler Yüksek Mahkeme tarafından iptal edilmiştir. Son olarak Anayasa Mahkemesi'nin 2942 Sayılı Kanun'un Ek-1. maddesini ihlal eden kararından sonra bu konunun yakın zamanda yasal bir prosedüre bağlanamayacağı ve uyuşmazlıkların içtihatlar ekseninde çözülmeye devam olunacağı anlaşılmaktadır.

Çok geç de olsa en nihayetinde hukuki el atmaların da kamulaştırmatsız el atma sayılması ve bunun doğurduğu sonuçlar bakımından fiili el atmalardan bir farkı olmadığını tespit edilmesi mülkiyet hakkı anlamında Türk Hukukunda iyi bir başlangıç olmuştur. Ancak konunun özellikle görevli yargı kolu belirlenmesine dönük kafa karışıklığı ve halen bu hususun netlik kazanmamış olması ilginçtir. Zira hukuki el atmanın hukuki niteliği bir türlü belirlenememekte, belirlense bile bazen yanlış belirlenmekte, dolayısıyla bundan kaynaklanan tazminat davalarının görüleceği yerin tespiti zorlaşmaktadır.

Esasında hukuki el atmanın dayanağı uygulama imar planları olup temeli düzenleyici bir idari işleme dayanmaktadır. Ancak imar planları hukuka aykırı bir işlem değildir ve burada asıl sorun imar planları değil, yapılması gereken kamulaştırma işleminin yapılmamasıdır. Bu durumda burada sorulması gereken soru, hukuki el atmadan kaynaklı bedel davasının idarenin hizmet kusuruna bağlı ve idari işlemde kaynaklı bir tam yargı davası mı, yoksa fiili el atmalar gibi özel hukuka bağlı haksız fiilden kaynaklanan bir tazminat davası mı olduğudur. Daha önce de belirttiğimiz gibi, kanımızca hukuki el atmadan kaynaklanan bedel davasının temelinde hukuka aykırı bir işlem bulunmadığından, imar planı işleminden kaynaklı değil, ancak bir birel işlem olan imar uygulaması ve de kamulaştırma yapmaktan kaynaklı bir tam yargı davası olarak görmek daha makuldür. Aslında hukuki el atmadan kaynaklı tam yargı davalarında ikili bir ayrıma gidilmesi ve davacının idareden imar planı değişikliği ya da kamulaştırma yapılmasını isteyip de bu talebin reddedildiği durumlarda açılan davanın bu ret işleminden kaynaklı bir tam yargı davası, başvuru olmadan doğrudan doğruya açılan davalar bakımından ise, idarenin kamulaştırma yapmama eyleminden kaynaklı bir tam yargı davası olarak nitelendirilmesi daha uygundur.

Her halükarda hukuki el atmalar için açılacak davanın idare hukuku ilkeleri kapsamında idarenin işlemde ya da eylemde kaynaklı vermiş olduğu bir zarar kapsamında tam yargı davası olarak açılacak bir dava türü olarak değerlendirilmesi ve bu kapsamda çözümlenmesi gerekir. Zira idarenin kusurlu eylem ya da işlemleriyle kişilere verdiği zararlardan doğan tazminat istemlerine hükmedilmesi idare mahkemelerinin varlık sebebi olup idari yargıda bu konuda geniş ve yadsınamayacak bir içtihadî birikim mevcuttur. Konunun tapuya tescil sorunu ise yukarıda da izah edildiği gibi mahkemelerin gerekçeli kararlarında yer verilen ifadeler ve kararın bir örneğinin ilgili tapu müdürlüğüne gönderilmesiyle çözülebilmektedir.

İdare mahkemelerinde açılan hukuki el atmaya ilişkin davalarda da uygulamada bir takım sorunlar mevcuttur. Ancak bunlar kanımızca idare mahkemelerinin bu uyuşmazlıkları çözmekte yetkin olmadıkları ve görevli yargı yeri olmadıklarından değil, bu tür davaların klasik tam yargı davasının dışında nevi şahsına münhasır davalar olmalarından ileri gelmektedir.

Hukuki el atma yargılamalarındaki sorunlardan biri doğru hasmı, yani davalı idareyi belirleme sorunudur. Bu sorun zaman zaman imar planını yapan idare ile kamulaştırma yapması gereken idarenin farklı olmasından ileri gelmektedir. Söz gelimi, bir yerleşim bölgesindeki 1/1000 ölçekli uygulama imar planını belediye yapmakta, ancak malikin taşınmazı milli eğitim alanı ya da sağlık alanına isabet ettiğinde, kamulaştırma yapması gereken idare belediye değil, Sağlık Bakanlığı ya da Milli Eğitim Bakanlığı olmaktadır. Burada çözülmesi gereken husus malikin zararına hangi idarenin kusurlu eylemiyle yol açtığıdır. Kanımızca İmar planını yapan belediyenin belediye sorumluluk alanına girmeyen bir taşınmaz bakımından kamulaştırma yetkisi bulunmadığından, bu davada belediyeye husumet yöneltmek hakkaniyetli olmayacaktır. Ancak bu noktada madalyonun diğer yüzüne de bakmak gerekir. Belediyenin imar planını yaparken kamulaştırma yapması gereken idareyi haberdar etmemesi, bir başka deyişle diğer idarenin taşınmazın kamulaştırılacağı bilgisinin bulunmaması ve bu sebeple taşınmazı kamulaştırma programına almaması durumunda söz konusu idarenin bir kusuru bulunmayacaktır. Burada kanımızca en makul yöntem, dava esnasında imar planı yapılırken belediye ve ilgili diğer idarelerin

aralarındaki iç yazışmaları araştırarak zarardan sorumlu asıl idareyi ortaya çıkarıp doğru hasım belirlendikten sonra uyuşmazlığın buna göre çözümlenmesidir.

Yargılamadaki önemli sorunlardan bir diğeri, dava bedelinin belirlenmesinde dava tarihinin esas alınmasıdır. Zira uygulamada hukuki el atma davaları birkaç yıl sürebilmektedir. Bu durumda davacıların taşınmazlarının değeri karar tarihi itibariyle çok daha yüksek çıkabilecekken, dava tarihi itibariyle hesaplandığından daha düşük çıkmaktadır. Bu durum her ne kadar yasal faiz imkânıyla giderilmeye çalışılsa da, bu sefer de yasal faizin dava tarihi değil ıslah tarihi itibariyle hesaplanması tartışması gündeme gelmektedir. Bu konuda en hakkaniyetli çözüm ise, bilirkişilerce hesaplanacak kamulaştırma bedelinin en geç keşif tarihi itibariyle belirlenmesi ve yasal faizin hükmedilen bedelin tamamına dava tarihinden itibaren işletilmesidir. Aksi halde mülkiyet hakkı ihlalinin giderilmesi için açılan davalarda farklı mülkiyet hakkı ihlallerine sebebiyet verilebilecektir.

Yine bu uyuşmazlıkların çözümünde uzlaşma müessesesi de tartışmalıdır. Anayasa Mahkemesi'nin 2942 Sayılı Kanun'un Ek-1. maddenin birinci cümlesi dışındaki bütün hükümleri iptal etmesiyle hukuki el atma davalarında uzlaşma şartının yasal dayanağı kalmamıştır. Şu halde anılan iptal kararından sonra imar planlarıyla taşınmazının tasarrufu kısıtlanan kişiler hiçbir zorunlu idari başvuru ve uzlaşma şartı bulunmaksızın doğrudan doğruya hukuki el atmadan kaynaklı tam yargı davası açabilecektir. Ancak yargılamalarda halen uzlaşma ile ilgili tereddütlerin bulunduğu görülmektedir. Bazı mahkemeler yasal dayanağı olmadığı halde uzlaşmayı bir dava şartı olarak görürken bazılarıysa hukuki el atma davasının, eylemden kaynaklı bir tam yargı davası olma niteliğinden dolayı İYUK 13. maddesi kapsamında zorunlu idari itiraz yolu bulunduğunu iddia etmektedir. Ancak kanımızca Ek-1. maddenin geçici 6. maddeye atıf yapan hükmü iptal edildiğinden, yargılamalarda uzlaşmayı şart koşmanın hiçbir hukuki dayanağı yoktur. Kaldı ki bu durum taşınmazı beş yıl boyunca kısıtlanan maliklere ayrıca uzlaşma bakımından bir idari itiraz külfeti getirecek ve uzayan sürelerle bir yenisi eklenmiş olacaktır. Dolayısıyla şuan en hakkaniyetli çözüm, taşınmazı kısıtlanan maliklere doğrudan doğruya tam yargı davası açabilme imkânı tanınmasıdır.

Tüm bu anlatılanlar ışığında gelinen noktada, herkese karşı sürekli ve mutlak olarak ileri sürülebilen, eşyanın aynından doğan, ulusal ve uluslararası birçok metinde güvence altına alınmış olan mülkiyet hakkının, çeşitli ideolojik görüşlere göre farklı noktalarda konumlandığı ve bazı yazarlarca konuya salt bireysel olarak bakılırken, kimi kesim için ise mülkiyet kavramına daha çok toplumsal ve sosyal açıdan yaklaşıldığı görülmektedir. Ancak liberal ekonomik hukuk sistemini benimseyen ülkelerde varılan mutabakatla mülkiyet hakkı en temel insan haklarından biri haline gelmiştir. Ülkemizde de konunun önemi yaklaşık son elli senedir yargı kararlarıyla da vurgulanmakta ve mülkiyet hakkı ihlali oluşturan kamulaştırmamız el atma uygulamalarına çeşitli çözümler getirilmektedir. Her ne kadar konunun esası ve yargılama usullerinde çeşitli sorunlar olsa da, taşınmaz sahiplerinin mülkiyet hakkını korumaya yönelik kararlar verilmekte ve konunun önemi her geçen gün daha iyi idrak edilmektedir.

KAYNAKLAR

- AKBULUT, E. (2014). Kamulaştırmamadan Kaynaklanan Tam Yargı Davalarına Danıştay'ın Yaklaşımı ve Alternatif Çözüm Önerisi. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S.447-489.
- AKÇA, K. (2015). Anayasa Mahkemesi Kararlarında Mülkiyet Hakkı. *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S.543-596.
- AKYILMAZ, B., SEZGİNER, M., & KAYA, C. (2020). *Türk İdari Yargılama Hukuku*. Ankara: Savaş Yayınevi.
- ALTUNIŞIK, E. (2019, Ağustos). Hukuki El Atma. Yayınlanmamış *Yüksek Lisans Tezi*. Denizli.
- ARSLAN, Z. (2002). Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasanın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler. *Anayasa Yargısı*, S.139-154.
- AYAN, M. (2014). *Eşya Hukuku II Mülkiyet*. Konya: Mimoza Yayınları.
- AYHAN, F. (2012). Karar incelemesi: İmar Planlarında Umumi Hizmete Ayrılan Taşınmazların Uzun Süre Kamulaştırılmaması Sorunu. *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, S.133-150.
- BALTA, T. B. (1970). *İdare Hukukuna Giriş I*. Ankara: Sevinç Matbası.
- BAŞPINAR, V. (2009). *Mülkiyet Hakkını İhlal Eden Müdahaleler*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- BAŞPINAR, V. (2016). Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukuku'nda Mülkiyet Hakkı Teminatı. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S.633-658.
- BAYRAKTAR, M. (2012). Kamulaştırmaz El Atma Davaları İle İlgili Düzenlemeler ve Uygulaması. *İstanbul Barosu Dergisi*, S.73-110.
- ÇABRİ, S. (2011). Kamulaştırmaz El Atma Kavramının Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 15.12.2010 Tarihli Kararı Doğrultusunda Tanımlanması. *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S.78-104.
- ÇABUK, DOĞAN ÇAKMAK, ŞENGÖZ, M. (2020). *Danıştay Kararları Işığında Kamulaştırmaz El Atma*. Ankara: Seçkin Yayınları.
- ÇELİK, A. (2014). İmar Planlarında Kamu Hizmetine Ayrılan Taşınmazların Makul Sürede Kamulaştırılmamasının Mülkiyet Hakkına Etkileri ve Buna İlişkin Bir Anayasal Mahkemesi Kararının İncelenmesi. *Terazi Hukuk Dergisi*, S.158-169.
- ÇOLAK, N. İ. (2014). *İmar Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- ÇORUHLU, Y., & UZUN, B. (2019). Kamulaştırmaz Hukuki El Atma Kavramının İncelenmesi ve Muhtemel Çözüm Yaklaşımlarının Getirilmesi. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S.1-28.
- DİNLER, E., & ÇALIŞKAN, Z. (2019). Mülkiyetin Tarihsel Gelişimi Üzerine Bir Deneme. *Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi*, S.421-452.
- ERDEM, B. (2012). *İktisadi Düşünceler Tarihi*. Eskişehir: Anadolu Üniveristesi Yayınları.

- ERDİNÇ, T. (1974). Jean-Jacques Rousseau Görüşleri ve Demokratik Sistem Üzerindeki Etkileri. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, S.289-327.
- EREN, F. (2016). *Mülkiyet Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- GEMALMAZ, H. (2017). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı*. İstanbul: Beta Yayınları.
- GÖZLER, K. (2001). Anayasa Değişikliğinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri: Anayasanın 13'üncü Maddesinin Yeni Şekli Hakkında Bir İnceleme. *Ankara Barosu Dergisi*, S.53-67.
- GÖZLER, K. (2009). *İdare Hukuku*. Bursa: Ekin Basın Yayın Dağıtım.
- GÖZLER, K. (2019). *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*. Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım.
- GÖZÜBÜYÜK, Ş. (2016). *Yönetmelik Yargısı*. Ankara: Turhan Kitabevi.
- GÜNDAY, M. (2017). *İdare Hukuku*. Ankara: İmaj Yayınevi.
- HACAK, H. (2005). İslam Hukuk Düşüncesinde Özel Mülkiyet Anlayışı. *M.Ü İlahiyat Fakültesi Dergisi*, S.99-120.
- HARARI, Y. N. (2016). *Hayvanlardan Tanrılara Sapiens İnsan Türünün Kısa Bir Tarihi*. İstanbul: Kolektif Kitap Bilişim ve Tasarım, Berdan Matbaacılık.
- HASOĞLU, A. (2019). Düzenleme Ortaklık Payı-Kamu Ortaklık Payı İlişkisi. *Terazi Hukuk Dergisi*, S.1022-1029.
- İLGEZDİ, A. R. (2016). *Hukuki El Atma(Kamulaştırmaz El Atmada Yeni Dönem)*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- İLHAN, C. (2011). *Günümüz Türkçe'siyle Mecelle(Mecelle-i Ahkam-ı Adliye)*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- İNCE, M. (2018). *Liberal ve Marksist Özgürlük Anlayışlarının Karşılaştırılması*. Ankara: Akademisyen Kitabevi.
- İŞTAR, T. (1990). Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları Işığında Kamulaştırmaz El Atma. *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, S.41-47.
- KAPLAN, G. (2004). Kamu Kurumları ve Tüzel Kişileri Arasında Taşınmaz Mal Devri ve Yargısal Denetimi. *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ayferi Göze'ye Armağan*, S.167-188.
- KAPLAN, G. (2012). Yeni Yasal Düzenlemelere Göre Kamulaştırmaz El Koyma Sebebiyle Doğan Tazmin Hakkının Tabii Olduğu Usul ve Esaslar. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.125-150.
- KAPLAN, G. (2019). *İdari Yargılama Hukuku*. Bursa: Ekin Basın Yayın Dağıtım.
- KARACA, E. (2018). Kamulaştırmaz El Koyma'nın Unsurları ve Kamulaştırmaz El Koymaya Karşı Yargısal Başvuru Yolları. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.274-309.

- KARADEMİR, D. (2016). Kamulaştırmaz El Atma. *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S.930-960.
- KARTAL, S. (2014). Kamulaştırmaz El Atma Davaları Yargı Kararları ve Hukuki Sorunlar. *Bursa Barosu Dergisi*, S.131-153.
- MARX,, K., & ENGELS, F. (2019). *Komünist Manifesto*. İstanbul: Can Sanat Yayınları.
- OĞUZMAN, K., SELİÇİ, Ö., & OKTAY ÖZDEMİR, S. (2012). *Eşya Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi.
- ONAR, S. (1966). *İdare Hukukunun Umumi Esasları(üçüncü Bası)*. İstanbul: İsmail Akgün Matbaası Hak Kitabevi.
- ÖRÜCÜ, E. (1967). John Locke ve Sosyal Mukavelesinin Özelliği. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, S.177-196.
- ÖZAY, İ. (2017). *Günişığında Yönetim*. İstanbul: Filiz Kitabevi.
- ÖZBUDUN, E. (2019). *Türk Anayasa Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- ÖZCAN, E. E. (2011). İdari Yargılama Hukukunda Islah. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.223-236.
- ÖZDEMİR, Y. (2018). *Türk Hukukunda Kamulaştırmaz El Atma*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- ÖZEL, S. (2013). *Mülkiyet Kamulaştırma ve Gerçek Karşılık Hakkı*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- ÖZLÜK, B. (2019). Mülkiyet ve Zilyetlik Üzerine Düşünceler. *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S.139-166.
- PLATON. (2019). *Devlet*. İstanbul: Say Yayınları.
- SAĞLAM, F. (2019). İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nde Tüm Hak ve Özgürlüklere Yönelik Kurallar Üzerine Bir Deneme. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, S.1236-1252.
- ŞAHBAZ, İ. (2018). İmar Planlarında Kamu Yararı Denetimi. *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S.43-63.
- ŞİMŞEK, S. (2010). Mülkiyet Hakkının Kapsamı, Sınırlandırma Nedenleri ve Şartları Açısından 1982 Anayasası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi: Karşılaştırmalı Bir Analiz-I. *TBB Dergisi*, S.181-228.
- ŞİMŞEK, S. (2019, 12 7). *Gayrimenkul Mevzuatı*. <https://gayrimenkulmevzuati.com/>: <https://gayrimenkulmevzuati.com/7181-sayili-kanunla-arazi-ve-arsa-duzenlemesi-islemlerinde-neler-degisti/>
- TAN, T. (2019). *İdare Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi.
- TEMEL, C. (2017). *Açıklamalı- İçtihatlı Dilekçe ve Karar Örneklili Kamulaştırma ve Kamulaştırmaz El Atmadan Doğan Davalar*. Ankara: Bilge Yayınevi.

- TEZCAN, M. (2015). Kamulaştırmaz El Atma Davalarından Kaynaklanan İlamın Yerine Getirilmemesi Sorunu “Anayasa Mahkemesinin 2013/711E. Sayılı Bireysel Başvuru Kararının İncelemesi. *Ankara Barosu Dergisi*, S.457-466.
- TUTAL, E. (2016). Kamulaştırmaz El Atma Davalarında Yargılama Sürecindeki Son Gelişmeler. *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S.1107-1132.
- ULUSOY, A. (2019). *Yeni Türk İdare Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınevi.
- ULUSOY, Y. (2004). *Yargıtay Kararları Işığında Kamulaştırmaz El Atma*. Ankara: Nobel Yayın Dağıtım.
- ÜNLÜ, U. (2012). Kamulaştırmaz El Koyma Sebebiyle Tazmine Yönelik Yasal Düzenlemenin Getirdikleri. *Terazi Hukuk Dergisi*, S.60-63.
- YALÇINDURAN, T. (2015). *Kamulaştırmaz El Koyma*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- YAZICIOĞLU, Ş. İ. (2008). Kamulaştırmaz El Atma. Yayınlanmamış *Yüksek Lisans Tezi*. İstanbul.
- YAZIR, E. (2006). *Hak Dini Kur'an Dili Meali*. Ankara: Akçağ Basım Yayım.
- YILDIRIM, B. (2013). *Açıklamalı-İçtihatlı Kamulaştırma ve Kamulaştırmaz El Atma Davaları*. Ankara: Yetkin Yayınları.