



**BAŞKENT**  
**ÜNİVERSİTESİ**

HUKUK FAKÜLTESİ

**GÜNCEL GELİŞMELER**  
**IŞIĞINDA KAMU**  
**HUKUKUNDA**  
**MÜLKİYET HAKKININ**  
**KORUNMASI**  
**SEMPOZYUMU**

12.05.2022

**GÜNCEL GELİŞMELER IŞIĞINDA KAMU  
HUKUKUNDA MÜLKİYET HAKKININ  
KORUNMASI SEMPOZYUMU**

**12.05.2022**

**Yayın Hakkı © 2021 BAŞKENT ÜNİVERSİTESİ  
GELİŞTİRME VAKFI İKTİSADİ İŞLETMESİ**

Her hakkı mahfuzdur, bu kitabın yayın işini gerçekleştiren Başkent Üniversitesi Geliştirme Vakfı İktisadi İşletmesi dışında, telif hakkı yasası uyarınca, tümü ya da herhangi bir bölümü, resmi ve yazısı editörünün ve yayımcısının yazılı müsaadesi alınmadıkça tekrarlanamaz, basılamaz, çoğaltılamaz, fotokopi çıkartılamaz veya kopya anlamı taşıyacak hiçbir işlem yapılamaz.

**ISBN: '978-605-73979-7-3'**

**BİLİM KURULU**

Prof. Dr. Sadi ÇAYCI  
Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Ali AKYILDIZ  
Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Hasan Tahsin FENDOĞLU  
Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Doç. Dr. Ezgi AYGÜN EŞİTLİ  
Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Doç. Dr. Mehmet Emin AKGÜL  
Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**DÜZENLEME KURULU**

Prof. Dr. Ali AKYILDIZ  
Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Doç. Dr. Ezgi AYGÜN EŞİTLİ  
Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Doç. Dr. Mehmet Emin AKGÜL  
Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Yayına Hazırlayan:** Başkent Üniversitesi Basım ve Yayın Birimi  
**Tasarım ve Düzenleme:** Pınar OSMANAĞAOĞLU  
Deniz AYDIN

## **Sempozyumda Bildiri Sunanlar**

-Prof. Dr. Müslüm AKINCI

Haczedilemezlik Mülkiyet Hakkı Geriliminde İdari Yargı Kararlarının Akıbetine Dair Tespitler

-Dr. Öğr. Üyesi Melike Özge ÇEBİ BUĞDAYCI

Kamulaştırma Amacına Aykırı Kullanım & Mülkiyet Hakkı İlişkisi

-Dr. Öğr. Üyesi Ayşegül ÇOBAN ATİK – Prof. Dr. Ramazan YILDIRIM

Kamulaştırmadan Arta Kalan Kısmın Kamulaştırılmamasının Yol Açtığı Mülkiyet Hakkı İhlalleri ve Diğer Hukuki Sorunlar

-Dr. Öğr. Üyesi Murat Buğra TAHTALI

Yargı Kararları Işığında Düzenleme Ortaklık Payı Uygulaması ve Kamulaştırmanın Mülkiyet Hakkı Perspektifinden Karşılaştırmalı Değerlendirmesi

-Prof. Dr. Sadi ÇAYCI

Milletlerarası İnsan Hakları Hukuku Bağlamında Mülkiyet Hakkının Korunması

-Dr. Öğr. Üyesi Derya KARAKOÇ DOĞRU

AİHM Kararları Işığında Mülkiyet Hakkının Vergilendirme Yoluyla Sınırlandırılmasında Uygulanan Adil Denge Ölçütü

-Dr. Öğr. Üyesi Gamze OVACIK

İnsan Hakkı Olarak Mülkiyet: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Bir Analiz

-Dr. Öğr. Üyesi Âdem Ersin BAYRA

1982 Anayasası ve AİHS Çerçevesinde Salgın Hastalıklar Karşısında Mülkiyet Hakkının Sınırlanabilirliği

-Dr. Öğr. Üyesi Seda DUNBAY  
Mülkiyet Hakkı Bakımından Gayrimüslim Cemaat Vakıfları: 2013'ten  
bugüne AYM'nin Verdiği Kararların İncelenmesi

-Prof. Dr. Ali AKYILDIZ  
Yüksek Yargı Kararları Işığında Kamulaştırma Hukukumuzun  
Gelişimine Tarihsel Perspektiften Bakış

-Dr. Öğr. Üyesi Veysel GÖRÜCÜ  
Kamulaştırmada Malikin Geri Alma Hakkı ve Yola Terk problemlerine  
Mülkiyet hakkı yönünden AYM ve AİHM kararları Açısından Bakış

-Dr. Öğr. Üyesi Erkan SARITAŞ  
Mülkiyet Hakkının Ceza Normlarıyla Korunması Çerçevesinde Kripto  
Paralar ve NFT'ler: Olan ve Olması Gereken Hukuk Açısından Bir  
Değerlendirme

-Dr. Öğr. Üyesi Duygu MERKİ ÇOKSEZEN  
Avukatın Ahz-u Kabz Yetkisini Kötüye Kullanmasının Zimmet ve  
Güveni Kötüye Kullanma Suçları Bağlamında Değerlendirilmesi:  
17.06.2021 Tarihli Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararının Tahlili

### **Editör**

Doç. Dr. Mehmet Emin AKGÜL

## **İÇİNDEKİLER**

-Dr. Öğr. Üyesi Melike Özge ÇEBİ BUĞDAYCI  
Kamulaştırma Amacına Aykırı Kullanım & Mülkiyet Hakkı İlişkisi

-Dr. Öğr. Üyesi Ayşegül ÇOBAN ATİK – Prof. Dr. Ramazan YILDIRIM  
Kamulaştırmadan Arta Kalan Kısımın Kamulaştırılmamasının Yol  
Açtığı Mülkiyet Hakkı İhlalleri ve Diğer Hukuki Sorunlar

-Dr. Öğr. Üyesi Murat Buğra TAHTALI  
Yargı Kararları Işığında Düzenleme Ortaklık Payı Uygulaması ve  
Kamulaştırmanın Mülkiyet Hakkı Perspektifinden Karşılaştırmalı  
Değerlendirmesi

-Prof. Dr. Sadi ÇAYCI  
Milletlerarası İnsan Hakları Hukuku Bağlamında Mülkiyet Hakkının  
Korunması

-Dr. Öğr. Üyesi Derya KARAKOÇ DOĞRU  
AİHM Kararları Işığında Mülkiyet Hakkının Vergilendirme Yoluyla  
Sınırlandırılmasında Uygulanan Adil Denge Ölçütü

-Dr. Öğr. Üyesi Gamze OVACIK  
İnsan Hakkı Olarak Mülkiyet: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi  
Kararları Işığında Bir Analiz

-Dr. Öğr. Üyesi Âdem Ersin BAYRA  
1982 Anayasası ve AİHS Çerçevesinde Salgın Hastalıklar Karşısında  
Mülkiyet Hakkının Sınırlanabilirliği

-Dr. Öğr. Üyesi Seda DUNBAY  
Mülkiyet Hakkı Bakımından Gayrimüslim Cemaat Vakıfları: 2013'ten  
bugüne AYM'nin Verdiği Kararların İncelenmesi

-Prof. Dr. Ali AKYILDIZ

Yüksek Yargı Kararları Işığında Kamulaştırma Hukukumuzun Gelişimine Tarihsel Perspektiften Bakış

-Dr. Öğr. Üyesi Veysel GÖRÜCÜ

Kamulaştırmada Malikin Geri Alma Hakkı ve Yola Terk problemlerine Mülkiyet hakkı yönünden AYM ve AİHM kararları Açısından Bakış

-Dr. Öğr. Üyesi Erkan SARITAŞ

Mülkiyet Hakkının Ceza Normlarıyla Korunması Çerçevesinde Kripto Paralar ve NFT'ler: Olan ve Olması Gereken Hukuk Açısından Bir Değerlendirme

-Dr. Öğr. Üyesi Duygu MERKİ ÇOKSEZEN

Avukatın Ahz-u Kabz Yetkisini Kötüye Kullanmasının Zimmet ve Güveni Kötüye Kullanma Suçları Bağlamında Değerlendirilmesi: 17.06.2021 Tarihli Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararının Tahlili

## **KAMULAŞTIRMA AMACINA AYKIRI KULLANIM & MÜLKİYET HAKKI İLİŞKİSİ**

Dr. Öğr. Üyesi Melike Özge ÇEBİ BUĞDAYCI\*

İdarenin taşınmaz mal edinme yöntemi olarak, özel hukuk kişilerinin rızasına bakılmaksızın, mülkiyetlerinde bulunan taşınmaz malların kamu gücü kullanılarak edinilmesini sağlayan kamulaştırma, özünde mülkiyet hakkı ile çok yakın ilişkilidir. Kamulaştırma usulü ile özel kişilerin mülkiyet hakkına açık ve doğrudan bir müdahale gerçekleşmektedir. Sahibine en geniş yetkileri tanıyan mülkiyet hakkına müdahale koşulları ise gerek uluslararası gerek ulusal düzenlemelerde açıkça belirlenmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne ek 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesine göre; bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir. Keza 1982 Anayasası'nın 13. maddesi uyarınca, tüm temel hak ve hürriyetler gibi, mülkiyet hakkının da ancak kanunla ve anayasada belirtilen özel sınırlama nedenlerinin varlığı halinde sınırlandırılması gerekir. Anayasa'nın Mülkiyet hakkını düzenleyen 35. maddesinde ise mülkiyet hakkının ancak "kamu yararı amacıyla" kanunla sınırlanabileceği öngörülmektedir.

Kanunla sınırlama şartının bir gereği olarak, Türk Hukukunda kamulaştırmaya ilişkin usul ve esaslar hem Anayasanın "Kamulaştırma" başlıklı 46. maddesinde hem de 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu ile detaylı olarak düzenlenmiştir. Mevzuatta yer alan tüm düzenlemelerin ortak paydası, kamulaştırmanın ancak kamu yararının varlığı halinde yapılabileceği hususudur. Kamu yararı kararının alınması ve onaylanması halinde, bir idari işlem olan kamulaştırmanın sebep unsuru belirlenmiş olmaktadır<sup>2</sup>.

---

\*Jandarma ve Sahil Güvenlik Akademisi, Güvenlik Bilimleri Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı, melikeozge.cebibugdayci@jsga.edu.tr, ORCID-ID: 0000-0002-7011-5319.



Bu haliyle kamu yararı, mülkiyet hakkı açısından özel bir sınırlama nedeni olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>3</sup>.

Kamu yararı kavramı ve bu kavramın belirsizliği ve soyutluğu üzerine yapılabilecek tartışmalar bir yana bırakılacak olursa, idare tarafından yapılan kamulaştırmada kamu yararı kavramının daha somut bir görünüm arz etmesi gerekmektedir. Bu husus yargı kararları ile de açıkça vurgulanmaktadır. İşte bu şekilde alınan kamu yararı kararı gereğince kamulaştırılan taşınmazların, kamu yararı amacına aykırı olarak kullanmasının mülkiyet hakkına etkisi, bildirimizin özünü oluşturmaktadır.

İdarenin kamulaştırılan taşınmaz üzerinde, öngörülen kamu yararının gereği olan işlem veya eylemleri yerine getirmek zorunda olduğu kabul edilir<sup>4</sup>. Aksi halde, kamu yararı amacına aykırılık söz konusu olur. Kamu yararı amacına aykırılık, bazı durumlarda kamulaştırılan taşınmazın, kamulaştırma amacının tamamen dışında başka bir amaç için kullanılması şeklinde, bazı durumlardaysa söz konusu taşınmazın uzun müddet hiç kullanılmaması biçiminde gerçekleşebilmektedir. Bu durumu öngören kanun koyucu, esasen 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nda meseleyi düzenlemiştir<sup>5</sup>. Mal sahibinin geri alma hakkını düzenleyen Kanun'un 23. maddesine göre;

“Kamulaştırma bedelinin kesinleşmesi tarihinden itibaren beş yıl içinde, kamulaştırmayı yapan idarece, kamulaştırma ve devir amacına uygun hiç bir işlem veya tesisat yapılmaz veya kamu yararına yönelik bir ihtiyaca tahsis edilmeyerek taşınmaz mal

<sup>1</sup> Akyılmaz, Bahtiyar/Sezginer, Murat/Kaya, Cemil, Türk İdare Hukuku, Savaş, Ankara, Eylül 2020, s. 627.

<sup>2</sup> Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 639.

<sup>3</sup> Anayasa Mahkemesi, E.1999/46, K.2000/25, 20/09/2000; Süleyman Oktay Uras ve Sevtap Uras Başvurusu, Başvuru No. 2014/11994

<sup>4</sup> Yayla, Yıldızhan, İdare Hukuku, Beta, İstanbul, Eylül 2010, s. 215.

<sup>5</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. SOLMAZ, Eren, Kamulaştırma Hukukunda Malikin Geri Alma Hakkı, Oniki Levha, İstanbul, Mart 2016.

olduğu gibi bırakılırsa, mal sahibi veya mirasçuları kamulaştırma bedelini aldıkları günden itibaren işleyecek kanuni faiziyle birlikte ödeyerek, taşınmaz malını geri alabilir. / Doğmasından itibaren bir yıl içinde kullanılmayan geri alma hakkı düşer. / Birinci ve ikinci fıkrada belirtilen süreler geçtikten sonra kamulaştırılan taşınmaz malda hakları bulunduğu iddiasıyla eski malikleri veya mirasçuları tarafından idareden herhangi bir sebeple hak, bedel veya tazminat talebinde bulunulamaz ve dava açılmaz....”

Anayasa Mahkemesine göre, kamulaştırma sonucu idarelerin mülkiyetine geçen taşınmazların kamu yararı amacına uygun bir hizmete tahsis edilmemesi durumunda, malikin mülkiyet hakkından yoksun bırakılmasının hukuki meşruiyeti ortadan kalkmaktadır. Böyle bir durumda kamu yararı amacı, aslında taşınmazın kamulaştırılabilmesi için oluşturulması gereken bir araçtan ibaret hale gelmektedir. Mahkemeye göre “Kamu yararı amacıyla kamulaştırılan bir taşınmazın idarece istenildiği biçimde kullanılabilmesine hukuk düzeninin izin verdiği kabul edilemez.” Hatta kamulaştırılan arazinin kamu yararına dönük bir amaca tahsisinin mümkün olmayacağıının anlaşılması durumunda da malike iade imkânı tanınması mülkiyet hakkının bir gereği olarak değerlendirilmiştir<sup>6</sup>.

Bu bağlamda Kanun’da, taşınmazın kamulaştırma amacına aykırı kullanımı durumunda malike belli süreler zarfında taşınmazı geri alma hakkı tanınması ve hatta kamulaştırılan taşınmazın kamu yararına tahsisinin mümkün olmayacağıının anlaşılması halinde malikine iade imkânı tanınması, mülkiyet hakkına yönelik ihlali ortadan kaldırmak bakımından önemlidir. Buna karşın, özellikle malikin geri alma hakkına ilişkin yasal

düzenleme, kamu yararı-mülkiyet hakkı dengesinde pek çok sorunu da beraberinde getirebilecek niteliktedir.

Doktrinde malikin geri alma hakkını kullanabilmesi için, kamulaştırılan taşınmaz üzerinde kamulaştırma amacına uygun hiçbir işlem yapılmaması veya kamulaştırılan taşınmazın kamulaştırma amacı dışında, fakat kamu yararına yönelik başka bir ihtiyaca tahsis edilmeyerek olduğu gibi bırakılması gerektiği ifade edilmektedir<sup>7</sup>. Bu bağlamda her iki durumda da, malike geri alma hakkı tanınmaması durumu, mülkiyet hakkının ihlali olarak değerlendirilecektir.

Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuruya konu olan bazı kararlarında kamulaştırmada kamu yararı amacını irdelemektedir. Mahkeme'ye göre, "mülkiyetten yoksun bırakan bir işlemin salt soyut olarak kamu yararı amacının bulunması kural olarak yeterli olmayıp ayrıca kamu yararı amacının dayandığı sebeplerin somut olarak gerçekleştirilmesi de gerekmektedir."<sup>8</sup> Bu bağlamda kamulaştırılan taşınmazın uzunca bir süre kamulaştırma amacına uygun olarak kullanılmaması veya özel kişilere menfaat sağlanması gibi amaçlarla kullanılmasının mülk sahibine aşırı bir yük getireceği vurgulanmaktadır. Mahkeme yaptığı değerlendirmelerde kamu yararı ile başvurucuların mülkiyet hakkının korunması arasındaki adil dengenin gözetilmesi gerektiğine, kamu yararı amacına aykırı kullanım halinde bu dengenin malik aleyhine bozulduğuna dikkat çekmektedir. Buna karşın Anayasa Mahkemesi, taşınmazın kamulaştırma amacı dışında kullanılmakla birlikte, kamu yararına yönelik başka bir ihtiyaç için tahsis edilmesi hâlinde yine kamu yararı amacının mevcut olduğunu, buna karşın sebebinin değişmiş olduğunu değerlendirmektedir<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> Anayasa Mahkemesi, E.2014/177, K.2015/49, 14/05/2015.

<sup>7</sup> Günday, Metin, İdare Hukuku, İmaj, Ankara, 2015, s. 272.

Hemen vurgulamak gerekir ki, malikin geri alma hakkını kullanması için Kanun'un 23. maddesinde belirtilen şartların, kişinin geri alma hakkını engelleyecek biçimde katı yorumlanması hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmaz. Örneğin kamulaştırılan bir taşınmazda idarece faaliyete başlandıktan sonra yaşanan doğal bir afet nedeniyle faaliyete devam edilememesi örneğinde olduğu gibi, taşınmazın artık idarece kullanılmayacağına anlaşılması halinde<sup>10</sup> malik, Kanun'da aranana şartlar gerçekleşmediğinden bahisle geri alma hakkından mahrum bırakılabilir mi? Keza, bir hastane çevresindeki taşınmazı, sessiz bir ortam amacıyla kamulaştırılan<sup>11</sup> idarenin, kamulaştırılan taşınmazda hiçbir faaliyete başlamaması halinde kamu yararının ortadan kalktığı kabul edilebilir mi? Bu gibi karmaşık durumlarda malike geri alma tanınması meselesinin her somut olay özelinde ayrıca tartışılması gerekmektedir.

Görülüyor ki, kişiye en geniş hak ve yetkileri tanıyan mülkiyet hakkının, idarece alınan ve soyut bir hazırlık işlemi olarak da nitelendirilebileceğimiz kamu yararı kararı ile sınırlandırılması, buna karşın kamu yararı kararına aykırılık taşıyan uygulamalara gidilmesi, malik aleyhine bir yük oluşturabilmektedir. Mülkiyet hakkına yönelik bu müdahalenin amacına uygun kullanımını sağlamak için, malike mevzuatla geri alma hakkının tanınması olumlu olarak değerlendirilebilirken, mevzuatın somut olaylara uygulanmasında birtakım problemler meydana gelebilmektedir. Bu problemlerin çözümünde de uluslararası ve ulusal yargı kararları ile getirilen kriterlerin göz önünde bulundurulması önem arz etmektedir.

<sup>8</sup> Derya Alpdoğan ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No. 2015/6845; Nusrat Külâh Başvurusu, Başvuru No. 2013/6151.

<sup>9</sup> Ahmet Yazı Başvurusu, Başvuru No. 2018/357.

<sup>10</sup> Türkgöç, Başak, "Kamulaştırılan Taşınmazlar Üzerinde Gerçekleştirilen Faaliyetlerin Durdurulması Üzerine Malikin Geri Alma Talebine İlişkin Karar İncelemesi", İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2, S. 3, 233-241, s. 239.

<sup>11</sup> Yayla, s. 217.

## **Kaynaklar**

Akyılmaz, Bahtiyar/Sezginer, Murat/Kaya, Cemil, Türk İdare Hukuku, Savaş, Ankara, Eylül 2020.

Günday, Metin, İdare Hukuku, İmaj, Ankara, 2015.

SOLMAZ, Eren, Kamulaştırma Hukukunda Malikin Geri Alma Hakkı, Oniki Levha, İstanbul, Mart 2016.

Yayla, Yıldızhan, İdare Hukuku, Beta, İstanbul, Eylül 2010.

Ahmet Yazı Başvurusu, Başvuru No. 2018/357.

Derya Alpdoğan ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No. 2015/6845.

Nusrat Külâh Başvurusu, Başvuru No. 2013/6151.

Süleyman Oktay Uras ve Sevtap Uras Başvurusu, Başvuru No. 2014/11994.

Anayasa Mahkemesi, E.2014/177, K.2015/49, 14/05/2015.

Anayasa Mahkemesi, E.1999/46, K.2000/25, 20/09/2000.

## **KAMULAŞTIRMADAN ARTA KALAN KISMIN KAMULAŞTIRILMAMASININ YOL AÇTIĞI MÜLKİYET HAKKI İHLALLERİ VE DİĞER HUKUKİ SORUNLAR**

Dr. Öğr. Üyesi Ayşegül Çoban Atik\*

Prof. Dr. Ramazan Yıldırım\*

### **GİRİŞ**

İdareler kendilerine kanunla verilen görevleri yerine getirmek ve kamu hizmetlerini görmek için taşınmaza ihtiyaç duyduklarında, bu ihtiyacı kimi zaman kamulaştırma yoluyla karşılarlar. Kamulaştırmanın, bireyin mülkiyet hakkı üzerindeki sınırlandırmalardan biri olarak, anayasal ve yasal dayanağı bulunmakta olup, hukuka ve usulüne uygun olarak yapıldığı sürece, temel haklardan sayılan mülkiyet hakkına getirdiği sınırlama kabul edilebilir. Zira zorla alım yöntemi olan kamulaştırmada kamu yararının bireyin özel yararına üstün tutulması, bir bireyin mülkiyet hakkının kamusal ihtiyaçların karşılanmasına feda edilmesi, bedeli malike ödendiği sürece hukuken sorunlu olarak görülmez. Kamulaştırma işleminin kendisinde de kimi zaman bulunabilen hukuka aykırılıklar ve bedele ilişkin uyumsuzluklar bir tarafa, usulüne ve hukuka uygun olarak yapılmış olsa dahi, kısmi kamulaştırmalarda kamulaştırma işlemi tamamlandıktan sonra bu işlemin olumsuz etkileri bazen malik ve taşınmazın kamulaştırılmayan kısmı üzerinde sürebilmektedir.

### **I. KISMİ KAMULAŞTIRMA**

Kısmi kamulaştırma, idarenin yürüttüğü kamu hizmeti için yeterli olduğu takdirde taşınmazın bir bölümünün kamulaştırılmasıdır<sup>12</sup>. İdare ihtiyacı olduğu kadar, ihtiyacını karşılayacak ölçüde kamulaştırma yapar.

Taşınmazın bir bölümünün kamulaştırılması, kamu hizmetini karşılayacak ölçüde iken tamamının kamulaştırılması, Danıştay kararıyla hukuka aykırı bulunmuştur<sup>12</sup>.

İdarenin kısmi kamulaştırma yaptığı hallerde, kamulaştırmadan geri kalan kısım bazen malikinin yararlanmasına elverişli durumda olmayabilir. Bu elverişsizlik durumu, taşınmazın konumundan, şeklinden, büyüklüğünden, ulaşımına kapanmasından ya da başka herhangi bir sebepten kaynaklanabilir. Bu durum 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 12. maddesinin 4. fıkrasında düzenlenmiştir:

“Bir kısmı kamulaştırılan taşınmaz maldan artan kısmı yararlanmaya elverişli bir durumda değil ise, kamulaştırma işlemine karşı idari yargıda dava açılmayan hallerde mal sahibinin en geç kamulaştırma kararının tebliğinden itibaren otuz gün içinde yazılı başvurusu üzerine, bu kısmın da kamulaştırılması zorunludur.”

Buna göre arta kalan kısım yararlanmaya elverişli değilse idare kalan kısmı da kamulaştırmak zorundadır. Bunun için malikin kamulaştırma işlemine karşı iptal istemiyle idari yargıda dava açmamış olması ve en geç kamulaştırma kararının tebliğinden itibaren 30 gün içinde arta kalan kısmın kamulaştırılmasını yazılı biçimde idareden istemiş olması gerekir. Bu şartlar dahilinde idarenin arta kalan kısmı kamulaştırması zorunlu olup bu konuda idareye takdir yetkisi tanınmamıştır. Başka bir deyişle bu kamulaştırmayı yapmak idare için bir yükümlülüktür.

Aynı kural kamulaştırmaz el atma sonrasında arta kalan kısmın yararlanmaya elverişli olmaması halinde de uygulanacaktır.

\* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

\* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

<sup>12</sup> Danıştay 6. Dairesi, E. 1987/ 653, K. 1988 / 146, T. 27.01.1988.

Zira kamulaştırmamız el koyma davalarında Kamulaştırma Kanunu hükümlerinin kıyasen uygulanacağı kabul edilmektedir<sup>13</sup>. Dolayısıyla idarenin yaptığı bir kamulaştırmamız el atma sonucunda el atılan kısımdan arta kalan kısım malikin yararlanmasına elverişli değilse, işe yaramaz, kullanılamaz halde ise, malik bu kısmın kamulaştırılmasını idareden isteyebilecektir. Bu istem karşısında idarenin arta kalan kısmı kamulaştırmakla yükümlü olduğu söylenebilir.

Arta kalan kısmın kamulaştırılmasında, kalan kısmın işe yaramazlığı, kullanım elverişsizliği yanında, malikin talebinin bulunması belirleyici bir koşuldur. Malik talep etmemişse idarenin arta kalan kısmı kamulaştırma zorunluluğundan söz edilemeyecektir. Bundan da öte idarenin kendi arzusuyla dahi bu alanı kamulaştıramayacağı, böyle bir gereklilik ve dolayısıyla kamu yararının bulunmaması nedeniyle bunun hukuken mümkün olmadığı izahtan varestedir. Malikin kanunda yazılı 30 günlük süre içinde kamulaştırma talebini idareye iletmesi halinde ise, bu kamulaştırmayı yapmak idare için zorunluluktur. Ancak uygulamada idareler kimi zaman çeşitli nedenlerle bu talebi reddetmekte ya da gereken prosedürel işlemleri yerine getirmekte ihmalkârlık göstermektedirler. İdarenin bu ihmali ya da kanuni yükümlülüğünü yerine getirmekteki kayıtsızlığı çoğu zaman malik açısından taşınmazından yararlanamama, mülkiyet hakkının verdiği yetkileri kullanamama biçiminde olumsuz etkileri meydana getirerek mülkiyet hakkına ağır bir müdahaleye vücut vermektedir.

Bundan da ötesi, idarenin taşınmaza farklı zamanlarda farklı nedenlerle birden fazla kere müdahale etmesi halinde son kamulaştırma işlemi



sonucunda, arta kalan taşınmazın etrafının kamusal ve özel mülkiyet ile çevrilmesi, bu sebeple malikin arta kalan taşınmazına ulaşmasının imkânsız olduğu durumlarda bu müdahale katmerli bir etki göstermektedir. Zira malikin, paraşütle inme ihtimali bir kenara bırakılırsa, taşınmazına ulaşmaksızın ondan yararlanması mümkün değildir.

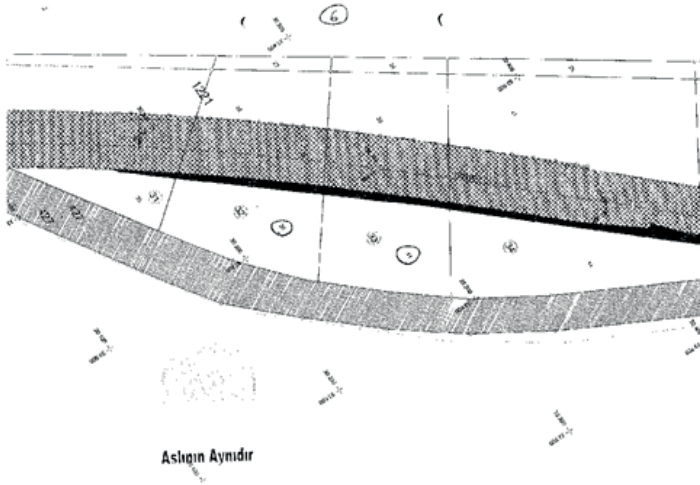
## **II. ARTA KALAN KISMI KAMULAŞTIRILMAYAN BİR ARAZİDE HUKUKİ SORUNUN ORTAYA ÇIKIŞI**

Uyuşmazlık konusu somut bir olay üzerinden açıklayacağımız bu durumda, idare tarım arazisi olan ve tek girişi doğusundan kara yolu olan taşınmaza çeşitli zamanlarda müdahale etmiş, arazinin doğusundan karayolu, batısından demir yolu, ortasından yüksek hızlı tren yolu geçirerek, kamulaştırma ve kamulaştırmaz el atma yoluyla taşınmazın dörde bölünmesine neden olmuş ve bu bölünmüş arazi parçalarından ikisine ulaşımı imkânsız hale getirmiştir<sup>14</sup>. Kamulaştırmadan arta kalan kısım, ulaşım imkânsızlığı olmaması halinde dahi malikin talebi üzerine kamulaştırılmak zorunda iken, somut olayda idare ulaşımı ve kullanımı tümüyle kısıtladığı arta kalan kısımların kamulaştırılması için malikin yaptığı başvuruya verdiği cevapta, taşınmazın ederinin çok altında teklif yaparak malikin bu teklifi reddetmesini sağlamış, bedel tespiti için mahkemeye gitmesi gerekirken gitmeyerek olayı sürüncemede bırakmıştır. Kamulaştırmaya yanaşmayan idare malikin malına erişimini sağlamak için herhangi bir çözüm üretmemiş, malikin taşınmazına ulaşmak için talep ettiği geçit hakkını, eski demiryolunun bilinmeyen bir zamanda söküleceğini, o zaman taşınmaza ulaşmasının mümkün olacağını gerekçe göstererek reddetmiştir.

<sup>13</sup> Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2007 / 5-113, K. 2007 / 143, T. 14.03.2007.

Bu şekilde idare kamu hizmetini gerekçe göstererek yaptığı kamulaştırmanın ardından gelen olumsuz etkilerini görmezden gelmiş, kamu yararı amacıyla açıklanamayan çeşitli bahanelerle mülkiyet hakkına tecavüze devam etmiştir.

Şekil: Taşınmazı gösteren kroki



### III. TEMEL ANAYASAL VE YASAL DÜZENLEMELER

Konuyla ilgili olarak mülkiyet hakkına yönelik temel anayasal düzenlemeler şöyledir:

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 35. maddesi: "Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı

<sup>14</sup> Taşınmazın halihazırdaki durumuna ilişkin kroki bir sonraki sayfada verilmiştir.

olamaz.”

13. maddesi: Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.

Yasal düzenleme olarak da;

Türk Medeni Kanun’un 683. maddesinin 1. fıkrası: “Bir şeye malik olan kimse, hukuk düzeninin sınırları içinde, o şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisine sahiptir.”

Ayrıca yukarıda yer verilmiş olan 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu’nun 12. maddesinin 4. fıkrası hükmü bulunmaktadır. Yine aynı maddenin 1. fıkrasında kamulaştırmadan arta kalan kısmın değerinin düşmesi halinde kamulaştırma bedeline eksilen değer eklenmesi gerektiği kuralı bulunmaktadır.

Somut uyuşmazlıktaki taşınmaz, bulunduğu yer itibariyle arazi ve arsa düzenlemesine konu olmasa da, İmar Kanunu’nun 8. maddesinde kırsal alanlarla ilgili olarak düzenlenen, kamuya ait bir yaya veya taşıt yoluna cephesi bulunmayan yerlerde yapı inşa edilemeyeceği ve parsel oluşturulamayacağı kuralı da kıyasen uygulanabilecek mevzuat hükmü olarak değerlendirilebilir.

#### **IV. YARGITAY KARARLARI ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRME**

Konuyla ilgili incelenen Yargıtay kararlarında kısmi kamulaştırmadan arta kalan kısmın değerinin düşmesi halinde, 2942 sayılı Kanunun 12. maddesinin 1. fıkrası hükmüne uygun olarak, bunun tazmin edilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Benzer bir durumda Yargıtay, taşınmaza ulaşımın hemzemin geçit ve hızlı tren hattı altından menfezle sağlandığı yani tümüyle olanaksız hale gelmediği örnek kararında dahi taşınmaza ulaşımın güçleşmesi nedeniyle değerinin düşeceğini kabul etmiştir.

“Dava konusu taşınmazın hızlı tren hattı ile eski tren yolu arasında kaldığı, hızlı tren hattı inşa edilip her iki tarafı tel örgü ile kapatılınca taşınmazın ana yol ile bağlantısının kesildiği, bu sebeple taşınmaza giden yol uzadığı gibi kontrolsüz hemzemin geçitten geçilmek suretiyle taşınmaza ulaşılabilirdiği, hızlı tren hattı altındaki menfezin ise yağışlı havalarda suyla dolması sebebiyle geçişlere mani olduğu ve biçerdöver gibi tarım aletlerinin bu menfezden geçemediği mahallinde yapılan keşif sonucu düzenlenen bilirkişi raporları, mahkeme gözlemi ve dosyada bulunan fotoğraflar ile sabittir.

Bu itibarla; mevcut duruma göre idarenin yaptığı kamulaştırma sonucu taşınmazdan yararlanma olanağının tümüyle ortadan kalkmadığı, fakat ulaşımın güçleşmesi sebebiyle taşınmazda değer düşüklüğü meydana geldiği anlaşıldığından...” derece mahkemesince davanın reddine karar verilmesini hukuka aykırı bulmuştur<sup>15</sup>.

Kamulaştırmadan arta kalan kısımda değer düşüklüğü olup olmadığına ilişkin kararlarında genel olarak arta kalan kısmın geometrik şekli konumu, yüzölçümü, geçit hakkı şerhi gibi faktörlerin dikkate alınması gerektiğini

kaydetmektedir<sup>16</sup>.

Bir başka kararında ise kamulaştırmadan arta kalan kısımdaki değer düşüklüğünün hesabında nelerin dikkate alınacağını belirtmiş, tarımsal faaliyete engel bir durumun bulunup bulunmadığını dikkate almıştır:

“Kamulaştırma sebebiyle dava konusu taşınmaza dikilen rüzgâr enerji santralinin taşınmazın içerisinde bulunduğu konumu, büyüklüğü, çıkardıkları sesler ile oluşturdukları rüzgar dalgalarının taşınmazın kamulaştırmadan arta kalan bölümünde önceki durumuna kıyasla tarımsal faaliyete engel oluşturup oluşturmayacağı, ürünlerden alınan verimin etkilenip etkilenmeyeceği ve bu sebeplerle taşınmazda değer azalışı olup olmayacağı... gerektiği gözetilmeden eksik inceleme ile bilimsel olmayan yöntem ile arta kalan kısımda değer kaybı hesabı, ...doğru görülmemiştir<sup>17</sup>” Bir başka uyuşmazlıkta Yargıtay, otoyol kamulaştırmasında taşınmazın önüne duvar yapılıp yapılmayacağını, yapılması halinde ulaşımın engellenip engellenmeyeceğinin ve bu nedenle arta kalan kısımda değer kaybı olup olmayacağını araştırılması gerektiğini belirterek ulaşımın tamamen engellenmemesi halinde dahi değer düşmesi nedeniyle tazminata hükmedilmesi gerektiğine karar vermiştir<sup>18</sup>.

Ancak arta kalan taşınmaza ulaşım ya da taşınmazın amacına uygun kullanımının engellenmediği hallerde arta kalan kısmın kamulaştırılmasının zorunlu olmadığını bununla birlikte değer düşüklüğünün hesap edilmesi gerektiğini kaydetmektedir.

“baraj için yapılan kamulaştırma sonucu çevrenin sosyal, ekonomik ve

yerleşme düzeninin bozulması nedeniyle, kamulaştırmadan arta kalan taşınmazda ekonomik ve sosyal yönden yararlanma olanağı kalmadığı iddiasına dayanan taşınmaz bedelinin tahsili istemine ilişkindir....Kısmen kapama fıstık bahçesi ve kısmen kapama meyve bahçesi niteliğindeki taşınmazın kamulaştırma sahasına mücavir olan bölümüne net geliri üzerinden değer biçilmesi doğru olduğu gibi, davacının yasal müracaatına rağmen kamulaştırılmayan bu bölümdeki değer kaybı oranının belirlenmesi sonucu bedelinin tespiti ve tahsiline karar verilmesinde bir isabetsizlik görülmemiştir.<sup>19</sup>”

Ulaşımın zorlaşması ile ilgili olarak da;

“Kısmî kamulaştırma nedeniyle dava konusu taşınmaza ulaşım sağlayan yolun baraj gölü suları içerisinde kalması nedeniyle taşınmazın arta kalan kesiminin yararlanmaya elverişli durumdan çıktığı kabul edilemez. Açıklanan husus ancak taşınmaz değerinde % 50’yi geçmeyen değer azalışını kabule elverişli...<sup>20</sup>”

Arta kalan kısmın yolunun kapanması ile ilgili verdiği bir kararında da taşınmaza ulaşım olanağının kalmadığının tespit edilmesi gerektiğini, yolun yok olması kamulaştırmadan arta kalan kesimin ekonomik olarak değerini kaybettiğini kabule hak vermeyeceğini, taşınmaza civar parsellerden ulaşılma imkânının mevcut olduğunu, değer düşüklüğüne hükmedilmesi gerektiğini belirtmiştir<sup>21</sup>.

Somut uyuşmazlıkta malikin taşınmaz malını kullanması idarenin tasarrufuyla imkânsız hale getirilmiş, en azından önemli ölçüde

<sup>15</sup> Yargıtay 5. Hukuk Dairesi, E. 2015 / 22871, K. 2016 / 12197, T. 17.06.2016. Aynı yönde Yargıtay 5. Hukuk Dairesi, E. 2015 / 21779, K. 2016 / 12195, T. 17.06.2016.

<sup>16</sup> Yargıtay 5. Hukuk Dairesi, E. 2017 / 23027, K. 2019 / 5314, T. 25.03.2019. Aynı yönde Yargıtay 5. Hukuk Dairesi, E. 2017 / 10034, K. 2018 / 23063, T. 3.12.2018.

<sup>17</sup> Yargıtay 5. Hukuk Dairesi, E. 2016 / 20818, K. 2018 / 4115, T. 12.03.2018.

güçleşmiştir. Bu haliyle taşınmaz malın satılarak paraya çevrilmesi de hukuken olmasa da fiilen imkânsızdır. Çünkü böyle ulaşımı olmayan dolayısıyla kullanılamayacak, başka işe de yaramayacak bir tarım arazisini, basiretli bir bireyin satın alması beklenemez.

Olayda somutlaştığı gibi idarelerin kamulaştırma yaparken özensiz davranmaları ve malikin mülkiyet hakkını koruyacak önlemleri almamaları bireyin kamu gücü karşısında ezilmesine neden olmaktadır. Somut olayda üç yıldır fiilen kullanılmayan tarım arazisi nedeniyle malik katlanılması güç bir durumda bırakılmış, zararının karşılanması ya da taşınmazına ulaşmak için yaptığı tüm başvurular idare tarafından reddedilmiştir.

## **V. ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRME**

Anayasa Mahkemesi konuya ilişkin bireysel başvuru kararlarında, ölçülülük ilkesi gereği mülkiyet hakkını kullanmalarının sınırlandırılması veya engellenmesi hâlinde bireyin hakları ile elde edilmek istenen kamu yararı arasında adil bir denge kurulması gerektiğini, malikin üzerine aşırı bir yük yüklenip yüklenmediğinin araştırılması ve arta kalan kısım için işe yaramazlığın söz konusu olup olmadığının tespit edilmesi gerektiğini kaydetmektedir<sup>22</sup>.

Anayasa Mahkemesi, norm denetimine ilişkin İmar Kanunu'nun imar planlarında umumi hizmetlere ayrılan yerlerle ilgili imar programına alınıncaya kadar inşaat vb. değişikliklerin yapılmasına sınırlama getiren 13. maddesinin iptaline ilişkin kararında da, çalışmanın teması somut

<sup>18</sup> Yargıtay 5. Hukuk Dairesi, E. 2017 / 6707, K. 2017 / 11949, T. 27.04.2017. Aynı yönde Yargıtay 5. Hukuk Dairesi, E. 2017 / 12528, K. 2018 / 11683, T. 7.06.2018.

<sup>19</sup> Yargıtay 5. Hukuk Dairesi, E. 2006 / 9276, K. 2006 / 12640, T. 21.11.2006.

olayla ilişkilendirilebilen tespitlerde bulunmuştur. Yüksek mahkeme bu kararda, malikin taşınmaz üzerindeki tasarruf hakkının süresi belirsiz biçimde kısıtlanmasını hakkın özüne dokunan, demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı ve hukuk güvenliğini ortadan kaldırır nitelikte olduğunu belirtmiştir<sup>23</sup>. “Temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunup onları büyük ölçüde kısıtlayan veya tümüyle kullanılamaz hale getiren sınırlamaların demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaştığı kabul edilemez...

Demokratik hukuk devletinde güdülen amaç ne olursa olsun, kısıtlamaların, ... bir özgürlüğün kullanılmasını önemli ölçüde zorlaştıracak ya da ortadan kaldıracak düzeye vardiirilmaması gerekir. ...

...imar planlarında umumi 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.

... 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.

... İtiraz konusu kuralla, mülkiyet hakkına getirilen sınırlama, malikin taşınmaz üzerindeki tasarruf hakkını belirsiz bir süre için kullanılamaz hale getirerek bir hukuk devletinde kişinin hak ve özgürlükleri ile kamu

<sup>20</sup> Yargıtay 5. Hukuk Dairesi, E. 2002 / 9117, K. 2002 / 17790, T. 10.10.2002. Benzer bir karar da şöyledir: “Baraj kamulaştırması nedeniyle taşınmazın bulunduğu bölgede yerleşme düzeninin bozulduğu, sosyal ve ekonomik yönden yararlanma olanaklarının ve ulaşım imkanlarının kısıtlandığı, ancak fistiklik niteliğindeki taşınmaza ulaşım imkanının tamamen ortadan kalkmamış olduğu hususu nazara alındığında, değerinde azalma olacağı anlaşıldığından” Yargıtay 5. Hukuk Dairesi, E. 2016 / 20443, K. 2018 / 407, T. 31.01.2018.

<sup>21</sup> Yargıtay 5. Hukuk Dairesi, E. 2002 / 28256, K. 2002 / 3192, T. 11.02.2002



yararı arasında bulunması gereken dengenin bozulmasına yol açarak hukuk güvenliğini yok etmektedir.”

Görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesi hakkın kullanılamaz hale getirilmesi bir yana kullanılmasının önemli ölçüde zorlaştırılmasını dahi hakkın özüne dokunan aşırı bir müdahale kabul etmektedir. Burada taşınmaz üzerindeki tasarruf hakkının üzerindeki kısıtlamanın belirsiz bir süre için yapılması da vurgulanmış ve hukuki güvenliği ortadan kaldırdığı kabul edilmiştir. Çalışma konumuz somut uyuşmazlıkta yaşanan hukuka aykırılık yıllar öncesinde Anayasa Mahkemesince ifade edilmiş gibi görünmektedir.

## **VI. ARTA KALAN KISMIN KAMULAŞTIRILMAMASININ HUKUKİ NİTELİĞİNİN TARTIŞILMASI**

Kamulaştırmadan arta kalan kısmın, kullanımının elverişsizliği veya işe yaramazlığı nedeniyle malikin talebine rağmen kamulaştırılmamasının, mülkiyet hakkına haksız müdahale niteliğinde bulunduğu tartışmasızdır. Bu eylemin, daha önceden sıklıkla uyuşmazlık nedeni olarak ortaya çıkmış bu nedenle de doktrin veya yargı kararlarıyla hukuken tanımlanmış bazı eylemlere benzerliği, onlara uygulanan kuralların meselemize de uygulanıp uygulanamayacağı tartışılacaktır. Bu tartışma, “hukuki el atma” ve “kamulaştırmaz el atma” kavramları üzerinden yapılacaktır.

Arta Kalan Kısmın Kamulaştırılmaması Hukuki El Atma mıdır?

Hukuki el atma, idarenin bir taşınmazı imar planında kamusal alan olarak tespit edip belirli bir sürede bu taşınmazın kamulaştırmasını yapmaması, ancak bu süre zarfında malikin tasarruf hakkına birtakım

<sup>22</sup> Anayasa Mahkemesi, 1. Bölüm, Gülşen Özsoy ve Diğerleri, B. No: 2014 / 774, T. 17.11.2016; Mukadder Sağlam ve diğerleri, B. No: 2013 / 2511, T. 22/1/2015.

<sup>23</sup> AYM, E. 1999 / 33, K. 1999 / 51, T. 29.12.1999.

sınırlamalar getirmesi olarak tanımlanabilir. Burada fiili bir el atma olmayıp, mülkiyet hakkı, idarenin imar planı ve ilgili yasal düzenlemeler gereğince kısıtlanmakta, mülk üzerindeki tasarruf yetkisi uzunca bir süre engellenmek ve kısıtlanmak suretiyle mülkiyet hakkı ihlal edilmektedir.

Somut olayda idare taşınmaza fiilen el atmamıştır, hukuken de bir kısıtlama yoktur ancak idarenin yaptığı kamu eserleri taşınmaza ulaşımı fiilen kısıtlamaktadır. Bu yönüyle hukuki el atma olarak nitelendirilemez. Ancak ortada idarenin yaptığı bir imar planı olmasa da, sorunu ortaya çıkaran kısmi kamulaştırma işleminin hukuka uygun olduğu varsayıldığında, hukuken meşru, kanunun tanıdığı bir idari tasarrufun ortaya çıkardığı bir mülkiyet hakkı ihlali belirmektedir. Bu yönüyle somut olay hukuki el atma kavramına benzemektedir. Öte yandan yargısal içtihatlarla hukuki el atmada idari yargının görevli olduğu kabul edilmiş, arta kalan kısmın kamulaştırılması ile ilgili uyuşmazlıkların çözümü ise 2942 sayılı Kanununun 12. maddesinin son fıkrası uyarınca adli yargıya bırakılmıştır<sup>24</sup>.

Arta Kalan Kısmın Kamulaştırılmaması Kamulaştırmasız El Atma mıdır? Peki bu somut durum, kamulaştırmasız el atma olarak nitelendirilebilir mi? Kamulaştırmasız el atma idarenin bir taşınmaza kamulaştırma prosedürü yürütmeden ya da diğer taşınmaz mal edinme yöntemlerini kullanmadan ve bedel ödemediği fiilen el atması olup haksız fiil olarak kabul edilir<sup>25</sup>. İdarenin burada taşınmaz mala herhangi bir yasal dayanağı bulunmadan müdahalesi söz konusu olup bu müdahale o taşınmazı kısa bir süre kullanımı niteliğinde değil, sürekli niteliktedir<sup>26</sup>. Kamulaştırmasız el atmadan söz edilebilmesi için taşınmaz zilyetliğinin idareye geçmesi ve taşınmazın fiilen kamu hizmetine tahsis edilmiş olması gerekir<sup>27</sup>. Somut

olayda idare, taşınmaza ulaşımı yaptığı kamu eserleri ve kamulaştırmalarla engellese de taşınmaza fiilen el atmamış, zilyetlik idareye geçmemiştir. Bu nedenle klasik kamulaştırmamız el atma olarak da nitelendirilemez.

Günümüze kadar sıklıkla karşılaşılan ve bu nedenle hukuki tanıma kavuşmuş kavramlar olarak kamulaştırmamız el atma ve hukuki el atma gibi belirgin bir tanıma oturtulmasa da, somut olaydaki durumda idarenin mülkiyet hakkına müdahalesi tartışmasızdır. İdare malikin taşınmazına ulaşımını engellemekte en azından önemli ölçüde zorlaştırmaktadır. Anayasa Mahkemesinin de isabetle belirttiği gibi amacı ne olursa olsun, kısıtlamaların bir hakkın kullanımını önemli ölçüde zorlaştırması hakkın özüne müdahaledir. Somut durumda idare, karayolu ile eski demir yolu arasında ve karayoluna cepheli parselin ortasından yüksek hızlı tren yolu geçirerek tarım arazisini ikiye bölmüş, eski demiryolu ile hızlı tren yolu arasında kalan parselin karşılıklı olarak iki kenarını tümüyle kapatmıştır. Bu parselin demiryolu olmayan diğer iki kenarı ise başka tarım arazileri olup oradan geçiş mümkün olsa bile, bu arazilerin maliklerinin buna razı olmaması gibi sebeplerle uzun sürecek sıkıntılı bir hukuki süreç mağduriyeti daha fazla artıracaktır.

Burada olması gereken, iyi bir idareden beklenen idarenin demiryolu altından inşa edeceği bir alt geçitle ulaşımı sağlamasıdır. Ancak bu talep reddedilmiş, eski demiryolunun bir süre sonra söküleceği, bundan sonra ulaşımın sağlanabileceği belirtilmiştir. Ancak bu süre belirsizdir, malikin ne kadar bekleyeceği bilinmemektedir. İdare süresi belirsiz biçimde taşınmaza ulaşımı engellemektedir. Ayrıca, eski demiryolu söküldüğünde, orası otomatik olarak karayolu da olmayacaktır.

## **VII. AİHM'İN HAKAN ARI / TÜRKİYE KARARI ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRME**

Her ne kadar günümüzde hukuki el atma ile ilgili kararlarda ve bilimsel çalışmalarda temel kaynak olarak kullanılsa da AİHM'in 2011 tarihli HAKAN ARI / TÜRKİYE kararı<sup>28</sup>, çalışma konumuz olayın hukuki tahliline ve çözümüne yarayacak tespitleri içermesi yönüyle incelenmeye değer bulunmuştur. Kararın konusu özetle imar planı nedeniyle mülkiyet hakkının süresi belirsiz biçimde kısıtlanması, kamulaştırma talebinin reddedilmesidir.

“Başvuran taşınmazını ne satabildiğinden ne de üzerine inşaat yapabildiğinden şikayetçidir. Başvuran ayrıca en ufak bir tazminat almaksızın taşınmazının kullanım hakkını yitirdiğini dile getirmektedir.

...Bu süreç boyunca, idarenin belirtilmeyen bir tarihte yapacağı kamulaştırmaya dek araziye imar yasağı getirilmiştir.

Başvuran bu belirsizlikten, yetkililerin durağan yaklaşımından ve kendisine ödenmesi gereken tazminatın ödenmediğinden şikayetçi olmaktadır. Başvuran bu noktada, taşınmazından tam anlamıyla istifade etme hakkını yitirdiğini ve arazisinin bütünüyle değer kaybına uğradığını ileri sürmektedir. Başvurana göre sözü edilen durum nedeniyle araziye somut anlamda alıcı bulmak tümüyle imkânsız hale gelmiştir.

Bahse konu bu durum dikkate alındığında, başvuran mülkiyet hakkına karşı orantısız bir müdahalenin yapıldığını öne sürmektedir.

<sup>24</sup> “Bu maddenin uygulanmasından doğacak anlaşmazlıklar adli yargıda çözümlenir.”

<sup>25</sup> YILDIRIM Ramazan-Serkan ÇINARLI, Türk İdare Hukuku Dersleri C. 1, Ankara 2020, s. 446.

Hükümet mülkiyetten yoksun bırakma gibi bir durumun sözkonusu olmadığını ve başvuranın arazisini kullanmaya ve fidanlık olarak ekip biçmeye devam edebileceğini savunmaktadır.”

Buraya kadar başvuranın şikayetleri ve hükümetin (idarenin) savunması değerlendirildiğinde, çalışma konumuz somut uyuşmazlıkta malikin karşılaştığı durumun son derece benzer olduğu dikkati çekmektedir. Hatta malikin durumu buradan daha ağır gibi görünmektedir. Zira malik taşınmazını ekip biçme olanağından dahi yoksundur. Öte yandan malikin taşınmazına ulaşması eski tren yolunun bilinmeyen bir tarihte sökülmesine bağlı olduğundan, mülkü üzerindeki tasarruf yetkisi süresi belirsiz biçimde kısıtlanmış görünmektedir. İdare kamulaştırma talebini reddederek veya ederinin çok altında yaptığı teklifle durağan davranmakta, alt geçit yapılması talebini de reddetmektedir. Haliyle bu taşınmazın bir başkasına satılması da imkânsız denecek ölçüde zor görünmektedir.

“... AİHM’ye göre başvuranın mülkiyet hakkına yönelik bir müdahale sözkonusudur. Taşınmazın şehir imar planında okul yapımı için öngörülmesi yalnızca imar yasağından etkilenmesine yol açmamış, aynı zamanda araziden istifade edilmesini de olanaksız hale getirmiştir...”

AİHM başvuranın taşınmazına el atılmaması nedeniyle re’sen gerçekleşmiş bir müdahalenin olmadığını gözlemlemektedir. AİHM bunun yanı sıra mülkiyetin transferinin gerçekleşmemiş olduğu ihtilaf konusu davayı görünenlerin ötesine geçerek gerçek yüzüyle inceleyeceğini belirtmektedir... AİHM bu bağlamda, başvuran tarafından öne sürülen durumun etkilerinin mülkiyet hakkına yönelik kısıtlamalardan ileri

<sup>26</sup> ULUSOY, s. 634.

<sup>27</sup> Anayasa Mahkemesi, E. 2013 / 93, K. 2013 / 101, T. 25.09.2013.

geldiğini, gayrimenkulün değeri ile ilintili olduğunu ve sonucu itibarıyla bütün olarak taşınmazın kullanılabilirliğini azalttığını anımsatır. AİHM buna karşın, özüne yönelik kayba uğrasa da mezkur hakkın kaybolmadığını not etmektedir. Dile getirilen bütün bu tedbirlerden başvuranın mülkiyet hakkından yoksun bırakıldığı gibi bir çıkarımda bulunulamamaktadır. Başvuran ne taşınmazına erişim hakkını ne de onun maliki olmayı kaybetmiş, esasen taşınmazın satışı konusunda sıkıntı yaşamıştır...

...AİHM başvuranın ilgili bütün bu dönem boyunca mülkiyetinin akıbeti konusunda bir belirsizliğe itildiğini gözlemlemektedir. İlk etapta idari bütçe kaynaklarının yetersizliği nedeniyle mezkur arazi kamulaştırılmamış, ikinci süreçte belediyenin 22 Eylül 2005 tarihinde kabul ettiği yeni şehir imar planına göre başvuranın taşınmazı bir kez daha okul yapımı kararından etkilenmiştir.

AİHM bu bağlamda, Hükümet tarafından iç hukukta başvuranın taşınmazının belirsizliğini telafi edecek herhangi bir hukuki kararın alındığı dile getirilmemiştir.

AİHM sözkonusu bu durumun başvuranın mülkiyet hakkından tam anlamıyla yararlanması önünde engel teşkil ettiğine ve arazinin satış şansı da dahil, sonucu itibarıyla taşınmazın değerini hatırı sayılır ölçüde azalttığına itibar etmektedir.

Ayrıca başvuranın uğradığı kayıp hiçbir tazminat miktarı ile giderilmemiştir.

<sup>28</sup> AİHM İkinci Daire, Hakan Arı / Türkiye Davası, Başvuru No: 13331 / 07, T. 11.01.2011, © T.C. Dışişleri Bakanlığı, 2011, Çeviri: Dışişleri Bakanlığı Avrupa Konseyi ve İnsan Hakları Genel Müdür Yardımcılığı.

Bütün bu sözü edilenler AİHM'yi başvuranın, kamu yararının gerekleri ile mülkiyet hakkı arasında gözetilmesi gereken adil dengeyi bozan alışılmışın dışında ve ölçüsüz bir yüke katlanmak zorunda kaldığı yönünde düşünmeye sevk etmektedir...

AİHM bu nedenle Ek 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmaktadır.”

Ayrıca AİHM bu davada, dava sürecindeki belirsizlik nedeniyle başvuranın manevi açıdan belirli bir ölçüde haksızlığa uğradığını kabul ederek hakkaniyete uygun bir miktarda manevi tazminat ödenmesine hükmetmiştir.

AİHM'in değerlendirmeleri dikkate alındığında da çalışma konusu somut uyuşmazlıkla oldukça benzer olduğu dikkati çekmektedir. Hatta kararda koyu renkle belirtilen bölümde başvuranın taşınmaza erişim hakkını kaybetmediği belirtilmiş buna rağmen mezkûr müdahale ile, kamu yararının gerekleri ile mülkiyet hakkı arasında bulunması gereken adil dengenin bozulduğunu kabul etmektedir. Öte yandan, idarenin zararı telafi edecek tazminat ödememesi, belirsizliğe sürüklenmesi ve taşınmazın değerinin düşmesi olguları da çalışma konumuz somut uyuşmazlıkla birebir uyuşmaktadır.

Elbette ki idarenin yaptığı bu yollar bir kamusal ihtiyacın karşılanmasına yöneliktir. Elbette ki idare bir kamu hizmeti yürütmektedir. Ancak idare

bu kamu hizmetini yürütürken bireyin katlanması gerektiğinden çok daha fazla bir yükü onun omuzlarına yüklemiştir. Bu bakış açısı idarenin, kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi çerçevesinde kusursuz sorumluluğunu tartışmaya açarsa da, somut olaydaki durum daha çok idarenin hizmet kusuru olarak belirginleşmektedir.

## **VIII. KISMİ KAMULAŞTIRMA NEDENİYLE ORTAYA ÇIKAN DİĞER SORUNLAR**

Çalışma konusu olayda öne çıkan zarar temelde malikin mülkiyet hakkı üzerinde yoğunlaşsa da, idarenin bu eyleminin, malikin mülkiyet hakkının ötesinde başka sorunlara ve bu sorunların yarattığı zararlara da neden olduğu söylenebilir.

Tarım arazilerinin ve tarımla uğraşan insan sayısının günden güne azaldığı ülkemizde, tarım arazilerinin yok olmasına ve dönüşmesine engel olması beklenen idare, tarım yapılmakta olan alanı daraltmakta<sup>29</sup>, ulaşımı engelleyerek bu alanda tarım faaliyeti sürdürülmesini imkânsız kılmaktadır. Kaldı ki malik arazisine ulaşırsa dahi karayolunun ortaya çıkardığı kirlilik<sup>30</sup> bu alanda yapılacak tarımsal ürünlerin kalitesini de olumsuz etkileyebilmekte, demiryollarının sebep olduğu elektromanyetik alan ve radyasyonlar bitkilerde DNA değişimine neden olabilmektedir<sup>31</sup>.

Öte yandan malikin taşınmazından yararlanmasına engel olunması Türk Ceza Kanunu'nun 154. maddesi<sup>32</sup> çerçevesinde bir suç olarak da belirlemektedir. Ancak burada kamu tüzel kişisi olan idarenin aldığı bir kararla, taşınmazın kullanımının engellenmesi sonucu doğmaktadır. Şu



hâlde cezai sorumluluk ancak, idarenin hizmet kusuru niteliğinde bulunan ve zarara neden olan bu kararı idare adına alan kamu görevlilerinin belirlenmesi, kamu görevlilerine kusur atfedilebilmesi, yani kusurun kişiselleştirilebilmesi halinde mümkün olacaktır. Hizmet kusurunun kamu görevlisine atfedilerek görev kusuru sayılması halinde, bu suçun soruşturulması görev nedeniyle işlendiğinden 4483 sayılı Kanun gereğince izne tabi olacaktır.

### **SONUÇ YERİNE ÇÖZÜM ÖNERİMİZ**

2942 sayılı Kanunun İrtifak hakkı kurulması başlıklı 4. maddesine 2014 yılında getirilen ek fıkrada, taşınmazların üstünden geçirilecek teleferik, köprü vb. ile altından geçirilecek metro vb. ulaşım hatları için kamulaştırma yapılmayacağı düzenlenirken, “mülkiyet hakkının kullanımının engellenmemesi” olmazsa olmaz koşul olarak vurgulanmıştır<sup>33</sup>. Zira malın kullanımının engellenmesi mülkiyet hakkına yapılacak en ağır müdahaledir. Kanun koyucu bu düzenlemesinde, mülkiyet hakkına müdahale etmemeye özen göstermektedir. Mülkiyet hakkı taşınmaz üzerinde sahibine en geniş yetkileri tanıyan bir hak olup, maldan kullanma ve yararlanma bu hakkın özü niteliğindedir. Bir malı kullanamama, ona erişememe, ondan yararlanamama, mülkiyet hakkının varlığını anlamsız hale getirerek onun içinin boşalmasına, özünün yok olmasına neden olur. Bu nedenle aslında kanuni bir düzenleme bulunmasa dahi mülkiyet hakkına, kullanımının engellenmesi suretiyle yapılan bir müdahale, Anayasa’ya aykırı olacaktır. Esasında 2942 sayılı Kanunun 12. maddesinin 4. fıkrası hükmü, arta kalan kısım yararlanmaya elverişli değilse kamulaştırılmasının zorunlu olduğunu belirterek sorunu çözecek hükmü getirmiştir. Buna karşılık bu maddeye 4. maddedeki gibi

“kullanımın engellenmesi” ifadesine benzer bir ifadenin eklenerek hakkın güçlendirilmesi etkili bir çözüm olabilir.

Öte yandan 4. maddeye eklenen bu fıkranın, taşınmazların üstünden ve altından geçirilecek ulaşım hatlarından dolayı maliklere tazminat vb. ödemeler yapılmayacağına dair hüküm getiren üçüncü cümlesini iptal eden Anayasa Mahkemesinin karar gerekçesi de konuya ışık tutar niteliktedir. Yüksek mahkeme burada kamu yararı ile bireysel yararlar arasında korunması gereken dengenin malikin ekonomik kayıplarının giderilmesi ile kurulabileceğini, değer azalması nedeniyle maliklere tazminat ödenmesi gerektiğinden, aksi takdirde külfet yönünden dengesizlik oluşacağından söz etmiştir<sup>34</sup>. Taşınmaz malın kullanımı tümüyle engellenirse bile önemli ölçüde güçleştiğinde, idarenin hiç değilse kusursuz sorumluluk esasına göre mülkiyet hakkına müdahale edilen bireylere zarar ölçüsünde tazminat ödemesi gerekir<sup>35</sup>.

Önereceğimiz bir başka çözüm yolu ise, kolluk faaliyetleri nedeniyle taşınmazlarından yararlanamayan kişilerin maddi zararlarının karşılanmasına yönelik bir kanuni düzenlemenin kıyasen uygulanmasıdır. 5233 sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanun’un 7. maddesinin c bendi terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle kişilerin mal varlıklarına ulaşamamalarından kaynaklanan maddi zararların karşılanacağını düzenlemiştir. Bu hüküm, bireylerin taşınmazlarını terörle mücadele faaliyeti nedeniyle terk etmek zorunda kalmalarından dolayı taşınmazlarından yararlanamamalarının, tarlalarını ekip biçememelerinin, evlerinde barınamamalarının ortaya çıkardığı zararın onlar üzerinde bırakılmasının hakkaniyete aykırı

ve mülkiyet hakkına ağır ve haksız bir müdahale olarak kabul eden AİHM kararlarının yasama faaliyetine bir yansıması olarak norm haline getirilmiştir. Terörle mücadele faaliyeti vazgeçilmez bir güvenlik hizmeti olmakla, idare bu hizmeti yerine getirmek mecburiyetinde bulunmakta olup bu hizmetin yerine getirilmesinde bireylerin mülkiyet haklarına müdahale de kaçınılmaz olmaktadır. Ancak yasa koyucu bu müdahaleden doğan zararı ödemek üzere önlem almıştır. Aslında bu hal yukarıda açıklanan olaydaki durumla son derece benzemektedir. İdare ulaşım kamu hizmetini yerine getirirken bir vatandaşın taşınmaz malına ulaşması engellenmiştir. Eğer bu engel geçici nitelikte olacaksa benzer bir çözümün burada da uygulanmasının makul ve hakça olacağı söylenebilir. Ancak yasa koyucunun -AİHM etkisiyle de olsa- bulunduğu bu çözümlerin, benzer bir başka olaya uygulanması konusunda idare istekli davranmamaktadır. Aslında idare temel olarak reddetmeye odaklanmış, vatandaşın sorununu çözmeyi değil çözmeyi, zararı karşılamayı değil zarar vermeyi kendisine görev edinmiş görünmektedir.

Yukarıda değinilen yargı kararları birlikte değerlendirildiğinde somut

<sup>29</sup> KARAKUZULU Zerrin - Fatih ARICI, "Ulaşım Sistemlerinin Tarım Arazilerine Etkisinin Coğrafi Bir Yaklaşımla Değerlendirilmesi: Pamukova-Geyve (Sakarya) Örneği", Kesit Akademi Dergisi (The Journal of Kesit Academy), Yıl: 3, Sayı: 8, Haziran 2017, s. 216-217.

<sup>30</sup> BİNGÖL, M. Ümit ve ark., "Egzoz Gazlarının Bitkilere Etkileri ve Koruma Önerileri", Biyoloji Bilimleri Araştırma Dergisi 3 (2), s. 65, 2010; TÜRKAN, İsmail, Motorlu Taşıtların Egzoz Gazlarının Bitki Gelişimine Etkileri, Doktora Tezi, Ege Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü, İzmir, 1987, s. 77-78.

<sup>31</sup> VIAN, Alain-Eric DAVIES-Michel GENDRAUD and Pierre BONNET, "Plant Response to High Frequency Electromagnetic Fields", Biomed Research International, Volume 2016, Article ID 1830262, 13 pages, <http://dx.doi.org/10.1155/2016/1830262>. Aynı makalede, yine de bitkilerde radyasyon temelli olumsuz durumlarda çeşitlilik devam ettiğinden dolayı standardize çalışmalar yapılması gerektiğine dikkat çekilmektedir.

<sup>32</sup> Hakkı olmayan yere tecavüz  
Madde 154- (1) (Değişik: 25/2/2009-5841/1 md.) Bir hakka dayanmaksızın başkasına ait taşınmaz

uyuşmazlıkta malikin mülkiyet hakkına aşırı bir yük getiren müdahalenin bulunduğu kuşku bulunmamaktadır. Bu müdahalenin olumsuz sonuçlarını kaldırmak için idarenin ya kamulaştırma yapması ya da en azından değer düşmesi nedeniyle tazminat ödemesi, bununla birlikte taşınmazın kullanılmadığı süre boyunca elde edilecek makul gelirin de tazmin edilmesi gerekecektir. Hakan Arı kararı örneğinde olduğu gibi süreçteki belirsizlikten doğan manevi zararın tazmini de hakkaniyet gereğidir.

## KAYNAKÇA

BİNGÖL, M. Ümit ve ark., “Egzoz Gazlarının Bitkilere Etkileri ve Koruma Önerileri”, Biyoloji Bilimleri Araştırma Dergisi 3 (2), 2010, s. 63-67.

ÇAĞLAYAN, Ramazan, İdare Hukuku Dersleri, Ankara 2020.

KARAKUZULU Zerrin - Fatih ARICI, “Ulaşım Sistemlerinin Tarım Arazilerine Etkisinin Coğrafi Bir Yaklaşımla Değerlendirilmesi: Pamukova-Geyve (Sakarya) Örneği”, Kesit Akademi Dergisi (The Journal of Kesit Academy), Yıl: 3, Sayı: 8, Haziran 2017, s. 204-217.

SANCAKDAR, Oğuz-Lale Burcu ÖNÜT, Eser US DOĞAN-Mine KASAPÖĞLU TURHAN-Serkan SEYHAN, İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, Ankara 2019.

mal veya eklentilerini malikmiş gibi tamamen veya kısmen işgal eden veya sınırlarını değiştiren veya bozan veya hak sahibinin bunlardan kısmen de olsa yararlanmasına engel olan kimseye, suçtan zarar görenin şikâyeti üzerine altı aydan üç yıla kadar hapis ve bin güne kadar adli para cezası verilir.

<sup>33</sup> (Ek fıkra : 10/9/2014 - 6552/99 md.) Ancak, maliklerinin mülkiyet hakkının kullanılmasının engellenmemesi, can ve mal güvenliği bakımından gerekli önlemlerin alınması kaydıyla, kamu yararına dayalı olarak taşınmazların üstünde teleferik ve benzeri ulaşım hatları ile her türlü köprü, taşınmazların altında metro ve benzeri raylı taşıma sistemleri ile tünel yapılabilir. Taşınmazların mülkiyet hakkının kullanımının engellenmemesi hâlinde, taşınmazlara ilişkin herhangi bir kamulaştırma yapılmaz...

TÜRKAN, İsmail, Motorlu Taşıtların Egzos Gazlarının Bitki Gelişimine Etkileri, Doktora Tezi, Ege Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü, İzmir, 1987.

ULUSOY, Ali, Yeni Türk İdare Hukuku, Ankara 2019.

VIAN, Alain-Eric DAVIES-Michel GENDRAUD and Pierre BONNET, “Plant Response to High Frequency Electromagnetic Fields”, Biomed Research International, Volume 2016, Article ID 1830262, 13 pages, <http://dx.doi.org/10.1155/2016/1830262>.

YILDIRIM Ramazan-Serkan ÇINARLI, Türk İdare Hukuku Dersleri C. 1, Ankara 2020.

## YARGI KARARLARI IŞIĞINDA DÜZENLEME ORTAKLIK PAYI UYGULAMASI VE KAMULAŞTIRMANIN MÜLKİYET HAKKI PERSPEKTİFİNDEN KARŞILAŞTIRMALI DEĞERLENDİRMESİ

Dr. Öğr. Üyesi Murat Buğra TAHTALI\*

### Özet:

Mülkiyet hakkı, 1982 Anayasasında güvence altına alınan temel hak ve özgürlükler arasında yer almaktadır. Anayasada düzenlenen diğer temel hak ve özgürlükler gibi, mülkiyet hakkı da 13. maddedeki ilkeler çerçevesinde sınırlandırılabilir. Bu maddede yer alan ilkelere göre temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılabilmesi için belli ilkeler öngörülmüştür. Bu ilkeler özetle;

- Anayasanın sözüne ve ruhuna aykırı olmaksızın sınırlama,
- Hakkın özüne dokunulmadan sınırlama,
- Sadece Anayasanın ilgili normunda yer alan sebeplerle bağlı olarak sınırlama,
- Kanunla sınırlama,
- Kamu yararı amacıyla sınırlama
- Ölçülülük ilkesine uygun olarak sınırlama olarak sıralanabilir.

İdarenin, kamu gücünü kullanarak, kamu yararı gerekçesiyle özel hukuk

<sup>34</sup> Anayasa Mahkemesi, E. 2014 / 177, K. 2015 / 49, T. 14.5.2015.

<sup>35</sup> SANCAKDAR, Oğuz-Lale Burcu ÖNÜT, Eser US DOĞAN-Mine KASAPOĞLU TURHAN-Serkan SEYHAN, İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, Ankara 2019, s. 638.

kişilerine ait taşınmazların mülkiyetine kısmen veya tamamen el koyması ve bahse konu mülkiyeti kendi adına geçirmesi, hiç şüphesiz mülkiyet hakkına bir müdahale olup, bu şekilde yapılan müdahalelerden en popüler olanları ise düzenleme ortaklık payı (DOP) ve kamulaştırma işlemleridir. Bu işlemlerin hukuka uygun kabul edilebilmesi, müdahalenin, Anayasa ile belirlenen çerçevenin içinde kalmasına bağlıdır.

Bu müdahale türlerinden kamulaştırma, özel hukuk kişisine ait bir taşınmazın mülkiyetinin, kamu yararı gerekçesiyle ve idarenin tek taraflı irade açıklamasıyla, bedeli ödenmek suretiyle idarenin uhdesine geçirilmesini ifade etmektedir. Mülkiyet hakkına müdahale türlerinden, konumuz kapsamında incelenecek diğer bir idari işlem olan düzenleme ortaklık payı (DOP) ise imar planları çerçevesinde yapılan arazi ve arsa düzenlemeleri sonucunda, ilgili taşınmazın değerinde meydana gelen artışa karşılık, düzenlemeyi yapan idarenin ilgili taşınmazın %45'ine kadar olan kısmına ortak olmasıdır. Daha açık bir ifadeyle arazi ve arsa düzenlemeleri ile idare yaptığı düzenlemeler sonucunda, taşınmazda meydana gelen artış oranında, ilgili taşınmazın bu yüzdelik orandaki bölümünün mülkiyetini, herhangi bir bedel ödemeksizin, kasasından herhangi bir para çıkmadan kendi üstüne geçirmektedir. Yapılan düzenleme sonrasında ilgili taşınmazın değeri, yasal sınır olan %45'in üstünde olsa dahi, idare en fazla mülkiyetin %45 oranındaki kısmına ortak olabilmektedir.

Yapılan açıklamalardan hareketle, bu iki işlemin ortak yönü özel hukuk kişilerine ait mülkiyetin tek taraflı irade açıklamasıyla idarenin mülkiyetine geçirilmesidir. Yine her iki işlemin de kamu yararı gerekçesine

dayanması, her iki işlemin mahiyetleri bakımından idarenin mülkiyet hakkına müdahalesi anlamına gelmesi, yapılan bu müdahalelerin kanuna dayanması, bu işlemlerin diğer ortak yönleri olarak karşımıza çıkmaktadır.

Kamulaştırma ve DOP uygulaması bu ortak özelliklerinin yanında, idarenin bu iki mal edinme yönetiminin, birbirinden farklı yönleri de bulunmaktadır.

Öncelikle kamulaştırmanın, düzenleme ortaklık payından ayrılan en önemli özelliği, yapılan kamulaştırma işlemine karşılık özel hukuk kişisine bir bedel ödenmesidir. Oysa düzenleme ortaklık payında idarenin kasasından herhangi bir bedel çıkmamakta, özel hukuk kişisine herhangi bir ödeme yapılmaksızın taşınmazın bir bölümünün mülkiyeti idareye geçmektedir.

Bu iki yöntem arasındaki farklılıklardan bir diğeri, işlemler sonucunda taşınmazı mülkiyetine geçiren idareler bakımından ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki kamulaştırma işlemini yapma yetkisi merkezden yönetim organları ile yerinden yönetim kuruluşları ve kamu kurumu niteliğindeki tüm yetki kuruluşlarına verilmiştir. Bir başka deyişle, kamulaştırma yapma yetkisi, sadece merkezden yönetime ait bir husus olmayıp, yerinden yönetim kuruluşları da dâhil tüm kamu kurumlarının kullanabileceği bir yetki olmakla beraber, düzenleme ortaklık payı, sadece yerel yönetim kuruluşları (büyükşehir belediyeleri, belediyeler ve il özel idareleri) tarafından kullanılabilir.

İki yöntem arasındaki bir diğer farklılık, yapılan işlemlerden muhatabının haberdar edilmesi bakımından ortaya çıkmaktadır. Zira kamulaştırma



işleminde pazarlık usulünün denenmesine kadar olan sürede malikin yapılan hazırlık işlemlerinden son ana kadar haberi olmamakta ise de idari sürecin nihayete erdirilebilmesi için, taşınmaz malikine / maliklerine meşruhatlı davetiye çıkartılması zorunluluğu bulunduğu Kamulaştırma Kanunu'nda düzenlenmektedir. Böylece hakkında kamulaştırma kararı alınan malik ve malikler, kendilerine yapılan tebligat vasıtasıyla haberdar olabilmektedir. Bununla birlikte düzenleme ortaklık payı uygulamasında işlemin muhatabına (veya birden fazla malikin bulunması halinde muhataplarına) herhangi bir tebligat yapılmamakta, ilgililer, taşınmazlarının bir bölümünün idarenin mülkiyetine geçtiğini çoğunlukla tapuda ilgili taşınmazlarla ilgili bir işlem yaptırmak için gittiklerinde öğrenmektedirler.

Her iki mal edinme yöntemi de birer idari işlem olduklarından, iptal edilebilirlik yaptırımına tabidir. İşte bir üst paragrafta bahsi geçen farklılıkların bir sonucu olarak, işlemlere karşı dava açma süreleri ve bu sürelerinin başlangıç tarihlerinde de gerek mevzuattan gerekse uygulamadan kaynaklanan birtakım farklılıklar ortaya çıkmaktadır. Kamulaştırma Kanunu'na göre, kendisine kamulaştırma bedelinin belirlenmesi için görüşme daveti gönderilen taşınmaz malikin / maliklerinin görüşmeye gitmemesi veya yapılan görüşmeler sonucunda bedel konusunda anlaşılabilmesi halinde kamulaştırma işlemini yapan idarenin, taşınmazın bulunduğu yerdeki Asliye Hukuk Mahkemesi'ne başvurusu sonucunda kamulaştırma bedelinin tespitinin mahkemece takdir edileceğine dair taşınmaz malikine yollanan meşruhatlı davetiyede , belirlenen duruşma gününe kadar, kamulaştırma işleminin

\* İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Ana Bilim Dalı,

kendisinin hukuka aykırı olduğu iddiasıyla görevli ve yetkili idare mahkemesinde dava açılması ve açılan dava kapsamında yürütmenin durdurulması hakkında bir karar alınması halinde bedel tespitine ilişkin davanın, idari yargıdaki dava sonuçlanıncaya kadar bekletici mesele yapılacağı bildirilmektedir. İşte bu durumda kamulaştırma işlemine karşı idari yargıda dava açma süresi, ilgili malik veya maliklere görevli ve yetkili Asliye Hukuk Mahkemesi'nce yapılan tebligattan itibaren başlayıp 30 gündür. Ancak düzenleme ortaklık payı uygulamasında ilgili arazi ve arsa düzenlemesi, düzenlemeyi yapan yerel yönetim kuruluşunda ilan edildiğinden ve ayrıca tebligat yapılmadığından, bu işlemlere karşı dava açma süresi, işlemin öğrenildiği tarihten itibaren başlamaktadır. İmar Kanunu'nda bu konuda ayrı bir süre öngörülmediğinden düzenleme ortaklık payı uygulamasına karşı dava açma süresi, İYUK m. 7'de düzenlenen genel dava açma süresi olan 60 gündür.

Kamulaştırma ile düzenleme ortaklık payı uygulaması arasındaki en önemli fark ise bu uygulamaların Anayasada yer alıp almaması ile ilgilidir. Daha önce de ifade edildiği üzere her iki işlem de mülkiyet hakkına doğrudan bir müdahale içermekte ve işlemler sonucunda taşınmazın mülkiyeti el değiştirmekte ise de kamulaştırma işleminde idarenin taşınmaz malikine veya maliklerine bu işlemin bedelini ödeme durumu söz konusu olmasına rağmen Anayasada mülkiyet hakkının yanında kamulaştırma da ayrıca düzenlenmiştir. Bununla birlikte, düzenleme ortaklık payında, mülkiyetin devri sonrasında idarenin herhangi bir ücret ödemesi söz konusu olmamasına rağmen, düzenleme ortaklık payı sadece İmar Kanunu'nun 18. maddesinde düzenlenmiş ve Anayasada bu kurumun ilkeleri ayrıca düzenlenmemiş ve güvence altına alınmamıştır.

Çalışmada, idarenin mal edinme yetkileri arasında uygulamada başvurulan bu iki işlem arasındaki ilişki, bahsi geçen hususlarda ayrıntılı olarak incelenecektir.

Çalışmanın ilk aşaması uygulamada kimi hallerde birlikte kullanılan bu iki uygulamanın karşılaştırması yapıldıktan sonra düzenleme ortaklık payı uygulamasında belirlenen oranın mülkiyet hakkının özüne dokunduğu ve Anayasaya aykırı olduğu iddiasına ilişkin tartışmalar, Anayasa Mahkemesi'nin daha önce yapılan somut norm denetimi vasıtasıyla yaptığı incelemeler, kronolojik olarak ayrıntılarıyla değerlendirilecek ve bu iddialardaki haklılık payı tartışılacaktır. Düzenleme ortaklık payının tarihsel süreci değerlendirildiğinde, yapılacak azami kesintinin miktarının Anayasaya aykırı olduğu iddiasının, önceki yıllarda birden fazla kez Anayasa Mahkemesi önünde ileri sürüldüğü, Mahkeme'nin, düzenleme ortaklık payı için mevzuatta belirtilen azami oranların bu güne kıyasla daha düşük olduğu dönemlerde dahi azami oranı Anayasada güvence altına alınan mülkiyet hakkına aykırı bulduğu, ancak yapılan yeni düzenlemeyle birlikte %35'e çıkartılan kesinti oranının benzer iddiayla Mahkeme önüne götürülmesine rağmen bu kez söz konusu oranın Anayasaya aykırı olmadığına karar verildiği görülmektedir. Mevcut düzenlemede bu oran %45'e çıkartılmış ve neredeyse mülkiyetin yarıya yakını herhangi bir bedel ödenmeksizin idarenin uhdesine geçirilmesi gibi bir durumla karşı karşıya kalınmıştır. Mevcut oranın, mülkiyet hakkının özüne dokunan ve bu hakkı kullanılmaz hale getirecek oranda yüksek bir değer olduğu göz önünde bulundurulduğunda %45'lik düzenleme ortaklık payı kesintisinin mülkiyet hakkına evleviyetle aykırı olduğu kanaatindeyiz. İşte çalışmanın ikinci bölümünde bu iddia, Anayasa Mahkemesi'nin kararları ışığında

gerekçeleriyle tartışılacaktır. Nihayet çalışmanın son bölümünde bu iki işlem nedeniyle uygulamada ortaya çıkan sorunlar değerlendirilip, sorunların çözümüne ilişkin öneriler sıralanacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** İdare Hukuku, İdari Yargılama Hukuku, Kamulaştırma, Düzenleme Ortaklık Payı, Mülkiyet Hakkı.

## MİLLETLERARASI İNSAN HAKLARI HUKUKU BAĞLAMINDA MÜLKİYET HAKKININ KORUNMASI

Prof. Dr. Sadi Çaycı\*

### GİRİŞ

Birleşmiş Milletler Şartı'nın giriş bölümünde, geleceğe ilişkin güvenlik, devlet ve toplum yapısı vizyonunun önemli unsurları olarak şu kavramlara yer verilmiştir:

- Temel insan haklarına, insanın onuruna ve değerine, erkeklerin ve kadınların, büyük veya küçük devletlerin eşit haklarına inanç;
- Toplumsal ilerlemeyi ve daha çok özgürlük içinde daha iyi yaşam düzeyini desteklemek;
- Tüm halkların ekonomik ve sosyal gelişimini desteklemek üzere milletlerarası mekanizma oluşturmak.

Bütün bu kavramlar, kuşkusuz iyi niyetli öngörülerdir, ancak günümüz dünyasında ne kadar gerçekleştirilebildiği konusu elbette tartışmaya açıktır. Bir yandan, halkların kendi geleceğini belirleme hakkı kavramı ve gerekleri, öte yandan tarih, kültür, coğrafya vb. açılardan mevcut-farklılıkların doğal sonucu, idealler ile gerçekler arasındaki uyumsuzluktur.

Devlet ve hükümet şekilleri arasındaki farklar kadar önemli olan, devletlerin ve toplumların tercih ettiği ekonomik yapılanma modellerindeki farklılıklardır. Bir uçta, özel mülkiyet kavramına dayalı, liberal ve serbest piyasa ekonomisi, diğer yanda, özel mülkiyeti reddeden ya da önemli derecede sınırlayan komünist / sosyalist ekonomi modelleri; ortada,

sosyal adalet ve sosyal güvenlik kavramlarına ağırlıklı olarak yer veren serbest piyasa ekonomisi modelleri, küresel ölçekte durumu görmemize yardımcı olan başlıca unsurlardır.

Geleneksel olarak milletlerarası kamu hukuku, milletlerarası hukukun kişileri arasındaki ilişkileri düzenleyen, kendine özgü bir hukuk düzenidir. Buradaki “kişi” kavramı, genel yaklaşım bakımından medeni hukuktaki kişi kavramına oldukça yakın olmakla beraber, en başta, devletleri kapsamaktadır. Nitekim bu nedenle uzun süre bu hukuk dalı, “devletler hukuku” olarak adlandırılmıştır. Daha sonra, milletlerarası örgütler bu kapsama girmiştir. Milletlerarası insan hakları hukukunun gelişmesine paralel olarak, gerçek veya tüzel kişi olabilen bireyler de giderek bu kapsama girmektedir.

Geniş anlamdaki milletlerarası kamu hukuku kavramının bir alt alanı olarak milletlerarası insan hakları hukukunun temel amacı, bireylerin -her yönüyle- devletlerin -hukuka aykırı olabilecek- eylem ve işlemlerine karşı korunabilmesidir. İşte bu genel çerçevede -siyasi / ideolojik tartışmalar bir yana- mülkiyet hakkı, uygulamada, önemli temel haklar arasındadır.

### **İNCE AYIRIM: DEVLET - ÜLKE VE BİREY - MÜLK İLİŞKİLERİ**

“Mülkiyet” kavramı incelenirken, “sahiplik” (title, possession) boyutu ile “egemenlik” (sovereignty) boyutunun ayırt edilebilmesi gerekir. Bir başka ifadeyle, devlet - ülke ilişkisinin hukuksal dayanağı ve doğası başka, birey - mülk ilişkisinin hukuksal dayanağı ve doğası başkadır. “Mülkiyet hakkının korunması” dendiğinde, kapsamı, anlamı, yani esas medeni hukukça belirlenmiş bir kavramı anlıyoruz.

“Devlet – ÷lke ilişkileri” dendiğinde kastedilen, devletin kara, deniz ve hava unsurlarından oluşan ÷lkesi üzerindeki mutlak ve münhasır egemenliğidir. “Birey – m÷lk ilişkileri” dendiği zaman, daha dar ve özel kapsamlı bir hak ifade edilmiş olunur. Buradaki m÷lkiyet, “sahiplik” anlamıyla sınırlı bir medeni hukuk ilişkisidir.

şu hâlde, özel m÷lkiyete konu bir adanın satın alınarak m÷lkiyete konu olması başka; aynı adanın, milletlerarası bir anlaşma ile başka bir devlete devredilmesi -ada üzerindeki ÷lkesel egemenliğin (territorial sovereignty) devri- başkadır.

### **İNCE AYIRIM: DEVLETLERİN ARDILLIğI (HALEFİYETİ) – DEVAM EDEN DEVLET – YENİ DEVLET OLGULARI**

Bir başka ilginç durum daha var: Örneğin, Sovyetler Birliği’nin dağılması sonrası ortaya çıkan Rusya Federasyonu (devam eden devlet) ve Ukrayna (ayrılan –“yeni”- devlet) bakımından, devlet – ÷lke ilişkileri bağlamındaki ÷lkesel egemenliğe ilişkin değişim ile, bu topraklardaki özel m÷lkiyet haklarının hukuksal akıbetinin (durumunun) karıştırılmaması gerekir. ÷lkesel egemen değişse de, özel m÷lkiyet - sahiplik statüsü kural olarak değişmez; ÷lkesel egemenliğin el değiştirmesinden etkilenmez. Buna ilişkin hukuksal sorunlar, milletlerarası kamu hukukunda, “devletlerin ardillığı” (halefiyeti) başlığı altında incelenir.

### **M÷LKİYETİN KORUNMASI KAVRAMI: KONU VE KAPSAM AÇISINDAN DEğİşİK BOYUTLAR**

M÷lkiyetin korunması kavramı, milletlerarası kamu hukuku, milletlerarası insan hakları hukuku veya milletlerarası özel hukuk açasından, başlıca şu

bağlamlarda incelenebilir:

- Vatandaşların mülkiyet hakkı.
- Yabancıların mülkiyet hakkı.
- El koyma, kamulaştırma - millileştirme.
- Azınlıklar bakımından ayırımcılık yasağı.
- Anayasal düzende, mülkiyet kavramını doğrudan etkileyecek değişiklikler: Komünist / sosyalist düzen kurulması veya bu düzenlerin sona ermesi gibi dönüşümler.
- Uzun süreli mülkiyet uyuşmazlıkları - ülkesel egemenlikte ve / veya anayasal düzende meydana gelebilecek değişimler: Zaman bakımından uygulanacak hukuk sorunu.<sup>i</sup>
  - Türkiye özelinde önemli bir konu, Osmanlı Devleti döneminden Türkiye Cumhuriyeti dönemine geçişle ilgili sorunlardır. Bu sorunların bir kısmı bireysel haklarla ilgili ise de, devlet - ülke - egemenlik - ardıllık ile ilgili boyutları da vardır.
  - Miras hukuku bakımından mülkiyetin intikali, gerçek ve tüzel kişilerin durumu.
  - Ülke içindeki ve dışındaki dernek ve vakıf mallarının statüsü.
- Terörle mücadele - ceza kovuşturmaları - malvarlığının dondurulması - malvarlığına elkoyma vb. önlemleri.

Aşağıda, milletlerarası insan hakları hukuku çerçevesinde, mülkiyet hakkının korunmasıyla ilgili, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) seçilmiş bazı kararları kısaca incelenecektir.

### **AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI**

AİHM, Lubelska Fabryka Maszyn i NNarzedzi Rolniczych 'PLON' vd. v. Polonya başvurusu - karar:<sup>ii</sup>

---

<sup>i</sup>Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Kamu Hukuku AD Öğretim Üyesi, Ankara.



**Başvuru:** Komünist dönemde millileştirilmiş şirketlerle bağlantılı olarak, iki şirket ve iki bireyin mirasçılarının, tazminat ödenmeksizin el konulan şirketleri dolayısıyla kendilerine tazminat ödenmesi talepleri. Ayrıca, adil yargılanma haklarının ihlal edildiği iddiaları.

**Olay:**

- Başvuruya konu şirketlere, 1946 tarihli bir kanunla, bedeli bir Bakanlar Kurulu kararı ile belirlenecek tazminat ödenmek kaydıyla el konulmuş, ancak, ilgili Bakanlar Kurulu kararı hiçbir zaman çıkmamıştır.
- Komünizmin çökmesinden sonra başvuru sahipleri yerel yargıya başvurmuş, ancak yerel yargı, yapılan işlemin hukuka uygun olduğuna karar vermiştir.
  - Birinci şirketin yerel yargıya başvurusu 2004 yılında gerçekleşmiş, ancak, Polonya Devletinin yasama işlemlerindeki ihmeline dayalı sorumluluğuna dair yeni yasal düzenlemenin 1.09.2004 tarihinde yürürlüğe girmesi ve geçmişe etkili olmaması nedeniyle talep reddedilmiştir.
  - İkinci şirketin 2007'deki benzer başvurusu, sözü edilen yargı kararı karşısında başarı şansı olmaması ve Yüksek Mahkeme kararları nedeniyle sonuçsuz kalmıştır.
  - Geriye kalan iki birey, 1992'de yasal yollara başvurmuşlar, ancak, 1948 tarihli millileştirme kararının iptali istemleri, 2013'de, Yüksek İdare Mahkemesi tarafından reddedilmiştir.

### **Hukuksal dayanak:**

- Madde 1, Protokol 1 (mülkiyetin korunması);
- Madde 6, AİHS (adil yargılanma hakkı).

### **AİHM – Değerlendirme - Karar:**

- Başvurucuların, yürürlükteki iç hukuk kapsamında geçerli zilyetliklerinin söz konusu olması gerekirdi.
- Tazminat talebi için de ayrıca, yasal bir dayanağın bulunması gerekirdi.
- Bu yasal dayanak, Medeni Kanun çerçevesindeki tazminat talepleri için, ancak 1.9.2004 tarihinden geçerli olmak üzere yapılan yasal değişiklikle oluşturulmuştur.
- Bu konu Yüksek Mahkeme ve Anayasa Mahkemesince incelenmiş ve 1946'daki millileştirme işlemlerine bağlı bir tazminat hakkının öngörülmemiş olduğu sonucuna varılmıştır.
- Bu durumda, ilgili yasal düzenlemenin yapılması bağlamında, yasama işlevine ilişkin ihmal, 2004'deki kanun değişikliğine kadar, bireylere dava hakkı veren bir olgu olarak kabul edilemeyecektir. Yeni hüküm ise geçmişe etkili olmayacaktır. Bu nedenle, keyfi / açıkça makul olmaktan uzak olmayan yerel mahkeme kararlarının hukuka aykırı olduğunu söylemek mümkün değildir.
- Talepler yerel yargı organlarınca bütün boyutlarıyla incelenmiştir. Bu nedenle, mahkemeye erişim hakkının ihlali iddiaları dayanaktan yoksundur.
- Karar: Başvurular kabul edilemez bulunmuştur.

### **AİHM, Shorazova v. Malta davası başvurusu - hüküm<sup>iii</sup>**

## Öncesi:

- Rakhat Aliyev, 1991-2019 arasında Kazakistan Devlet Başkanı olan Nursultan Nazarbayev'in kızıyla evlenmiştir.
- 2002 yılında, Kazakistan'ın Avusturya Büyükelçisi olarak atanmıştır. Aliyev, 2005'de, Dışişleri Bakan Yardımcısı olarak Kazakistan'a dönmüştür.
- Kendisinin, Nazarbayev'den sonraki Devlet Başkanı olacağı konuşulurken, 2000'li yılların ortalarında ikisi arasında siyasi gerginlik ortaya çıkmış ve sonucunda Aliyev hakkında tutuklama kararı çıkarılmıştır.
- Aliyev, başvuru Shorazova ile 2009'da evlenmiştir ve 2013 yılına kadar Malta'da ikamet etmişlerdir.
- Başvuru Avusturya vatandaşıdır ve Viyana'da ikamet etmektedir.
- Aliyev, 2008 ve 2009 yıllarında siyasi ve diğer bazı suçlardan, yokluğunda yargılanmış ve 20 yıl hapis cezasına mahkûm edilmiştir.
- Aliyev, Viyana'da ikamet etmekte iken 2007 ve 2011 yıllarında iki defa Kazakistan'a iadesi talep edilmiş, bu talepler Avusturya Hükümetince kabul edilmemiştir.
- Sonraki yıllarda da başvuru ve müteveffa eşi hakkında çeşitli soruşturmalar yürütülmüş, Almanya, Kıbrıs, Liechtenstein ve Yunanistan'daki varlıklarının dondurulması kararları alınmış, ancak bu kararlar zaman içinde sona ermiş ve kaldırılmıştır.
- 2013'de başvuru ve müteveffa eşi hakkında Malta makamlarına adli yardımlaşma talebi ulaştırılmıştır. Hem bazı tanıkların dinlenmesi, hem de kanıt toplanması istenmiştir.

- 2014'de, Kazakistan makamlarının yeni bir talebi üzerine, çiftin Malta'daki varlıkları dondurulmuştur. Dondurma kararı, ilgili ceza mahkemesince, altı aylık sürelerle uzatılmıştır.
- Çift, Haziran 2014'de, haklarını korumak için Kazakistan'da yerel - yasal yollara başvurmuşlardır.
- Bu arada Aliyev, 2015 yılında, Avusturya'da, cezaevinde vefat etmiştir.
- Nisan 2019 ayında Kazakistan Anayasa Mahkemesi, adil yargılanmaya ilişkin talepleri kısmen kabul etmiş ise de, mülkiyetle ilgili işlemleri geçici önlem olarak nitelendirmiş ve hukuka uygun bulmuştur.
- 23.07.2021 tarihinde, -Malta'daki- ceza mahkemesi, başvuru hakkında Kazakistan'da yürütülen bir kovuşturma olmaması ve Malta hukukuna uygun olmaması nedeniyle, malvarlığının dondurulması kararını kaldırmıştır.

### **Başvuru konusu:**

Hakkında ciddi suçlamalarla yürütülen ceza kovuşturması çerçevesinde, Kazakistan makamlarının talebi üzerine, Malta'nın başvurucuya ait malvarlığını dondurması suretiyle mülkiyet hakkının ve adil yargılanma hakkının ihlali.

### **Hukuksal dayanak:**

- Madde 1, Protokol 1 (mülkiyetin korunması);
- Madde 6, AİHS (adil yargılanma hakkı).

### **AİHM - Değerlendirme - Hüküm:**

- Kazakistan makamlarının işlemlerinin gerçek maksadı - niteliği sorgulanmaya açık görünmektedir.
- Başvurucunun mülkiyet hakları, sekiz yıla yakın bir süre, keyfi ve ölçüyü aşacak derecede hukuka aykırı müdahaleye konu olmuştur.
- Başvurucuya ve müteveffa eşine yöneltilen suçlamalara ilişkin ciddi bir araştırma - inceleme yapılmamıştır ve kovuşturmalar siyasi maksatlara yöneliktir.
- Bu suretle, başvurucunun mülkiyet hakkı ihlal edilmiştir.
- Buna karşılık, biraz uzunca sürse de, yargı sürecinin uzunluğu ihlal derecesine ulaşmamıştır.

### **AİHM, Orlovic vd. v. B-H başvurusu - hüküm<sup>iv</sup>**

#### **Olay:**

- 1992-1995 savaşı sırasında soykırımdan kaçarken terk etmek zorunda kaldıkları araziye Sırp Ortodoks Kilisesi'nce inşa edilen ibadethanenin yıkılmasına dair yargı kararlarının uygulanmaması.
- Başvurucular, 14 kişiden oluşan, Bosna Hersek vatandaşı bir ailedir. Bunlar, birinci başvurucunun kocası ve diğerlerinin Srebrenica soykırımı sırasında öldürülen 20 diğer kişinin sağ kalan akrabalarıdır.
- Başvurucular, 1992-1995 savaşı sırasında kaçmak zorunda kalmışlardır. Terk ettikleri malvarlığı, bireysel ve tarımla ilgili yapılar, tarla ve otlaklardır. Başvuruculara bilgi verilmeksizin buralar kamulaştırılmış ve 1998'de buraya bir de kilise inşa edilmiştir.
- 1992-1995 savaşı, Dayton Barış Andlaşmasıyla sona ermiştir. Bu

andlaşmanın 7 no.lu Ekinin uygulanabilmesi bakımından, Bosna Hersek'i oluşturan iki unsurdan Sırp Cumhuriyeti tarafından 1998 tarihli, Mülkiyetin İadesi Kanunu çıkarılmıştır. Konuya ilişkin talepler yetkili Komisyon ve Bakanlıkça kabul edilmiş ve kesinleşmiş, icra edilebilir hale dönüşmüştür. Toprak başvuruçulara geri verilmiş, ancak bu arada inşa edilmiş bulunan kilise konusunda bir işlem yapılmamıştır.

### **Hukuksal dayanak:**

- Madde 1, Protokol 1, AİHS.
- Madde 6, AİHS.

### **AİHM - Değerlendirme ve Hüküm:**

- Bosna-Hersek makamları, 17 yıl boyunca, mülkiyet hakkının korunması yolunda bir işlem yapmamışlar, tersine, başkasının arazisi üzerine inşa edilmiş kiliseye faaliyet izni vermişlerdir.
- Yerel yargının ve yetkili makamların kesinleşen kararları icra edilmemiş, başvuruçular arazilerine sahip çıkamamışlardır.
- Bu durum, başvuruçular yönünden ayrıca bir belirsizlik yaratmıştır. Başvuruçular, mülkiyet hakları bakımından ciddi bir mağduriyet yaşamışlardır.
- Başvuruçuların mülkiyet hakları ihlal edilmiştir.
- Kendilerine maddi tazminat verilmesine de hükmedilmiştir.
- AİHM, verilen karar karşısında, adil yargılanma boyutunun ayrıca

incelenmesine gerek olmadığına karar vermiştir.

### **AİHM, Falkauskiene v. Litvanya başvurusu - karar<sup>v</sup>**

**Olay:** Başvurucu, 1991 yılında, Litvanya'da faaliyet gösteren bir bankada 15.800.- ABD Doları tutarında hesap açmıştır. Ancak, Litvanya'nın 1990'da bağımsızlığını kazanmasından sonraki süreçte, açtığı yabancı para hesabındaki parasını çekememiştir.

#### **Hukuksal dayanak:**

- Madde 1, Protokol 1 (mülkiyetin korunması), AİHS.
- Madde 6, AİHS (mahkemeye erişim hakkı).

#### **AİHM - Değerlendirme - Karar:**

- Başvuruda konu edilen, Litvanya'da faaliyet gösteren banka, bir SSCB Bankasıdır.
- Sorun, bu bankanın, bağımsızlıktan sonraki yeniden yapılanmada bir Litvanya bankası mı, yoksa, bir Sovyet / Rusya Federasyonu bankası mı sayılacağından kaynaklanmıştır.
- Bağımsızlık sonrası, sürmekte olan ve sonucu Rusya Federasyonu ile yürütülen müzakerelerin de sonucuna bağlı olan yeniden bir yapılandırma söz konusudur. Banka henüz bağımsız bir Litvanya bankasına dönüşmemiş, Litvanya Merkez Bankası'na kaydedilmemiştir. Konu, RF ve Litvanya arasında çözümlenebilmiş değildir ve müzakereler devam etmektedir.
- Bu müzakere süreci sonuçlanmadan, başvuru konusunda kesin bir

işlem yapılması mümkün değildir.

- Litvanya, bu arada, başvurunun zararını kısmen tazmin etmiştir.
- Yerel mahkemelerin bu yöndeki değerlendirmesinde keyfilik yoktur; geçerli belge ve kayıtlara dayanılmıştır. Adli yardım konusunda ise başvuru sadece Yüksek Mahkeme aşamasında talepte bulunmuş ve bu talebi karşılanmıştır. Önceki aşamalarda, yerel yargı yerlerinden talepte bulunulmamıştır.
- Açıklanan nedenlerle, başvuru kabul edilemez bulunmuştur.

### **AİHM, Sargysyan v. Azerbaycan başvurusu - hüküm<sup>vi</sup>**

**Olay:** Etnik Ermeni olan, Azerbaycan'ın Shahumyan bölgesindeki Gülistan köyünde yaşamakta iken, 1992 yılındaki Dağlık Karabağ savaşı nedeniyle kaçmak zorunda kalan başvurunun, Azerbaycan'ın AİHS'ne taraf olduğu tarihten sonraki dönemde, köyüne dönmesinin engellenmesi.

### **Hukuksal dayanak:**

- Madde 1, Protokol 1 (mülkiyetin korunması),
- Madde 8 (ev, özel ve aile hayatına saygı),
- Madde 13 (etkili çözüm isteme hakkı), AİHS.

### **AİHM - Değerlendirme - Hüküm:**

- Dağlık Karabağ, Azerbaycan ve Ermenistan arasında, henüz çözümlenememiş bir siyasi uyuşmazlıktır.
- Ancak, bireysel haklar bağlamında, Azerbaycan'ın başvuru / varislerine haklarını temin etmesi gerekirdi.



- Askeri hareketliliğin sürdüğü devrede bu mümkün olamasa da, Azerbaycan'ın, telafi bağlamında, başka seçeneklerle başvurusunun mağduriyetine çözüm getirmesi gerekirdi.
- Azerbaycan, başvurusunun mülkiyet hakkını, özel ve aile hayatına saygı hakkını, etkili çözüm hakkını sürekli bir şekilde ihlal etmiştir.

### **MÜLKİYET İHLALLERİNİN DİĞER BOYUTLARI**

Hukukun üstünlüğü ve adalet kavramları esas alınarak mülkiyetle ilgili sorunların çözümü hukuksal - teknik açıdan çok da zor olmasa bile, başta siyaset ve tarihten gelen yerleşik algılar, peşin hükümler ve bazı olaylara tek taraflı yaklaşım eğiliminin - kültürünün yaygın olması, yargısal yöntemlerle bulunabilecek çözümler konusunda karmaşık bir durum yaratabilmektedir.

Yönetimde çoğulcu, demokratik ve hukuka saygılı bir anlayıştan uzaklaşıldıkça, farklı veya aykırı olabilecek görüş ve değerlendirmelere her halde kuşkuyla bakıldıkça, yabancı bir unsuru da içeren konularda komploluluk kolaycılığın kapıldıkça, uygulamada hukuk işlevsiz kalabilmektedir. Milli eğitim sisteminin toplum geneline çağdaş hukuk kültürüne ilişkin temel kavram, ilke ve kuralları aktaramaması, sonuçta hukukun ve hatta yargısal faaliyetin sadece bir formalite olarak anlaşılmasına sebep olabilmektedir.

Yabancı unsur içeren, milletlerarası boyutu olan konularda - uyuşmazlıklarda, hukuk esas olmakla beraber, siyasi, diplomatik, ekonomik, mali, toplumsal vb. diğer pek çok unsurun da dikkate alınması gerekmektedir.

İşte bu noktada, bir devletin milli gücü, milletlerarası toplumdaki saygınlığı, en azından takdire bağlı konularda, esası etkileyebilecek derecede önem kazanabilmektedir. Bu noktada önemli bir örnek, Kıbrıs sorununa ilişkin mülkiyet uyuşmazlıkları ve gerekleridir.

### **Mülkiyet hakkının korunması açısından Kıbrıs sorunu ve Türkiye – KKTC ilişkilerinin etki ve sonuçları:**

1960-1974 yılları arasında Kıbrıs Cumhuriyeti anayasal düzeninin Rum tarafınca esaslı şekilde ihlal edilerek (material breach) fiilen ortadan kalkması (desuetude), Temmuz 1974 ayında, bir hükümet darbesi ile adanın bütün olarak Yunanistan'a katılması girişiminin Türkiye'nin askeri müdahalesi sonucu önlenmesi, sonuçta, adanın güneyinde ve kuzeyinde iki ayrı devletin ortaya çıkması; güneyde kalan Türk malları, kuzeyde kalan Rum malları bakımından önemli sorunlar yaratmış ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne yapılan çeşitli başvurulara konu olmuştur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, çeşitli kararlarında, Kuzey Kıbrıs'ta Türkiye'nin tam ve etkin denetiminin söz konusu olduğunu, bu nedenle de, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümlerinin buradaki uygulamalarında, ihlallerinde Türkiye'nin sorumlu olduğuna karar vermiştir.<sup>vii</sup> Mülkiyetin korunması sorunu çerçevesinde KKTC ile ilgili uygulamalar, hem Türkiye, hem de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bakımından çözümü güç siyasi ve hukuki sorunları – boyutları kapsamaktadır. Öncelikle, milletlerarası kamu hukukuna göre ülkesel egemenlik konusu halen boşlukta görünmektedir. Bir bütün olarak adanın yeni statüsünün belirlenmesi siyasi bir çözüme (barış andlaşması) bağlıdır ancak görünür gelecekte böyle bir olasılık çok zayıf bir ihtimaldir.<sup>viii</sup>

Temmuz 1974'de Yunanistan'ın adada bir darbe ile yönetimi ele geçirmesi ve adayı bütünüyle Yunanistan topraklarına katmak amacını güttüğünün anlaşılması, Türkiye'nin tek taraflı askeri müdahalede bulunmasıyla sonuçlanmıştır. Önce Kıbrıs Türk Federe Devleti, sonrasında Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti, tek başına Türkiye'nin sorumlu tutulamayacağı zorunlu nedenlerle ortaya çıkmış oluşumlardır.

Başka bazı konularda olduğu gibi, burada da, olayların tek taraflı görülmesinde ısrarcı olunması, hem sorunun kalıcı bir çözüme ulaştırılabilmesini geciktirmekte, hem de bu durumun, mülkiyet dahil, bireysel haklar bakımından olumsuz etki ve sonuçları yaşanılmaktadır.<sup>ix</sup>

### **Yerel başvuru yollarının tüketilmesi:**

Hem Taraf Devletlerin milli yetki alanlarına gerektiği ölçüde saygı gösterilebilmesi, hem de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin iş yükünün azaltılmasında önemli bir kavram, mağdurların önce yerel başvuru yollarını tüketmesi ilkesidir. Bu suretle bir sonuç alınamayan durumlarda bu Mahkeme'ye başvurulabilecektir.

Kuşkusuz, yerel başvuru yollarının etkili, yani, işlevsel olması gerekir.<sup>x</sup>

Bu maksatla, gerektiğinde ek - yerel çözüm mekanizmaları da oluşturulabilir.<sup>xi</sup>

Ancak, uygulamada bu mekanizmaların asıl kuruluş amacının orta ve uzun vadede işlevsel olmak, olabilecek hukuksal uyuşmazlıkları adil bir şekilde ve hızla çözümlenmek değil de, tersine, zaman kazanmak / sorunu

ertelemek vb. düşüncelere dayalı olduğu ortaya çıkarsa, milletlerarası yargı yerleri sonraki bu gelişmeleri de değerlendirebilir ve gerekli kararı verebilmektedir. Bu son durumda, biraz önce sözü edilen yerel başvuru koşulu aranmayabilmektedir.<sup>xii</sup>

## **SONUÇ YERİNE**

Mülkiyet hakkının ihlaliyle ilgili sorunların önemli bir bölümünün temelinde, -diğer pek çok konuda da görüldüğü üzere- yürürlükteki hukuktan çok, bu hukukun doğru uygulanmaması / yorumlanmaması; yahut, yönetimde şeffaflık ve hesap sorulabilirlik kavramlarının fazlaca işlevsel olamaması nedeniyle toplumda oluşabilen, zanlara dayalı – yanlış algılamalar bulunmaktadır. Bu konuda, yabancılara mülk satışı yahut azınlıkların mülkiyet hakkı bağlamında örnekler verilebilir:

- Yabancılara sıradışı ve hukuka – ulusal çıkarlara aykırı olanaklar sağlandığına inanılması.
- Bir kısım aşırı milliyetçi kesimlerce, azınlıkların zaman zaman yabancı kişiler gibi değerlendirilmesi.
- Olağanüstü durumlara ilişkin esnek takdir yetkilerinin yönetimlerce maksadını aşacak ve kalıcı sonuçlar doğuracak şekilde kullanılması (örnek: Acele kamulaştırma).
- Meşru sayılabilecek durumlarda bile, orantılılık ilkesinin gözetilmemesi.
- İdare hukuku alanında, “hukuksal dayanak” kavramı ile “gerekçe” kavramlarının karıştırılması, soyut bir düzenleme olan hukuksal

dayanağın çoğu zaman somut bir eyleme ilişkin gerekçe gibi anlaşılması.

- Kamulaştırma vb. işlemlerde, resmi kayıtlara geçen gerekçelerin gerçeği yansıtmaması; kamulaştırma işleminden sonra kamulaştırmanın amacının adeta unutulması ve örneğin kamulaştırılan alanın ilgisiz maksatlarla kullanılması veya başkasına devri suretiyle rant sağlama ortamı yaratılması.

Bu hataların ve sorunları tümüyle ortadan kaldırılması mümkün olmayabilir. Uygulamada görülen başlıca eksiklikler, sorumluluk – yaptırım – onarım mekanizmalarının işlevsel olamaması; kamu görevlileri bakımından yerleşik “cezasızlık” kültürü, bütün bu nedenlerle, “uygulanmayan hukuk” algısının yaygınlığıdır.

Diğer pek çok konuda olduğu gibi, mülkiyet hakkının korunması konusunda da anahtar unsur çok basittir: Hukukun üstünlüğü - milli eğitim sisteminin çağdaşlığı ve etkililiği. Hukuksal güvenlik ve istikrar ortamı ve bunun gereği olan hukuksal belirginlik, öngörülebilirlik, meşru beklentilerin karşılanması - yönetimlerce ciddiye alınması ancak böylece mümkün olabilir.

<sup>i</sup> Kıbrıs örneği: Osmanlı dönemi – İngiltere dönemi – Kıbrıs Cumhuriyeti – KKTC. Soru: Uygulanacak hukuk?

<sup>ii</sup> Başvuru numaraları: 1680/08, 3117/08 ve 46309/13; karar tarihi: 26.10.2017.

<sup>iii</sup> Başvuru numarası: 51853/19; karar tarihi: 03.03.2022.

<sup>iv</sup> Başvuru numarası: 16332/18; karar tarihi: 01.10.2019.

<sup>v</sup> Başvuru numarası: 42307/09; karar tarihi: 21.09.2017.

<sup>vi</sup> Büyük Daire'nin esasa ilişkin 16.06.2015 tarihli hükmü ile tazminata ilişkin 12.12.2017 tarihli hükmü. (Başvuru No: 40167/06).

<sup>vii</sup> İnceleyiniz: Avrupa İnsan hakları Mahkemesi'nin (Büyük Daire), Kıbrıs – Türkiye davasına ilişkin (Devlet başvurusu) 10.05.2001 tarihli hükmü. Türkiye, bir bütün olarak Avrupa İnsan Hakları

Sözleşmesi hükümlerinin Kuzey Kıbrıs'ta uygulanmasından ve ihlalden sorumlu tutulmuştur. (Başvuru numarası: 25781/94).

- viii Kıbrıs sorunu, milletlerarası kamuoyunun -sıklıkla- sandığının aksine, 1974'de Türkiye'nin adaya müdahalesi ile değil, 1960-1974 arasında Yunanistan ve Kıbrıs Rum Yönetimi tarafından işbirliği ve dayanışma içinde uygulanan ENOSIS - Akritas Planı vb. politikaların sonucu olarak ortaya çıkmıştır. 1960 Anlaşmaları ile kurulan Kıbrıs Cumhuriyeti'nin Anayasal düzeni, kuruluşundan hemen sonra Yunan-Rum tarafınca bütünüyle bozulmuş, fiili bir yönetim düzeni ortaya çıkmıştır. Türkiye, başlangıçta, 1960 Anlaşmalarıyla oluşturulan düzenin bozulmasını, ortadan kaldırılmasını önlemek istemiş, ancak, Garantör Devletler arasında fikir birliği olmayınca, ortaya çıkan fiili durumun gereklerine de uygun yeni politikalar oluşturmak ve uygulamak zorunda bırakılmıştır.
- ix Benzeri gözlemleri ve sorun alanlarını, Azerbaycan - Dağlık Karabağ bağlamında da incelemek mümkündür. Bu iki durum arasında elbette esaslı farklar vardır. Bu nedenle, bu hususta Türkiye - KKTC ve Azerbaycan - Dağlık Karabağ bakımından -ilk bakışta- ters gibi görünen resim, yüzeysel bakış açılarından kaynaklanmaktadır. Örneğin Dağlık Karabağ, Azerbaycan ülkesinin bir parçasıdır. Buna karşılık, Türkiye - KKTC arasında bu mahiyette bir ilişki yoktur. Dolayısıyla, ülkesel egemenlik veya devlet - ülke ilişkileri bakımından karşılaşılabilecek sorunlar da farklı olabilecektir.
- x İnsan hakları hukuku bakımından, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru çerçevesinde vereceği kararlar, mülkiyetle bağlantılı konularda en önemli yargısal kaynakları oluşturmaktadır. Avrupa Birliği üyesi Devletler bakımından, Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın konuyla ilgili kararları da, önemli kaynaklar arasındadır. Milli / yerel hukuk / yargı düzenleri işlevsel olabildiği ölçüde, milletlerarası yargıya başvurulmasına gerek kalmamaktadır. Nitekim, milletlerarası insan hakları hukukunun, başvuruların kabul edilebilirliğine ilişkin, "yerel hukuksal başvuru yollarının tüketilmiş, sonuç alınamamış olması" ilkesinin başlıca işlevi, milli uygulamalara olabildiğince müdahale edilmemesi kadar, milletlerarası yargı yerinin iş yükünün azaltılmasıdır.
- xi Örneğin KKTC Anayasası'nın 159. Maddesi, Devletin mülkiyet hakkı başlığını taşımaktadır. Burada, Rumların terk ettiği / sahihsiz malların mülkiyetinin devlete geçeceği belirtilmekte, sonradan ortaya çıkabilecek hak iddialarına uygulanacak ilke ve yöntem düzenlenmektedir. Anayasanın bu hükmü uyarınca yürürlüğe konulan 67/2005 Sayılı Kanun'la, "Taşınmaz Mal Saptama, Değerlendirme ve Tazmin Komisyonu" kurulmuştur. Bu mekanizma, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Büyük Dairesi'nin Demopoulos - Türkiye ve diğer yedi başvuruya ilişkin 1.03.2010 tarihli kararı ile, geçerli ve etkili bir yerel başvuru yolu olarak kabul edilmiş, incelenen başvurular bu nedenle kabul edilemez bulunmuştur. Benzer şekilde, Türkiye'de, insan hakları hukukunun ihlaline ilişkin konularda, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yöntemi oluşturulmuştur.
- xii Nitekim, Kıbrıslı Rumların 1974 sonrası Kuzey Kıbrıs'ta kalan taşınır ve taşınmaz mallarına ilişkin uyuşmazlıkların çözümü için kurulmuş bulunan Taşınmaz Mal Komisyonu, bir süre etkili olmuş, ancak zamanla sürecin ağırlaşması ve gecikmesi, bu konuda ayrıca AİHM'ye başvuruda bulunulmasına zemin hazırlamıştır. Örnek: Ioannis Kyriakides (Komisyonun belirlediği tazminatın ödenmemesi), K.V. Mediterranean Tours Ltd. Şti. (sürecin uzaması, ayırıcı yaklaşım) başvuruları. Bu başvurular henüz sonuçlanmamıştır. (Kayhan Karaca, AİHM Rumların Tazminatı İçin Ankara'dan Savunma İstiyor, Deutsche Welle, Türkçe, 16.4.2019, Erişim Tarihi: 26.04.2019).

## **AİHM KARARLARI IŞIĞINDA MÜLKİYET HAKKININ VERGİLENDİRME YOLUYLA SINIRLANDIRILMASINDA UYGULANAN ADİL DENGE ÖLÇÜTÜ**

Dr. Öğr. Üyesi Derya DOĞRU\*

**Anahtar Kelimeler:** AİHM, Mülkiyet Hakkı, Vergilendirme Yetkisi, Adil Denge Ölçütü, Aşırı Mali Külfet,

Devletlerin egemenliğinin doğrudan bir göstergesi olan vergilendirme yetkisi karşısında mülkiyet hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 1 Nolu Protokol'ün 1. maddesi kapsamında koruma altına alınmıştır. Sözleşme'nin hazırlık aşamasında Avrupa Konseyi'ne üye devletler arasındaki siyasi, ekonomik ve sosyal farklılıklar nedeniyle mülkiyet hakkı Sözleşme'nin ana metninde yer alamamıştır. Mülkiyet hakkına ilişkin söz konusu düzenleme Sözleşme'nin diğer maddeleriyle kıyaslandığında, bu düzenlemenin mülkiyet hakkına daha esnek bir koruma getirdiği ve taraf devletlerin müdahalesine alabildiğince geniş bir tolerans gösterdiği görülmektedir. Çünkü siyasi, sosyal ve ekonomik görüş ayrılıkları nedeniyle taraf devletler ancak bu şekilde bir düzenleme üzerinde uzlaşma sağlayabilmıştır.

**AİHS'e Ek 1 Nolu Protokol'ün 1. maddesine göre mülkiyet hakkı şu şekilde düzenlenmiştir:**

“Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yastada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine

uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir.

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

Düzenlemeye göre mülkiyet hakkının sınırlandırılma nedenleri olarak 1. fıkra hükmünde kamu yararı nedeniyle yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygunluk; 2. fıkra hükmünde ise genel yarar koşulu öngörülmüştür. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi mülkiyet hakkına yapılan müdahalelere ilişkin başvurularda genel çerçevesini Sporong ve Lönnroth/İsveç<sup>39</sup> kararıyla çizmiş olduğu üç kural tekniğini uygulamaktadır. Buna göre 1 Nolu Ek Protokol'ün 1. maddesinde, birinci kural olarak mülkiyet hakkına saygı gösterilmesini isteme hakkı, ikinci kural olarak mülkiyetten yoksun bırakma ve bunun koşulları ve üçüncü kural olarak ise mülkiyetin kullanımını düzenleme yetkisi düzenlenmiştir. Bu bakımdan, tebliğ konumuz olan mülkiyet hakkının vergilendirme yoluyla sınırlandırılması, üçüncü kural olan mülkiyetin kullanımını düzenleme yetkisi içerisinde sayılan durumlardan biridir.

AİHM'e göre her vergi kişinin malvarlığında eksilmeye yol açtığı için mülkiyet hakkına bir müdahale teşkil etmektedir.<sup>40</sup> Ek Protokol'deki düzenlemenin lafzına göre devletin vergilendirme yoluyla kişilerin mülkiyet hakkını sınırlamasında bağlı olduğu tek koşul genel yarara uygunluktur. Ancak AİHM'nin bu konudaki içtihatları



incelendiğinde kamu yararının ne olacağına tespiti ve bu amaca ulaşmak için hangi tedbirin alınmasının gerektiğinin tercihi konusunda taraf devletlere çok geniş bir takdir marjı tanıdığı görülmektedir.<sup>41</sup> Dolayısıyla mülkiyet hakkının vergilendirme yoluyla sınırlandırılmasında Sözleşme koruması oldukça zayıflamaktadır.

Bununla birlikte, Mahkeme vergi uyumsuzluklarına ilişkin başvurulardaki denetimini, kişilere yüklenen vergi yükümlülüğünün adil denge ölçütünü sağlayıp sağlamadığı üzerinde yoğunlaştırmaktadır. Her ne kadar Ek Protokol'deki pozitif düzenlemede yer almasa da, mülkiyet hakkına yapılan bir müdahalenin Sözleşme'ye uygun olabilmesi için Mahkeme Sporrang ve Lönnroth/İsveç kararından bu yana, amaçlanan kamu yararı ile kişilere yüklenen mali külfet arasında "adil bir dengenin" bulunması gerektiğine hükmetmeye başlamıştır. Mahkemenin de ifade ettiği gibi "Sözleşme'nin bütününe içkin olan denge arayışı 1 Nolu Protokol'ün 1. maddesine de yansımaktadır."<sup>42</sup> Esasen, adil denge kavramıyla ifade edilmek istenen Sözleşme'nin yorumunda kullanılan temel ilkelerden biri olan "orantılılık" tır. Mahkeme mülkiyet hakkına ilişkin kararlarında "orantılılık" yerine, genellikle "adil denge" kavramını kullanmaktadır.

Ancak Mahkeme bu alandaki orantılılık denetimini diğer sözleşmesel haklarda gerçekleştirdiği denetimle kıyaslandığında oldukça esnek ve zayıf bir şekilde yapmaktadır. Örneğin, Mahkeme vergi oranının yüksek olmasını adil denge açısından tek başına belirleyici olarak kabul etmemekte ve sadece vergi oranının yüksek olmasını mülkiyet hakkının ihlal nedeni olarak görmemektedir.<sup>43</sup> Bununla birlikte AİHM 2013 yılından

sonraki vergi ödeme yükümlülüğüne ilişkin kararlarında, kişilere aşırı mali külfet yükleyen vergi oranı düzenlemeleriyle ilgili daha etkili bir denetim yoluna giderek mutlak dereceye ulaşan geniş ulusal takdir marjını daraltmaya başlamıştır.<sup>44</sup> Mahkeme, mülkiyetin vergilendirme yoluyla sınırlandırılmasına ilişkin başvurularda yaptığı adil denge ölçütü denetiminde, müdahalede güdülen meşru amaç ile uygulanan araç arasında orantılılığı ve kişiye aşırı bir mali külfet yüklenmemesi gerekliliğini aramaktadır.

Vergisel düzenlemelerle mülkiyet hakkı sınırlamalarına ilişkin içtihatlar genel olarak incelendiğinde, AİHM'in uluslararası insan hakları hukuku açısından ikincil konumunu ön plana çıkardığı görülmektedir. Çünkü taraf devletlerin sosyo-ekonomik politikalarını yakından ilgilendiren vergi salma yetkisi hassas bir konudur. Bu nedenle Mahkeme'nin devletlerin egemenliğinin bir yansıması olan bu yetkiye saygı gösterme eğiliminde olduğu söylenebilir. Ancak bu yetkinin kullanımında devletlerin keyfî uygulamaları, kişilere aşırı külfet yükleyen ve adil denge ölçütünü orantısız bir şekilde bozan düzenlemeler açısından Mahkeme erken dönem içtihatlarına nazaran daha etkili bir yargısal denetim gerçekleştirmektedir.

Ülkemiz açısından konuya bakacak olursak, mülkiyet hakkının çeşitli kategorilerde çok sayıda vergi aracılığıyla sınırlandırıldığı bir dönem yaşanmaktadır. Yukarıda ifade ettiğimiz üzere AİHM'in diğer haklara kıyasla mülkiyetin vergilerle kullanımının düzenlenmesinde katı bir denetimden kaçınması, taraf devletlerin bu alanda daha geniş bir serbestiden yararlanmasını sağlamaktadır. Ancak Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 73. maddesinde ulusal hukukumuzda yapılacak vergisel

düzenlemelerin anayasal ilkeleri ve sınırları belirlenmiştir. Bu kapsamda yasa koyucunun yapacağı kanuni düzenlemeler bu ilkelere uygun olmalıdır. Herkesin mali gücüne göre, genel, eşit, adaletli ve dengeli bir vergi sistemi benimsenmelidir. Bu kapsamda Anayasa Mahkemesi'nin de yapacağı norm denetiminde<sup>45</sup> ve inceleyeceği bireysel başvurularda<sup>46</sup> AİHM içtihatlarını izlemenin yanı sıra, mülkiyet hakkı açısından daha koruyucu ilke ve sınırlar getiren Anayasa hükümlerini dikkate alması gerekmektedir. Vatandaşlar aleyhine getirilen yüksek oranlı vergi düzenlemelerinin kişilere aşırı mali külfet yüklemeyen, sosyal adalet ve dengeyi sağlayıcı ve ayrımcı uygulamalara yol açmayan düzenlemeler olması gerekmektedir. Vergilendirme yoluyla mülkiyet hakkı sınırlamaları, kişilerin mali durumunu geçim sıkıntısına sokacak kadar etkiliyorsa, bu durumda toplumun genel yararını amaçlayan meşru amaç ile kullanılan araç arasındaki adil denge bozulmuş olacaktır ve müdahale mülkiyet hakkı ihlaline yol açacaktır.

Bu kapsamda tebliğimizde vergilendirme yoluyla mülkiyet hakkının sınırlanmasında AİHM'in benimsediği ilke ve yorum yöntemleri, denetiminde uyguladığı adil denge ölçütü örnek kararlar üzerinden tartışılacaktır. Ayrıca ulusal hukukumuzdaki vergisel düzenlemelerle ilgili olarak Anayasa Mahkemesi'nin örnek kararları üzerinden AİHM içtihatları karşısındaki tutumu ve kararları ele alınacaktır.

## **İNSAN HAKKI OLARAK MÜLKİYET: AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI IŞIĞINDA BİR ANALİZ**

Dr. Öğr. Üyesi Gamze OVACIK\*

Mülkiyet hakkı her ne kadar ilk kabul edildiğinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (“AİHS”) kapsamına alınmış olmasa da, sözleşmenin imzalanmasından sonra iki yıldan kısa bir süre içinde imzalanan İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya ilişkin Ek Protokol’ün (“Protokol No. 1”) ilk maddesiyle koruma altına alınmıştır. İkinci Dünya Savaşının ertesinde yeniden yapılanma sürecine giren Avrupa ülkelerinde bu hakka ilişkin uluslararası bir yükümlülük getirilmesi ilk aşamada mümkün olmamış olsa da, kapitalist bloku komünist bloktan ayıran temel düşüncelerden biri olarak özel mülkiyetin korunması, kısa süre sonra AİHS’in koruma alanına dahil olmuş ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (“AİHM”) kararlarıyla beraber zaman içinde geniş bir uygulama alanı şekillenmiştir. Bu gelişmelere paralel olarak Türkiye de Protokol No. 1’i imzalayan ülkeler arasında yer almıştır. Bu çerçevede önerilen bildiri kapsamında, mülkiyet hakkı bir insan hakkı olarak ele alınacak ve AİHM içtihadı doğrultusunda öncelikle mülkiyet kavramının sınırları ortaya konarak, daha sonra mülkiyetten barışçıl şekilde yararlanma hakkına yapılabilecek müdahalelerin çerçevesi çizilecektir. AİHM’in bir müdahalenin sözleşme çerçevesine uygun olup olmadığını belirlerken başvurduğu çeşitli ölçütler

\* Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Bölümü Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı

<sup>36</sup> Mualla ÖNCEL-Nami ÇAĞAN-Ahmet KUMRULU-Cenker GÖKER, Vergi Hukuku, 29. Baskı, Turhan Yayınevi, Ankara, 2020, “Bu yetki, devletin mali alanda sürdürdüğü egemenliğin içerdiği yetkilerin en önemlilerinden biridir.” s. 37.

<sup>37</sup> David HARRIS - Michael O’BOYLE- Colin WARBRICK, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, İkinci Baskı Çev. Mehveş Bingöllü KILCI-Ulaş KARAN, Şen Matbaa, Ankara, 2013, s. 675; Burak GEMALMAZ, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2009, s. 1.

<sup>38</sup> Oya BOYAR, “Mülkiyet Hakkı”, içinde İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa- Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme, editör Sibel İNCEOĞLU, Avrupa Konseyi, 1. Baskı, 2013, s. 495; GEMALMAZ, s. 8.

ele alınacaktır. Son olarak mülkiyet hakkının sağlanması için devletlere getirilmiş olan yükümlülükler bağlamında pozitif yükümlülüklerle değinilecektir. Bildiride değinilen her bir konuya ilişkin olarak ilgili AİHM kararlarına atıfta bulunulacaktır.

Mülkiyet ve malvarlığı kavramlarının AİHS çerçevesinde, ulusal hukuktaki sınıflandırmalardan bağımsız, otonom anlamlara sahip olduğu kabul edilmektedir. Bu anlamda, ekonomik bir menfaat taşıyan değerlerin mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilmesi mümkün olmaktadır. Dolayısıyla bu hususta, ulusal hukuktaki kategorizasyon doğrudan doğruya belirleyici olmamakla ve en nihayetinde AİHM'in değerlendirmesi esas olmakla beraber, iç hukuktaki sınıflandırmalar elbette ki yol gösterici nitelik taşımaktadır. Ayrıca malvarlığı kavramı, kişinin mevcut malvarlığının yanında, mülkiyet hakkında etkili şekilde yararlanmaya yönelik meşru bir beklentisi olduğu kabul edilebilen ekonomik değerleri de kapsamaktadır. Burada meşru beklenti, iç hukukta sağlam bir temeli olan ve mülkiyet hakkına ilişkin makul olarak haklı sayılan güvene dayanmaktadır. Mahkeme içtihatlarına göre mülkiyet kavramına dahil olarak görülen farklı menfaatler, talepler ve ilamlı alacaklar, şirket hisseleri ve diğer finansal araçlar, mesleki müşteri çevresi, işletme ruhsatları ve lisansları, gelecekteki kazanç, fikri mülkiyet, gayrimenkul kiralari ve barınmaya ilişkin haklar, sosyal güvenlik bağlamındaki ödemeler ve aylıklar, ve uluslararası ve iç

<sup>39</sup> Sporrang and Lönnroth/Sweden, 23.09.1982, Başvuru No 7151/75 7152/75. Mahkeme üç kural tekniği olarak ifade ettiği bu kurallar arasındaki ilişkiyi ise James ve Diğerleri/Birleşik Krallık kararında açıklamıştır. James and Others/The United Kingdom, 21.02.1986, Başvuru No 8793/79, § 46. (Bu karar ilk kez mülkiyetten yoksun bırakmanın unsurları ile kişi menfaati ve kamu yararı arasında adil denge kurulabilmesi için tazminat ödemenin gerekliliğine karar verilen başvurudur.)

silahlı çatışmalarda tahrip edilen eşyaları kapsamaktadır. Bu doğrultuda, AİHSM bağlamında, Roma hukukundan kaynaklanan ve taşınır-taşınmaz mal ayırımına dayanan klasik mülkiyet kavramından çok daha geniş bir mülkiyet hakkı kavramından bahsedildiği görülmektedir.

AİHM mülkiyet hakkına ilişkin analizlerinde AİHS Protokol No. 1 madde 1'e dair "üç kural" yaklaşımını benimsemiştir. Buna göre, maddenin ilk cümlesindeki genel nitelik taşıyan ilk kural mülkiyetin barışçıl kullanılması ilkesini ortaya koymaktadır. İkinci cümle, mülkiyetten yoksun bırakmaya ilişkin koşulları belirleyen ikinci kuralı içermektedir. Son olarak üçüncü kural ise maddenin ikinci fıkrasında yer almaktadır ve devletlerin genel yarar için yasalar uyarınca mülkiyeti kontrol etme yetkisi bulunduğunu tespit etmektedir. Birbirinden ayrı bu üç kural, farklı olmakla beraber birbirleriyle bağlantılıdır. Mahkeme yukarıda çizilen çerçeve uyarınca mülkiyet hakkının varlığını tespit ettiği durumlarda, buna yapılan müdahalenin AİHS çerçevesiyle uyumlu olup olmadığını tespit ederken, diğer haklara yapılan müdahaleler bakımından da uyguladığı ölçütleri uygulamaktadır. Bu yaklaşım uyarınca, öncelikle mülkiyet hakkından barışçıl şekilde yararlanma hakkına bir müdahalenin var olup olmadığını değerlendirecektir. Eğer bir müdahalenin varlığından bahsedilebiliyorsa, bu müdahalenin mülkiyetten yoksun bırakma veya mülkiyetin kullanımının

<sup>40</sup> Spacek/Czech Republic, 09.11.1999, Başvuru No 26449/95, s 39.

<sup>41</sup> Mahkeme, müdahalenin açıkça dayanaktan yoksun olmadığı sürece ulusal makamların kamu yararına ilişkin kararına saygı gösterilmesi gerektiğini yerleşik bir içtihat haline getirmiştir. Bu içtihadını da James ve Diğerleri/Birleşik Krallık kararından günümüze kadar sürdürmüştür ve bu görüşünü "...ulusal makamların toplumlarına ve toplumlarının ihtiyaçlarına ilişkin doğrudan bilgiye sahip olmaları nedeniyle, neyin kamu yararı olduğunun tespitinde uluslararası yargıca göre daha iyi konumda olduğu" gerekçesine dayandırmıştır. James and Others/The United Kingdom, s 46; Gashi/Croatia, 13.12.2007, Başvuru No 32457/05, s 30.

kontrolü seviyesine ulaşip ulaşmadığı tespit edilecektir. Bu kavramların içeriği AİHM kararlarından örneklerle açıklanacaktır.

Bu doğrultuda söz konusu müdahalenin hukukilik ilkesine uygun olması, ulaşılmak istenen hedefle makul oranda ölçülü bir meşru amaç gözetmesi gerekmektedir. Bu koşullara uymadığı belirlenen müdahaleler mülkiyet hakkının ihlal edildiği kararıyla sonuçlanmaktadır. Hukukilik ilkesi, şikayet konusu müdahalenin, hukukun öngördüğü koşullara uygun şekilde yapılması gerekliliğini ifade etmektedir. Müdahalenin hem ulusal hukukta dayanağının bulunması, hem de bunun hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü nosyonlarına uygun olması, erişilebilir, belirli ve öngörülebilir olması, ayrıca keyfiliğe karşı güvenceler içermesi gerekmektedir. Belirlenen kurallara uygun olan bir mülkiyet hakkı müdahalesinin aynı zamanda meşru bir kamu yararına hizmet etmesi gerekmektedir ve bu doğrultuda AİHM içtihatlarında değerlendirilen kamu yararı örnekleri çok çeşitli olabilmektedir. Ölçülülük kriteri ise toplumsal yarar ve birey hakları arasında adil bir denge kurulmasına işaret etmektedir. Müdahalenin kamu yararına hizmet ettiği ve hukuki olduğu tespit edildikten sonra, mahkeme derinlemesine bir ölçülülük analizi yapmaktadır. Bu çerçevede çok farklı faktörler göz önünde bulundurulmakla beraber, müdahaleye etkin şekilde karşı çıkma imkanıyla ilişkili usuli faktörler, kişi haklarını daha az sınırlayıcı bir müdahalenin mümkün olup olmamasına ilişkin olarak önlemlerin seçimi veya söz konusu başvuruya ya da başvurucuya ilişkin özel durumların adil denge testine etkisini göz önüne alan esasa ilişkin faktörler ve de adil denge unsuru olarak mülkiyete müdahalede öngörülen tazminat ya da

<sup>42</sup> Sporrang and Lönnroth/Sweden, s 69.

<sup>43</sup> N.K.M./Hungary, 14.05.2013, Başvuru No 66529/11, s 67.

bedel sıklıkla ölçülülük analizi için dikkate alınmaktadır.

AİHS Protokol No. 1. madde 1 çerçevesinde sağlanan mülkiyet hakkı, devletlerin bu hakka müdahalesini sınırlayan ve bu müdahalelere karşı kişileri koruyan negatif yükümlülükler öngördüğü gibi, bu hakkın yerine getirilebilmesi ve güvence altına alınabilmesi için devletlere bir takım pozitif yükümlülükler de getirmektedir. Bu doğrultuda, devletlerin müdahaleden kaçınma yanında, hakkın korunması için pozitif tedbirler alması da gerekebilmektedir. Burada belirtilmelidir ki, somut durumlarda pozitif ve negatif yükümlülüklerin beraberce uygulanarak karma bir nitelik taşınması mümkündür, fakat devletin yükümlülüklerinin pozitif veya negatif nitelikte olmasından bağımsız olarak uygulanacak testler yukarıda açıklandığı şekilde geçerlidir. Ayrıca, pozitif yükümlülüklerin kapsadığı diğer bir önemli unsur da özel hukuk kişileri tarafından yapılan müdahalelerin engellenmesine yöneliktir. Bunun yanında pozitif yükümlülükler kapsamında devletin belli durumlarda telafi edici veya giderici önlemler alması beklenebilecektir. Son olarak devletlerin pozitif yükümlülüklerinin bir diğer boyutu da mülkiyet hakkını korumaya yönelik yargı kararlarının icra edilmesi için kanun düzleminde ve uygulamada etkili bir sistemin mevcut olmasıdır.

Görüldüğü üzere AİHS Protokol No. 1. madde 2 kapsamında sağlanmış olan mülkiyet hakkı, bu konudaki AİHM içtihadının sağladığı çerçeve uyarınca oldukça detaylı bir içeriğe kavuşmuştur. Mülkiyet hakkının taşınır ve taşınmak eşya ayrımını aşarak, çeşitli ekonomik menfaatleri kapsayacak şekilde geniş yorumlanması, AİHM nezdinde mülkiyet ve malvarlığı kavramlarının ulusal düzenlemelerin ötesinde otonom bir

<sup>44</sup> N.K.M./Hungary, § 68-76; Rousk/Sweden, 25.07.2013, Başvuru No 27183/04.



anlama sahip olmasıyla açıklanabilecek bir husustur. Bu şekilde geniş bir çerçeveye tabi olan mülkiyet hakkından barışçıl şekilde yararlanma hakkına yapılabilecek müdahalelerin tespiti için AİHM'in çok çeşitli kriterler benimsediği görülmektedir. AİHM bu kriterleri belli bir sistematik dahilinde uygulamakta ve mülkiyet veya malvarlığı hakkını güvenceye alan hükmü üç kural yaklaşımı çerçevesinde analiz etmektedir. Bu noktada devletlerin üzerine düşen negatif yükümlülüklerin yanı sıra pozitif yükümlülüklerin de yetine getirilmesinin, aynı kriterlere tabi olarak büyük önem taşıdığı ilgili AİHM kararlarından anlaşılmaktadır.

---

<sup>45</sup> AYM. 28.02.2018 tarih ve E: 2017/117, K: 2018/28 sayılı kararı, AYM., 15.10.2009 tarih ve E. 2006/95, K.2009/144.

<sup>46</sup> AYM Kararı Reis Otomotiv Ticaret ve Sanayi A.Ş. Başvurusu (3), 03.07.2019, Başvuru No 2015/6735, § 16; Milli Reasürans Türk A. Ş. Başvurusu (2), 08.07.2020, Başvuru No 2016/73, § 44. Anayasa Mahkemesi bu başvurularda yapılan vergisel müdahalenin kişilere aşırı mali külfet yükleyip yüklenmediğinin incelemesini yapmıştır.

## 1982 ANAYASASI VE AİHS ÇERÇEVESİNDE SALGIN HASTALIKLAR KARŞISINDA MÜLKİYET HAKKININ SINIRLANABİLİRLİĞİ

A. Ersin BAYRA\*

### GİRİŞ

Mülkiyet hakkı önemli bir haktır ancak kapsamı, niteliği, bilhassa da sınırları oldukça tartışmalıdır. Öyle ki Platon ve Aristoteles'in "mallar topluma mı yoksa kişilere mi ait olmalı" şeklindeki görüşleri, mülkiyete ilişkin güncel tartışmaların aslında Antik Çağ'dan beri süregeldiğini ortaya koymaktadır. Zira mistik zihniyetin egemen olduğu ilkel toplumlarda -her ne kadar kişiler bizzat ürettikleri özel eşyalarla birlikte gömülüyor olsa da- kolektif mülkiyet anlayışı hakimdir. İkel toplumlardan gelen bu kolektif anlayış zamanla Antik Yunan'da görülen aile mülkiyeti yaklaşımına evrilmiştir. Ancak ticaretin gelişmesi ile aile ekonomisi değişime zorlanmıştır. Hatta Roma'da da benzer bir süreç yaşanmış ve ticaretin gelişmesiyle birlikte aile mülkiyeti yerini özel mülkiyete bırakmıştır.<sup>47</sup>

Dolayısıyla Orta Çağ'a gelindiğinde mülkiyet anlayışında büyük bir değişim olmamış ve kolektif mülkiyetten özel mülkiyetin öne çıktığı bir düzene geçilmiştir. Bu noktada belirtmek gerekir ki Batı Roma'nın yıkılışından XV. yüzyıla kadarki dönemde bu süreçten bir sapma gerçekleşmiştir. Tüccarların ve ticari yolların güvenliğini sağlayacak merkezi bir otoritenin bulunmadığı bu dönemde ekonomik faaliyetler yerel ölçekte sürdürülmüştür. Bu bakımdan Orta Çağ merkezi bir otoritenin bulunmadığı, feodal yapının egemen olduğu ve kapalı ekonomi düzeni ile kır yaşamının hâkim olduğu bir dönemdir.<sup>48</sup>

\* İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Ancak Geç Orta ağ' da ticaretin yeniden canlanmasıyla birlikte yeni bir sınıf olarak ortaya çıkan burjuvazi kendi çıkarları uyarınca mutlakiyetçi yönetimleri desteklemiştir. Modern devleti ortaya çıkaran bu koşullar, aynı zamanda ekonomik alanda geçimlik ekonomiden kara dayalı yeni bir ekonomik modele geçişi sağlamıştır.<sup>49</sup> Böylece Yeni ağ ile birlikte sermayenin yeniden önem kazandığı bir döneme girilmiştir.

Yakın ağ ise, Fransız İhtilali ve Sanayi Devrimi gibi gelişmelere paralel şekilde, özel mülkiyetin doğuştan kazanılan bir hak olduğunun vurgulandığı ve liberal mülkiyet anlayışının kurumsallaştığı bir dönemdir. Ancak liberal anlayışın getirdiği mülkiyetin mutlaklığı ve sözleşme serbestisi gibi ilkeler, bu dönemde yeni bir sınıf olarak ortaya çıkan işçi sınıfını oldukça olumsuz etkilemiştir. Kapitalizmin bir sonucu olarak sınıflar arasındaki ekonomik eşişsizliklerin giderek artması, mülkiyet anlayışının sosyal fonksiyonunu ne çıkararak daha öncesinde mutlak kabul edilen mülkiyet hakkının toplum yararına sınırlanabileceği düşüncesinin gelişmesine katkıda bulunmuştur.<sup>50</sup>

Bu kapsamda hem 1982 Anayasası'nda<sup>51</sup> hem de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde<sup>52</sup> mülkiyet hakkı sadece düzenlenmekle kalmamış, bu hakkın hangi durumlarda sınırlanabileceği de hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla COVID-19 salgının patlak verdiği dönemde mülkiyet, temel insan haklarından biri olmanın yanı sıra sosyal fonksiyonu da bulunan ve bu yönüyle belirli koşullar altında sınırlandırılması mümkün olan bir haktır. Zira pandemi esnasında da mülkiyet hakkına yönelik bazı sınırlamalar gerçekleştirilmiştir.

Bu doğrultuda restoranlar, kafeler, sinemalar, mağazalar, alışveriş merkezleri, eğlence mekanları uzun bir süre kapalı kalmıştır. Bunun dışında toplu taşımaya yönelik çeşitli kısıtlamalar getirilmiş, ülkeler ve hatta şehirler arası birçok uçuş iptal edilmiştir. Bu tedbirler, hem işletme sahipleri hem de tedarik zincirinde yer alan unsurlar için önemli miktarda gelir kaybına neden olmuştur. Bu kapsamda alınan önlemlerin neden olduğu maddi kayıpların azmin edilemeyeceği meselesi gündeme gelmiştir.<sup>53</sup> Bu bağlamda çalışmada pandemi esnasında alınan tedbirlere karşı olası bir müracaat halinde Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin<sup>54</sup> -önceki içtihatları göz önünde bulundurularak değerlendirme kriterlerinin ne yönde olacağı ele alınacaktır.

## **I. Anayasa ve AİHS Bağlamında Mülkiyet Hakkı**

### **A. Mülkiyet Hakkı ve Niteliği**

Anayasa'nın 35., AİHS'in ise Ek 1 No.'lu Protokolü'nün 1. maddesinde<sup>55</sup> mülkiyet hakkının niteliği, kapsamı ve sınırlarına ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. Keza nitelik yönünden her iki metinde de mülkiyet hakkının sosyal yönüne vurgu yapılmakta ve bu hakkın kamu yararı gerekçesi ile sınırlanabileceği belirtilmektedir. Dolayısıyla her iki metinde de mülkiyet temel bir hak olarak düzenlenmiş, ancak belirli şartlar altında sınırlandırılması da mümkün görülmüştür.

Öyle ki Anayasa'nın 35. maddesinde mülkiyet hakkı "Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz." şeklinde düzenlenmiştir. Buna karşılık AİHS'in Ek 1 No.'lu Protokolü'nün 1.

maddesinde ise mülkiyetin korunması “Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. 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 uygulama konusunda sahip oldukları hakka hâlel getirmez.” ifadeleri ile hukukileştirilmiştir. Her iki metin de benzer bir anlatıma sahip olsa da çalışma açısından hakkın kapsamı ve sınırı yönünden mukayeseli bir inceleme gerçekleştirilecektir.

## **B. Mülkiyet Hakkının Kapsamı**

Mülkiyet hakkının kapsamı bakımından hem Anayasa Mahkemesi'nin<sup>56</sup> hem de AİHM'in yorumu 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda yer alan mülkiyet kavramından oldukça geniştir. Zira AYM'ye göre insan hakları hukuku bağlamında ve anayasal anlamda mülkiyet hakkı, eşya hukuku çerçevesindeki mülkiyet hakkıyla özdeş değildir.<sup>57</sup> Öyle ki AYM, menkul ve gayrimenkul mallar dışında icrası kabil olan her türlü hak ve alacakları da mülkiyet hakkının kapsamında görmektedir.<sup>58</sup> Bu yönüyle alacak hakları ya da ekonomik değer ifade eden ve parayla değerlendirilebilen diğer talepler de AYM tarafından mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilmektedir.<sup>59</sup> Öte yandan AİHM de mülkiyet hakkını para ile ölçülebilen iktisadi değerlerin tamamı üzerinden ele almaktadır.<sup>60</sup> Bu kapsamda AİHM'e göre mevcut stoklar, işletme malvarlığı ve ticari itibar mülkiyet hakkının içindedir.<sup>61</sup> Hatta AYM<sup>62</sup> ve AİHM<sup>63</sup> içtihatları uyarınca ortada icrası mümkün

bir iddia olması durumunda gelecekteki kazanç da mülkiyet hakkına dahil görülmektedir.

Bu noktada belirtmek gerekir ki mülkiyet hakkı mevcut insan hakları hukuku sisteminin içinde kişinin şahsında mündemiç bir hak -diğer bir ifade ile doğuştan kazanılmış bir hak- olarak yer almamaktadır.<sup>64</sup> Hatta AYM içtihadı da benzer yöndedir.<sup>65</sup> Bu bakımdan mülkiyet hakkı Anayasa ve AİHS'te yer alan diğer haklardan ayrılmaktadır. Nitekim hem Anayasa'nın 35. maddesi hem de AİHS EP1-1 uyarınca korunma sisteminden faydalanabilmek için evvela mülkiyete ilişkin değer talep edilebilir ve başvurucunun mal varlığı içinde bulunması veya bulunacağı yönünde meşru bir beklenti olması gerekmektedir.<sup>66</sup>

Bu yönüyle Anayasa ve AİHS ile sadece mevcut mülk ve mülk edinme hakkı değil, mülkiyete ilişkin meşru beklentiler de korunmaktadır. Bu bakımdan da meşru beklenti kavramının içeriğinin ne olduğunu önem kazanmaktadır. AYM'ye göre meşru beklenti "objektif temelden uzak bir beklenti olmayıp, bir kanun hükmü, yerleşik bir yargısal içtihat veya aynı menfaatle ilgili hukuki bir işleme dayalı beklentidir."<sup>67</sup> AİHM'in bu konudaki içtihadı da benzer yöndedir.<sup>68</sup>

### **C. Hakkın Sınırlandırılması**

AİHS'te yer alan haklardan bazıları sınırlanabilir diğerleri ise sınırlanamaz niteliktedir. EP1-1'de düzenlenen mülkiyet hakkı normatif yapısı gereği sınırlanabilir haklardandır. Belirtmek gerekir ki hem Anayasa'da hem AİHS'te hakkın hangi amaçlarla sınırlanabileceğine ilişkin düzenlemeler birbirine paraleldir. Keza her iki metinde de mülkiyetin ancak kamu yararı

amacıyla sınırlanabileceği ifade edilmektedir. Bu ölçüt Anayasa m.35/2'de “kamu yararı” ve m. 35/3'te “toplum yararı” olarak, EP1-1'de<sup>69</sup> ise “kamu yararı” ve EP1-1/2'de “genel yarar” şeklinde zikredilmiştir. Dolayısıyla mülkiyet hakkının sınırlanmasında aranan ölçüt kamu yararadır. Diğer yandan mülkiyet hakkına ilişkin sınırlamalarda ölçülülük ilkesine riayet edilmesi gerektiği Anayasa m.13'te<sup>70</sup> yer almakta, ayrıca AİHM tarafından yapılan incelemelerde de bu ilke gözetilmektedir.<sup>71</sup>

Diğer yandan her iki metinde de devletin mülkiyet hakkına müdahalesinin kanun tarafından öngörülmesi gerektiği düzenlenmektedir. Bu noktada belirtmek gerekir ki AİHM'e göre EP1-1'in hukukilik şartı sadece kanunları değil, yönetmelik ve tüzük gibi normları hatta yargı içtihatlarını da içermektedir.<sup>72</sup> Bunun dışında EP1-1'de mülkiyet hakkına yönelik müdahalelerin uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olması gerektiği hususu yer almaktadır. Anayasa m.35'te böyle bir ilke yer almamakla beraber m.90'daki düzenleme nedeniyle mülkiyet hakkına sınırlama getirebilecek yasaların, Türkiye'nin taraf olduğu temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalara aykırı hükümler barındıramayacağı açıktır. Diğer taraftan Anayasa'da yer alan demokratik toplumun gereklerine ve Anayasa'nın sözüne ve ruhuna uygun olma, hakkın özüne dokunmama, laik cumhuriyetin gereklerine aykırı olamama hususları ise EP1-1'de yer almamaktadır.

## **II. AYM ve AİHM'in Mülkiyet Hakkı Şikayetlerini İnceleme Yöntemi**

### **A. Mülkiyet Hakkına Yönelik Müdahalenin Tespiti**

AİHM'e göre EP1-1'de mülkiyete ilişkin üç normatif kural bulunmaktadır. Bu üç kural vasıtasıyla AİHM mülkiyete yönelen müdahaleleri

sınıflandırmaktadır. Söz konusu kurallardan ilki herhangi bir müdahale olmaksızın mülkiyet hakkından yararlanılması, ikincisi mülkiyetten yoksun bırakılma, üçüncüsü ise mülkiyet hakkının kullanımının kontrol edilmesidir.<sup>73</sup> Bu noktada belirtmek gerekir ki AYM de Anayasa m.35'in normatif yapısını benzer şekilde yorumlamaktadır.<sup>74</sup> Buna göre ilk kural Anayasa m.35/1'de belirtilen mülkiyete saygı esası, ikinci kural Anayasa m.35/2'de ifade edilen mülkiyetten yoksun bırakma ve üçüncü kural ise Anayasa m.35/3'te yer alan ifade ile mülkiyetin kullanımının toplum yararına aykırı olamayacağıdır. Somut olaya bu kurallardan hangisinin tatbik edileceğinin belirlenmesi oldukça önemlidir. Öyle ki bu belirleme devletin yükümlülüklerinin tespiti bakımından önemli rol oynamaktadır.<sup>75</sup>

Aslına bakılırsa yoksun bırakma ve kontrol tipi müdahaleler arasında ekonomik kayıp meydana gelmesi bakımından bir fark bulunmamaktadır.<sup>76</sup> Keza ortada kontrol tipi bir müdahale varsa mülkiyet öznenin elinde kalmaktadır, ancak EP1-1 uyarınca korunan mülkiyet hakkı yine de zarar görmektedir.<sup>77</sup> Dolayısıyla bu iki tip müdahale arasında sadece derece farkı vardır. Burada söz konusu tespit devletin yükümlülükleri bakımından -özellikle de devletin tazminat ödeyip ödemeyeceğinin belirlenmesine ilişkin olarak- önem arz etmektedir.<sup>78</sup>

Öyle ki birinci ve ikinci kural yani mülkiyete saygı hakkına yönelik müdahaleler ile mülkiyetten yoksun bırakma tipi müdahalelerde tazminat gerekliliği neredeyse zorunlu bir koşuldur. Bununla birlikte üçüncü kuralı oluşturan mülkiyetin kullanımının kontrolü tipi müdahalelerde

\* Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku ABD,

<sup>47</sup> Nihat Bulut, Mülkiyet Konusundaki Temel Yaklaşımlar ve Türk Anayasasında Mülkiyet Hakkı, EÜHFD, C. X, S. 3-4, (2006), 15-22.

<sup>48</sup> Mehmet Ali Ağaoğulları, Levent Köker, İmparatorluktan Tanrı Devletine Siyasal Düşünceler, İmge Kitapevi, Ankara, 1991, s.77



tazminat yükümlülüğü aranmayabilmektedir. Zira bu tip müdahalelerde usuli güvencelere riayet edilmesi dahi müdahalenin mülkiyet hakkına uygunluğu sonucunu ortaya çıkarabilmektedir. Ayrıca belirtmek gerekir ki kamu makamlarının takdir marjı belirlenirken de hangi kuralın devrede olduğu önemlidir. Nitekim üçüncü kuralın devrede olduğu durumlarda takdir marjı diğer iki kurala oranla oldukça geniş değerlendirilmektedir.<sup>79</sup>

### **B. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadiğının Tespit Edilmesi**

Mülkiyete yönelik bir müdahale olması durumunda AİHM evvela bu müdahalenin EP1-1'in hangi kuralı kapsamında olduğunu belirlemektedir. Bunun ardından müdahalenin mülkiyet hakkını ihlal edip etmediğini üç aşamalı bir teste tabi tutarak ortaya koymaktadır. İlk aşamada müdahalenin kanunla/hukukla öngörülüp görülmediği, sonraki aşamada müdahalenin sınırlama ölçütlerine uygunluğu, yani kamu ya da toplum yararı amacı ile gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği, son olarak ise müdahalenin ölçülü olup olmadığını gözetmektedir.<sup>80</sup>

İlk aşamaya ilişkin olarak ifade etmek gerekir ki Anayasa'nın 35. ve 13. maddelerinde mülkiyet hakkına getirilecek sınırlamaların kanunla düzenlenmesi gerektiği açıkça yer almaktadır. Buna benzer bir düzenleme EP1-1'de de bulunmaktadır. Ancak yukarıda ifade ettiğimiz üzere mülkiyet hakkına yönelik sınırlamaların tüzük, yönetmelik gibi yürütme organı tasarrufları ile gerçekleştirilmesi bu zorunluluğa hanel getirmemektedir.<sup>81</sup> Hatta AİHM uyarınca ulusal hukukta bulunan yerleşik içtihatlar dahi bu

<sup>49</sup> Nihat Bulut, Feodaliteden Küreselleşmeye Ekonomik İktidar Siyasal İktidar İlişkisi, Seçkin, Ankara, 2003, s.80-82.

<sup>50</sup> Nihat Bulut, Mülkiyet Konusundaki Temel Yaklaşımlar, 15-22.

<sup>51</sup> Türkiye Cumhuriyeti Anayasası çalışmanın devamında Anayasa şeklinde kısaltılacaktır.

<sup>52</sup> Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi çalışmanın devamında AIHS şeklinde kısaltılacaktır

zorunluluk için yeterli görülmektedir.<sup>82</sup>

Eğer müdahale hukukilik/kanunilik testini geçer ise bu kez müdahalenin meşru amaç güdüp gütmeye sınırlama ölçütleriyle tespit edilmektedir. Bu ölçütler -yukarıda da ifade edildiği üzere- Anayasa'da kamu yararı ve toplum yararı kavramlarıyla EP1-1'de ise kamu yararı ve genel yarar kavramlarıyla belirtilmektedir. Dolayısıyla mülkiyet hakkına yönelik müdahalenin meşru olabilmesi için bu ölçütlere uygun olarak gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Lakin ne AİHM ne de AYM bu kavramları ayrıntılı bir şekilde açıklamıştır. Her iki mahkeme de genel olarak kamu yararı ile toplumun bütün üyelerinin çıkarının hedeflendiğini ifade etmektedir.<sup>83</sup>

AİHM'in müdahalenin mülkiyet hakkını ihlal edip etmediğine yönelik incelemesinin sonaşmasında ise ölçülülük ilkesi gözetilmektedir. Belirtmek gerekir ki bu ilke aslında EP1-1'de yer almamaktadır ve AİHM içtihadı ile getirilmiştir.<sup>84</sup> Diğer taraftan Anayasa m.13'te yer verilen ölçülülük ilkesi AYM uyarınca elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. Bu ilkelerden elverişlilik ile başvuru önlemin ulaşılması istenen amaç için elverişli olması, gereklilik ile önlemin amaç bakımından gerekli olması ve orantılılık ile önlemin amaç yönünden ölçülü olması zorunluluğu belirtilmektedir.<sup>85</sup> Dolayısıyla burada sınırlamayla ulaşılması istenen amaç ile bu amaç için kullanılan araç arasında makul bir orantı bulunmalıdır. Ancak AİHM bu konuda devletlerin takdir marjının oldukça geniş olduğunu kabul etmektedir. Bu bakımdan ölçülülük ilkesi bir bakıma

<sup>53</sup> Kateryna Nekit, Restrictions of Private Property Right In Terms Of The Covid-19 Pandemic: The Experience of the US, UK and Ukraine, The Age of Human Rights Journal, 16 (June 2021), s.264.

<sup>54</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi çalışmanın devamında AİHM şeklinde kısaltılacaktır

<sup>55</sup> AİHS'in Ek 1 No.lu Protokolü'nün 1. maddesi çalışmanın devamında EP1-1 şeklinde kısaltılacaktır.

mülkiyet hakkına yönelik müdahalelerde işlevsiz kalmaktadır.<sup>86</sup>

### **III. COVID-19 Kapsamında Alınan Müdahalelerin Değerlendirilmesi**

COVID-19 kapsamında alınan tedbirlerin mülkiyet hakkı yönünden bir ihlal oluşturup oluşturmadığını tespit etmek amacıyla evvela müdahalelerin mülkiyet hakkı kapsamında olduğu kabul edilen bir değere yönelik yönelmediği incelenmelidir. Söz gelimi bu noktada gerçekleştirilecek ilk tespit, alınan tedbirler nedeniyle yoksun kalınan gelecekteki gelir beklentisinin mülkiyet hakkı içinde değerlendirilip değerlendirilmeyeceğine yöneliktir. Bunun ardından müdahalenin hangi normatif kurala ilişkin olduğu saptanacaktır. Bu saptama müdahale sonucu ortaya bir tazmin yükümlülüğünün çıkıp çıkmayacağını belirlenmesi açısından önemlidir. Bu tayinin ardında da müdahale üç aşamalı bir teste tabi tutularak müdahalenin mülkiyet hakkını ihlal edip etmediği hususu tespit edilecektir.

Pandemi kapsamında alınan müdahalelerin hem Anayasa hem de EP1-1 kapsamında mülkiyet hakkını etkilediği açıktır. Keza yukarıda da ifade ettiğimiz üzere COVID-19 salgını sırasında mağaza ve restoran gibi işyerlerinin bir süreliğine hiç açılmadığı, bazı durumlarda ise tamamen kapanmayarak sadece dışarıya hizmet edecek şekilde açık tutulduğu görülmektedir. Buna göre salgın süresince mağaza, restoran ve eğlence mekanı benzeri işletmeler kapatılmış ya da faaliyetleri sınırlandırılmıştır. Bu tedbirler yalnızca işletmecileri değil aynı zamanda tedarik zincirindekileri de ekonomik açıdan oldukça olumsuz etkilemiştir. Bu bağlamda iş yapma olasılığının engellenmesiyle birlikte beklenen kar yönünden bir eksiklik meydana gelmiştir.

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere AYM ve AİHM uygulamasında gelecekteki gelir beklentisi mülkiyet hakkı içinde değerlendirilmektedir. Ancak bu değerlendirme için gelecekteki kazancın icra edilebilir talep niteliğinde olması gerekmektedir. Mülkiyet hakkına yönelik kısıtlamaların çoğu, COVID-19'un yayılmasını engellemek amacıyla, insan kalabalığını bertaraf etmeye yöneliktir. Bu bakımdan AYM ve AİHM tarafından yapılacak değerlendirmelerde bu hususlar dikkate alınarak korumaya değer bir meşru beklenti olup olmadığı takdir edilecektir. Zira alınan tedbirler esasen potansiyel müşterilerin faaliyetleri üzerindeki kontrollere ilişkindir. Bu kapsamda sadece mülk sahipleri değil, müşterilerinin de hareketleri kısıtlanmıştır. Dolayısıyla zorunlu kapanma döneminde mülkiyet hakkına yönelik sınırlamalar ile meşru gelir beklentisinin engellenip engellenmediği oldukça tartışmalıdır.<sup>87</sup>

Bu aşamanın ardından söz konusu tedbirlerin EP1-1'in hangi kuralının kapsamında olduğu belirlenmelidir. Bu tazminat yükümlülüğünün tespiti bakımından oldukça önemlidir. Bu noktada belirtmek gerekir ki, uygulamada tedbirlerin EP1-1'in hangi kuralının kapsamında olduğuna

<sup>56</sup> Anayasa Mahkemesi çalışmanın devamında AYM şeklinde kısaltılacaktır.

<sup>57</sup> Cemile Ünlü Başvurusu, Başvuru No. 2013/382, Karar Tarihi 16/04/2013, para. 25.

<sup>58</sup> Mahmut Duran ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No. 2014/11441, Karar Tarihi 1/2/2017, para. 60.

<sup>59</sup> H.Burak Gemalmaz, Mülkiyet Hakkı - Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi - 6, Avrupa Konseyi, 2018, s.34.

<sup>60</sup> Suat Şimşek, Mülkiyet Hakkının Kapsamı, Sınırlandırma Nedenleri ve Şartları Açısından 1982 Anayasası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi: Karşılaştırmalı Bir Analiz -II, TBB Dergisi 2011 (92), s.338-347.

<sup>61</sup> Gemalmaz, Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi, s.34.

<sup>62</sup> Kemal Yeler ve Ali Arslan Çelebi Başvurusu, Başvuru No. 2012/636, Karar Tarihi 15/4/2014, para. 36.

<sup>63</sup> Kopecky/Slovakya, Başvuru No 44912/98, Karar Tarihi 28/9/2004, para. 35.

<sup>64</sup> AİHM'e göre EP1-1 sadece kişinin mevcut malları üzerinde rol oynamaktadır. Dolayısıyla AİHS, kanuni miras hakkı veya ölüme bağlı tasarruf yoluyla mülkiyete olmayı güvence altına almamaktadır. Bu

dair bir değerlendirme yapılmış olsa bile, bu tür kayıplar nedeniyle devletin tazmin yükümlülüğünün olup olmadığının cevabının net olmadığı görülmektedir. Zira yukarıda da ifade ettiğimiz üzere birinci ve ikinci kurala yönelik müdahalelerde tazminat gerekliliği neredeyse zorunlu bir koşuldur. Ancak üçüncü kurala ilişkin müdahalelerde tazminat yükümlülüğü aranmayabilmektedir. Dolayısıyla değerlendirmenin ardından usuli güvenceler ve devlet tarafından sağlanan destekler tazminatın tespiti bakımından önem arz etmektedir.

Öte yandan COVID-19 kapsamında alınan tedbirlerin hangi müdahale tipine uyduğuna yönelik yapılacak değerlendirmede, önlemlerin belirli bir süre ile uygulandığı ve kimi durumlarda tamamen kapatılma yerine faaliyetlerin kısıtlandığı göz önünde bulundurulacaktır. Bu bakımdan söz konusu tedbirlerin mülkiyetin kullanımı üzerinde bir kontrol niteliği taşıdığı ve bu bakımdan üçüncü kural kapsamında yer aldığı görülmektedir. Lakin AİHM tarafından bu tedbirlerin olması gerektiğinden daha uzun bir süre boyunca devam ettiğinin tespit edilmesi durumunda,

---

bakımdan EP1-1 “mülkiyete hakkı” (right to property) değil, “mülkiyet hakkını” (right of property) korumaktadır. Özetle özneye mevcut mülkiyetini koruma hakkı vermektedir. Yani EP1-1 zaman bakımından geriye etkilidir. Öyleyse ileri dönük talepler, zaman bakımından kapsam dışında kalmaktadır. Bkz. H.Burak Gemalmaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmış Doktora Tezi, İstanbul, 2008, s.136-137.

<sup>65</sup> “Mülkiyet hakkı kişinin şahsında mündemiç olmayıp, Anayasa’nın 35. maddesi kapsamında hukuki korumadan istifade edilebilmesi açısından, öncelikle mülkiyet hakkının var olması aranır. Anayasa’nın 35. maddesi ile 1 No’lu Protokol’ün 1. maddesi mülk edinme talebini değil, kişinin var olan mülkiyet hakkını güvence altına almaktadır. Bu durum hakkın kazanılmış olması veya mevcut olması şeklinde de ifade edilebilir.” bkz. Zekiye Şanlı Başvurusu, Başvuru No. 2012/931, Karar tarihi 26/6/2014, para. 33.

<sup>66</sup> Gemalmaz, Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi, s.50-51.

müdahalelerin mülkün barışçıl bir şekilde kullanılmasına dair olduğunun değerlendirilmesi de mümkündür. Öte yandan bu tespitin ardından devlet tarafından verilen destekler ve usuli güvenceler ise tazminata ilişkin verilecek kararı etkileyecektir.

Nitekim üçüncü kural dahilinde olsa bile usuli güvencelerin ya da devlet tarafından verilen desteklerin yetersiz görülmesi durumunda tazminat yükümlülüğü gündeme getirilebilecektir. Burada kapatılmaların mülk sahiplerine aşırı bir yük getirip getirmediği, dolayısıyla tazminat ödenmesini gerektirip gerektirmeyeceği sorusu cevaplanmalıdır. Öyle ki ekonomik hayatın güncel gerekleri temel alındığında beklenen kazanç için yapılan yatırımlar bazı riskleri içermektedir. Bu risklerin gerçekleşmesi nedeniyle umduğu kazanç/gelire ulaşamayan başvurucunun kayıpları, AİHM tarafından meşru beklenti içinde görülmemektedir.<sup>68</sup> AİHM kararlarında yatırımcıların, ekonomik hayatın risklerini göğüslemek hususunda basiretli bir iş adamı gibi davranmak zorunda olduğunu belirtmektedir.<sup>69</sup> Ancak ortada pandemi gibi öngörülmesi mümkün olmayan bir durum bulunmaktadır. Bununla birlikte söz konusu tedbirler

<sup>67</sup> Selçuk Emiroğlu Başvurusu, Başvuru No. 2013/5660, Karar Tarihi 20/3/2014, para. 28.

<sup>68</sup> Kopecký/Slovakya, Başvuru No. 44/912/98, Karar Tarihi 28/9/2004, para. 45 - 52; Saghinadze ve Diğerleri / Gürcistan, Başvuru No. 18768/05, Karar Tarihi 27/5/2010, para. 103.

<sup>69</sup> Bu noktada belirtmek gerekir ki AİHM'e göre ulusal makamlar -toplumsal ihtiyaçlar hakkında doğrudan bilgi sahibi olduklarından- neyin "kamunun yararına" ilişkin olduğunu takdir etmede -ilke olarak- uluslararası yargıçlardan daha iyi bir konumdadır. Bu bakımdan AİHM içtihadı uyarınca ulusal makamlar kamu yararını tespit etme hususunda oldukça geniş bir takdir marjına sahiptir. Bkz. Monica Carss-Frisk, The right to property, A guide to the implementation of Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights, Human rights handbooks, No. 4, Germany, August 2003, s.27.

<sup>70</sup> Anayasa'nın 13. maddesi şu şekildedir: "Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."

<sup>71</sup> Şimşek, Analiz-II, s.338-347.

sadece belli bir kesime değil herkese yöneliktir. Dolayısıyla bu süreçten sadece başvuru sahipleri değil-potansiyel müşteriler de dahil olmak üzere herkes etkilenmiştir. AYM ve AİHM tüm bu koşulları göz önüne alarak bir değerlendirme yapacaktır.

Mülkiyet hakkına yönelik bir müdahalenin hangi kurala dahil olduğu tespit edildikten sonra ise söz konusu müdahalenin bir ihlal oluşturup oluşturmadığı üç aşamalı bir teste tabi tutularak belirlenecektir. Bu doğrultuda müdahale; ilk aşamada hukukilik/kanunilik, ikinci aşamada meşru amaç/kamu yararı ve son aşamada adil denge/ölçülülük testine tabi tutulacaktır. Bu minvalde ilk aşamada yapılacak incelemede -AYM ve AİHM içtihadında kanunilik ilkesinin geniş olarak yorumlandığı göz önüne alındığında- ilk testin koşullarını sağladığı görülmektedir. Öyle ki her iki mahkeme de bu aşamaya ilişkin olarak yürütme organı tasarruflarını dahi yeterli bulmaktadır. İkinci aşama için ise mülkiyet hakkına yönelik müdahalelerde meşru amaç gözetildiği açıktır, zira böyle bir salgına karşı alınan önlemlerde kamu yararı bulunduğu şüphe yoktur.

Son aşama ise ölçülülük ilkesine ilişkindir. Burada mülkiyet hakkı ile COVID-19 tedbirleriyle sağlanması amaçlanan kamu yararı arasında bir denge aranacaktır. Lakin yukarıda da ifade ettiğimiz üzere AİHM bu konuda devletlerin takdir marjının oldukça geniş olduğunu kabul etmektedir. Kontrol tipi müdahalelerde devlete geniş bir takdir marjı bırakılmış olsa da alınan tedbirlerin şekli ve kapatmaların süresi gibi hususlar her halükârda bu aşamada gündeme gelecektir. Dolayısıyla burada aslında kısıtlamalar nedeniyle mülk sahipleri üzerinde aşırı bir yük

<sup>72</sup> Gemalmaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı, s.423.

<sup>73</sup> Sporrang ve Lönnroth / Sweden, Başvuru No. 7151 / 75 ve 7152 / 75, Karar Tarihi 23/09/1982, para. 61.

doğup doğmadığı meselesi gündeme gelmektedir. Bu husus tazminat yükümlülüğünü belirlemek açısından da oldukça önemlidir.

Bu noktada ifade etmek gerekir ki dükkân ve restoranların kapatılmasının mülk sahiplerine aşırı yük getirip getirmediği hususu tartışmalıdır. Zira kontrol tipi müdahale mülkiyetten yoksun bırakmaya nazaran daha hafif derecede bir önlemdir. Nitekim mülkiyet hakkında daha az zarara yol açmaktadır. Uygulamada bu tip durumlarda çoğunlukla tazminat gündeme gelmemektedir. Hatta ilk iki kurala ilişkin müdahalelerde dahi -gözetilen meşru amaç önemli ölçüdeki bir toplumsal faydaya ilişkin ise- tazminat karşı edimi zorunlu görülmeyebilmektedir. Tabi tüm bu durumlarda başta usuli olmak üzere çeşitli güvencelerin varlığı aranmaktadır.<sup>90</sup>

## Sonuç Yerine

Kanımızca COVID-19 kapsamında işyerlerinin belirli bir süreliğine kapatılması ve hizmetlerinin kısıtlanmasına yönelik ve mülkiyet hakkına ilişkin tedbirlere karşı AYM ve AİHM nezdinden görülecek davalarda ihlal kararı çıkması mümkün görülmemektedir. Kontrol tipi müdahalelerde mevcut usuli güvenceler ve devlet tarafından -özellikle küçük ve orta ölçekli işletmeler için- kredi gibi bir dizi geçici önlemi içeren destek paketlerinin sağlanması gibi hususlar tazminat taleplerini kabul edilmesini güçleştirmektedir. Diğer yandan kapatılan yerlerin pandemi süresince

<sup>74</sup> Mehmet Akdoğan ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No. 2013/817, Karar Tarihi 19/12/2013, para. 29-30.

<sup>75</sup> Gemalmaz, Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi, s.99-100.

<sup>76</sup> Gemalmaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı, s.428.

<sup>77</sup> Laurent Sermet, The European Convention on Human Rights and Property Rights, Human Rights Files, No. 11 rev., Council of Europe Publishing, 1999, s.23.

<sup>78</sup> Gemalmaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı, s.428.



hizmet vermeye devam etmesinde makul bir beklentinin var olmadığının değerlendirilmesi olasıdır. Bununla birlikte artık kullanılmayacak durumda olan ürün stoklarının kaybı için ise tazminat kararı çıkması daha olasıdır. Ancak yine de belirtmek gerekir ki -yukarıda da değindiğimiz üzere- yapılacak incelemede müdahalenin güttüğü amaç yönünden ölçülü olmadığı ya da devlet tarafından sağlanan desteklerin yetersiz olduğu kanısına varılırsa her koşulda devletin tazminat yükümlülüğü gündeme gelebilecektir.

#### **KAYNAKÇA**

Ağaoğulları, Mehmet Ali; Köker, Levent, İmparatorluktan Tanrı Devletine Siyasal Düşünceler, İmge Kitapevi, Ankara, 1991.

Bulut, Nihat, Feodaliteden Küreselleşmeye Ekonomik İktidar Siyasal İktidar İlişkisi, Seçkin, Ankara, 2003.

Bulut, Nihat, Mülkiyet Konusundaki Temel Yaklaşımlar ve Türk Anayasasında Mülkiyet Hakkı, EÜHFD, C. X, S. 3-4, (2006), s.15-26.

Carss-Frisk, Monica, The right to property, A guide to the implementation of Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights, Human rights handbooks, No. 4, Germany, August 2003.

Etgü, Mehmet Akif, Kamu Hukukunda Mülkiyet Hakkı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Mülkiyet Hakkına Bakışı, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, Erzurum, 2009.

Gemalmaz, Burak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmış Doktora Tezi, İstanbul, 2008.

Gemalmaz, H.Burak, Mülkiyet Hakkı-Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi - 6, Avrupa Konseyi, 2018.

Jeremy McBride, COVID-19 and The European Convention On Human Rights,

<sup>79</sup> Gemalmaz, Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi, s.101.

<sup>80</sup> Gemalmaz, Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi, s.5-6.

<https://www.echrblog.com/2020/03/an-analysis-of-covid-19-responses-and.html>, E.T.: 20.04. 2022.

Nekit, Kateryna, Restrictions of Private Property Right In Terms Of The Covid-19 Pandemic: The Experience of the US, UK and Ukraine, *The Age of Human Rights Journal*, 16 (June 2021), s. 263-277.

Sermet, Laurent, *The European Convention on Human Rights and Property Rights*, Human Rights Files, No. 11 rev., Council of Europe Publishing, 1999, s.23.

Şimşek, Suat, Mülkiyet Hakkının Kapsamı, Sınırlandırma Nedenleri ve Şartları Açısından 1982 Anayasası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi: Karşılaştırmalı Bir Analiz -I, *TBB Dergisi* 2011 (91), s.181-228.

Şimşek, Suat, Mülkiyet Hakkının Kapsamı, Sınırlandırma Nedenleri ve Şartları Açısından 1982 Anayasası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi: Karşılaştırmalı Bir Analiz -II, *TBB Dergisi* 2011 (92), s.312-349.

## **KARARLAR**

AYM, E.2014/171, K.2015/41, T.22/04/2015.

Cemile Ünlü Başvurusu, Başvuru No. 2013/382, Karar Tarihi 16/04/2013, para. 25.

Kemal Yeler ve Ali Arslan Çelebi Başvurusu, Başvuru No. 2012/636, Karar Tarihi 15/4/2014, para. 36.

Kopecký/Slovakya, Başvuru No. 44/912/98, Karar Tarihi 28/9/2004, para. 45-52.

J. A. Pye (Oxford) LTD ve J.A. Pye (Oxford) Land LTD/The United Kingdom, Başvuru No.44302/02, Karar Tarihi 30/08/2007, para.80-82.

Mahmut Duran ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No. 2014/11441, Karar Tarihi 1/2/2017, para. 60.

Mehmet Akdoğan ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No. 2013/817, Karar Tarihi 19/12/2013, para. 29-30.

---

<sup>81</sup> Suat Şimşek, Mülkiyet Hakkının Kapsamı, Sınırlandırma Nedenleri ve Şartları Açısından 1982 Anayasası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi: Karşılaştırmalı Bir Analiz -I, *TBB Dergisi* 2011 (91), s.204.

<sup>82</sup> Vilho Eskelinen ve diğerleri/Finlandiya, Başvuru. No.63235/00, Karar Tarihi 19/04/2007, para.94.

<sup>83</sup> Gemalmaz, Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi, s.133.

<sup>84</sup> Mehmet Akif Etgü, *Kamu Hukukunda Mülkiyet Hakkı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Mülkiyet Hakkına Bakışı*, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, Erzurum, 2009, s.197

Saghinadze ve Diğerleri/Gürcistan, Başvuru No. 18768/05, Karar Tarihi 27/5/2010, para. 103.

Selçuk Emiroğlu Başvurusu, Başvuru No. 2013/5660, Karar Tarihi 20/3/2014, para. 28.

Sporrong ve Lönnroth/Sweden, Başvuru No. 7151/75 ve 7152/75, Karar Tarihi 23/09/1982, para. 61.

Vilho Eskelinen ve diğerleri/Finland, Başvuru. No.63235/00, Karar Tarihi 19/04/2007, para.94.

Zekiye Şanlı Başvurusu, Başvuru No. 2012/931, Karar tarihi 26/6/2014, para. 33.

---

<sup>85</sup> AYM, E.2014/171, K.2015/41, T.22/04/2015.

<sup>86</sup> Gemalmaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı, s.481.

## **MÜLKİYET HAKKI BAKIMINDAN GAYRİMÜSLİM CEMAAT VAKIFLARI: 2013'TEN BUGÜNE ANAYASA MAHKEMESİ'NİN VERDİĞİ KARARLARIN İNCELENMESİ**

Dr. Öğr. Üyesi Seda DUNBAY\*

Osmanlı İmparatorluğu döneminde kurulmuş gayrimüslim cemaat vakıfları Türkiye Cumhuriyeti kurulduktan sonra da varlıklarını devam ettirmişlerdir. Nitekim, Lozan Barış Antlaşması'nda belirtildiği üzere gayrimüslim azınlığa mensup Türk tebaası, diğer Türk tebaaya uygulanan aynı muamele ve teminattan faydalanırlar.<sup>91</sup> Masrafları kendilerine ait olarak her türlü dini, hayri ve sosyal kurumları, her türlü okul ve diğer eğitim ve öğretim kurumlarını kurmak, idare ve kontrol ve buralarda kendi dillerini kullanıp dini ayinlerini özgürce yerine getirmek bakımından eşit hakka sahiplerdir.<sup>92</sup>

Gayrimüslim cemaat vakıflarının mülkiyet haklarına ilişkin sorunların temelinde Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 1974 yılında ortaya koyduğu yaklaşım bulunmaktadır. Nitekim, söz konusu vakıflar tarafından 1936 yılında verilen beyannamelerin vakıf senedi olarak kabul edilmelerini izleyen süreç yeni taşınmaz edinmelerinin önünde bir engel oluşturmuştur. 2000'li yıllarında başında gerçekleştirilen değişiklikler vasıtasıyla durumun iyileştirilmesi yönünde adımlar atılmıştır. Yine bu bağlamda 5737 sayılı yeni Vakıflar Kanunu'nun da yürürlüğe girmesi de gayrimüslim cemaat vakıflarının mülkiyet hakkına ilişkin sorunlarının giderilmesi bakımından atılmış önemli adımlar arasındadır. Bir diğer önemli gelişme de 2010 senesinde Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunulabilme yolunun açılmış olmasıdır. Bu doğrultuda odağımız 2013 yılından bugüne

mülkiyet haklarının ihlal edildiği iddiaları ile altı gayrimüslim cemaat vakfının gerçekleştirdiği başvurular nedeniyle Anayasa Mahkemesi tarafından verilmiş kararlardır.

Öncelikle, kronolojik olarak söz konusu vakıfların yeni taşınmaz edinimleri bakımından uzun yıllar süren sorunların sebepleri üzerinde durulacaktır. Buna paralel olarak, sorunların çözümü için ortaya konulmuş olan hukuki formüllere değinilecektir. (I) Düünden bugüne atılan hukuki adımlar ve yaklaşım değışiklikleri hatırlatıldıktan sonra Anayasa Mahkemesi'nin karara bağladığı Mardin Süryani Katolik Kilisesi Vakfı, Boyacıköy Panayia Evangelistra Kilisesi ve Mektebi Vakfı, Kumkapı Surp Harutyun Ermeni Kilisesi ve Mektebi Vakfı, Surp Haç Tibrevank Ermeni Lisesi Vakfı ve Kartal Surp Nişan Ermeni Kilisesi Mektebi Vakfı tarafından yapılan başvurular ele alınacaktır. (II)

#### **I- GAYRİMÜSLİM CEMAAT VAKIFLARININ TAŞINMAZ MAL EDİNİMİ SORUNUNUN ORTAYA ÇIKIŞI VE ÇÖZÜMÜ İÇİN ATILAN ADIMLAR**

Cumhuriyetin ilanıyla beraber gerçekleştirilen hukuk devriminin söz konusu tüzel kişiler bakımından getirdiği düzenlemelere değinmeden önce, 1912 yılında yürürlüğe girmiş olan “Eşhas-ı Hükmiyenin Emvali Gayrimenkuleye Tasarruflarına Mahsus Kanun-u Muvakkat” ı hatırlamakta fayda vardır. Zira geç Osmanlı döneminin ürünü olan bahsi geçen kanun tüzel kişiler için bir nevi dönüm noktası olarak kabul edilebilir. Bunun esas sebebi, tüzel kişilerin taşınmaz mal sahibi olmalarının yolunun açılmış olmasına dayanmaktadır.<sup>93</sup> Böylelikle, tüzel kişilerin üzerinde

<sup>87</sup> Jeremy McBride, COVID-19 and The European Convention On Human Rights, <https://www.echrblog.com/2020/03/an-analysis-of-covid-19-responses-and.html>, E.T.: 20.04.2022

tasarruf edebildikleri taşınmazlara ilişkin tescil işlemini üçüncü kişiler adına gerçekleştirmelerine gerek kalmamıştır. Hatta başkaları adına tescil edilmiş olan taşınmazlarını kendi adlarına tescil ettirmeleri de mümkün hale getirilmiştir.<sup>94</sup>

Türkiye Cumhuriyeti'nde, kurulacak yeni vakıfların 1926 tarihinde yürürlüğe girmiş olan 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'ne tabi olması kuralı getirilmiştir.<sup>95</sup> Bununla birlikte, söz konusu kanunun yürürlüğe girmesinden önceki dönemden yadigâr kalan vakıflara ilişkin uygulamaya yönelik bir başka kanun hazırlanmıştır.<sup>96</sup> Bahsi geçen kanun, 2762 sayılı Vakıflar Kanunu'dur. Nitekim bu kanun, cemaatlere ait vakıfların kendileri tarafından seçilmiş olan kişi yahut kurullar tarafından yönetileceğini herhangi bir şüpheye yer bırakmaksızın belirtmiştir.<sup>97</sup> Yine bu doğrultuda, söz konusu vakıfların ibraz ettikleri ilgili belgelerden anlaşılan tasarruflarına tabi taşınmazların da vakıf kütüğüne kaydolunacağı ve ilgili sürecin tamamlanmasının ardından da tapuda tescil edilecekleri ifade edilmiştir. Bunların yanı sıra vakıfların yönetimini üstlenmiş kişi veya kurullar tarafından vakıfların sahip oldukları mallara, buldukları yerlere ve elde ettikleri gelirlere ilişkin bir beyanname verilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Uygulamada uzun yıllar etkisini hissettirecek olan adı geçen beyanname kısaca "1936 Beyannamesi" olarak bilinmektedir. Bahsi geçen beyannamenin bu denli bilinir olmasının temel nedenlerinden ilki 1974 senesinde Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından ilgili vakıfların sunmuş oldukları beyannamelerin vakıf senedi olarak kabul edilmesinden ileri gelmektedir.<sup>98</sup>

<sup>94</sup> Gemalmaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı, s.156.

<sup>95</sup> J. A. Pye (Oxford) LTD ve J.A. Pye (Oxford) Land LTD/The United Kingdom, Başvuru No.44302/02, Karar Tarihi 30/08/2007, para.80-82.

Diğeri ise yine aynı kararda izah edildiği üzere, vakıf senedi olarak kabul edilmesi öngörölmüş beyannamelerinde mal yahut bağış kabul edebileceklerine ilişkin açık bir ifade yer almaması halinde yeni taşınmaz kazanımının mümkün olamayacağına ilişkin ifadedir. Yargıtay tarafından verilmiş olan ilgili karara bağlı olarak oluşan içtihadın etkisi uzun yıllar gerek ulusal gerek uluslararası bağlamda hissedilmiştir. Nitekim, söz konusu içtihatla bağlı olarak, cemaat vakıflarına ilişkin hükme bağlanan ulusal yargı kararları uzun süre Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde Türkiye Cumhuriyeti aleyhine başvurularda bulunulması sonucunu doğurmuştur. Yargıtay kararı üzerine oluşan söz konusu içtihat. Özetle, ilgili yüksek mahkemenin verdiği karar doğrultusunda cemaat vakıflarının yeni taşınmaz edinebilmelerine ilişkin iç hukukta zaten yoğun tartışmalara neden olmuş olan husus ülke sınırlarını aşarak uluslararası yargının önüne de gelmiştir.

Nitekim Fener Rum Erkek Lisesi Vakfı tarafından Türkiye'ye karşı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde açılan 34478/97 sayılı dava 9 Ocak 2007 tarihinde karara bağlanmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne ek olan 1 numaralı Protokol'ün 1. maddesinin ihlal edildiğine ve başvuru vakfa, Türkiye tarafından 890000 Euro tazminat ödenmesine hükmetmiştir.<sup>99</sup> Bir diğeri de Yedikule Surp Pırgiç Ermeni Hastanesi Vakfı tarafından 24 Temmuz 2002 tarihinde açılan ve başvuru numarası 36165/02 olan davadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne ek 1 numaralı Protokol'ün 1. maddesinin ihlal edildiğine ve her türlü vergiden muaf tutularak Türkiye'nin başvurana 275.000 Euro maddi tazminat ödemesine ilişkin

bir karar verilmiştir.<sup>100</sup>

2762 sayılı Vakıflar Kanunu'na, "Uyum Paketleri" çerçevesinde 3.08.2002 ve 2.01.2003 tarihli 4771 ve 4778 sayılı "Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun" ile getirilen değişiklikler bu sürecin yansımalarıdır.<sup>101</sup> Daha açık bir ifadeyle yerleşik uygulamanın aksine cemaat vakıflarının yeni taşınmazlar edinip bunlar üzerinde tasarruf edebilmelerinin yolu açılmıştır.<sup>102</sup> Öte yandan, söz konusu vakıfların belgelemeleri ve başvuruları halinde tasarrufları altındaki taşınmazlarını kendi adlarına tescil ettirebilmeleri de mümkün kılınmıştır.<sup>103</sup>

Şubat 2008'de yürürlüğe giren 5737 sayılı yeni Vakıflar Kanunu ile bir adım daha ileri gidilmiştir. Bu bağlamda, "1936 Beyannamesi" ve cemaat vakfı kavramı açık bir biçimde tanımlanmıştır. Ayrıca 1936 Beyannamelerinde yer verilmiş ve ilgili cemaat vakıflarının tasarruflarında olmakla birlikte, nam-ı müstear yahut mevhumlar adına kayıtlı taşınmazların, başvurulması ve Vakıflar Meclisi'nin olumlu yönde karar vermesi halinde vakıf adına tescil edileceği belirtilmiştir.<sup>104</sup> Keza 1936 Beyannamelerinin verilmesinden sonraki dönemde satın alma, vasiyet yahut bağış söz konusu olduğu halde ilgili cemaat vakıflarının adlarına tapuda kayıtlı olmayan taşınmazların da aynı usul takip edilerek tescili mümkün kılınmıştır.<sup>105</sup> Bununla da yetinilmeyip 2011 yılında eklenen yeni bir geçici madde ile cemaat vakıflarının 1936 Beyannamelerinde kayıtlı olmakla birlikte gerek malik hanesi açık olan gerek farklı kurumlar adına tescil edilmiş olan taşınmaz, kabristan ve çeşmelerinin başvuru yapılması üzerine Vakıflar Meclisi'nin alacağı olumlu yönde bir karar ile ilgili vakıfların adına tescil edilebilmesi olanaklı hale gelmiştir.<sup>106</sup> Cemaat vakfı lehine bir bağış ve vasiyet olmakla

<sup>90</sup> Gemalmaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı, s.428.



birlikte kendi adlarına tapuda kaydedilememiş taşınmazlar için de rayiç bedel üzerinden tazminat ödeneceği vurgulanmıştır.<sup>107</sup>

Bu noktada belirtilmesi gereken bir diğer husus da 5982 sayılı kanun ile 2010 senesinde Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yapılması yolunun açılmış olmasıdır.<sup>108</sup> Daha açık bir anlatımla bireysel başvuru yolu, temel hak ve özgürlüklere ilişkin ihlal iddiaları bakımından başvurulabilecek iç hukuk yolları arasında yerini bulmuştur.

## **II- GAYRİMÜSLİM CEMAAT VAKIFLARININ MÜLKİYET HAKKI İHLALİ İDDİALARI VE ANAYASA MAHKEMESİ'NİN YAKLAŞIMI**

Bu aşamaya kadar, cemaat vakıflarının yeni taşınmaz edinimlerine ilişkin dünden bugüne ulusal hukukumuzda geliştirilmiş yaklaşımların genel ve kısa bir panoramasını çizmiş olduk. Böyle bir hatırlatmanın ardından yukarıda isimlerini paylaştığımız başvuruçuların iddialarına yönelik Anayasa Mahkemesi'nin ne yönde karar vermiş olduğunu ele almak gerekmektedir. Kararlar en yakın tarihli olanından başlayarak sırasıyla inceleneceğinden öncelikle Kartal Surp Nişan Ermeni Kilisesi Mektebi Vakfı, son olarak da Mardin Süryani Kilisesi Vakfı tarafından yapılan başvuruları değerlendirmek yerinde olacaktır.

### **1- Kartal Surp Nişan Ermeni Kilisesi Mektebi Vakfı Başvurusu**

Kartal Surp Nişan Ermeni Kilisesi Mektebi Vakfı'nın bireysel başvuru yoluna gitmesi kendisine ait olan bir kısım taşınmazların 1995 yılında belediye tarafından kamulaştırılmasına dayanmaktadır.<sup>109</sup> Kamulaştırma bedeline ilişkin tarafların imzaladığı sözleşmenin haricinde bir başka ek sözleşme ile belediye, başvuruçuyu vakıf lehine dokuz kalemde sayılan işlerin yapımını da üstlenmiştir.<sup>110</sup> Kamulaştırmaya konu olmuş taşınmazlar

da başvuru vakıf gibi İstanbul'da bulunmaktadır. Kamulaştırmanın gerçekleştirilmesini takip eden iki yılın ardından Kültür ve Tabiat Varlıkları Koruma Bölge Müdürlüğü tarafından ilgili taşınmazları da etkiler nitelikte bir kentsel sit alanı ilan etme kararı alınmıştır. Bu doğrultuda, söz konusu sit alanına dahil olan alanlar yer alan taşınmazların üzerinde inşa edilmiş olan yapıların da kültür varlığı namıyla tescilleri gündeme gelmiştir.<sup>111</sup>

Söz konusu kamulaştırmanın üzerinden on bir yıl geçtikten sonra ilgili belediye, kamulaştırmaya konu olmuş taşınmazların maliki olan gayrimüslim cemaat vakfının tapuda tescil işlemini gerçekleştirmemesi sebebiyle dava açmıştır. Dava, belediye lehine sonuçlanmıştır.<sup>112</sup> Belediye lehine yapılan tescil işleminin üzerinde dört yıl geçmesinin ardından vakıf, taşınmazların özellikli durumuna işaret edip belediyeye dilekçe sunarak hem iadeleri hem de kamulaştırmadan dönülmesini istemiştir. 2012 senesindeki ilk dilekçesini takip eden iki yılın ardından belediyeye aynı taleplerle yeniden başvurulmuştur.<sup>113</sup> Netice itibarıyla, taleplerin reddedilmesinin üzerine, Kartal Surp Nişan Ermeni Kilisesi Vakfı 2015 senesinde tapu iptali ve tescil davası açmıştır. Ancak, hak düşürücü süreye sadık kalınarak açılmadığı öne sürülerek reddedilmiştir. Ret kararının peşi sıra temyiz yoluna gidilmiş ve fakat Yargıtay ilgili hukuk dairesi, ilk derece mahkemesinin verdiği kararı onamıştır. Karar düzeltme isteminden de lehine bir sonuç alınamaması üzerine 2019 senesinde bireysel başvuruda bulunarak olay Anayasa Mahkemesi'nin önüne taşınmıştır.<sup>114</sup>

Başvuru vakfın ileri sürdüğü iddiaya yönelik Anayasa Mahkemesi'nin değerlendirilmesi incelendiğinde dikkati çeken ilk husus hukuki nitelendirmenin yeniden yapılmış olmasıdır. Daha açık bir ifadeyle, başvuru odak noktası başvurusunda da belirttiği üzere

kamulaştırılan taşınmazlardan, işlemin yapıldığı esnada ortaya konulmuş asıl amaca uygun olarak istifade edilmiyor olunmasıdır. Bu doğrultuda da taşınmazların iadesi istenmektedir. Oysa Anayasa Mahkemesi daha önceki bir başka kararında da kesin bir şekilde ifade etmiş olduğu gibi “olayların başvuru tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp, olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder”.<sup>115</sup> Bu nedenle başvuru vakfın ortaya koyduğu iddiasını Türkiye Cumhuriyeti 1982 Anayasası’nın 35. maddesinde düzenlenen “mülkiyet hakkı” bağlamında değerlendirip neticelendirmeyi tercih etmiştir.<sup>116</sup>

Anayasa Mahkemesi, esasa girmeden önce başvurunun kabul edilebilir olup olmadığı yönündeki iradesini ortaya koymuştur. Bu doğrultuda gerek Anayasa’da gerek kendisinin kuruluş ve yargılama usullerini düzenleyen kanunda yer alan temel ilkeyi dikkate almıştır. Bilindiği üzere, Anayasa’nın, Anayasa Mahkemesi’nin görev ve yetkilerini düzenleyen 148. maddesine 2010 senesinde eklenmiş olan yeni bir fıkra ile bireysel başvuruda bulunabilmesi için olağan kanun yollarının tüketilmiş olmasının gerekli olduğunu ortaya konmuştur.<sup>117</sup> Yine bu doğrultuda hatırlanması kaçınılmaz olan bir diğer hüküm ise, Anayasa Mahkemesi’nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’da yer almaktadır. İlgili kanunun bireysel başvuru hakkını düzenleyen 45. maddesinde düzenlendiği üzere bu hakkın işletilmesi yoluna gidilmeden önce “kanunda öngörülmüş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının tüketilmesi” şarttır.<sup>118</sup> Aslında, bahsi geçen kanunda işaret ettiğimiz hüküm Anayasa’ya eklenen ilgili fıkranın daha açık bir şekilde ifade bulmuş halidir. Yapılan inceleme neticesinde tüm yolların tüketildiğine kanısına varılmıştır. Böylelikle başvurunun esasına girilmesinin yolu açılmıştır. Esasa ilişkin belirtilen öncelikli husus,

başvuruya konu olan kamulaştırılan taşınmazın Anayasa'nın "mülkiyet hakkı"na dair maddesinin kapsamına dahil oluşudur.<sup>119</sup>

Bu ilk tespitin ardından başvuru vakfın başvurusunda öne sürdüğü "kamulaştırma amacı doğrultusunda kullanılmama" iddiasının mülkiyet hakkına bir müdahale niteliği teşkil edip etmediği değerlendirilmiştir. Kamulaştırılmış taşınmazın belirtilen amaca yönelik kullanılmaması "mülkiyetten yoksun bırakma sonucu" doğuran bir eylem olarak nitelendirilmiştir. Yani ortada bir müdahale olduğu netliğe kavuşturulmuştur. Yine bu doğrultuda söz konusu müdahalenin, mülkiyet hakkının ihlal edildiği yönünde bir tespitte bulunabilmek için kanunilik, amacın meşruluğu ve ölçülülük kriterleri bakımından inceleme yapılmıştır. Sonuç olarak, başvuruya konu kamulaştırılmış taşınmazların hem kamulaştırma amacına yönelik kullanılmadığı hem kamu yararını sağlamayı hedef alan bir başka gayeye tahsis edilmediği ifade edilmiştir. Böylelikle, başvuru vakfın Anayasa tarafından teminat altına alınan mülkiyet hakkına yönelik belediye tarafından bir ihlalin gerçekleştirildiği yönünde karar verilmiştir.<sup>120</sup>

## 2- Surp Haç Tibrevank Ermeni Lisesi Vakfı Başvurusu

Surp Haç Tibrevank Ermeni Lisesi Vakfı da İstanbul'da bulunan bir gayrimüslim cemaat vakfidir. Başvurunun konusu bir önceki vakadan farklı olarak miras vasıtasıyla kalan taşınmazlara ilişkindir. Murisin bıraktığı vasiyetname nedeniyle başvuru vakfa geçmesi gereken taşınmazların,

\* Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Bölümü Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

<sup>91</sup> <https://ttk.gov.tr/wp-content/uploads/2016/11/3-Lozan13-357.pdf>, (erişim tarihi: 20.04.2022).  
Lozan Barış Antlaşması'nın 40. maddesi.

<sup>92</sup> Ibid.

Hazine lehine tescil işleminin yapılması sorunun temelini oluşturmaktadır. İlgili taşınmazların iade edilmesi için başlatılmış olan hukuki süreçte talep edilen tazminata ilişkin davanın kısmi olarak reddedilmesi nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddia edilmiştir.<sup>121</sup>

Söz konusu taşınmazın ilgili vakfa vasiyet edilmesi, noter aracılığı ile 1960 senesinde hazırlanan bir vasiyetname ile gerçekleştirilmiştir.<sup>122</sup> Vasiyet edenin sekiz sene sonra hayattan ayrılmasını takip eden süreçte vasiyet edilen taşınmazın vasiyetname doğrultusunda yerine getirilmesine karar verilmiştir. Ancak anılan bu yargı kararı 1984 yılında iptal edilerek yeniden murisin terekesine dahil edilmiştir. Daha sonra ise vasiyet edilen taşınmazların Hazine'ye tescil edilmesi söz konusu olmuştur.<sup>123</sup>

Bireysel başvuru ise 2017 senesinde yapılmıştır. Ancak, Anayasa Mahkemesi tarafından da belirtildiği üzere, başvuru vakıf ve söz konusu taşınmazlar arasındaki bağ çok daha öncesinde kesilmiştir. Daha açık bir anlatımla, bireysel başvuruların incelenmeye başlandığı sene olan 2012 ile bahsi geçen hukuki bağın kesilişi arasında yirmi iki sene gibi uzun bir süre bulunmaktadır. Bu durum da söz konusu olaya ilişkin olarak Anayasa Mahkemesi'nin zaman bakımından yetkisiz olması sonucunu doğurmuştur. Zira Mahkeme'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanun uyarınca "23 Eylül 2012 tarihinden sonra kesinleşen nihai işlem ve kararlar aleyhine bireysel başvurular incelenebilir"<sup>124</sup> nitelikte kabul edilmektedir. Böyle olmakla birlikte zaman bakımından herhangi bir yetkisizlik durumu söz konusu olmaması kaydıyla kamu makamları tarafından gerçekleştirilmiş bir müdahale olması halinde esasa girilerek

karar verilmesinin göz ardı edilmeyeceği belirtilmiştir.<sup>125</sup> Keza aynı şekilde, tazminatı gündeme getirecek bir durumun varlığı da unutulmaksızın gerekli değerlendirmenin yapılacağı ifade edilmiştir.<sup>126</sup>

İnceleme neticesinde, başvuru vakfın mülkiyet hakkı kapsamında teminat altında bulunan bir taşınmazının bulunduğunu ispat edemediği tespiti yapılmıştır.<sup>127</sup> Bunun yanı sıra taşınmazın maliki olması yönünde bir hukuken temellendirebildiği meşru nitelikte bir beklentisinin de bulunmadığı ortaya konulmuştur.<sup>128</sup> Busebeplerden ötürü başvurunun konu bakımından yetkisizlik durumu söz konusu olduğundan kabul edilemez nitelikte olduğu kararına varılmıştır.<sup>129</sup> Zira, Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanun'nda belirtildiği üzere, bireysel başvuruda bulunabilmek için "Anayasa tarafından güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiası"nın bulunması gerekmektedir.<sup>130</sup>

### **3- Kumkapı Surp Harutyun Ermeni Kilisesi ve Mektebi Vakfı Başvurusu**

Kumkapı Surp Harutyun Ermeni Kilisesi ve Mektebi Vakfı başvurusu 2016 yılında yapılmış ve 2019'da karara bağlanmıştır. Daha önce incelenen vakaların başvuru sahipleri gibi söz konusu vakıf da bir gayrimüslim cemaat

<sup>123</sup> <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr /BB /2015 /17576>, "Boyacıköy Panayia Evangelistra Kilisesi ve Mektebi Vakfı Başvurusu", (erişim tarihi: 05.06.2022).

<sup>124</sup> Ibid.

<sup>125</sup> [https://www5.tbmm.gov.tr /tutanaklar /KANUNLAR\\_KARARLAR /kanuntbmmc004 / kanuntbmmc004/ kanuntbmmc00400864.pdf](https://www5.tbmm.gov.tr /tutanaklar /KANUNLAR_KARARLAR /kanuntbmmc004 / kanuntbmmc004/ kanuntbmmc00400864.pdf), (erişim tarihi: 05.06.2022)

<sup>126</sup> Ibid.

<sup>127</sup> <https://cdn.vgm.gov.tr/mevzuat/2762-sayili-vakiflar-kanunu-mulga.pdf>, (erişim tarihi: 05.06.2022).

vakfidir.<sup>131</sup> Söz konusu başvurunun bizi ilgilendiren kısmı başvuru vakfın, sahibi olduğu taşınmaz malların tapuda tescil işlemlerinin gerçekleştirilmemiş olmasından ötürü mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasıdır.<sup>132</sup> Bahsi geçen taşınmazların 1936 yılında ibraz edilen beyannamede sayılan mallar arasında bulunduğu belirtilmiştir. Nitekim, ilgili vakıf bu doğrultudaki taleplerini Vakıflar Bölge Müdürlüğü'ne de taşımıştır. Fakat, tescile ilişkin taleplerin “eksik belge” bulunması sebebiyle reddedilmesinin Anayasa’da güvence altına alınan mülkiyet hakkının ihlali niteliğinde olduğu ileri sürülmüştür.<sup>133</sup>

Başvuru, Anayasa Mahkemesi'nin önüne geldiğinde her durumda olduğu gibi öncelikle kabul edilebilirlik koşullarını taşıyıp taşımadığı bakımından bir değerlendirme yapılmıştır. Bu bağlamda başvurunun, temel koşul olarak kabul edilen ve gerek Anayasa’da gerek Mahkeme'nin kuruluşu ve yargılama usullerine ilişkin kanunda açık bir şekilde yer verilmiş olan “olağan kanun yollarının tüketilmesi” koşuluna uygunluğu ele alınmıştır.<sup>134</sup> Olayın seyrine bakıldığında, iade talebiyle Vakıflar Bölge Müdürlüğü'ne yapılmış başvurunun konusunu teşkil eden üç taşınmazdan biri bakımından kabul ile sonuçlandığı görülmektedir. Bununla birlikte aynı talep içerisinde yer bulan diğer taşınmazlar için iade sürecinin başlatılabilmesine engel oluşturan eksik belgelerin varlığı söz konusudur. Nitekim, söz konusu belgelerin ibraz edilebilmesini sağlamaya yönelik süre uzatımı imkanı sağlanmıştır. Ancak başvuru vakıf tarafından istenilen belgelerin ibrazı gerçekleştirilmemiştir.<sup>135</sup> Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün kararına karşı açılan davalardan da vakfın lehine bir sonuca varılamamıştır. Nitekim, ilgili

<sup>98</sup> <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2015/17576>, “Boyacıköy Panayia Evangelistra Kilisesi ve Mektebi Vakfı Başvurusu”, (erişim tarihi: 05.06.2022).

taşınmazlara yönelik Vakıflar Kanunu'nda öngörülen bilgi ve belgelerin bulunmamasının idare vasıtasıyla tescil işleminin gerçekleştirilememesi sonucunu doğuracağından ötürü ret kararı verilmiştir.<sup>136</sup> Ancak, cemaat vakıflarının kendilerine ait olduğunu ileri sürdükleri taşınmazlara yönelik idari yol takip edilerek tescil işlemi 5737 sayılı Vakıflar Kanunu tarafından sağlanan tek imkan değildir. Başvurucunun iddia ettiği gibi 1936 yılında sunulan beyannamede sayılan vakıf malları arasında olduklarını ispatlamak şartıyla adli yargı marifetiyle de tescil davası açılabilir. Bunun haricinde yine ilgili kanun gereğince "...Maliye Bakanlığınca tespit edilen rayiç değer" ödemesinin yapılabilmesi de söz konusudur.<sup>137</sup> Sonuç olarak Anayasa Mahkemesi, başvuru vakıf tarafından gidilebilecek etkin ve erişilebilir çözümler varken bunları tüketmeksizin bireysel başvuruda bulunmasından dolayı başvuruyu kabul edilebilir bulmamıştır.<sup>138</sup>

#### 4- **Boyacıköy Panayia Evangelistra Kilisesi ve Mektebi Vakfı Başvurusu**

Boyacıköy Panayia Evangelistra Kilisesi ve Mektebi Vakfı tarafından 2015 yılında yapılan bireysel başvurunun konusu 1936 beyannamesi ile vakıf malları arasında sayılan bir taşınmazın Vakıflar Kanunu'nda yapılan değişikliklere rağmen adlarına tescil edilmemesine ilişkindir. Vakıflar Genel Müdürlüğü'nden alınan olumsuz sonucun ardından gidilen idari yargıdan da lehlerine bir karar çıkmaması nedeniyle Anayasa'da güvence

<sup>99</sup> Arrêt Fener Rum Erkek Lisesi Vakfı c. Turquie, [www.echr.coe.int/ECHR/FR/hudoc](http://www.echr.coe.int/ECHR/FR/hudoc), (erişim tarihi: 20.04.2022).

<sup>100</sup> [www.inhak-bb.adalet.gov.tr](http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr), (erişim tarihi: 05.06.2022).

<sup>101</sup> [www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k4771.html](http://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k4771.html), (erişim tarihi: 05.06.2022); [www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k4778.html](http://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k4778.html), (erişim tarihi: 05.06.2022).

<sup>102</sup> Ibid. 3 Ağustos 2002'de kabul edilen 4771 sayılı kanun ile cemaat vakıflarının "Bakanlar Kurulu" nun izniyle yeni taşınmaz edinip tasarrufta bulunabilecekleri düzenlenmişken, 2 Ocak 2003 tarihli 4778 sayılı kanun ile söz konusu iznin "Vakıflar Genel Müdürlüğü" tarafından verileceğine dair bir başka değişiklik yapılmıştır.



altına alınan mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasında bulunulmuştur.<sup>139</sup> Söz konusu iddiaya ilişkin başvuru, 2017 yılında karara bağlanmıştır.

Anayasa Mahkemesi önüne gelen başvuruyu tıpkı diğer vakalarda da olduğu üzere ilk olarak kabul edilebilirlik bağlamında bir incelemeye tabi tutmuştur. Bu bağlamda, bireysel başvuru yolunun tali nitelik arz ettiğini vurgulamıştır. Anayasa ve ilgili kanunda öngörüldüğü üzere öncelikle idari ve yargısal başvuru yollarına gidilmesi gerektiği belirtilmiştir.<sup>140</sup> Başvurunun konusunu oluşturan vakada daha öncekine benzer şekilde ilgili taşınmazın idari yoldan tapuda vakıf adına tescili talep edilmiştir. Vakıflar Genel Müdürlüğü tarafından Vakıflar Kanunu'nun ilgili maddesinin kapsamına girmediği takdir edilen ilgili taşınmazın tescil talebi kabul edilmemiştir.<sup>141</sup> Bu kararın ardından gidilen idari yargı tarafından tescili istenen taşınmazın bir başka vakıf adına kayıtlı olması neden gösterilerek reddedilmiştir. Temyiz yoluna gidilmesini takip eden süreçte karar 2015 yılında onanmıştır.<sup>142</sup> Fakat başvuru vakfın, ilgili taşınmaz bakımından iddiasını ileri sürebileceği imkanlar bunlarla sınırlı değildir. Belirttiği üzere 1936 beyannamesi vasıtasıyla bildirim yapılan vakıf malları arasında bulunduğunu ispat etmesi koşuluyla adli yargıda da kayıt maliki gözükten diğer vakıf aleyhine tapu iptali ve tescil davası açabilmesi mümkündür. Hatta ilgili tazminat talep etme hakkı da bulunmaktadır.<sup>143</sup> Sonuç

<sup>103</sup> <https://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k4928.html>, (erişim tarihi: 05.06.2022). 3 Ağustos 2002 tarihli ve 4771 sayılı kanunun 4. Maddesinde belirtildiği üzere tescil için belgeleme ve başvuru süresi altı ay olarak belirtilmiştir. Ancak bu süre 15 Temmuz 2003 tarihinde kabul edilen 4928 sayılı kanunun ikinci maddesi uyarınca 2762 sayılı Vakıflar Kanunu'na eklenen geçici ikinci madde ile on sekiz ay olarak değiştirilmiştir.

<sup>104</sup> <https://mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5737.pdf>, (erişim tarihi: 05.06.2022) Söz konusu düzenleme geçici yedinci maddede yer almaktadır.

<sup>105</sup> Ibid.

<sup>106</sup> <https://resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/08/20110827-1.htm>, (erişim tarihi: 05.06.2022). 651 sayılı

olarak, daha etkin ve de erişilebilir yollar bulunmasına rağmen bunlara gidilmeyerek doğrudan Anayasa Mahkemesi nezdinde çözüm aranmaya çalışılmasından ötürü başvurunun kabul edilemez olduğuna karar verilmiştir.<sup>144</sup>

Bu kararın ardından, Boyacıköy Panayia Evangelistra Kilisesi ve Mektebi Vakfı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurmuştur. Ancak bir kez daha ama bu sefer uluslararası bir yargı makamı tarafından ilgili vakfın "iç hukuk yollarını tüketmesi için kendisinden beklenen her yolu denemediği kanısına varılmıştır".<sup>145</sup> Sonuç olarak, Anayasa Mahkemesi kararında olduğu gibi başvurunun kabul edilemezliği yönünde karar verilmiştir.<sup>146</sup>

#### **5- Mardin Süryani Katolik Kilisesi Vakfı Başvurusu**

Mardin Süryani Katolik Kilisesi Vakfı tarafından yapılan başvurunun konusu mülkiyetinde bulunan bir taşınmaza ait bir bölümün kadastro çalışması neticesinde Hazine'ye tescil edilmiş olmasına dayanmaktadır. Kadastro işlemi 1987 yılında gerçekleştirilmiş olmasına rağmen, başvuru vakıf ilgili bölümün adına tescilini sağlamak amacıyla 2009 yılında dava açmıştır.<sup>147</sup> Ancak hak düşürücü süreye uygun davranılmamış olmasından ötürü ret kararı çıkmıştır.<sup>148</sup> Sonuç olarak, ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu karar bakımından açık ve net bir keyfilik durumu söz konusu olmadığından başvurunun dayanaktan yoksunluğu gerekçe gösterilerek kabul edilmemiştir.<sup>149</sup>

---

Kanun hükmünde kararnamenin on yedinci maddesi ile 5737 sayılı Vakıflar Kanunu'na eklenen geçici on birinci maddede yer almaktadır.

<sup>107</sup> Ibid.

<sup>108</sup> <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2010/05/20100513-1.htm>, (erişim tarihi: 05.06.2022). 23 Eylül 2012 tarihinden beri Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunulabilmektedir

## SONUÇ

Bahsi geçen cemaat vakıflarının başvuruları bakımından Anayasa Mahkemesi'nin yaptığı değerlendirmelerin odağını mülkiyet hakkının ihlal edilip edilmediği hususu oluşturmaktadır. İncelenmiş olan beş vakadan yalnızca biri için mülkiyet hakkının ihlal edildiği yönünde karar verilmiştir. Söz konusu ihlal kararı, Kartal Surp Nişan Ermeni Kilisesi Mektebi Vakfı tarafından yapılan başvuruya ilişkin 18 Ocak 2022 tarihinde verilmiş yeni bir karardır. Diğer cemaat vakıflarının başvuruları incelendiğinde ise başvurunun dayanaktan yoksun olması, başvuru yollarının tüketilmemesi ve konu bakımından yetkisizlik nedenleriyle kabul edilmedikleri görülmektedir.

Yüksek mahkeme, önüne gelen başvurularda öncelikle bireysel başvuru yolunun ikincil nitelik teşkil ettiğini hatırlatma gereği duymuştur. Bu bağlamda, olağan tüm idari ve yargısal yollarının tüketilmiş olmasını başvurunun kabul edilebilirliğini tayin ederken dikkate almıştır. İlgili başvuruları yapan cemaat vakıfları ise, taşınmaz maledinmeleri bakımından takip etmeleri gereken etkin ve erişilebilir imkânlardan faydalanmaksızın adeta “kısa yoldan sonuca ulaşabilmek” maksatlı olduğu izlenimini veren bir biçimde Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuşlardır.

<sup>109</sup> <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2019/4794>, (erişim tarihi: 06/06/2020). Bahsi geçen taşınmazlar, yol genişletilmesi yapılabilmesi için Kartal Belediyesi tarafından kamulaştırmaya tabi tutulmuştur. Kamulaştırma tarihi ise 28/12/1995'tir.

<sup>110</sup> Ibid. Ek sözleşmede yer verilen taahhütler, başvuru vakfın kilisesi lehine belli birtakım küçük inşaat yapımı, onarım ve tadilat işlerini kapsamaktadır.

<sup>111</sup> Ibid.

<sup>112</sup> Ibid. Başvuruda bulunan vakfın belirttiği üzere, belediye lehine maliki buldukları taşınmazların tescilinin yapılması yönünde bir adım atmamalarının nedeni kilise için taahhüt edilen inşaat, yapım, onarım ve tadilat işlerinin yerine getirilmemiş olmasıdır.

## YÜKSEK YARGI KARARLARI İŞİĞİNDA KAMULAŞTIRMA HUKUKUMUZUN GELİŞİMİNE TARİHSEL PERSPEKTİFTEN BAKIŞ

Prof. Dr. Ali AKYILDIZ\*

### Özet:

Kamulaştırma, kamunun yararına olacak bir hizmet için gereklilik olması durumunda, özel mülkiyete konu bir taşınmazın, söz konusu hizmetin sunumunda kullanılmak üzere kamu mülkiyetine aktarılması, kamu adına tek taraflı bir iradeyle mülk edinilmesi(istimlak) olarak tanımlanabilir. Tarihsel süreçte bir hukuksal kurum olarak Kamulaştırma'dan söz edebilmek için, bir taraftan devletin görevlerinin artması(savunma ve güvenlikten ibaret kalmaması), diğer taraftan da özel mülkiyet anlayışının ve bilhassa da taşınmazlar üzerinde özel mülkiyet hakkının gelişmesinin beklenmesi gerekecektir. Örneğin, Osmanlı İmparatorluğu döneminde, miri toprak rejimi dediğimiz bir sistemde imparatorluk arazisinin sahibi kural olarak devlettir ve “reaya” da denen teba(yönetilenler, halk) bu arazinin belli vergiler karşılığında sadece kullanıcısı, yani bir çeşit kiracısıdır. Bu sistemde kişilerin taşınmazlar üzerindeki mülkiyet hakkının varlığı oturdukları evler ve önündeki yarım dönümü geçmeyen arazi parçası ile sınırlı olarak kabul edilmektedir. Ama bir yandan da idari müsadere (genellikle yönetici sınıf için olmakla birlikte) yaygın olarak kullanılmakta, yani yönetenler karşısında kişilerin mülkiyet hakkının ve hatta hayat hakkının yeterli bir güvencesi bulunmamaktadır.

Onsekizinci yüzyıl başlarına kadar, devletin asıl görevi esas itibariyle iç huzuru(kolluk) ve dış güvenliği sağlamaktan ibarettir. Çok az da olsa bazı bayındırlık faaliyetleri görülmektedir: Örneğin, ulaşımı sağlamak

<sup>113</sup> Ibid.

<sup>114</sup> Ibid.

<sup>115</sup> <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2012/969>, (erişim tarihi: 06.06.2022).

amacıyla kervan yolları yapılması gibi. Ancak, bu yolların yapılması için miri araziler kullanılacağından herhangi bir kamulaştırma ihtiyacı ile de zaten karşılaşılmamaktadır.

Ancak, şehir ve kasabaların iç yolları için kişilerin taşınmazlarından bir kısmına her devirde ihtiyaç olabileceği ortadadır. Nitekim, 1876 sonrasında uygulanmaya başlanan Mecelle'nin 216. Maddesinde yol ihtiyacı için kamulaştırma yapılabileceğinin düzenlendiği görülmektedir. Mecellenin, yeni bir yasa koyma faaliyeti olmayıp, fetvalarla geliştirilmiş olan dinsel hukuk kurallarının sistematik bir derlemesi olduğu düşünüldüğünde, yol geçirmek üzere ve ancak bu amaçla sınırlı olarak değer pahası verilmek suretiyle istimlak yapılmasının(mülkiyete el konulmasının) dini hukukta da çok eskilerden beri bilindiği ve ihtiyaç halinde uygulandığı anlaşılmaktadır.

Özellikle Roma Hukuku kaynaklarında da, kamulaştırmanın çok sınırlı amaçlarla batı hukukunda da eskiden beri uygulandığı anlaşılmaktadır. Ancak, gerek İslam Hukukunda gerekse Batı Hukukunda kamulaştırmanın usulü ve karşılığının ödenmesine ilişkin genel geçer kuralların yakın dönemlere değin oluşmadığı görülmektedir. Batıda coğrafi keşiflerle birlikte özel mülkiyet anlayışının gelişmesi ve giderek mülkiyetin kutsal bir hak olarak algılanması bilincinin yükselmesi, bu hakkın doğrudan insan hayatı ve hürriyeti ile ilişkilendirilmesi, yaşanan bu bilinçlenme süreci sonunda devrimlerin yaşanması ve giderek hukuk devletine evrilmesi

<sup>116</sup><https://mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=2709&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>, (erişim tarihi: 06.06.2022). T.C. 1982 Anayasası'nın 35. maddesine göre "Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz.

<sup>117</sup> <https://mevzuat.gov.tr/#anayasa>, (erişim tarihi: 07.06.2022).

<sup>118</sup> <https://www.anayasa.gov.tr/tr/mevzuat/kanun/>, (erişim tarihi: 07.06.2022).

sürecinde, kamulaştırma kurumunun da bu sürecin etkisiyle şekillendiği, devamında Osmanlı-Türk Hukuk sisteminde de etkisini gösterdiği görülmektedir. Fransa’da kamulaştırma için önceleri “zaruret” durumu aranmışsa da, sonraları “kamu yararı bulunması” yeterli görülmüştür.

Kamulaştırma işleminin adil ve hukuka uygun bir şekilde yürütülebilmesi ve malikin mülkiyet hakkının korunabilmesi için; ihtiyacın tespitinden bedelin ödenmesine kadar geçen sürecin usulü ve ayrıca kamulaştırma bedelinin gerçek karşılığının tespit usulü, ödemede gecikilmesi halinde bedelin değerinin korunmasında uygulanacak gecikme faiz oranı gibi temel hususlar önem taşımaktadır. Osmanlı-Türk Hukuksal gelişmelerinde, gerek Anayasalar ve gerekse de yasalar düzeyinde gerçekleşen gelişmelerin izlenmesi, günümüz hukukunda karşılaşılan kamulaştırma kurumuna ilişkin hukuksal sorunların anlaşılmasında ve adeta kültürel genlerinin takip edilmesinde ufuk açıcı olabilir. Hatta bizatihi bu gelişme seyri izlenmesi başlı başına ilginç bir konu teşkil edebilir.

Kamulaştırma kurumuna ilişkin yaşadığımız güncel hukuksal gelişmelerin gerisinde, taşınmaz mülkiyetinde miri rejimden özel mülkiyet rejimine geçişteki gecikmenin ve günümüze kadar intikal eden “miri rejim yaklaşımının” kültürel kodlarımız üzerindeki etkilerini, hem birikmiş hukuksal sorunlardan kaynaklı mali yüklerle çözüm arama çabaları şeklinde hem de bizatihi hala özel mülkiyete karşı yaşanan hukuksal yaklaşımlarda gözlemlemek mümkün olabilecektir. Bu konuda, bir yandan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarıyla

<sup>119</sup> <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2019/4794>, (erişim tarihi: 07.06.2022).

<sup>120</sup> Ibid.

oluşan hukuksal standartlarla uyumlaşma gereği ve bu yöndeki çabalar, diğer yandan kendi hukuk geçmişimizden tevarüs ettiğimiz taşınmaz mülkiyetine ilişkin maddi ve hatta algısal sorunlar, özellikle son on yılda Kamulaştırma Kanununda özellikle geçici madde düzenlemeleri bağlamında iyice su yüzüne çıkmakta ve bir hukuk devletinde görülmesi pek olası bulunmayan yasama ve yargısal faaliyet yaklaşımlarına ve uygulamalarına sahne olmaktadır. Çalışmamızda, bütün bu süreçler irdelenecek ve mevcut sorunlar irdelenerek, bazı çözüm önerilerinde bulunulacaktır.

#### **I- Giriş:**

Kamulaştırma, mülkiyet hakkının(taşınmaz mülkiyetinin) sınırlanmasıdır. Kamulaştırma işlemine uygulanacak usul, mülkiyet hakkının özüne dokunma teşkil edebileceği gibi, bu hakkın demokratik ülkelerde çağdaş hukuksal gelişmeler çerçevesinde makul bir sınırlanmasını da teşkil edebilir. Bir hukuk devletinde hakkın özüne dokunulmaması gerekir. Bu nedenle, kamulaştırma işlemine uygulanacak usul, hukuk devleti ilkesi bakımından birincil derecede öneme sahiptir.

Bir hukuksal kurum olarak kamulaştırma, Taşınmaz Mülkiyeti ile ilgilidir. Bu nedenle, kamulaştırmanın tarihsel gelişimi, genel olarak mülkiyet hakkının ama özelden de toprak mülkiyeti hakkının gelişimine paralellik arz eder. Bu perspektiften baktığımızda; Devletin hükümdarın mülkü sayıldığı “mülk devleti” anlayışının, hatta genel hukuk kurallarının oluşturulduğu ama hukukun sadece yönetilenleri bağlayıp yönetenleri

<sup>121</sup> <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2017/20289>, (erişim tarihi: 07.06.2022).

<sup>122</sup> Ibid.

<sup>123</sup> Ibid.

bağlamadığı polis devleti anlayışının geçerli olduğu dönemlerde, yer küre üzerinde gerçek anlamda bir kamulaştırma hukukundan söz edilmesi mümkün gözükmemektedir. Bunun için, temel hakların devlete karşı da savunulabilirliğinin kabul edildiği, devletin kralların mülkü sayılmadığı, insanların doğuştan vazgeçilmez haklara sahip bulunduğu anlayışının sadece felsefi bir söylem olarak değil hukuken de benimsendiği, kişilerin değil hukukun hükümran olduğu (rule of law, not men) dönemlerin beklenmesi gerekecektir.

Beklenen bu dönemlerin tüm insanlığı etkileyen en somut başlangıcı, elbette uzun bir sürecin sonunda olmakla beraber, 1789 Ağustosunda ilan edilen Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi olarak kabul edilebilir. Gerçi bundan çok önce Magna Carta Libertatum(1215) ve Bill of Rights(1689) türü İngiliz insan hakları bildireleri gibi metinler söz konusu ise de, hem etkisi hem de içeriği ve kullanılan dilin kapsayıcılığı(evrensel bir dil kullanılmış olması) bakımından Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi en önemli ve küresel evreyi oluşturur. Nitekim bu bildirin 17. Maddesinde “Mülkiyet dokunulmaz ve kutsal bir hak olması nedeniyle, yasa ile belirlenen kamu ihtiyacı açıkça gerekmedikçe ve adil ve peşin bir tazminat ödenmedikçe, kimse bu haktan yoksun bırakılamaz” denilmek suretiyle mülkiyet hakkının herkes bakımından önemi ve korunması gereği net şekilde ifade edilmiş, daha sonra kabul edilen anayasalarla da bu

<sup>124</sup> <https://mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=6216&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>, (erişim tarihi: 07.06.2022). Anayasa Mahkemesi'nin zaman bakımından yetkisi, geçici 1. maddenin 8. fıkrasında açıkça belirtilmiştir.

<sup>125</sup> <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2017/20289>, (erişim tarihi: 07.06.2022)

<sup>126</sup> Ibid.

<sup>127</sup> Ibid.

<sup>128</sup> Ibid.

<sup>129</sup> Ibid.



bildirgede tanınan haklar somut hukuksal korumaya sahip olabilmüşlerdir.

Gerçi, tarihsel süreçte zaman zaman birtakım hak ve özgürlüklerin korunmasının öne çıktığı bazı özel dönemlere(örneğin, Roma Hukuku döneminde bazı evreler) rastlansa da, çağdaş anlamda herkesin özgürlük ve mülkiyet hakkının güvence altına alınmaya çalışıldığı bir süreç, mülk devleti ya da polis devleti anlayışının hâkim olduğu bir sosyolojik ortamda zaten yaşanamazdı. Avrupa toplumu, aristokrasinin(soyluların) egemenliği üzerine kurulmuştu. Krallar da, nihayetinde bu aristokrat sülalelerin birine mensuptu. Toplumun geri kalan asıl büyük kısmı, kölelerden ve serf denilen toprağa bağlı köylülerden oluşurdu. Coğrafi keşiflerle ticarete büyük gelişimin kapıları açılana kadar, zenginliğin yegâne kaynağı topraktı ve toprak da soyluların elinde idi. Böylesi bir toplumsal yapı çözülüp çeşitlenmeden herkesi kapsayan bir insan hakları anlayışının(düşünürlerin yazılarından başka yerde) gelişmesi zaten mümkün olamazdı. Örneğin, Magna Carta Libertatum'da korunan haklar, gerçekte soyluların(özgür kişilerin) haklarından başkası değildi. Bir köylünün Alman Kralına “Berlin’de Hâkimler Var” diyebilmesi için, insanoğlunun daha kat etmesi gereken çok mesafe vardı ve bunun için en erken 1750’lerin beklenmesi gerekecekti. Hatta o dönemlerde de bir krala böylesi bir söz söylenmesi o kadar istisnai bir durumdu ki, o nedenle de

<sup>130</sup> <https://mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=6216&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>, (erişim tarihi: 07.06.2022) 45. maddenin 1. fıkrasında düzenlenmiştir.

<sup>131</sup> <https://mevzuat.gov.tr/ MevzuatMetin/ 1.5.5737.pdf>, (erişim tarihi: 07.06.2022). 5737 sayılı yeni Vakıflar Kanunu’nun tanımlara yer veren 3. maddesinde “cemaat vakıfları”ndan ne anlaşılması gerektiğine dair kısa bir izahat verilmiştir. Buna göre, cemaat vakfı diye tasnif edilenler “vakfiyeleri olup olmadığına bakılmaksızın 2762 sayılı Vakıflar Kanunu gereğince tüzel kişilik kazanmış, mensupları Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olan Türkiye’deki gayrimüslim cemaatlere ait vakıflar”dır.

<sup>132</sup> <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2016/2519>, (erişim tarihi: 07.06.2022).

bu söz, söyleyenini tarihe mal etmiştir. Sözün kendisi de hukuk devletinin en temel gerek ve yeter şartı diyebileceğimiz “erkler ayrımının” mottosu haline gelmiştir.

Bilimin ilerlemesi ve sonuçta açık denizlerde yıldızlarla yön bulunulabilmesinin (bugünkü navigasyon teknolojisine giden süreç) sonucu olarak coğrafi keşiflerin yapılması sayesinde ticarete dayalı zenginliklerin oluşmasıyla, geleneksel soylular sınıfının yanına ve onlara doğal rakip olarak bir burjuva sınıfının doğumu gerçekleşti. İşte bu iki sınıf arasındaki mücadele, her ne kadar başlangıçta kralların işine yaramışsa da (kralın iktidarının soyluların yerel iktidarıyla sınırlanması durumunun zayıflaması ve hatta ortadan kalkması), “mutlak krallıklar dönemi”<sup>150</sup> denen ve 1600 lerden sonra başladığını kabul edebileceğimiz bu tarihsel aşama fazla uzun sürmemiş, nihayet 1789 Fransız Devrimi ile başta Avrupa Toplumu olmak üzere tüm insanlık “devletin hukukla bağlı olması” fikri ile yoğun bir şekilde tanışmıştır. Artık Devlet, sadece kural koymakla yetinen değil, aynı zamanda koyduğu kural ile bağlı olması gereken bir varlık olarak kabul edilmeye başlanmıştır. Devletin yegane amacının, insanların doğuştan sahip olduğu hak ve özgürlüklerinin korunmasını sağlamaktan ibaret olduğu, devletin sadece bunun için var olduğu şeklinde Avrupa’da ortaya çıkan akımlar (doğal hukuk), uzun ve zorlu bir süreç sonunda geniş kitleleri etkisi altına almış, hatta somut etkilerini Okyanus’un karşı kıyısında (Amerika’da) Avrupa’dan daha da erken göstermiştir.<sup>151</sup>

<sup>153</sup> Ibid.

<sup>154</sup> Ibid., <https://www.anayasa.gov.tr/tr/bireysel - basvuru/bireysel - basvuru - kabul - edilebilirlik - kriterlerine - ait - emsal - kararlar/basvuru - yollarinin - tuketilmemesi/>, (erişim tarihi: 07.06.2022).

<sup>155</sup> Ibid.

<sup>156</sup> Ibid., <https://mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5737.pdf>, (erişim tarihi: 07.06.2022). 5737 sayılı

Coğrafi keşiflerin bu çok yönlü etkisi, özellikle mülkiyet hakkının korunması konusunda çok güçlü etkiler meydana getirmiştir. Mülkiyet hakkından “kutsal mülkiyet hakkı” şeklinde söz edilmesi yaygınlaşmış, insan hakları bildirelerinde ve başta Anayasalar olmak üzere, hukuksal metinlerde mülkiyet hakkının korunması ayrıcalıklı bir yere sahip olmuştur. Artık, üç temel hak ve özgürlükten söz edilirken Hayat, Hürriyet, Mülkiyet üçlemesi toplumların birincil amacını teşkil etmiştir.

Fransız devriminin mottosu haline gelen bu üçlemenin Türkiye’de İttihat ve Terakki Partisi ve Jön Türkler arasında öne çıkan şekli daha çok “Hürriyet, Müsavat (eşitlik), Uhuvvet (kardeşlik)” olarak gözükmektedir. Türk aydınlanma hareketlerinde, mülkiyet hakkının yeterince ön plana çıkamamış ve revaç bulan ilk üç temel hak arasına 1900’lerde bile tam olarak girememiş olması, üzerinde düşünmeye değer bir konudur. Bu durumun, Osmanlı hukukunda neredeyse istisnasız uygulanan ve Cumhuriyetin ilk yıllarında dahi bazı arazi kökenli uyuşmazlıklarda yargı yerlerince başvurulmak zorunda kalınan miri toprak düzeninin aktardığı sosyolojik genlerden kaynaklandığını tahmin edebiliriz. Ancak, “Mal Canın Yongasıdır” şeklindeki Türk atasözü, hukuksal metinlerde ve hatta aydınlar arasında yeterince yer bulmazdan önce bile, mülkiyet hakkının öneminin halk kültüründe yeterince kavranabildiğini göstermesi bakımından önem arz etmektedir.<sup>152</sup>

---

Vakıflar Kanunu’nun geçici 7. maddesinde öngörülen koşullardan bahsedilmektedir.

<sup>137</sup> Ibid. 5737 sayılı Kanun’un geçici 11. maddesinde rayiç bedel üzerinden tazminat konusu düzenlenmiştir.

<sup>138</sup> <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2016/2519>, (erişim tarihi: 07.06.2022).

<sup>139</sup> <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2015/17576>, (erişim tarihi: 07.06.2022).

<sup>140</sup> Ibid.

Avrupa toplumlarında, güçlü bir aristokrasinin ve sonrasında da aynı şekilde güçlü bir burjuvazinin ortaya çıkabilmiş olması, devlet iktidarının sınırlanmasında ve insan hakları hukukunun gelişiminde bu toplumlar için büyük bir avantaj sağlamıştır. Bu iki toplumsal yapıdan beslenen sosyal dinamiklerin harekete geçmesi ve hatta çoğu kez çatışması sayesinde batı toplumunda hukuk devleti anlayışı ortaya çıkabilmiş ve oradan da tüm dünyaya yayılmıştır denilmesi, bir abartı sayılmamalıdır. Osmanlı toplum yapısında ne böylesi bir aristokratik yapı mevcut olmuş, ne de Okyanus ötesi keşifler ve deniz ticaretine dayalı bir ticaret erbabı, peşinden de bir sanayi devriminin gerçekleşmesi, nihayetinde bu gelişimlerin ürünü olan bir burjuvazi de oluşmamıştır. Bu durum, hükümdarın yetkilerini sınırlayan sosyal bariyerlerin de oluşmaması anlamına gelmektedir. Yegâne bariyer, saray içinde ulema ve yeniçeri işbirliğiyle oluşan dar bir menfaat kümesidir ve bu menfaat kümesinin etkileri de genelde yıkıcı olmuş, toplumsal hakların gelişmesine hiçbir olumlu katkı sunmamıştır. Hatta, 20. Yüzyılda devam eden askeri müdahalelerin sosyo-kültürel kodlarını dahi bu yapıdan ortaya çıkan bürokratik kültürel hafızada aramak konu dışı sayılmamalıdır.

<sup>141</sup> <https://mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5737.pdf>, (erişim tarihi: 07.06.2022). Bu vakada, Vakıflar Genel Müdürlüğü tarafından kapsamı dahilinde olup olmadığı incelenen 5737 sayılı Vakıflar Kanunu'nun geçici 7. maddesidir. Bahsi geçen maddede belirtildiği üzere, tayin olunan şartların karşılanması halinde ilgili taşınmazların, "...tapu kayıtlarındaki hak ve mükellefiyetleri ile birlikte bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren onsekiz ay içinde müracaat edilmesi halinde, Meclisin olumlu kararından sonra, ilgili tapu sicil müdürlüklerince cemaat vakıfları adına tescilleri yapılır".

<sup>142</sup> Ibid., Boyacıköy Panayia Evangelistra Kilisesi ve Mektebi Vakfı adına tescili talep edilen taşınmazın Abdülhamit Han Vakfı adına kayıtlı olduğu vurgulanmıştır.

<sup>143</sup> Ibid.

<sup>144</sup> Ibid., <https://www.anayasa.gov.tr/tr/bireysel - basvuru/bireysel - basvuru - kabul-edilebilirlik-kriterlerine-ait-emsal-kararlar/basvuru-yollarinin-tuketilmemesi/>, (erişim tarihi: 07.06.2022).

<sup>145</sup> [https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22fulltext%22:\[%22Boyac%20C4%B1k%20C3%B6y%20](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22fulltext%22:[%22Boyac%20C4%B1k%20C3%B6y%20)

Gerçi, Osmanlı'da duraklama ve gerileme döneminde ortaya çıkan Ayanlık kurumunun batı aristokrasisi ile bazı görsel benzerlikleri kurulabilir. En önemlisi de, bir çeşit Osmanlı Magna Carta'sı sayılabilecek Sened-i İttifak'ın ortaya çıkışında bu ayanlık kurumunun rolü de öne sürülebilir. Ancak, biraz yakından bakıldığında, Avrupa Aristokrasisinin kökenleri ve işleyişi ile Osmanlı'da son birkaç yüzyılda ortaya çıkan Ayanlık kurumunun hemen hiçbir tarihsel ve sosyolojik benzerliği olmadığı açıkça görülecektir. Türk soylu Bey'lerin devlet yönetimi ile ilişkileri ve mevcut ayrıcalıkları, Fatih döneminde yaşanan Çandarlı vakasından sonra tamamen ortadan kalkmış, merkez ordusunun oluşumunun yanı sıra devlet yönetiminde de devşirme usulünden(kulluk sistemi) yararlanılması yüzyıllar boyu yegâne yöntem olmuştur.

Osmanlı'da arazinin beş kısma ayrıldığı söylenir: Miri Arazi, Vakıf Arazi, Mevat Arazi(Ölü Arazi), Metruk Arazi ve Mülk Arazi. Ancak, Osmanlı'da arazinin ana statüsü, mülkiyeti "devlete ait" olan Miri arazidir. Mülk arazi ise, yerleşim birimlerinde evler ve evlerin önünde yer alan yarım dönümü geçmeyen arazi kısmı dışında, yok denecek kadar azdır. Özetle, yerleşim yerleri dışında esasen mülk arazi söz konusu değildir. Bu da, sadece kişilerin kendi evlerinin önündeki yarım dönümü geçmeyen küçücük toprak parçalarından ibarettir.

Bunların yanı sıra, arazinin önemli bir kısmı da "vakıf arazi" şeklindedir.

---

Panayia%22],%22itemid%22:[%22001-193166%22]], (erişim tarihi: 20.04. 2022)

<sup>146</sup> İdem.

<sup>147</sup> <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/757>, (erişim tarihi: 07.06.2022).

<sup>148</sup> Ibid.

<sup>149</sup> Ibid, <https://mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=6216&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5> (erişim tarihi: 07.06.2022). Anayasa Mahkemesi Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanun'un 48. maddesinde belirtildiği üzere "Mahkeme, Anayasanın uygulanması ve yorumlanması

Yani, asıl arazi kısımları, miri arazi ve zamanla genelde miri araziden padişahın temliknamesine dayalı olarak dönüşen vakıf arazidir. Vakıf arazi arttıkça, miri arazide azalma yaşanmaktadır. Ancak vakıf arazilerin statüsü de ilgili olduğu vakfın durumuna göre çeşitlilik gösterir.<sup>153</sup>

Miri arazi, tımar, zeamet ve has şeklinde çeşitli ölçeklere ayrılmıştı. Tımar(Dirlik), Osmanlı toprak rejiminde vergileme hukuku bakımından bir üst kavram olarak da kullanılmış ve bu üç ölçekteki tasarruf biçiminin tamamını ifade etmek üzere “tımarlı arazi” terimi kullanılmıştır.<sup>154</sup> Tımarlı arazi, başta askeri hizmetler olmak üzere, belli hizmetlerin karşılığında belli kişilerin kullanımına verilirdi. Tımar sahipleri, belli sayıda atlı askeri(sipahi) istek halinde sefer sırasında ordunun emrine hazır halde bulundurmakla yükümlü idiler. Osmanlı Devleti'nin askeri sistemi, merkezdeki az sayıdaki sürekli askerden ibaret olan yeniçeri ocağı dışında tamamen bu tımar sistemi(tımarlı sipahiler) üzerine kurulu idi. Tımarlı sipahiler, sadece seferberlik dönemlerinde orduya katılır, diğer zamanlarda işinin başında olurlardı. Tımar sistemi sayesinde, Osmanlı köylüsü(reaya sınıfı) bir bakıma toprağı işlerken devletin kiracısı durumunda idiler. Zaman içerisinde tımarlı arazilerin vakıf arazi lehine azalması, Osmanlı askeri sisteminin de zayıflaması anlamına gelmekte idi ve bu durum IV. Murad'a sunulan Koçibey Risalesinde çok detaylı olarak izah edilmektedir.<sup>155</sup>

---

veya temel hakların kapsamının ve sınırlarının belirlenmesi açısından önem taşımayan ve başvurucunun önemli bir zarara uğramadığı başvurular ile açıkça dayanaktan yoksun başvuruların kabul edilemezliğine karar verebilir.”

Bunun dışında, ayrıca miri arazinin yurtluk ya da ocaklık tabir edilen biçimlerde tasarrufa verme usulleri de mevcuttu. Bu halde bir arazinin tasarruf hakkı, devlete yararlık gösteren bir aileye verilirdi ve nesiller boyu bu aile söz konusu araziyi kullanma hakkına sahip olurdu. Ülkemizin özellikle Güneydoğu bölgesinde görülen ve “Ağalık Sistemi” olarak bilinen mülkiyet şekli ve sosyal yapı, aslında belli aileye yurtluk-ocaklık olarak verilen arazilerin, zaman içerisinde toprak rejiminde özel mülkiyet sistemine geçerken o tarihte söz konusu aşiretlerin reisleri adına tapuya tescil edilmeleri ve arazinin mülkiyetinin sonraki yıllarda sadece bu kişilerin alt soyuna intikal etmesinden kaynaklanmıştır. Aslında bu toprakların o aşiretin bütün üyeleri adına tapuya intikali yerine, sadece o andaki aşiret reisi adına tapu kaydı oluşturulması, ülkemizde birçok sosyal ve siyasi sorunlara yol açmıştır.

Osmanlı hukukunda geçerli arazi rejimine göre; özel mülkiyete konu olabilecek yerler, yerleşim yerlerindeki binalar ve binaların önünde yarım dönümü geçmeyen arazi parçalarıdır. Yani, özel mülkiyet son derece istisnadır. Arazi Kanunnamesi ile(1858), gelişmeler karşısında artık eski kurullarla varlığını sürdürmesi mümkün görülmeyen miri arazi rejimine yeni bir şekil verilmekte, mülk arazi de genel bir arazi çeşidi olarak tanınmaktadır. Başlıca beş çeşit araziden söz edilmektedir: Mülk, miri, vakıf, metruk, mevat(ölü) arazi. Günümüz tapu teşkilatının öncü kuruluşunun da 1847 yılında “Defterhane-i Amire Kalemî” adıyla oluşturulduğu bilinmektedir.

O halde, arazide özel mülkiyetten söz etmek pek mümkün olmadığından, 1850’lerden önce Osmanlı devletinde “Kamulaştırma” diye bir mevzuat sorunu ile karşılaşılması da zaten pek mümkün gözükmemektedir. Nitekim

kamulaştırma konusunu içeren düzenlemelerin Tanzimat sürecinde ve özellikle 1850'lerden sonra yapılmaya başlandığı görülecektir.

Öte yandan, İdare Hukukumuzda kaynaklık etmiş bulunan Fransa'da da, 1789 ihtilali öncesi dönemde bir mevzuata dayalı olmamakla birlikte, "umumi menfaat namına istirdat" adıyla kralın bir oluru üzerine, eksperlerce hazırlanacak rapora dayalı bedel ödenmek suretiyle özel mülklerin kamuya mal edildiği bilinmektedir.<sup>156</sup> 1789'da ise, Genel Meclis'te birçok üye tarafından konuya ilişkin şu metin önerildi: "Mülkiyet, ihlal edilemez ve kutsal bir hak olduğundan, bir kişi ancak kanunen tespit olunacak umumi zaruret gerçek surette gerektiriyorsa, adil ve önceden bir bedel ödenmek şartıyla ondan mahrum edilebilir". Genel Meclis'te kabul edilen bu ilke, "umumi zaruret" yerine "umumi menfaat"(kamu yararı) terimi kullanılmak suretiyle Fransız Medeni Kanununa da aynen aktarıldı. Bundan sonra, kamulaştırmaya karar verecek makamın tespiti ve özellikle de kamulaştırma bedelinin tespit usulü konularında, mülk sahiplerinin menfaatinin en iyi şekilde korunmasına hizmet edecek yasal düzenleme yapıldı ve yine bu amaca yönelik olarak iyileştirme çalışmalarına devam edildi (1810, 1833, 1841, 1852, 1918 ve 1936 yıllarında yapılan düzenlemeler).

Batı hukukunda ayrı bir soylular sınıfının bulunması, toprakların büyük çoğunluğunun aile fideikomisi oluşturacak şekilde soylular sınıfına ve esasen bu sınıfın bir üyesi olan kraliyet ailesine ait olması nedeniyle, Osmanlı-Türk hukukunda olduğu gibi arazinin mülkiyetinin kural olarak devlete ait bulunduğu genel bir miri arazi rejimi benzeri bir mülkiyet düzeni söz konusu değildir.

\* Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Bölümü İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.



Bu nedenle, batı hukukunda mülkiyet hakkının korunması dendiğinde, doğal olarak önceleri genel olarak krala karşı soylular sınıfının haklarının korunması söz konusudur. Ancak zaman içerisinde coğrafi keşifler sonucu artan ticari faaliyetlere dayalı olarak, burjuvazi de denen tüccarlar sınıfının öne çıkması, aydınlanma ile bilimin gelişmesi ve devamında sanayi devriminin gerçekleşmesi nedenlerine bağlı olarak toprak mülkiyetinde de ferdi mülkiyetin gelişmesiyle, mülkiyetin korunması hakkı genel bir toplumsal içeriğe sahip olmaya başlamış ve sonuçta 1789 Fransız Devrimine giden süreçte Mülkiyet Hakkı da yaşama hakkının hemen yanında “kutsal bir hak” nitelmesi ile birlikte ihtilalciler için çok önemli bir güdüleme kaynağı teşkil etmiştir.

Ülkemizde ise, toprak bağlamında özel mülkiyet çok daha geç gelişmiştir. Kural olarak bütün arazinin devlete ait(miri arazi) olması, coğrafi keşiflerin ve ticaretin Türk toplumunu doğrudan etkilememesi, hükümdarın iktidarını sınırlayacak bir soylular sınıfı gibi herhangi bir toplumsal sınıf olmadığı gibi, ticarete ve sanayiye dayalı bir burjuvazinin de ortaya çıkamamış bulunması gibi nedenlerle, toprak mülkiyeti bakımından özel mülkiyet anlayışı, sadece yerleşim yerlerindeki evler ve bu evlerin önlerindeki yarımşar dönümü aşmayan alanlarla sınırlı kalmıştır.

Ancak, batıda iktisadi ve hukuksal alanda meydana gelen gelişmeler, biraz gecikmeli de olsa Osmanlı-Türk hukukunu da etkilemiştir. Nitekim, Fransız Devriminden sadece yarım asır sonra(1839) ilan edilen Tanzimat Fermanında;

“...herkes mal ve mülklerine tam bir serbestlikle malik ve tasarrufa ehildir,

ona kimse müdahale edemez...” şeklinde bir cümle de yer almıştır. Böylece, mülkiyet hakkının korunmasına ilişkin genel bir ifade, tek yanlı iradeyle hazırlanmış bir ferman metni içerisinde de olsa Osmanlı hukuk literatürüne girmiştir.

Takip eden yıllarda, artık bireylerin toprak mülkiyeti anlamında özel mülk edinmelerinin iktisadi ve hukuksal şartları oluştuğunda, miri arazinin mülke dönüşüm süreci de hızlanmıştır. Bu hızlanmada, 1858 yılında yürürlüğe konulan Arazi Kanunnamesinin rolünün belirgin olduğu, miri rejim korunmakla beraber bu mülkiyet çeşidi ile o mülkü kullananın ilişkisinin özel mülkiyete yaklaştırıldığı gözlenmektedir.<sup>157</sup>

Osmanlı Hukuk literatürüne Tanzimat Fermanı ile 1839 yılında hukuka en üst düzeyden giren “mülkiyet hakkının dokunulmazlığına” dair düzenlemenin, uygulamada ne derece etkili olduğu ayrı bir sorun olmakla birlikte, son derece önemlidir. Çünkü Osmanlı uygulamasında en çok başvurulan yaptırımlardan biri de doğrudan doğruya “mal varlığı müsaderesi” dir. Hatta, yönetici sınıflar için bu genel bir uygulamadır. Bu uygulamanın temelinde, “gayri- müslümlerden devşirilen yönetici sınıfın elde ettiği mal varlığının bu yöneticilik vasfından kaynaklandığı, devlet gücüyle elde edilen bu malların geri devlete iadesi gerektiği” şeklinde bir anlayışın yer aldığı anlaşılmaktadır.<sup>158</sup> Yönetici sınıfı dışında kalan ve nüfusun adeta geri kalan kısmını oluşturan reaya (yönetilenler) sınıfının zaten miri rejim içerisinde(esnaf ve sanatkarlar müstesna) genelde Devletin kiracısı konumunda bulunduğu gözetildiğinde, bunların dikkate değer miktarda mal varlığına sahip olamayacakları açıktır. Yani bu mülkiyet garantisi, büyük ölçüde yönetici sınıfa ve kısmen de gayrimüslümlere, bir de son

birkaç yüzyıldır ortaya çıkan Ayan sınıfına yönelik bir garanti niteliği taşıdığı, toplumun asıl büyük çoğunluğunu oluşturan çiftçi kesimlerinin o devirlerde henüz korunacak bir mal varlıklarının zaten mevcut bulunmadığı söylenebilir. Nitekim, bu fermanın bir yıl önce de memurlar için çıkartılan Ceza Kanunnamesi (1838) yürürlüğe konularak, hakim kararı olmadan yöneticiler için(reaya için zaten böyle bir usul söz konusu değildi) müsadere kararı verilmesi (idari müsadere) yasaklanmış, 1839 Tanzimat fermanı ile de idari müsadere uygulaması herkes bakımından kaldırılmıştır.

Bilindiği üzere, devam eden yıllarda genel bir kanunlaştırma hareketi ve temel yasalar bakımından da batı hukukundan bir resepsiyon(iktibas) süreci başlamıştır. İdari Müsaderenin de yasaklanmasına bağlı olarak, mülkiyet hakkının korunması bakımından önem taşıyan diğer bir konu olan, kamu hizmetleri bakımından ihtiyaç duyulan taşınmaz malların mülkiyetinin kamuya aktarılması hususunun da malik için yeterli güvenceleri içeren yasal bir çerçeveye oturtulması zorunluluğu ortaya çıkmıştı. Eski adıyla “istimlak”(mülk edinme) ve yeni adıyla “kamulaştırma” olarak bilinen bu konunun etraflıca ilk düzenlendiği hukuksal metin, (1839 tarihli “ilmühaber” isimli ferman dışında) 4 Recep 1272 (11 Mart 1856) tarihli “Saltanat-ı Seniyyenin Menâfi-i Umûmiyyeye Dâir Şeylerin Tanzimi Hâlinde Lüzumu Olub Kıymet-i Lâyıkasıyla Sahiplerinden Mübâyaa Edeceği Arâzi Vesâire Hakkında Nizamnâme” dir. Bu kararnamenin uygulamaya konulmasından on yıl sonra yürürlüğe konulan Kanun-u Esasi'nin(1876) Tebaai Devleti Osmaniyenin Hukuku Umumiyesi(Osmanlı Devleti Tebasının Genel Hakları, 8 ila 26. maddeler) başlıklı bölümünün 21. Maddesinde de;

“MADDE 21.- Herkes usulen mutasarrıf olduğu mal ve mülkten emindir. Menafii umumiye için lüzumu sabit olmadıkça ve kanunu mucibince değeri bahası peşin verilmedikçe kimsenin tasarrufunda olan mülk alınamaz” düzenlemesi yer aldı.

4 Recep 1272 (11 Mart 1856) tarihli söz konusu kararname, 6 Aralık 1879(24Teşrinisani 1295) tarihinde “Menafii Umumiye İçin İstimlak Kararnamesi” ile yürürlükten kaldırıldı. Yeni kararname ile ilk defa “istimlak” terimi de hukuk literatürüne açıkça girmiş oldu. Bu kararname, toplamda 77 yılı bulan bir süre uygulandıktan sonra, 1956 yılında 6830 sayılı İstimlak Kanununun kabulü ile yürürlükten kaldırıldı (m.35).

6830 sayılı İstimlak Kanunu da, 1983 yılına kadar (47) yıllık bir uygulamadan sonra, 1983 yılında kabul edilen 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun ile yürürlükten kaldırıldı (m.40).

Görüldüğü üzere, hukukumuzda kamulaştırma kurumunun tarihçesinde dört ayrı yasal düzenleme, ana eksenini oluşturmaktadır:

- 4 Recep 1272 (11 Mart 1856) tarihli “Saltanat-ı Seniyyenin Menâfi-i Umûmiyyeye Dâir Şeylerin Tanzimi Hâlinde Lüzumu Olub Kıymet-i Lâyıkasıyla Sahiplerinden Mübâyaa Edeceği Arâzi Vesâire Hakkında Nizamnâme”,
- 6 Aralık 1879 (24Teşrinisani 1295) tarihinde “Menafii Umumiye İçin İstimlak Kararnamesi”,
- 31.08.1956 tarih ve 6830 sayılı İstimlak Kanunu,

- 04.11.1983 tarih ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu

Ancak, ana düzenlemeler bunlar olmakla birlikte, süreç içerisinde, özellikle Belediye ve İmar mevzuatı başta olmak üzere, birçok farklı düzenlemede kamulaştırma (istimlak) hükümleri yer almıştır. Özellikle, 1272 (1856 yılı) tarihli ilk düzenlemeden tam bir asır sonra 1956 yılında yürürlüğe giren 6830 sayılı İstimlak Kanunundan önce, ellibeşten fazla farklı kanun içerisinde kamulaştırmaya (istimlake) ilişkin hükümlerin yer aldığı tespit edilmiştir.<sup>159</sup>

Kamulaştırma mevzuatı, Tanzimatla başlayan düzenleme çalışmaları boyunca da hep dağınık olmuştur. Adeta her bir iş ya da iş grubu için ayrı bir kanun çıkartılması yoluna gidilmiştir. Genel ve soyut düzenlemeler yapmaya çalışırken de, bin yılı aşan meseleci yöntemin etkisinden kurtulmak kolay olmamıştır. Örneğin, Toplamda 23 yıl kadar yürürlükte kalan 1272 tarihli (1856 yılı) kararname döneminde, içinde kamulaştırma hükümlerini de içeren bazı çok önemli özel düzenlemeler (imara ilişkin özel kanunlar) de yürürlüğe konulmuştur: İlk önce, 1856 dan da önce 1848 yılında yürürlüğe konulan Ebniye Nizamnamesine işaret etmek gerekir. Hatta bu Nizamnameden de önce, 1839 yılında “İlmühaber” adıyla bir metin yürürlüğe konmuş, 9 yıl sonra Ebniye Nizamnamesi adıyla söz konusu düzenleme yapılmıştı. Bu Nizamname, sadece İstanbul için uygulanmak üzere 1272 (1856) tarihli kararnameden 8 yıl önce yürürlüğe konulmuştur. Adı geçen Nizamnameyi, 1849 yılında yerleşim yerleri bakımından genele şamil olması amaçlanan Ebniye Nizamnamesi takip etmiştir. Bu iki Nizamnamenin hükümlerini birleştiren ve özellikle İstanbul 6. Daire-i Belediyesi (Galata- Beyoğlu) için uygulanmak üzere “Zokaklara Dair

Nizamname” çıkartılmıştır. 1863 yılında ise, imar uygulamalarında ortaya çıkan ihtiyaçları karşılamak üzere “Turuk ve Ebniye Nizamnamesi”(Yollar ve Binalar Tüzüğü) adıyla yeni bir Nizamname yayımlandı. Toplam 49 maddeden ibaret bu Nizamname ile, zamanın gereklerine uygun sınırlı bir İmar Mevzuatı oluşturulmaya çalışıldı.<sup>160</sup> Bu mevzuatta, esas olarak binalar arasındaki yolların açılması ve yol yapılacak arazinin yol tarafından belli bir ölçüde yola terk konularının düzenlendiği görülmektedir. Örneğin, kırk dokuz (49) maddeden oluşan Turuk ve Ebniye Nizamnamesinde ele alınan konular şöyledir: İlk bölümün başlığı (1 ila 4. maddeler) Sokakların Tevsii(düzenlenmesi) dir. Burada, sokağın ara yol ya da anayol olmasına göre farklı hükümler sevk edilmiş, yola terk edilen alan da buna göre belirlenmiştir. İkinci başlık “Sokakları İstikametidir” (5 ila 11. maddeler). Üçüncü başlık “Muhterik Mahallat” (Yeni Mahalleler) (11 ila 14. maddeler) şeklinde devam etmektedir.<sup>161</sup>

“Turuk ve Ebniye Nizamnamesinin” 19 yıl uygulanmasından sonra, 1882 yılında toplam 43 yılı bulan imar mevzuatı uygulamaları tecrübesinden de yararlanılarak “Ebniye Kanunu” yürürlüğe konuldu. Bu Kanunda, şehir içi yolların açılması için yolun her iki tarafında da yer alan taşınmazların yüzde yirmibeşinin yola bedelsiz terk edilmesi hükmü düzenlendi. Bu miktarı aşan kısım söz konusu olduğunda, kamu yararı için istimlak hükümleri uygulanacak ve istimlak kanununa göre belirlenecek bedeli Belediye idaresi tarafından taşınmaz sahibine ödenecektir (Ebniye Kanunu, m.9).

<sup>160</sup> “Mutlak Krallıklar Dönemi” nin, insanoğlunun devletin hukukla bağlanmasına ilişkin serüvenindeki karşılığı, Polis Devleti(onun da öncesi “Mülk Devleti” anlayışıdır ki, bu aşamada Devlet, kralın mülkü sayılır; Mirasla intikal eder, hatta evlenmelerle devletler birleşebilir) aşamasına karşılık gelir: Aristokrasinin zayıflamasına bağlı olarak, Kralın yasaları, artık tüm ülkede geçerlidir; ancak bu yasalar, kralı ve onun adamlarını değil, sadece yönetilenleri bağlar.

<sup>161</sup> Avrupa’da gittikçe yayılan Doğal Haklar anlayışı, Okyanus’un karşı tarafında(yani ABD’de) az

1826 yılında Yeniçeri Ocağının kaldırılmasıyla şehirlerin yönetiminde başat role sahip kadıların gücü zayıflamış, şehirlerin yönetimi için yeni kurulan “ihtisab nezareti”nin (1826) de yetersiz kalması üzerine, “Ebniye-i Hassa Müdürlüğü” (1831) kurularak yapılaşma faaliyetleri bu kuruluşa bağlanmıştır. Bu kuruluş da, 1849 yılında İmparatorluğun genel imar ve bayındırlık işlerini yürütmekle görevli olan ve bazı isim değişiklikleri ile 1945 yılına kadar varlığını sürdüren Nafia Nezaretine<sup>162</sup> bağlanmıştır.

Osmanlı Devleti hukukunda, bu mevzuatın yanı sıra, yeni düzenlenen Belediye ve Vilayet idaresine ilişkin mevzuatta da kamulaştırmaya ilişkin hükümler yer almıştır: Modern anlamda ilk Belediye örgütlenmesine 1854 yılında İstanbul Şehremaneti’nin (İstanbul Belediyesi) kurulması ile başlanmıştır. Modern Belediyeciliğin hukuksal temellerini oluşturmak için önerilere hazırlaması göreviyle 1855 yılında kurulan İntizam-ı Şehir Komisyonu, bu alanda atılan diğer önemli bir adımdır. Bu Komisyonun önerileri esas alınarak İstanbul Şehremaneti içinde yer alan Galata ve Beyoğlu bölgeleri için oluşturulan Altıncı Daire-i Belediye’nin 1857 de kurulması, belediyecilik alanında önemli bir gelişme aşamasını temsil

---

da olsa Avrupa’dakinden önce karşılık bulmuştur denebilir: Fransız “İnsan ve Yurttaş Hakları” Bildirisine(1789) karşılık gelen “Amerikan Haklar Bildirgesi”, 1776 yılında(yani 13 yıl önce) yayımlandı. Bu süreçte, İngiliz Krallığı ile bu günkü ABD’nin temelini oluşturan 13 İngiliz Kolonisinin oluşturduğu Konfederasyon güçleri arasında yedi yılı bulan(1775-1783) bir “bağımsızlık savaşı” mücadelesinden sonra hazırlanan ABD Anayasası, gerekli halk oylamalarının ardından 1789 yılında resmen yürürlüğe girdi ve Konfederatif yapı da Federatif bir devlet yapısına evrilmiş oldu. ABD Anayasası, başlangıç kısmında tamamen doğal haklar yaklaşımı üzerine bir metin içerir(.... özgürlüğün nimetlerini kendimize ve gelecek kuşaklara sağlamak için bu Anayasayı takdir ve tesis ediyoruz). Bu nedenle, ABD Anayasasının ilk şeklinde herhangi bir temel haklar bölümüne de yer verilmedi. Çünkü devletin görevi, zaten halkın ve gelecek nesillerin mutluluğunu sağlamakdan ibaretti. Ancak daha sonra çeşitli haklar bildireleri ile Anayasaya çeşitli temel haklar dâhil edilmiştir.

eder. Bundan onbir yıl sonra yürürlüğe konulan 1868 tarihinde Dersaadet İdare-i Belediye Nizamnamesi (Başkent Belediye İdaresi Tüzüğü) ile, Altıncı Daire-i Belediye (Altıncı Belediye Dairesi) düzenlemesi toplamda 14 Belediye Şubesine ayrılan İstanbul'un tamamında uygulanmak istenmişse de, birkaç bölge dışında bunda pek başarı sağlanamamıştır.<sup>163</sup>

Taşrada ise, modern anlamda ilk mülki teşkilat yapılanması, 22 Ocak 1871 tarihli “İdare-i Umumiye-i Vilayat Nizamnamesi” ile atılmış ve bu nizamname ile taşradaki bazı beledi işler de düzenlenmeye çalışılmıştır. Daha sonra 1913 yılında bir Kanun-u Muvakkat (İdare-i Umumiye-i Vilayat Kanun-u Muvakkatı) ile Vilayet Yönetimi yeniden ve ayrıntılı bir şekilde yapılandırılmış, süreç içerisinde önemli değişiklikler geçirse de yakın zamanlara kadar da (90 yılı aşkın bir süre) uygulanmıştır.

1. Meşrutiyet Döneminde, Meclis-i Mebusan tarafından kabul edilerek 1877 yılında yürürlüğe konulan “Dersaadet Belediye Kanunu” ile, İstanbul önce yirmi belediye dairesine ayrılmışsa da, bir yıl sonra yapılan değişiklikle bu

---

<sup>152</sup> Miri rejim uygulanırken, en önemli konu devletin arazi vergilerinin(aşar) toplanmasıdır. Bunun için belli araziler, vergilerin toplanması amacıyla ihale edilirdi. Buna “iltizam” usulü, ihaleyi alana da “mültezim” denilmektedir. Belli bir bölgenin ihalesini alan mültezimler, arazinin kurak ya da sulak olmasına göre oran değişmekle birlikte, elde edilen ürünün en az onda birini (yani “aşarını”) vergi olarak toplamakta idi. Yalnız, mültezimlerin yasal hakları ile yetinmedikleri, çoğu zaman ürünün haksız yere yarısını bile aldıkları özellikle son yıllarda yoğun şikâyetlere konu olmaktadır. Bu nedenle, Cumhuriyet idaresinin kurulmasından sonra yapılan ilk yasal düzenlemelerden biri de “aşarın ilgası” olmuştur.(17 Şubat 1925 tarih ve 552 sayılı kanun). Eğer bu vergiler “iltizam usulüyle” değil de “emanet usulü”(doğrudan kamu görevlilerince) ile toplanmış olsaydı, belki de bu şikâyetler olmayacaktı. Gerçi, ilerleyen dönemlerde zaten nakit kullanımının yayılımına bağlı olarak aynı vergilerin çağının geçmesi kaçınılmazdı.

Aşar vergisi ile ilgili olarak 19. Yüzyılda Kars civarında söylenen şu anonim dörtlük, halkın konuya bakışını özetlemesi bakımından dikkat çekicidir: “Şalvarı şaltak Osmanlı, Eğeri kaltak Osmanlı, Ekende yok biçende yok, Yiyende ortak Osmanlı”.. (Karaman, A. “Kaşgar Gecesi Destanı”. Türk Dünyası Dil ve Edebiyat Dergisi (2017 ): 187-206)



sayı on (10) olarak sınırlanmıştır. Yine aynı yıl (1877 yılı) yürürlüğe konulan “Vilayat (vilayetler) Belediye Kanunu” ile de taşrada iller, ilçeler, nahiyeler ve hatta köylerde dahi Belediyeler kurulması kararlaştırılmıştır. Ancak Taşradaki Belediye uygulamasının, belli merkezler dışında pek başarılı olamadığı bilinmektedir.

1877 yılında oluşturulan ve İkinci Meşrutiyet döneminde 1913 yılında çıkartılan “Dersaadet Teşkilatı Belediyesi Hakkında Kanunu Muvakkat” ile yeniden düzenlenen İstanbul Belediyesi ve yine 1877 yılında yürürlüğe konulan Vilayetler Belediyelerine ilişkin hukuksal düzenlemeler, 1930 yılında TBMM tarafından kabul edilen 1580 sayılı Belediye Kanunu yürürlüğe girene dek uygulanmıştır . Bütün bu düzenlemeler içerisinde, kamulaştırmaya ilişkin çeşitli hükümler de yer almıştır.

İlgili her kuruluşun kendi kuruluş kanunu içerisinde kamulaştırmaya ilişkin özel hükümler sevk etme geleneği, Cumhuriyet döneminde de devam etmiştir. Örneğin, önce 1934 yılında 2497 sayılı “Belediyece Yapılacak İstimlak Hakkında Kanun” yürürlüğe konulmuş (toplam 23 madde) , 1939 yılında ise 3710 sayılı “Belediye İstimlak Kanunu” (27 madde) yürürlüğe konularak, 2497 sayılı kanun yürürlükten kaldırılmış, bu kanun da 6830 sayılı İstimlak Kanununun kabulüne kadar yürürlükte kalmıştır.

## II- Osmanlı - Türk Anayasalarında Kamulaştırmanın Düzenlenmesi

### 1) 1876 ve 1924 Anayasalarında Konunun Düzenlenişi

Tanzimat Fermanında(1839) yer alan “...herkes mal ve mülklerine tam bir serbestlikle malik ve tasarrufa ehildir, ona kimse müdahale edemez...” şeklindeki düzenlemeye paralel olarak, Yukarıda değinildiği üzere, 1876’da yürürlüğe giren Kanunu-u Esasi’nin 21. Maddesinde de; “Herkes usulen mutasarrıf olduğu mal ve mülkten emindir. Menafii umumiye için lüzumu sabit olmadıkça ve kanunu mucibince değer bahası peşin verilmedikçe kimsenin tasarrufunda olan mülk alınamaz” şeklinde mülkiyet hakkı düzenlemesi mevcuttur.

1924 Anayasa’sının “Türklerin Hukuk-u Ammesi “ başlıklı beşinci faslında(m.68-88) yer alan 74. Madde hükmüne göre de;

“MADDE 74.- Menafi-i umûmiye için lüzûmu usûlen tahukuk etmedikçe ve kanûn-u mahsûs mücibince değer bahâsı peşin verilmedikçe hiç bir kimsenin malı istimvâl ve mülkü istimplâk olunamaz”.

<sup>155</sup> Miri araziden ya Padişah tarafından doğrudan doğruya, ya da padişahın izni ile üst düzey görevliler tarafından vakıf yapılması mümkündür. Bizatihi Padişahlar tarafından, o devirlerde geçerli belli kamu hizmetlerinin yürütülmesi amacıyla vakıflar yapılmıştır(selatin vakıfları). Bu vakıflar, bu günkü kavramlarla niteleyecek olur isek, aslında birer idari kurumdur. Yine, Padişahın izni ile devlet üst yönetiminde bulunan kişilerin(vezirler, paşalar) de miri araziye dayalı vakıf kurması mümkündür. Miri araziden vakıf kurulmasında üç yöntem uygulanmakta idi: 1) Arazinin, sırf vergi gelirleri(aşar ve rüsumatı) tahsis edilerek kurulan vakıflar(bunlar aşarın kaldırılması ile konusuz kalmışlardır). 2)arazinin sadece tasarruf hakkı tanınarak kurulan vakıflar: Burada vakfedilen miri arazi vakfın mülkiyetine geçtiğinden, bu arazi isteklilere kiraya verilmek suretiyle vakıf gelir elde etmekte idi. Bu şekilde kurulan vakıfların arazisinden, aşar ve rüsum vergileri alınırdı. 3) Arazinin hem tasarruf hakkı, hem de vergi gelirleri(aşar ve rüsumatı) tahsis edilerek kurulan vakıflar. Aşar vergisi kaldırılmakla birlikte bu tür vakıflar varlıklarını korumuşlardır. Çünkü, arazinin tasarruf hakkı da vakfa aittir.

Bu düzenlemenin de, 1876 Kanun-u Esasisinde yer alan düzenlemeyle büyük ölçüde aynı olduğu görülmektedir. Yalnız, 1876 Anayasasında yer alan “Menafii umumiye için lüzumu sabit olmadıkça” ibaresi yerine, 1924 Anayasasında “Menafi-i umûmiye için lüzûmu usûlen tahakkuk etmedikçe” ibaresi kullanılmakta, taşınmazı kamulaştırılacak malike daha fazla yasal usuli güvenceye dayanak olmaya müsait bir düzenleme yapılmış bulunmaktadır. 1924 Anayasası, ilaveten İstimval (taşınır kamulaştırılması) konusunda da hüküm sevk etmekte, onu da taşınmaz kamulaştırması ile aynı şekilde düzenlemektedir. Her iki Anayasada da, taşınmazın “değer pahasının peşin verilmesi” kuralı getirilmektedir. Buradaki “değer paha”nın “rayiç değer” olarak anlaşılması gerekir.

1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisinin 17. Maddesinde mülkiyet hakkının “kutsal bir hak” olduğu vurgulanmakta ve şöylece düzenlenmektedir:

“Mülkiyet dokunulmaz ve kutsal bir hak olduğu için, yasaların belirlediği kamusal gereklilik açıkça doğmadıkça ve meşru bir tazminat ödenmedikçe kimse bu haktan yoksun bırakılamaz”. Bu metinde yer alan “meşru bir tazminat ödenmedikçe” ibaresi yerine, her iki anayasada da “değer pahasının peşin verilmesi” ibaresi kullanılmaktadır. Ancak, yasaların

<sup>154</sup> Bunun yanı sıra bir de “haraci arazi” çeşidinden söz edebiliriz. Burada da arazinin mülkiyeti devlete ait olmakla birlikte, kullanım hakkı fetihten önceki dönemdeki hak sahiplerine bırakılmıştır. Bu arazilerden alınan vergiye haraç denilmekte ve bu da arazinin toplam gelirinin arazinin verimlilik durumuna göre belli bir oranına karşılık gelmektedir. Genel olarak haraci araziden alınan vergilerin öşürlü araziden alınan emsallerine göre biraz daha yüksek olduğu anlaşılmaktadır. Bu konularda fazla bilgi için bk. Tekin, A. S. “Klasik Dönem Osmanlı Devleti İktisadi ve İçtimai Düzeninde Vergi Sistemi”. Akademik Tarih ve Araştırmalar Dergisi 1 (2019 ): 52-71

<sup>155</sup> Koçibey Risalesi, yayına hazırlayan: Zuhuri Danişman, Türk Kültürü Kaynak Eserleri Dizisi, MEB Devlet Kitapları, 1972.

Anayasaya uygunluğunun yargısal denetimini sağlayacak bir Anayasa mahkemesi henüz bu Anayasalar döneminde mevcut olmadığından, Anayasaya aykırı yasalar çıkartılması önlenememiştir. Nitekim, 1924 Anayasası dönemi içinde 1956 yılında yürürlüğe giren 6830 sayılı İstimlak Kanununun bazı hükümleri, 1961 Anayasası ile Anayasal denetimin getirilmesi sebebiyle ilerleyen yıllarda Anayasayla düzenlenen mülkiyet hakkına aykırı bulunarak iptal edilebilmiştir.

## 2) **Kamulaştırma'nın 1961 Anayasası Dönemindeki Serüveni:**

“Mülkiyet Hakkı” ve onun önemli bir sınırlamasını teşkil eden “Kamulaştırma” konusu, 1961 Anayasasının “Temel Haklar ve Ödevler” Başlıklı İkinci Kısımının “Kişinin Hakları ve Ödevleri”(m.14-34) başlıklı bölümünde değil “Sosyal ve İktisadi Haklar ve Ödevler”(m.35-53) başlıklı bölümünde düzenlenmiştir. Anayasanın bu sistematik yaklaşım farklılığını, o yıllarda dünyanın içinde bulunduğu ideolojik iklimin ve demokratik ülkelerde yükselen değer olan “sosyal devlet” ilkesinin bir etkisi olarak değerlendirmek mümkün olabilir. 1982 Anayasası sistematüğinde ise, “mülkiyet hakkı” artık “Kişinin Hakları ve Ödevleri” kısmında düzenlenirken, taşınmaz mülkiyeti bakımından onun bir sınırlamasını teşkil eden “kamulaştırma” konusu “Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler” kısmında düzenlenmeye devam edilmiştir.

1961 Anayasasında,” kamulaştırma” nın düzenlendiği 38. Maddenin serüveni de oldukça ilginçtir. Bu Anayasanın “Kamulaştırma” başlıklı 38. Maddesinin ilk şekli şöyle idi:

“MADDE 38 – Devlet ve kamu tüzel kişileri, kamu yararının gerektirdiği

hallerde, gerçek karşılıklarını peşin ödemek şartıyla, özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların, kanunda gösterilen esas ve usullere göre, tamamını veya bir kısmını kamulaştırmaya veya bunlar üzerinde idari irtifaklar kurmaya yetkilidir” .

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

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

Görüldüğü üzere, buradaki düzenlemede de, kamulaştırılan taşınmazın gerçek(rayıç) karşılığının peşin olarak ödenmesi esası getirilmektedir. Bu bakımdan, 1876 Anayasasından beri oluşan hukuksal kültür korunmuştur. Sadece, sınırlı olarak sayılan dört amaç için yapılan kamulaştırmalarda, ödeme süresi on yılı geçmemek üzere, eşit taksitler halinde ödeme yapılması da mümkündür. Ancak bu halde, ödenecek taksitlere kanunla gösterilen faiz uygulanacaktır. Bu düzenlemedeki en önemli sorun, taksitle yapılacak ödemelerde, taksit sürelerinin on yıla kadar uzayabildiği durumlarda, taksitlere piyasa faizinin değil yasal faiz(kanunla gösterilen

faiz) uygulanabilmesidir. O yıllarda yasal faizi düzenleyen ve 04.12.1984 tarih ve 3095 sayılı kanunla yürürlükten kaldırılan 22 Mart 1303 tarihli Murabaha Nizamnamesine göre, yıllık faiz %9 olarak uygulanmaktaydı ve faiz sadece ana paraya uygulanıyor, bileşik faiz uygulanması da yasaklanıyordu. Bu durumda, zaman zaman yüzde yüzlere bile ulaşan enflasyon oranları döneminde, mali kamulaştırılan malikin kalan taksitler bakımından enflasyon oranına bağlı olarak büyük kayıplara uğrayacağı, özellikle kamulaştırma işleminin birkaç yıl sonrasında itibaren ödenen taksitlerin anlamını yitireceği açıktır. Böylece, taşınmazının önemli bir kısmı gerçek karşılık ödenmeksizin elinden alınan malikin mülkiyet hakkının anlamsız hale geldiği, bu suretle kamulaştırma işlemi ile mülkiyet hakkının özüne dokunulduğu görülmektedir.

Ama asıl devam eden yıllarda, kamulaştırmaya ilişkin bahse konu Anayasa maddesi mülkiyet hakkı bakımından çok daha vahim düzenlemelere sahne olmuş, 20.09.1971 tarih ve 1488 sayılı kanunla Anayasanın 38. Maddesinde yapılan değişiklikle, bütün kamulaştırma işlemleri bakımından kamulaştırma bedelinin belirlenmesinde “gerçek karşılık”(rayiç değer) ölçütü de terk edilerek “vergi beyan değeri” ölçütü getirilmiştir ki, yapılan bu düzenlemenin mülkiyet hakkının özüne dokunan bir düzenleme olduğu, hatta çoğu kez bu hakkı anlamsızlaştırdığı çok açıktır. Üstelik bu maddede yapılan değişikliklerle, kişilerin mülkiyet hakkının korunması bakımından başka olumsuz düzenlemeler de getirilmiştir. Örneğin, taksitle ödeme yapılabilecek kamulaştırma konuları artırılmış, bazı amaçlarla yapılan kamulaştırmalarda da taksit süresi yirmi yıla çıkartılmıştır. Bu düzenlemelerde, miri rejimden tevarüs eden “toprakların mülkiyetinin esasen devlete ait olduğu” şeklinde yüzyıllarca uygulanıp

kültürel kodlarımıza nüfuz eden taşınmaz mülkiyeti anlayışının etkilerini görmek mümkündür. Ancak, 1971 yılında 38. Maddede yapılan bu mülkiyet hakkının özüne dokunur nitelikteki Anayasa değişikliklerinden bazıları, 1976 yılında Anayasa Mahkemesince iptal edilmiştir. 20.09.1971 tarih ve 1488 sayılı kanunla Anayasanın 38. Maddesinde yapılan değişiklikler sonrasında madde şu şekli almıştır:

“MADDE 38 — “Devlet ve kamu tüzel kişileri kamu yararının gerektirdiği hallerde, karşılıklarını peşin ödemek şartıyla, özel mülkiyette bulunan taşınmaz malları, kanunla gösterilen esas ve usullere göre, tamamını veya bir kısmını kamulaştırmaya ve bunlar üzerinde idarî irtifaklar kurmaya yetkilidir”.

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

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

“Çiftçinin topraklandırılması, ormanların Devletleştirilmesi, yeni orman yetiştirilmesi ve iskân projelerinin gerçekleştirilmesi amaçlarıyla kamulaştırılan taşınmaz mal ve kıyıların korunması ve turizm amacıyla

---

<sup>157</sup> Bu konuda şu eserlere bakılabilir: Cin, Halil; Miri Arazi ve Bu Arazinin Mülk Haline Dönüşümü, AÜHF Yayınları, No:290, Sevinç Matbaası, 1969; Barkan, Ömer Lütfi; “Türk Toprak Hukuku Tarihinde Tanzimat ve 1274 (1858) Tarihli Arazi Kanunnamesi”, “Türkiye’de Toprak Meselesi” içinde, İstanbul, Gözlem Yay., 1980, s. 291-375.

kamulaştırılan toprak bedellerinin ödeme şekli kanunla gösterilir”.

Kanunun taksitle ödemeyi öngördüğü hallerde çiftçinin topraklandırılması, ormanların Devletleştirilmesi, yeni orman yetiştirilmesi ve iskân projelerinin gerçekleştirilmesi için konulacak süre yirmi yılı; kıyıların korunması ve turizm amacıyla yapılacak kamulaştırmalarda ise bu süre on yılı aşamaz. Bu takdirde taksitler eşit olarak ödenir ve kanunla gösterilen faiz haddine bağlanır”.

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

Görüldüğü üzere, bu değişiklikle, kamulaştırılan taşınmazın bedelinin ödenmesinde “gerçek karşılık” ölçütü terkedilmiş, “kanuna göre beyan edilen vergi değeri” kamulaştırma bedelinin üst sınırı olarak kabul edilmiştir. Üstelik, bazı kamulaştırmalarda (çiftçinin topraklandırılması, ormanların Devletleştirilmesi, yeni orman yetiştirilmesi ve iskân projelerinin gerçekleştirilmesi için) yapılacak taksitle ödemelerde süre, on yıldan yirmi yıla çıkartılmıştır. Hem “vergi beyan değeri” şeklinde bir üst sınır belirlenmesi, hem de kanuni faiz oranı uygulanacak taksit süresinin yirmi yıla çıkartılması, aslında kamulaştırma adı altında kişilerin taşınmazlarına göstermelik bir bedel karşılığında idareye el koyma yetkisinin tanınmasından başka bir anlam taşımamaktaydı.

<sup>158</sup> Tekin, A. S. “Klasik Dönem Osmanlı Devleti İktisadi ve İctimai Düzeninde Vergi Sistemi”. Akademik Tarih ve Araştırmalar Dergisi 1 (2019 ): 52-71.



Anayasa Mahkemesi, Antalya 1. Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından Anayasaya aykırılık itiraz başvurusu üzerine önüne gelen bir davada, Anayasanın 1971 tarih ve 1488 sayılı kanunla değişik 38. Maddesinin 2. ve 3. Fıkralarının hakkın özüne dokunan bir düzenleme içerdiği, böyle bir düzenlemenin Cumhuriyetin niteliklerinden olan Hukuk Devleti ilkesine aykırılık teşkil ettiği, bu durumda anılan değişikliğin Anayasanın 9.maddesinde düzenlenen “teklif edilme yasağı” kapsamında kaldığını tespit ederek iptaline (oy çokluğu ile) karar vermiştir. Böylece, maddenin sadece kamulaştırma bedelini vergi beyan değeri ile ilişkilendiren ve kamulaştırma bedelinin bu değeri aşamayacağını düzenleyen hükümleri iptal edilmiştir. Ancak, kamulaştırma bedelinin bazı durumlarda on yıl, bazı durumlarda yirmi yıl eşit taksitlerle ödenmesi ve bu taksitlere güncel faizin değil, yasal faizin(Murabaha nizamnamesi ile belirlenen yıllık %9 oranının) uygulanmasına ilişkin düzenlemeler Anayasa maddesinde(“Kamulaştırma” başlıklı 38. Maddede) kalmaya devam etti. Ayrıca, bahse konu Anayasa maddesinin ilk şeklinde yer alan ve kamulaştırılan taşınmaz için kural olarak peşin ödeneceği belirtilen “gerçek karşılık” ifadesi yerine 1488 sayılı kanunla değiştirilen şekliyle sadece “karşılık” ifadesi de kullanılmaya devam edildi.

### **3) Kamulaştırma Serüveni’nin 1982 Anayasası Dönemindeki Bölümü**

1982 Anayasasında, 1961 Anayasasından farklı olarak, “Mülkiyet Hakkı”(m.35) konusu “Kişinin Hakları ve Ödevleri” kısmında düzenlenirken, “Kamulaştırma” ya “Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler” başlıklı bölümde yer verilmiştir. Bu sistematik fark dışında, her iki Anayasada da Mülkiyet hakkı tamamen aynı ifadelerle düzenlenmiştir. Buna karşılık,

Kamulaştırma konusu hem yer verilen bölüm, hem de içerik bakımından bazı farklılıklar içermektedir.

1982 Anayasasının ilk şeklinde “Kamulaştırma” başlıklı 46. Madde şu şekildedir:

“D. Kamulaştırma MADDE 46. — Devlet ve kamu tüzelkişileri; kamu yararının gerektirdiği hallerde, karşılıklarını peşin ödemek şartıyla, özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların tamamını veya bir kısmını, kanunla gösterilen esas ve usullere göre, kamulaştırmaya ve bunlar üzerinde idarî irtifaklar kurmaya yetkilidir. Kamulaştırma bedelinin hesaplanma tarz ve usulleri kanunla belirlenir. Kanun kamulaştırma bedelinin tespitinde vergi beyanını, kamulaştırma tarihindeki resmi makamlarca yapılmış kıymet takdirlerini, taşınmaz malların birim fiyatlarını ve yapı maliyet hesaplarını ve diğer objektif ölçüleri dikkate alır. Bu bedel ile vergi beyanındaki kıymet arasındaki farkın nasıl vergilendirileceği kanunla gösterilir.

Kamulaştırma bedeli, nakden ve peşin olarak ödenir. Ancak tarım reformunun uygulanması, büyük enerji ve sulama projeleri ile İskân projelerinin gerçekleştirilmesi, yeni ormanların yetiştirilmesi, kıyıların korunması ve turizm amacıyla kamulaştırılan toprakların bedellerinin ödenme şekli kanunla gösterilir. Kanunun taksitle ödemeyi öngörebileceği bu hallerde, taksitlendirme süresi beş yılı aşamaz; bu takdirde taksitler eşit olarak ödenir ve peşin ödenmeyen kısım Devlet borçları için öngörülen en yüksek faiz haddine bağlanır. Kamulaştırılan topraktan, o toprağı doğrudan doğruya işleten küçük çiftçiye ait olanlarının bedeli, her halde peşin ödenir”. Maddenin bu ilk şeklinde dikkat çeken hususlar şunlardır:

**Kamulaştırma Bedeli:** Kamulaştırılan malın gerçek karşılığında değil, 1961 Anayasasının 38. Maddesinin değişik şeklinde olduğu gibi, sadece “karşılık”tan söz edilmektedir. Oysa, 1961 Anayasasının ilk şeklinde bu ifade “gerçek karşılık” şeklinde yer almıştı. Hatta önceki (1876 ve 1924) Anayasalarda da gerçek karşılık anlamına gelen “değer paha” dan söz edilmektedir. Bu bakımdan, 1982 Anayasasının ilk şeklinde de, mülkiyet hukuku anlayışı bakımından 1961 Anayasasının 1971 değişikliğindekine benzer şekilde ciddi bir geriye gidiş olduğu gözlenmektedir.

İkinci olarak, maddede kamulaştırma bedelinin tespitinde dikkate alınacak hususlar sayılmakta ve bunlardan biri olarak “vergi beyanı” na da yer verilmiş bulunmaktadır. Ama, 1971’deki Anayasa değişikliğinden farklı olarak, vergi beyan değeri kamulaştırma bedelinin tespitinde tek unsur olmayıp, “resmi makamlarca yapılmış kıymet takdirleri, taşınmaz malların birim fiyatları ve yapı maliyet hesapları” da kamulaştırma bedelinin tespitinde dikkate alınacak diğer hususlar olarak belirtilmektedir. Maddede bu unsurlar tüketici şekilde sayılmamış olup, “diğer objektif ölçütler” şeklinde bir yollama da yapılmaktadır. Ancak bu sayılan ölçütlerden; vergi beyan değeri zaten önceki Anayasa döneminde yukarıda izah edildiği üzere, mülkiyet hakkının özüne bir müdahale sayılmış ve Anayasa Mahkemesince 1976 yılında verilen bir kararla iptal edilmişti. Sayılan diğer unsurlardan, kamulaştırma bedelinin tespitinde özellikle yapı maliyet bedelinin bir unsur olarak ele alınması, üzerinde bina bulunan taşınmazlar bakımından, malı kamulaştırılan taşınmaz maliki aleyhine bir ölçüttür. Çünkü yapı maliyet hesapları, daima gerçek (rayiç) bedelin çok altında

<sup>159</sup> Gözübüyük, A. Ş. “Yeni İstimlak Kanunu”. Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 11 (1956),s.158-169.

kalmaktadır. Resmi makamlarca yapılmış kıymet takdirleri veya taşınmaz malların birim fiyatları gibi unsurlar da, rayiç değerlere değil tıpkı vergi beyan değerinde olduğu gibi piyasa fiyatının altındaki değerlere karşılık gelecektir. Özetle, bu düzenleme kamulaştırılacak malın malikinin haklarını gözetmeyen, ona ağır ve özel bir fedakârlık yükleyen, hatta çoğu durumda hakkın özüne dokunacak derecede ağır müdahalelere yol açacak nitelikteki düzenlemelerdir.

Maddede, 1961 düzenlemesine göre olumlu ve daha adil sayılabilecek hususlar ise şunlardır:

Bir defa, belli kamulaştırmalarda aynı şekilde idareye kamulaştırma bedelini taksitli ödeme imkanı tanınmakla birlikte, bu taksitlerin süresi ve sayısı en fazla “beş yılda beş eşit taksit”le sınırlanmaktadır. Oysa önceki Anayasada bu düzenleme 10 yıl olarak yapılmış, hatta 1971 yılında yapılan değişiklikle bazı amaçlarla yapılan kamulaştırmalar bakımından bu süre yirmi yıla kadar uzatılmıştı.

İkinci ve çok daha önemli bir husus, taksitli ödemelerde taksitlere uygulanacak faizin” Devlet borçları için öngörülen en yüksek faiz haddi” olarak belirlenmiş olmasıdır. Bilindiği üzere, önceki Anayasal

---

<sup>160</sup> Nizamname metni ve o dönemde yürürlüğe konulan düzenlemeler hakkında genel bilgi için bk. Seyitdanlioğlu, Mehmet; “Turuk ve Ebniye Nizamnamesi ve Getirdikleri”, Çağdaş Yerel Yönetimler, cilt 5, Sayı 4 (Temmuz 1996), ss. 67-81

<sup>161</sup> Kanunun tamamı hakkında bir fikir edinilmesi bakımından, diğer bazı başlıkları da şöylece belirtebiliriz:”Ebniyenin Sokak Yüzünde Olan Çıkma ve Çıkındıları”(m.15-19), İrtifa-ı Ebniye(Bina Yüksekliği)(m.20-23), “Harik Hakkında Tedabir”(Yangın Hakkında Tedbirler)(m.24-29) şeklinde devam etmektedir. Hatime(son hükümler) kısmında (m.48), bu nizamnamenin İstanbul Belediyesinin yanı sıra, Bilad-ı Selase ve şehirlerde ve büyücek kasabalarda uygulanacağı belirtilmektedir.

düzenlemede bu faiz, kanuni faiz oranı olarak yer almıştı ve bu durum taksite bağlanan kamulaştırma bedellerinde özellikle yüksek enflasyon gerçekleşen yıllarda taşınmaz malikinin büyük zararına yol açmakta, hatta taşınmazının önemli bir kısmının gerçekte bedelsiz olarak malikin elinden çıkması anlamına gelmekte idi. Oysa, Devlet Borçları için öngörülen faiz oranı, daima kanuni faizden önemli oranda yüksektir ve enflasyonist ortamlarda daha gerçekçi bir oranı ifade eder. Bu oran, 6183 sayılı AATUHK'nun 51. Maddesine göre belirlenmektedir.

Anayasa'da 2001 yılında Avrupa Birliği Üyeliği hedefinin oluşturduğu siyasal iklimin de yardımıyla, 2001 yılında 03.10.2001 tarih ve 4709 sayılı kanunla (içinde kamulaştırma başlıklı 46. Maddenin de yer aldığı) otuz aşkın maddede değişiklikler yapıldı. Bu değişiklik sonrasında halen de yürürlükte olan Anayasanın 46. Maddesi şu şekli almıştır:

Madde 46. - “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”.

“Kamulaştırma bedeli ile kesin hükme bağlanan artırım bedeli nakden ve peşin olarak ödenir. Ancak, tarım reformunun uygulanması, büyük

<sup>162</sup> Arada bazı kesintiler birleşmeler ve isim değişiklikleri olsa da, Nafia Nezareti, son dönemde Nafia Vekaleti ismini alarak 1945 yılına kadar devam etmiş ve bu tarihte Bayındırlık ve İskan Bakanlığına, 2011 yılından itibaren de Çevre ve Şehircilik Bakanlığına dönüşerek varlığını sürdürmüştür. Bu bakanlığın son ismi “Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı” olmuştur. Bu satırların yazarı olarak bizzat ben, 1960'lı yıllarda ve hatta yetmişlerin başında karayolları teşkilat ve faaliyetlerinden büyüklerin hep “Nafia” olarak bahsettiklerine tanık olmuşumdur.

enerji ve sulama projeleri ile iskân projelerinin gerçekleştirilmesi, yeni ormanların yetiştirilmesi, kıyıların korunması ve turizm amacıyla kamulaştırılan toprakların bedellerinin ödenme şekli kanunla gösterilir. Kanunun taksitle ödemeyi öngörebileceği bu hallerde, taksitlendirme süresi beş yılı aşamaz; bu takdirde taksitler eşit olarak ödenir”.

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

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

Maddede yapılan temel değişiklikleri şöylece tespit etmek mümkündür:

**-Gerçek Karşılık esasına dönülmesi:** İlk ve en önemli değişiklik, kamulaştırma bedelinin tespitinde gerçek karşılık esasına yeniden dönmüş olmasıdır. Buna bağlı olarak, kamulaştırma bedelinin tespitinde, taşınmaz sahibi aleyhine olan vergi beyan değeri gibi birtakım ölçütlerin uygulanmasına ilişkin düzenlemeler madde metninden çıkartılmıştır.

**-Kanuni Faiz zorunluluğunun kaldırılması:** Maddede yapılan çok önemli bir diğer değişiklik, taksite bağlanmış kamulaştırmalarda, taksitlere kamu alacakları için uygulanan en yüksek faiz oranı uygulanması düzenlemesi yapılmış, buna ilave olarak da herhangi bir sebeple ödenmemiş kamulaştırma bedelleri için de aynı şekilde uygulama yapılması düzenlenmiş, yani bu uygulamanın alanı da genişletilmiştir. Nitekim

Yargıtay 12. Hukuk Dairesi tarafından verilen 2018/6132 E. , 2019/8857 K. Sayılı kararda, kamulaştırmatsız el atmadan kaynaklanan davada tespit edilen taşınmaz bedeline Anayasa'nın 46/son maddesi hükmü uyarınca, kamu alacakları için öngörülen en yüksek faiz oranının uygulanması gerektiğine hükmedilmiştir.

Aynı Dairece 2011 yılında verilen 15.11.2011 tarih ve 2011/5396-22096 E-K sayılı kararda da; "Açıklanan nedenlerle, kamulaştırma bedelinin arttırılması ilamlarında olduğu gibi, kamulaştırmatsız el atma ilamlarında da ilamın kesinleştiği tarihe kadar geçen dönem için ilam uyarınca yasal faiz, kesinleşme tarihinden sonraki dönem için ise, 17.10.2001 tarihinde yürürlüğe giren 4709 Sayılı Kanunla değişik Anayasa'nın 46/son maddesi hükmü uyarınca, kamu alacakları için öngörülen en yüksek faiz oranının uygulanması gerekir" denilmektedir. Burada Dairenin, araya bir yasal düzenleme girmeksizin doğrudan Anayasa Maddesindeki düzenlemeyi(m.46/son) uygulaması dikkat çekicidir. Nitekim, somut düzenleme içeren anayasal hükümlerin mahkemelerce doğrudan doğruya uygulanabileceği öğretide de genel kabul görmektedir.

Aslında, sadece kesinleşme tarihinden sonraki dönem için değil, ilk derece mahkemesi kararında belirlenen bedelin sonradan arttırılması durumunda, bu arttırıma karar verilen tarih ile ilk derece mahkemesi kararı arasında geçen süreye de kamu alacakları için öngörülen en yüksek faiz oranının uygulanması, incelemekte olduğumuz anayasal düzenlemenin zorunlu bir

gereğidir. Bu nedenle, 2013 yılında 6459 sayılı kanunun 6. Maddesi ile kamulaştırma kanununun 10. Maddesine eklenen ek fıkrada yer alan “Kamulaştırma bedelinin tespiti için açılan davanın dört ay içinde sonuçlandırılmaması hâlinde, tespit edilen bedele bu sürenin bitiminden itibaren kanuni faiz işletilir” düzenlemesinde yer alan “kanuni faiz işletilir” ibaresinin, “kamu alacakları için öngörülen en yüksek faiz oranının uygulanır” şeklinde değiştirilmesi, Anayasada yer alan düzenlemeye uygun düşecektir. Diğer bir ifadeyle, bahse konu 10. maddede yer alan “...kanuni faiz işletilir” ibaresi izah edilen nedenlerle Anayasaya açıkça aykırı düşmektedir.

### **III- Yasal Düzenlemelerin İrdelenmesi:**

Bu başlık altında, kamulaştırmaya ilişkin son iki yasal düzenleme irdelenecektir. Bunlar, yürürlükteki kamulaştırma kanunu(2942 sayılı kanun) ve bu kanunla yürürlükten kaldırılan önceki kamulaştırma kanunudur(6830 sayılı istimlak kanunu).

#### **1) Mülga İstimlak Kanununun İncelenmesi:**

6830 sayılı mülga İstimlak Kanunu, yürürlük ve yürütme maddeleri dahil, 38 maddeden müteşekkildir ve beş adet de geçici maddesi vardır. 4 Recep 1272 (11 Mart 1856) tarihli “Saltanat-ı Seniyyenin Menâfi-i Umûmiyyeye Dâir Şeylerin Tanzimi Hâlinde Lüzumu Olub Kıymet-i Lâyıkasıyla Sahiplerinden Mübâyaa Edeceği Arâzi Vesâire Hakkında Nizamnâme” ile başlayıp, 6 Aralık 1879(24Teşrinisani 1295) tarihli “Menafii Umumiye İçin İstimlak Kararnamesi” ile devam eden,



ayrıca bu iki kanun zamanında yürürlükte bulunan birçok müstakil düzenlemeye de konu olan bir asırlık İstimlak(kamulaştırma) uygulaması tecrübesinden de yararlanılarak, kanunun yürürlüğe girdiği 1956 yılı şartlarında günün ihtiyaçlarına en uygun bir istimlak usulü düzenlenmesine çalışılmıştır. Bugünkü kamulaştırma yasamızda düzenlenen usuli kuralların birçoğu bu yasada önemli ölçüde belirginleşmiş durumdadır.

6830 sayılı istimlak yasasının ilk öne çıkan özelliği, yürürlükteki onlarca istimlak kanunu tek bir kanun içerisinde toplayarak sistemleştirmeye çalışmasıdır. Öncelikle, kanunun kapsam maddesi, bütün kamunun istimlak ihtiyacını karşılayacak şekilde geniş tutulmuştur. Gerçekten de, kanunun hem amaç hem de kapsamını belirleyen “mevzuu” başlıklı ilk maddesinde bunu görmek mümkündür:

**Mevzu:**

Madde 1 – “Âmme hükmi şahısları ile müesseseleri tarafından umumi menfaatler için lüzumlu işlere tahsis edilmek üzere hususi şahıslara ait gayrimenkullerin ve kaynakların istimlâki ile hususi şahıslar lehine mahsus kanunlarına müsteniden yapılacak istimlâkler bu kanun hükümlerine tabidir”.

“İdare tabiri” de, kamu hizmeti gören özel hukuk şahıslarını da kapsayacak şekilde kanunun 2. Maddesinde şöyle tanımlanmaktadır:

**İdare tâbiri:** Madde 2 — Bu kanunda (îdare) tâbiri ile, lehlerine istimlâk salâhiyeti tanınan âmme hükmi şahısları, müesseseleri ve hususi şahıslar kasdolunmuştur.

Kanun, “istimlak şartları” başlıklı 3. Maddesinde ise, kamu tüzel kişilerinin ancak kendi görevlerine giren bir amacı gerçekleştirmek üzere kamulaştırma yapabileceklerini açıkça düzenlemiş, böylece kamulaştırma işlemi bakımından idari kuruluşlara hem genel bir yetki vermiş, hem de açıkça yetki sınırlaması getirmiş(ancak kendi görevlerine giren bir amacı gerçekleştirmek üzere kamulaştırma yapabilmek) ve bununla yetinmiştir. Oysa bu kanunla kaldırılan 1295(1879) tarihli Umumi İstimlâk Kararnamesinde, kamulaştırmanın hangi işler için yapılabileceği teker teker sayma yöntemi ile belirtilmişti ve bu sebeple de orada sayılmayan bir konuda kamulaştırma yapılabilmesi için, yeni bir kanun çıkartılması gerekmekte idi. Önceki kamulaştırma mevzuatındaki dağınıklığın bir sebebi de, işte kanun yapma tekniğindeki bu tutum olmuştur. Kaldırılan 1295 tarihli Umumi İstimlak Kararnamesinin 1. Maddesinde kapsam şöyle belirtilmişti:

“Müceddeden sokak ve meydan ve Pazar yerleri ve iskele küşat ve tesis veya tevsii ve memleket bahçeleri ve mesireler ve su yolları tanzimi ve nehir ve cetvellerin seyrüsefaine kabil ve tuğyanı hail surete getirilmesi ve liman ve dok, demir ve şose yolları ve çeşme ve yangın havuzları ve hastahane ve darülaceze ve darüleytam ve kışla ve hükümet konağı ve hapishane ve tarafı Devletten ve cemaat canibinden umumi mektepler tesisi hıfzı sıhhat ve defî mazarratı beldeye ait bilcümle inşaat ve ameliyat ve menafii umuma şamil hususatı saire için bittakdir bedeli misli verilerek

eshabından ebniyeli ve ebniyesiz arazi ve çiftlikat mubayaasına menafii umumiye için istimlak itlak olunur”.

Görüldüğü üzere, maddede kamulaştırmanın menafii umumiye(kamu yararı) için yapılacağı belirtilmekle beraber, hangi somut amaçlara yönelik olarak kamulaştırma yapılacağı sayma yoluyla belirtilmeye girişilmiştir. Kanunlaştırma(genel ve soyut kural koyma) tekniğine pek uygun olmayan bu usulün bir sonucu olarak da, zaman içerisinde ortaya çıkan farklı ihtiyaçlar nedeniyle, farklı kamu idareleri için özel olarak kamulaştırma kanunları yapılmak yoluna gidilmiştir. Bunun sonucu olarak da kamulaştırma mevzuatı çok dağınık hale gelmiş, bahse konu mevzuatın tek bir kanunda toplulaştırılması işlemi 1956 yılında yürürlüğe giren İstimlak Kanunu ile yapılmaya çalışılmıştır. Ancak, aşağıda görüleceği üzere, yine de birçok özel kanunda kamulaştırmaya ilişkin özel hükümler kaldırılmadığı için, bu kanundan sonra da yürürlükte olmaya devam etmiştir.

**“İstimlâk şartları umumiyetle :** Madde 3 — İstimlâk, ancak bunu yapacak idarenin kanunen ifasına memur bulunduğu âmme hizmetinin veya teşebbüsün yürütülmesine lüzumlu gayrimenkullerin ve kaynakların bu kanunhükümleridairesinde değer pahası peşin verilme şartıyla yapılabilir”. Görüldüğü üzere, 1295 sayılı İstimlak Kararnamesinde olduğu gibi kamulaştırmanın yapılacağı somut amaçlar tek tek sayılmak yerine, “istimlak yapacak idarenin bunu ancak kanunen ifasına memur bulunduğu (yasal olarak görevli olduğu) hizmetler” için yapabileceği belirtilmiştir. Bu düzenleme, yasa yapma tekniği bakımından önceki düzenlemeye nazaran oldukça başarılıdır: Böylece kamu idarelerine hem genel bir kamulaştırma

yetkisi verilmekte, hem de bu yetkiye genel bir sınırlama getirilmektedir. Kanunda düzenlenen usule göre; İstimlak kararı verebilecek merciler ile bu kararları tasdik edecek merciler (5 ve 6. maddeler) tek tek belirlenmiş, istimlake hazırlık işlemleri (m.7), satınalma usulünün denenmesi (m.8), kıymet takdiri komisyonlarının oluşturulması (m.10,11) ve kıymet takdiri esasları (m.11), kısmi istimlak (m.12), kamulaştırma işlemine karşı yargıya başvurulması (m.13,14) ve mahkemelerce Bilirkişi seçimi (m.15), acele işlerde el koyma ve taşınmazın tahliyesi (m.16 vd.), istimlakten vazgeçme (m.21,22) ve malikin geri alma hakkı (m.23,24), mübadele (trampa) yoluyla kamulaştırma (m.26), acele istimlak (m.27), Bir idareye ait malın diğer idareye verilmesi (m.30), cezai hükümler (m. 31-34) düzenlenmiştir. Madde başlıklarından da görüleceği üzere, bu günkü yürürlükteki kamulaştırma usulümüzün bütün esaslı unsurları - elbette kendi zamanının hukuk anlayışı çerçevesinde olmak üzere - bu kanunda da yer almaktadır.

Kanunun, “Kaldırılan Kanunlar” başlıklı 35. Maddesi, kaldırılan veya kaldırılmayan(mahfuz tutulan) kanunlarla, kamulaştırma mevzuatının o tarihteki dağınıklığının adeta bir göstergesi gibidir:

### **Kaldırılan kanunlar:**

Madde 35 — “1295 tarihli Umumi İstimlâk Kararnamesi, millî müdafaa ihtiyaçları için yapılacak istimlâkler hakkındaki 3887 ve Devlet Demiryolları istimlâkleri hakkındaki 929 sayılı kanunlar ile 6186 sayılı kanunun 23 üncü maddesi ve Belediye istimlâkleri hakkındaki 3710 sayılı Kanunla bu kararname ve kanunların ek ve tadilleri, 3908 sayılı kanunun 2 ve 3 üncü, 4036 sayılı kanunun 35 inci, 4623 sayılı kanunun 18 inci maddeleri ile 831

sayılı kanunun 3 ve 6 nci maddeleri ve 442 sayılı Köy Kanunu ile diğer kanunların bu kanuna aykırı hükümleri kaldırılmıştır”.

“4753(Çiftçiyi topraklandırma), 4785(Orman Kanununda değişiklik), 5618(Çiftçiyi topraklandırma), 5658(Orman Kanununda değişiklik), 6326(Petrol), 6538(İstanbul Kapalıçarşısı'nın Tamir ve İhyası hakkında kanun), 6541(Baraj inşaatı dolayısıyla sular altında kalacak kasaba, köy ve arazi hakkında kanun), 6683(Gerze Yangınından, Lüleburgaz ve İnce'de Sel Baskınında Zarar Görenlere Yardım Hakkında Kanun), 6746(tabii âfetlerden zarar görenlere yapılacak yardım hakkında kanun) sayılı kanunların hükümleri mahfuzdur”.

İstimplak Kanunu, yürürlüğe girdiği dönemde genel olarak kamulaştırma mevzuatını oldukça derli-toplu bir hale getirirse de, yine de 35. Maddenin yukarıda yer verilen son fıkrasında birçok kanun içerisinde kamulaştırmaya ilişkin ayrıksı düzenlemeleri saklı tutmuştur. Hatta bu kanunlarda yer alan kamulaştırmaya ilişkin hükümlerden bir kısmı, 1961 Anayasasının yürürlüğe girmesinden sonra Anayasa mahkemesi tarafından Anayasanın kamulaştırmaya ilişkin düzenlemesine(m.38) aykırı bulunarak iptal edilmiştir.

6830 sayılı İstimplak Kanununun tenkide açık diğer bir yönü, bazı kamulaştırma işlemleri hakkında iptal davası açılmasını yasaklamış olmasıdır. Kamulaştırma kararının tebliği üzerine malik, 30 gün içerisinde Şuura-yı Devlet nezdinde kararın iptali, asliye hukuk mahkemesinde de takdir edilen bedelin artırılması talebiyle dava açabilecektir(m.14). Ancak, “Altıncı maddenin son fıkrasında gösterilen ve umumi menfaat

kararı alınmasına ve tasdikına lüzum olmıyan hususlardan dolayı Şûrayı Devlete dâva açılmaz”(m.14/2) demek suretiyle, bazı kamulaştırma işlemlerine karşı iptal davası açılması yolunu kapatmıştır. Kanunun 6. Maddesinin son fıkrasında, iki durumda kamu yararı kararı alınmasına gerek görülmemektedir. Buna göre;

“Vekâletler(Bakanlıklar) ve îcra Vekilleri Heyetince(Bakanlar Kurulunca) verilen umumi menfaat kararları ayrıca tasdika tabi değildir”.

“Tasdikli imar plânına veya alâkadar vekaletlerce tasdikli hususi plân ve projesine göre yapılacak inşaat ve tesisler için ayrıca umumi menfaat kararı alınmasına ve tasdikına lüzum yoktur”. O halde bu iki durumda yapılacak kamulaştırma işlemlerinin iptali talep edilemeyecek(idari yargıda iptal davası açılmayacak), sadece bedele itiraz edilebilecek, yani asliye hukuk mahkemesinde bedel artırım(tezyid-i bedel) davası açılabilir.

Budüzenleme, doğrudandoğruyahakaramahürriyetinisınırlandırmaktadır. Üstelik, burada düzenlenen durumlardan biri olan “tasdikli imar planları” ya da vekaletlerce(bakanlıklarca) ya da Bakanlar Kurulunca onaylanan hususi planlara karşı iptal davası açılmasının önünde herhangi bir hukuksal engel bulunmamaktadır. Diğer bir ifadeyle, kamu yararı kararının alınmasında dayanılan idari işlemlere karşı dava açılabilirken, alınan kamu yararı kararının iptali için dava açılmasının önlenmesi zaten bir çelişki de oluşturmaktadır . Bu düzenleme, kanunun yürürlüğe girdiği 1956 yılında yürürlükte olan 1924 Anayasasının Şura-yı Devlet’in(Danıştay’ın) görevlerini düzenleyen 51. Maddesine de aykırı düşmektedir.

2) Yürürlükteki Kamulaştırma Kanunu (04.11.1983 tarih 2942 sayılı Kanun):

1982 Anayasasının yürürlüğe girmesinden sonra, bir buçuk asra yaklaşan kamulaştırma tecrübesi de dikkate alınarak, yeni bir Kamulaştırma Kanunu yürürlüğe konuldu. Kamulaştırma usulünü düzenleyen ana kanunların dördüncüsü olan bu kanunla, 1956 yılında yürürlüğe konulan İstimlak Kanunu da yürürlükten kalkmış oldu.

Kamulaştırma, mülkiyet hakkına önemli bir sınırlama teşkil eder. Ancak bu sınırlamanın Anayasaya ve hukukun eriştiği çağdaş seviyeye uygun olabilmesi için, “hakkın özüne” dokunulmaksızın yapılması gerekir. Bu nedenle, kamulaştırma kanununda düzenlenen kamulaştırma işlemine yönelik idari usulün, malikin mülkiyet hakkının yeterince korunmasına uygun olması, hakkın özüne dokunulmasına yol açacak düzenlemeler içermemesi zorunludur.

Kamulaştırma ile aslında malikin mülkiyet hakkına el konulmamakta, sadece taşınmaz mülkiyeti bir ekonomik değer olarak tespit edilip karşılığı kendisine nakit olarak (hatta trampa usulü uygulanabildiği durumlarda da başka bir taşınmaz olarak) ödenmektedir. Bu durumda, mülkiyet hakkının korunması bakımından bir kamulaştırma kanunu biçin asıl önem taşıyan hususlar olarak; (1) taşınmazın değerinin nasıl belirlendiği, (2) malike etkili şekilde hak arama yollarının tanınıp tanınmadığı, (3) kamulaştırma bedelinin ödenmesinde gecikme olması halinde bedelin değerinin korunmasının sağlanıp sağlanmadığı (uygulanacak faiz oranı) konuları öne çıkmaktadır.

Geleneksel kamulaştırma uygulamamızda(önceki yasalarda) bu hususlar şöyle düzenlenmiştir: - Kamulaştırma bedelini idare tespit eder ve bu bedel peşin ödenir, ama malike adli yargıda bedel artırım davası açması hakkı tanınır.

-Ayrıca Malik, Kamulaştırma işlemine karşı idari yargıda iptal davası da açabilir, ama bazı kamulaştırma işlemlerine karşı iptal davası açılması da yasaklanabilir. Ama bu aslında hak arama hürriyetine bir sınırlama getirilmesi anlamı da taşır.

-Adli yargıda bedel artırımına karar verildiği takdirde, artırılan kısma geçen süre için yasal faiz uygulanır. Ancak yasal faiz genelde enflasyon oranının oldukça altında kaldığından, gerçekte malikin taşınmazının bir kısmının bedava kamulaştırılması ile benzer sonuç doğurur. Bu nedenle “yasal faiz” düzenlemesi ile hakkın özüne dokunan bir durum oluşmuş olur.

-Bazı konulara ilişkin olarak yapılan kamulaştırmalar uzun yıllara yayılmış olarak eşit taksitler halinde ödenir. Bu taksitlere de kanuni faiz uygulandığından, malikin son derece zararına sonuçlara yol açılır. Kamulaştırma bedelinin tespitinde esas alınacak değer olarak gerçek değer - vergi beyan değeri ikilemi yaşanmışsa da, 1976 yılında Anayasa mahkemesince verilen iptal kararı sonrası uygulama “gerçek değer” ölçütü üzerinde istikrar kazanmıştır denebilir.

Şimdi, 2942 sayılı kanunla getirilen sistemi, bu ölçütler açısından inceleyelim:



Kanunun, yürütme ve yürürlük maddeleri dâhil, 43 asıl ve 4 de geçici maddeden ibaret olarak yürürlüğe girdiği görülmektedir. 2016 -2019 yılları arasında kanuna üç adet “ek madde” eklenmiş, geçici maddelerin sayısı da 17’ye çıkmıştır. Bu geçici maddelerden sonradan eklenen 13’ünden sadece biri 2001 yılında yürürlüğe girmiş, diğer 12 adet geçici madde 2013-2021 yılları arasında yürürlüğe konulmuş olup, bu geçici maddelerin 8’ine ilişkin olarak Anayasa Mahkemesince 2013-2021 yılları arasında yedi(7) kez iptal kararları verildiği görülmektedir. Aynı dönemde esas maddelerde yapılan düzenlemelere ilişkin olarak da çeşitli iptal kararları verildiği görülmektedir(Dört adet de asıl maddelerle ilgili iptal kararı verilmiştir). Böylelikle 2013 yılı sonrasında (2013-2021 yılları arasındaki 8 yılda) Kamulaştırma Kanununa ilişkin olarak Anayasa mahkemesince verilen iptal kararlarının sayısının 10’u geçtiği gözlenmektedir.

a) Kanunun yürürlüğe girdiği ilk şeklindeki düzenlemeye göre;

Kanunun amacını düzenleyen 1. Maddesinin son fıkrasında;” Özel kanunlarına dayanılarak gerçek ve özel hukuk tüzelkişileri adına yapılacak kamulaştırmalarda da, bu Kanun hükümleri uygulanır” denilmek suretiyle, kanunun kamulaştırma alanındaki genel kanun niteliği vurgulanmaktadır.

Kamulaştırmanın Şartları(m.3) başlıklı maddede; kamulaştırma bedelinin “nakden ve peşin olarak” ödenmesi kuralı getirilmesi, istisnaen ve kanunda açıkça sayılan bazı amaçlar için yapılacak kamulaştırmalarda ise, kamulaştırma bedelinin altıda biri peşin ödenmek şartıyla, kalan kısmın beş yılda beş eşit taksitte ödenmesi düzenlenmiştir. Bu halde de taksitlere, peşin ödemenin yapıldığı günü takip eden günden itibaren Devlet borçları

için öngörülen en yüksek faiz haddi uygulanması kuralı getirilmektedir. Bu düzenlemede, İstimlak Kanunundaki düzenlemeden çok daha fazla olarak malikin mülkiyet hakkının korunmakta olduğu görülmektedir: Bir defa, önceki kanunda taksit süresi on yıl ve bazı durumlarda yirmi yıl olarak düzenlenmişken, yeni düzenlemede beş yıla sınırlanmakta, daha da önemlisi taksitlere kanuni faiz değil Devlet borçları için öngörülen en yüksek faiz haddi uygulanması kuralı getirilmektedir.

Kanundaki bu düzenlemeler, Anayasa ile de uyumludur. 1982 Anayasasının ilk şeklinden itibaren kamulaştırma maddesinde(m.46): kamulaştırılan malların "karşılıklarının peşin ödeneceği" düzenlenmektedir. Kamulaştırma bedelinin hesaplanmasında vergi değerine de bir unsur olarak yer verilmekle birlikte, bunun yegane unsur olarak değil, unsurlardan sadece biri olarak gözetilmesi kabul edilmiştir. Yalnız bu düzenlemede, tespit edilen kamulaştırma bedeli ile vergi beyan değeri arasında fark olduğunda, bunun vergilendirilmesi esası benimsenmiş, vergilemenin nasıl yapılacağı hususu ise kanuna bırakılmıştır.

Taksitle ödemelerde, taksitlerin kanuni faize değil "Devlet borçları için öngörülen en yüksek faiz haddine bağlanması" kuralı da yine bu ilk düzenlemede yer almıştır.

Kamulaştırılan malın malikinın mülkiyet hakkının korunması, sınırlamanın mülkiyet hakkının özüne dokunulmadan yapılabilmesi bakımından hem Anayasada hem de ona uygun olarak çıkartılması gereken kanunda sorunlu alanlar olarak şunlar gözükmektedir:

-Kamulaştırılan malın sadece “karşılığının” ödeneceğinden söz edilmiş, “gerçek karşılık” vurgusu yapılmamıştır.

-İkinci en önemli sorun, kamulaştırılan malın tespit edilen kamulaştırma bedeli ile vergi beyan değeri arasında fark oluştuğunda, bunun vergilendirilmesi esasının benimsenmiş olmasıdır. Kamulaştırma kanunu, bu fark için “kusur cezalı tarhiyat” yapılacağını düzenlemiştir(m.39).

Ancak, bahse konu 39. Maddenin 2001 yılında 4650 sayılı kanunla değiştirilen yürürlükteki şeklinde; “kusur cezalı tarhiyat” yerine “cezalı emlak vergisi” tarh edilmesi düzenlenmiş, ek beyanname verilmemesi halini “ağır kusur” olarak kabul eden maddenin 2. Fıkrası da değiştirilerek, belirlenen kamulaştırma bedelinin kamulaştırmanın yapıldığı yıla ait vergi değeri yerine geçeceği kabul edilip, cezalı vergilenmenin bu değer üzerinden yapılması kabul edilmiştir.

Anayasada 03.10.2001 tarih ve 4709 sayılı kanunla yapılan değişiklikle “Kamulaştırma” başlıklı 46. Madde yeniden düzenlenmiş ve bu düzenlemede; hem kamulaştırma bedelinin “gerçek karşılık” olacağı belirtilmiş, hem de vergilendirme ile ilgili düzenlemelere de madde metninde yer verilmemiştir. Yine bu değişiklikte, kamulaştırma bedelinin belirlenmesine ilişkin ölçütleri düzenleyen 2. Fıkra düzenlemesi de maddenin yeni şeklinde yer almamıştır. Bu durumda, gerçek karşılığın tespitinde ölçütleri belirleme yetkisinin tamamen kanuna bırakıldığı kabulü gerekecektir.

Kamulaştırma işlemi sürecinin düzenlenmesine ilişkin olarak kanunun

ilk şekliyle getirilen sistematik, mülga istimlak kanunundaki sistematığe benzemektedir: Önce ihtiyaca uygun kamulaştırılacak taşınmaz belirlenecek, sonra kamu yararı kararı alınıp bu kararın idari kesinlik kazanmasından sonra, nitelikleri kanunda belirlenen kişilerin katılımıyla oluşturulacak kıymet takdir komisyonu eliyle taşınmazın değeri belirlenecek ve belirlenen bu değer de belirtilmek suretiyle malike tebliğ işlemi yapılması üzerine idari aşama tamamlanmış olacak(m. 5 vd.), malikin bunu kabul etmemesi halinde dava süreci başlayacaktır: Malik, 30 gün içinde dilerse kamulaştırma işlemine karşı idari yargıda iptal davası, kamulaştırma bedeline karşı da adli yargıda bedel artırım davası açabilecektir(m.13 vd.). Mahkemece kamulaştırma bedelinin tespitinden(idari yargıda iptal davası açılmışsa bu davanın da reddi halinde) ve bu meblağın bankaya yatırılmasından sonra mahkeme, taşınmazın idare adına tesciline karar verir. Bundan sonra taşınmazın boşaltılması işlemi gerçekleştirilir(m.20).

Kanunda düzenlenen bu süreçteki en önemli sorun, idarece belirlenen kamulaştırma bedelinden sonra, mahkemece kararlaştırılan “artırılmış bedel”(tezyid-i bedel) arasındaki farka yasal faiz uygulanmaması nedeniyle malikin büyük zararlara uğramasına sebep olunmasıdır. Çünkü, bedel artırım(tezyid-i bedel) davaları çoğu zaman yıllarca sürebilmekte, artırılan meblağa yüksek enflasyon dönemlerinde uygulanan yasal faiz taşınmazın kamulaştırma tarihindeki gerçek değerinin korunmasını sağlayamamaktadır. Bu durum, sonuçta hakkın özüne dokunur şekilde mülkiyet hakkına müdahale anlamına gelmektedir.

## **b) Kamulaştırma Kanununda Köklü Değişiklik Yapılması**

Hukukumuzda yürürlükte olan “Kamulaştırma” kurumunun hukuksal rejiminden kaynaklı sorunlar, Avrupa İnsan Hakları mahkemesine bireysel başvuru hakkının tanınmasını müteakip 1990 ların başından itibaren artan bir şekilde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önüne taşındı. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince yoğun olarak verilen mülkiyet hakkına ilişkin ihlal kararları dikkate alınarak, 2001 yılında 4650 sayılı kanunla 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununda bir dizi köklü değişiklikler yapıldı, kanun adeta yeniden düzenlendi. Toplam 23 maddeden oluşan 4650 sayılı kanunla, Kamulaştırma Kanununun 19 maddesinde çeşitli değişiklikler yapıldı veya bazı maddeler tamamen yeniden düzenlendi, kanunun üç maddesi(13(tebligat), 16(acele işlerde el koyma ve tescil) ve 17(Tapulu Taşınmaz Mallarda Tescil). maddeler) ise yürürlükten kaldırıldı.

2001 yılında 4650 sayılı kanunla yapılan bu değişikliklere ilave olarak, aşağıda izah edileceği üzere 2002 yılında “Hak Düşürücü Süre” başlıklı 38. Maddenin Anayasa mahkemesince iptal edilmesi de, kamulaştırma hukuku alanında çok önemli bir yapısal değişikliğe yol açmış, hukuka açıkça aykırı şekilde kamulaştırmaz el atılan taşınmazların bedeli süre sınırı olmaksızın talep edilebilir hale gelmiştir. Bu iptal kararı, İmar Planları ile bir kamu hizmetine tahsis edilmek suretiyle tasarrufu kısıtlanan taşınmazların belki de on yıllarca kamulaştırılmaksızın bırakılması şeklindeki hukuksal soruna ilişkin de bir farkındalık oluşturmuş, ilerleyen yıllarda aşağıda inceleyeceğimiz ek-1’inci madde ile bu sorun çözülmeye çalışılmıştır.

Kamulaştırma Kanununda 2001 yılında 4650 sayılı kanunla yapılan değişikliklerin en önemli sistemsel sonuçları şöylece özetlenebilir:

(1) Kamulaştırma bedelinin idare tarafından değil baştan itibaren doğrudan mahkemece belirlenmesi,

(2) Bedel tespiti için mahkemeye başvurulmasının -pazarlık usulünün denenmesinden sonra-artık taşınmaz maliki değil doğrudan idare tarafından yapılmak zorunda olması ve

(3) Mahkemece verilecek “kamulaştırma bedelinin tespiti, taşınmazın idare adına tespiti” için dört aylık bir yasal sürecin düzenlenmesi, bu sürenin aşılması halinde geçen süre için faiz(kanuni faiz) işletilmesi. Yasada bu süre için “kanuni faiz” işletilmesinin düzenlenmiş olması, Anayasanın Kamulaştırma başlıklı 46. Maddesinin mevcut açıkça şekline aykırıdır. Çünkü, Kanuni Faiz denilmekle, 3095 sayılı “Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizi Hakkında Kanun”a atıf yapılmış olmaktadır. Oysa Anayasada(m.46), “...taksitlendirmelerde ve herhangi bir sebeple ödenmemiş kamulaştırma bedellerinde kamu alacakları için öngörülen en yüksek faiz uygulanır” denilmektedir. Mahkeme kararında yasal sürenin aşılarak gecikme olması hali de, kamulaştırma bedelinin zamanında ödenmemesi hallerinden birini teşkil etmektedir. Bu nedenle, yasada düzenlenen bu hal için de gecikilen süre için kanuni faiz değil, kamu alacakları için öngörülen en yüksek faiz oranının uygulanması gerekecektir.

Yasal düzenleme ile Anayasal düzenleme arasındaki bu çelişki, ikisi de aynı yıl içinde yapılmış olsa da, Anayasadaki değişikliğin yasadaki değişiklikten

sonra yapılmasından kaynaklanmaktadır. Anayasa değişikliği, Kanundaki değişikliklerin 24.04.2001 tarih ve 4650 sayılı kanunla yapılarak 5 Mayıs 2001 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmesinden beş ayı aşkın bir süre sonra, (3.10.2001 tarih ve 4709 sayılı kanunla yapılarak) 17 Ekim 2001 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Yasadaki bu Anayasaya aykırılık durumu, aradan geçen 22 yıla rağmen düzeltilmemiştir.

Yukarıda belirtilen “kanuni faiz” düzenlemesi dışında, Kamulaştırma Kanununun bu değişiklikler sonrası mülkiyet hakkına müdahalenin ölçülü olması ve hakkın özüne dokunma yasağı gibi temel ölçütler bakımından hem taraf olduğumuz Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile hem de Anayasal ilkelerle uyumlu hale geldiği söylenebilir. Kanunun “Acele işlerde el koyma ve tescil” başlıklı 16. Maddesinin bu değişiklikler bağlamında yürürlükten kaldırılmış olması da, ayrıca önemlidir. Ancak, Kanunun “Acele Kamulaştırma” başlıklı 27. Maddesi yapılan bu değişikliklerle de uyumlaştırılmaya çalışılarak yürürlükte bırakılmış, 2018 yılında eklenen yeni bir fıkra ile de madde, adeta 2001 yılında yürürlükten kaldırılan 16. Maddeyi(Acele İşlerde El Koyma ve Tescil) de içerecek şekilde dönüştürülmüştür.

Bu usulde, malikin hak arama özgürlüğünü kullanabileceği usuli güvenceler tamamen etkisizleşmekte, adeta günler içerisinde malikin malı boşaltılarak idare adına tescil işleminin gerçekleşmiş olacağı çok hızlı bir prosedür işletilmektedir. Üstelik madde içeriğinde acele kamulaştırmaya konu işler ucu açık ifadelerle belirlendiğinden, acele kamulaştırma usulü bir istisna olmaktan çıkıp genel usul olma potansiyelini bünyesinde barındırmaktadır.

Oysa maddede düzenlenen bu usulün asıl tarihsel gerekçesi “3634 sayılı Milli Müdafaa Mükellefiyeti Kanununun uygulanmasında yurt savunması ihtiyacına...” tahsis edilmesi gerekecek taşınmazlarla ilgilidir. Ancak, yine madde içeriğinde yer alan “...veya aceleliğine Cumhurbaşkanınca karar alınacak hallerde...” şeklindeki ifade, objektif olarak sınırlarının belirlenmesi kolay olmayan bir düzenleme içermektedir. Gerçi hukuken bu yetkinin ancak “milli müdafaa mükellefiyetleri” benzeri ve çok istisnai durumlarda kullanılabileceği söylenebilirse de, özellikle son üç yılda bu yetkiye dayanılarak yapılan kamulaştırmaların yüzlerle ifade edilen sayılara ulaştığı ve bu usulün istisna olmaktan çıkıp adeta genel bir kamulaştırma usulüne dönüştüğü görülmektedir. Bu usulde mülkiyet hakkına müdahale ölçülü olmaktan çıkmakta, hakkın özüne dokunulmakta ve malikin hak arama hürriyeti kısıtlanmakta ya da oldukça etkisizleşmektedir. Maddenin hukuka uygun bir içerik kazanabilmesi için, sınırlarının net olarak belirlenmesi gerekmektedir.

### **c) Kamulaştırmasız El Atmalarda Hak Düşürücü Süreye İlişkin Düzenlemenin İptali ve Bu İptal Kararının Etkileri:**

Avrupa İnsan hakları Mahkemesinin zorunlu yargı yetkisinin Türkiye tarafından tanınmasından (27 Eylül 1989) sonra, kamulaştırma işlemleri ile mülkiyet hakkı ihlaline ilişkin çok sayıda başvuru yapılmış ve özellikle bedel artırım davalarında Devlet alacaklarına uygulanan faiz yerine ondan çok daha düşük orana sahip kanuni faiz uygulanması nedeniyle AHİM tarafından çok sayıda ihlal kararları verilmiştir. Bunlara ilaveten, kanunda yer alan “kamulaştırmasız el koymalarda hak düşürücü süreye ilişkin” aşağıda yer verilen bir diğer düzenleme(m.38) de, hukuk ve adalet



anlayışının eriştiği çağdaş seviye bakımından oldukça geri bir anlayışı teşkil etmekteydi:

“Hak düşürücü süre MADDE 38 — “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 elkoyma tarihinden başlar”.

Oysa “devam eden ihlal” söz konusu olduğunda, günümüzde artık mülkiyet hakkının zaman aşımına uğramayacağı kabul edilmektedir. Nitekim Türk Anayasa mahkemesi, itiraz yoluyla önüne gelen bir iptal davasında, Kamulaştırma Kanununun 38. Maddesini Anayasa’nın 2.(Cumhuriyetin Nitelikleri), 13.(Temel Hakların sınırlanması), 35(Mülkiyet Hakkı) ve 46. Maddelerine(Kamulaştırma) aykırı bularak oy birliği ile iptaline karar vermiştir. Kararın gerekçesinde, “süregelen ihlal” kavramından söz edilmese de, benzeri bir kavram olarak “mülkiyet hakkının zaman ötesi niteliğine” vurgu yapıldığı görülmektedir. Mahkeme kararının gerekçesinin buna ilişkin kısmı şöyledir:

“...hukukun evrensel ilkelerine saygı duymak hukuk devleti olmanın gereğidir. Hukukun genel ilkelerinden birisi de mülkiyet hakkının “zamanötesi” niteliği, başka bir anlatımla mülkiyet hakkının zamanaşımına uğramamasıdır. Bu nedenle, Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu tarafından bir taşınmazın malik, zilyed veya mirasçılara tanınmış olan hakların, hak sahiplerince yirmi yıl boyunca kullanılmaması, o kimselerin taşınmazla

aralarındaki ilişkiyi fiilen kestiğini göstermiş olsa bile, o taşınmazla aralarındaki hukuksal ilişkinin sona erdiği anlamına gelmez. Devlet faaliyetlerinin hukuk kurallarına uygun olması, kazanılmış haklara saygı duyulmasını gerektirir. Kazanılmış haklara saygı ilkesi hukukun genel ilkeleri ve hukuk devleti kavramı içerisinde yer alır. Bu ilkenin temel amacı ise bireylerin hukuk güvenliğini sağlamaktır”.

Bu iptal kararı üzerine, usule uygun şekilde kamulaştırma işlemi yapılmaksızın idare tarafından el konularak, fiilen bir kamu hizmetine tahsis edilip edilmediğine bakılmaksızın, bütün taşınmazlar bakımından ve teorik olarak geriye doğru bir süre sınırı da olmaksızın hak sahipleri ya da mirasçıları tarafından idare aleyhine dava açılacaktır. Eğer taşınmaz idare tarafından bir kamu hizmetine tahsis edilmemişse, aynen iade talebiyle müdahalenin menı istenebilecekken, bir kamu hizmetine tahsis edilmiş olması durumunda ise, ancak bedel tespiti ve tahsili talep edilebilecektir. Ancak, bu süreçte karşımıza 05.01.1961 tarih ve 221 sayılı başka bir karşımıza çıkacaktır. “Amme Hükmi Şahısları veya Müesseseleri Tarafından Fiilen Amme Hizmetlerine Tahsis Edilmiş Gayrimenkuller Hakkında Kanun” isimli bahse konu yasal düzenlemeye göre; “6830 sayılı İstimlak Kanununun yürürlüğe girdiği tarihe kadar, kamulaştırma işlerine dayanmaksızın, kamulaştırma kanunlarının gözönünde tuttuğu maksatlara fiilen tahsis edilmiş olan gayrimenkuller ilgili amme hükmi şahsı veya müessesesi adına tahsis tarihinde kamulaştırılmış “ sayılacaktır(m.1).

Böylece, fiili tahsis nedeniyle kamulaştırılmış sayılan taşınmazlar için, ancak bedel davası açılabilir ve bu bedel davası da bu kanunun (221 sayılı kanun) yürürlüğe girmesinden itibaren ancak iki yıl içerisinde açılacaktır.

Kanun, bu davalarda talep edilebilecek bedel hakkında da yasal bir sınır getirmektedir: Hak sahipleri, “ancak fiili tahsis tarihindeki rayiç üzerinden gayrimenkul bedelini isteyebilirler”. Bedele ilişkin bu düzenleme oldukça sorunludur: Zaten kanun, 6830 sayılı İstimlak Kanununun yürürlük tarihinden (08.09.1956) önceki fiili el koymaları düzenlemektedir. Bu tarihten onbeş yıl önceki(1941) bir fiili el koyma işlemine karşı 1962 yılında açılacak bir davada, taşınmazın bedelinin tespitinde 1941 yılı rayiç değeri esas alınacaktır. Üzerinde bir dünya savaşının yanı sıra 1946 ve 1958 yıllarında yaşanan büyük devalüasyonlar geçen 1941 yılındaki rayiç değerin, 1961 yılında hiçbir anlam ifade etmeyeceği açıktır.

Bu kanunun(221 sayılı kanun) günümüz hukuku bakımından yegâne önemi şuradadır: 1963 yılı Eylülünden itibaren bu kanuna dayalı olarak yeni dava açılması hukuken mümkün olmasa da, bahse konu kanun hukuken yürürlükte olduğundan, kanunda düzenlenen iki yıllık hak düşümü süresi 1963 Eylül ayında dolduğundan, kanununun kapsamında olan 6830 İstimlak Kanunun yürürlük tarihinden (08.09.1956) önceki fiili(kamulaştırmaz) el atmalardan dolayı artık dava açılmayacaktır. O halde, Kamulaştırma Kanununun 38. Maddesinin iptali, ancak bu tarihten sonraki olaylar bakımından davalar açılmasına yol açma potansiyeline sahip bulunmaktadır.

Kamulaştırma Kanununun kamulaştırmaz el atmada “Hak düşürücü süre” ye ilişkin 38. Maddesinin Anayasa mahkemesince iptali üzerine, idare iki tür dava(kamulaştırmaz el atmadan ve imar planlarınca oluşturulan kısıtlamalardan kaynaklanan davalar) ile yoğun şekilde muhatap olmaya başlamış olmalıdır ki, kanunda ek maddelerle bu davaların mali

yükünün azaltılmaya veya zamana yayılmaya çalışıldığını görmekteyiz. Kamulaştırmaz el atmalar ise, iki şekilde oluşabilmektedir: Ya doğrudan el atma, ya da imar planı düzenlemeleri ile el atma. Uygulamada bu ikinci tür el atma çeşidine “hukuki el atma” denildiği de görülmektedir.

#### **IV- Kamulaştırmadan Kaynaklanan Yeni Nesil Uyuşmazlıklar: Fiili El Atma ve Hukuki El Atma Davaları:**

Bir yandan, 2001 Yılında Kamulaştırma Kanunu ve Anayasa'nın Kamulaştırma 'ya ilişkin 46. Maddesinde yapılan değişiklikler, öbür yandan 2002 yılında Kamulaştırma Kanununun Hak düşürücü süre başlıklı 38. Maddesinin Anayasa Mahkemesince iptali ile oluşan yeni durum sebebiyle artık fiili el atmalarda dava açmanın önündeki süre sınırının kalkmış olması, hukuki el atma olarak adlandırılan imar planları ile kamu hizmetine tahsis edilmek suretiyle malikin tasarruf hakkının kısıtlanması hallerinde açılacak davalar, idareyi yoğun bir dava ve buna bağlı mali yük ile karşı karşıya bırakmıştır. 2001-2002 yıllarındaki gelişmelere bağlı olarak artan bu dava yükünün iyice hissedilmesi, yargısal süreçlerin artık belirginleşmeye başladığı daha çok 2010 yıllarından sonra somut olarak hissedilmeye başlamıştır. Bu sürecin yükünden idarenin kurtarılması için yasama organı tarafından çok sayıda geçici maddeler kabul edilerek yürürlüğe konulmuş , ama bunlar genellikle Anayasa Mahkemesince iptal edilmiştir. Özellikle 2013 yılı sonrasında neredeyse her yıl başına kamulaştırma kanunu bir adet(bazen iki adet) Anayasa mahkemesince verilen iptal kararlarına konu olmuştur. Muhtemelen hiçbir kanunun bu kadar çok iptal hükmü ile muhatap olmamıştır.

Bu dönemde Kamulaştırma Kanununa eklenen “ek maddeler” ve “geçici maddeler” ile aynı nedenlerle kanunda yapılan diğer düzenlemelerin ve bunlara ilişkin açılan davalarda Anayasa mahkemesince verilen İptal Hükümlerinin incelenmesi ilginç olacaktır.

Aşağıda, Anayasa Mahkemesince verilen iptal kararları bu çerçevede incelenmektedir.

**1) Uygulama İmar Planları ile Bir Kamu Hizmetine Tahsis Edildikleri Halde Beş Yıl Boyunca Tahsis Edildikleri Amaç İçin Kamulaştırılmayan Taşınmazlar(ek-1. madde):**

2942 sayılı Kamulaştırma Kanununa, ilk yürürlüğe giriş tarihinden 33 yıl sonra ilk kez bir “ek madde”nin eklendiğini görmekteyiz. Bu ek madde ile uygulama imar planları ile bir kamu hizmetine tahsis edilmek suretiyle kullanımları kısıtlanan taşınmazların durumu düzenlenmektedir. Böylece, hukukumuzun adeta kanayan yarası haline gelmiş bulunan ve öğretide “hukuka uygun kamulaştırmaz el atma” ya da kısaca “hukuki el atma” olarak da isimlendirilen bu duruma kamusal ve bireysel yararlar arasında adil bir denge kurularak bir çözüm bulunmak istenmiştir. Ancak, aşağıda görüleceği üzere, bu amaçla yapılan düzenleme ile bahse konu amaçlara ulaşıldığının söylenebilmesi mümkün olamamıştır. Çünkü yapılan düzenleme ile hem malikin hak arama hürriyeti, hem de taşınmazın bedelinin ödenmesinin ilave birtakım şartlara bağlanması sebebiyle mülkiyet hakkı başta olmak üzere, birçok Anayasal hakkı ihlal edilmektedir. Nitekim toplamda dört fıkradan oluşan bu düzenlemenin sadece birinci fıkrasının ilk cümlesi hariç, tamamı Anayasaya aykırı bulunarak, Anayasa

mahkemesinin oy birliği ile verdiği kararlarla iptal edilmiştir.

20.8.2016 tarih ve 6745 sayılı kanunun 33. Maddesiyle dzenlenen bu Ek-1. Maddeye gbre;

“Uygulama imar planlarında umumi hizmetlere ve resmî kurumlara ayrılmak suretiyle mlkiyet hakkının ozüne dokunacak şekilde tasarrufu hukuken kısıtlanan taşınmazlar hakkında, uygulama imar planlarının yurluğe girmesinden itibaren beş yıllık süre içerisinde imar programları veya imar uygulamaları yapılır ve bütçe imkânları dâhilinde bu taşınmazlar ilgili idarelerce kamulaştırılır veya her hâlde mlkiyet 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 kamulaştırmamasından sorumlu idare aleyhine idari yargıda dava açılabilir”.

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

“Bu madde kapsamında kalan taşınmazlar hakkında açılacak dava ve takiplerde, bu Kanunun geçici 6 ncı maddesinin üçüncü, yedinci, sekizinci

ve on birinci fıkra hükümleri, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce açılan ancak henüz karara bağlanmayan veya kararı kesinleşmeyen davalara bu madde hükümleri, kesinleşen ancak henüz ödemesi yapılmayan kararlar hakkında ise geçici 6 ncı maddenin üçüncü, sekizinci ve on birinci fıkra hükümleri uygulanır”.

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

Görüldüğü üzere; Maddenin ilk fıkrasının son cümlesi, zaten beş yıldır taşınmazı kısıtlanan malike, tamamlanması çok güç ve karmaşık idari süreçleri tamamladıktan sonra ancak sorumlu idare aleyhine idari yargıda dava açma hakkı tanımak suretiyle, hak arama özgürlüğünü ve mahkemeye erişim hakkını adeta kullanılamaz hale getirmektedir. Bu düzenleme, mülkiyet hakkına ölçsüz bir müdahaleye zemin hazırladığı gibi, Anayasanın Kamulaştırmaya ilişkin 46. Maddesinde malik için öngörülen güvenceleri de anlamsız kılacaktır. Maddenin devam eden fıkralarında da, malikin haklarının kısıtlanması, hatta anlamsızlaştırılması sonucunu doğuracak düzenlemeler yapıldığı görülmektedir. Hatta son fıkrada, ödemelerin on yıla yayılması da -anayasaya açıkça aykırı olarak- düzenlenmektedir.

Sonuçta, bu düzenlemeler Anayasa Mahkemesi önüne hem iptal davası hem de itiraz yolu ile gelmiş ve mahkeme, birinci fıkranın son cümlesi ile maddenin geriye kalan fıkralarının (2,3 ve 4. fıkralar) iptaline oy birliği ile karar vermiştir. Mahkemenin, bahse konu Ek-1. maddenin iptal gerekçesinde;

“Dava konusu ek 1. maddenin birinci fıkrasının birinci cümlesi dışında kalan kısmında yer alan düzenlemeler gereği süresinde kamulaştırma yapılmaması hâlinde taşınmaz malikleri ilgili idare aleyhine dava açma hakkını elde etmekle birlikte, Kanun’un geçici 6. maddesindeki malik aleyhine olan hükümlerin sürekli nitelikte uygulanması Anayasa Mahkemesinin 1/11/2012 tarihli ve E.2010/83, K.2012/169 sayılı kararında da açıklandığı üzere bu davalarda kamulaştırma için Anayasa’nın 46. maddesinde öngörülen güvenceleri etkisiz bırakacaktır”.

“Maddenin bu bölümünün Kanun’un yürürlüğe girdiği tarihten itibaren sürekli uygulanması, idarelerin özel mülkiyete kamulaştırmaz el atma yoluyla müdahalesinin de sürekli hâle gelmesine sebep olabilecek niteliktedir. İdareler kural ile kamulaştırma yapmak yerine kamulaştırma için Anayasa’da 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 hukuka aykırı uygulamaları teşvik etmesi kabul edilemez”.

“Açıklanan nedenlerle maddenin birinci fıkrasının birinci cümlesi dışında kalan bölümü, Anayasa’nın 2., 35. ve 46. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir”.



## **2) Kamulaştırılmaksızın kamu hizmetine ayrılan taşınmazların bedel tespiti (Geçici madde 6)**

Kamulaştırma Kanununa 18.06.2010 tarih ve 5999 sayılı kanunla geçici 6. Madde (Kamulaştırmaksız El Koyma Sebebiyle Tazmin) eklenmiş, ancak sadece üç yıl sonra 24.05.2017 tarih ve 6487 sayılı kanunun 21. Maddesi ile, geçici 6. Madde başlığı ile birlikte yeniden düzenlenmiştir(Kamulaştırılmaksızın kamu hizmetine ayrılan taşınmazların bedel tespiti). İlk şeklinde on fıkradan oluşan madde, yeniden düzenlendiğinde 14 fıkradan oluşmuştur. Anayasa mahkemesi, önüne gelen bir davada bahse konu Geçici 6. maddenin yeni şeklinin 12. ve 13. Fıkralarındaki düzenlemelerin iptaline karar vermiştir. Bahse konu fıkralarda İptale konu düzenlemeler şöyledir:

“24/2/1984 tarihli ve 2981 sayılı Kanun(Geçekondulara ilişkin) hükümlerine göre yapılan imar uygulamalarından doğan ve ipotekle teminat altına alınanlar da dâhil olmak üzere her türlü alacak ve bedeller, borçlu idarelerce, ipotek veya uygulama (imar uygulaması ve hisse üzerine o uygulama sırasında konulan ipotek)tarihinden itibaren 3095 sayılı Kanunda belirtilen kanuni faiz oranı uygulanmak suretiyle güncellenerek ilgililerine ödenir. Bu hüküm devam eden davalarda da uygulanır. Bu fıkra uyarınca yapılacak ödemeler hakkında da bu madde hükümleri uygulanır”.

“4/11/1983 tarihinden bu fıkranın yürürlüğe girdiği tarihe kadar kamulaştırma işlemleri tamamlanmamış veya kamulaştırması hiç yapılmamış olmasına rağmen fiilen kamu hizmetine ayrılan veya

kamu yararına ilişkin bir ihtiyaca tahsis edilerek üzerinde tesis yapılan taşınmazların idare tarafından kamulaştırılması hâlinde kamulaştırma bedeli ve mahkemelerce malikleri lehine hükmedilen tazminat ile bu davalara ilişkin mahkeme ve icra vekalet ücretleri de, idarelerce bu maddenin sekizinci fıkrasına göre bütçelerden ayrılacak paydan ve aynı fıkrada belirtilen usule göre ödenir ve işlem yapılır. Bu alacaklar için de bu maddenin on birinci fıkrası(icra yasağı), bu fıkra kapsamında kalan taşınmazlar hakkında açılan her türlü davalarda ise yedinci fıkra hükümleri(maktu vekalet, harç vs.) uygulanır. Bu fıkra hükmü, bu fıkra kapsamında kalan taşınmazlar hakkında açılan ve kesinleşmeyen davalarda da uygulanır.”

Bu fıkralarda yer alan düzenlemeler, önceden oluşmuş hukuksal durumlara yıllar sonra yürürlüğe konulan kuralların uygulanmasını sağlamaya yönelik olması bakımından, öncelikle hukuksal öngörülmezlik oluşturmaktadır. Ayrıca, Anayasadaki açık düzenlemelere rağmen yıllar sonra tahsil edilecek olan kamulaştırma bedellerine kamu alacaklarına uygulanan en yüksek faiz oranı yerine kanuni faiz uygulanması, davacıların mülkiyet haklarının ihlaline de neden olacaktır. Ayrıca, iptale konu düzenlemelerde Kamulaştırmaya ilişkin Anayasal düzenlemede yer alan “gerçek karşılık” ilkesinin de göz ardı edildiği görülmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi on ikinci fıkrayı iptal ederken, dava konusu kuralları Anayasanın 2, 35 ve 36. Maddelerine aykırı bularak iptal kararı vermiştir. On üçüncü fıkranın iptalinde ise, geçici 6. Maddenin asıl amacının mülga İstimlak kanunu döneminde kamulaştırmaz el konulan taşınmaz maliklerinin mağduriyetlerinin belli oranda giderilmesi olduğunu, maliklerin hakları ile kamu yararı arasında karşılıklı fedakarlığı içeren bir denge kurulmaya

çalışıldığını; oysa davaya konu bu fıkra(13. fıkra) ile 2942 sayılı kanunun yürürlük tarihinden sonraki olaylara da bu geçici maddedeki hesaplama yönteminin uygulanmak istendiğini, kanunda kamulaştırmalarda aranan “gerçek karşılık” ilkesinden ayrılmanın yapılan düzenlemeyi Anayasaya(2(cumhuriyetin nitelikleri) ve 35(Mülkiyet Hakkı). maddelere) aykırı hale getireceğini belirterek, iptal kararı vermiştir.

Anayasa mahkemesi, aynı kararında malikin hak arama özgürlüğüne geriye yürür bir yasal düzenleme ile kısıtlama getiren Kamulaştırma Kanununun geçici 7. Maddesinin iptaline de karar vermiştir:

“GEÇİCİ MADDE 7 – Mülga 31/8/1956 tarihli ve 6830 sayılı İstimlak Kanununun 16 ve 17 nci maddeleri ile 2942 sayılı Kanunun mülga 16 ve 17 nci maddeleri uyarınca mahkemelerce idare adına tescil kararı verilen kamulaştırmalarda tebligatlar ve diğer kamulaştırma işlemleri tamamlanmış sayılır. Bu kamulaştırma işlemleri sebebiyle hiçbir hak ve alacak talebinde bulunulamaz; kamulaştırmaya veya bedeline karşı itiraz davaları açılmaz; açılmış ve devam eden davalar bu madde hükmü uygulanarak sonuçlandırılır.”

Mahkeme, davaya konu geçici 7. Madde düzenlemesi ile, geçmişte malikten kaynaklanmayan sebeplerle usulsüz olarak yapılan tebligatlar geçerli kabul edilerek kamulaştırma işlemlerinin tamamlanmış sayılması ve bu nedenle de malik tarafından açılacak davaların usulden reddine karar verilebilecek olmasının, başta mülkiyet hakkı ile bağlantılı olarak hak arama özgürlüğü olmak üzere, birkısım anayasal ilkelerle çelişeceğini tespit ederek, davaya konu yasa maddesinin iptaline karar vermiştir.

Mahkeme kararının ilgili kısmı şöyledir:

“Sözü edilen kurallar uyarınca yapılan kamulaştırma işlemlerinde kıymet takdir komisyonunca takdir edilen kamulaştırma bedeli malik adına bankaya bloke edilmiş olsa da bazı durumlarda, malike yapılan tebligatın usulsüz olması gibi malikten kaynaklanmayan ve malike kusur izafe edilmesi de mümkün olmayan sebeplerle, malikin kamulaştırma işlemlerinden ve kamulaştırma bedelinin bankaya yatırıldığından haberdar olamaması mümkündür. Bu durumda, geçmişte malikten kaynaklanmayan sebeplerle usulsüz olarak yapılan tebligatlar geçerli kabul edilerek kamulaştırma işlemlerinin tamamlanmış sayılması suretiyle malikin mülkiyet hakkından kaynaklanan davaları açma imkânının ortadan kaldırılması ve açılan davaların da esası incelenmeksizin usulden reddedilmesinin öngörülmesi, hak arama özgürlüğüyle bağdaşmadığı gibi hukuk güvenliği ilkesini ve malikin mülkiyet hakkını zedelemektedir. Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2., 13., 35. ve 36. maddelerine aykırıdır”.

### 3) **Kanunların Geriye Yürütülmesi Suretiyle Hukuk Güvenliğinin İhlaline İlişkin Düzenlemelerin İptali**

#### a) **Geçici 9. Maddeye kısmi iptal (10.09.2014 tarih ve 6552 sayılı kanunun 101. Maddesi ile eklenmiştir):**

“GEÇİCİ MADDE 9 – Bu maddeyi ihdas eden Kanunla değiştirilen veya eklenen bu Kanunun 22 nci maddesinin birinci, ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri ile 23 üncü maddesinin üçüncü fıkrası hükmü; bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce gerçekleştirilen kamulaştırma işlemleri

nedeniyle, kamulaştırılan taşınmaz malların eski malikleri veya mirasçıları tarafından bu taşınmaz malların geri alınması, bedel veya tazminat talebiyle açılan ve henüz kesinleşmeyen davalarda da uygulanır. Bu maddenin uygulanması nedeniyle reddedilen davaların yargılama giderleri davalı idare tarafından ödenir.”

6552 sayılı kanunla Kamulaştırma Kanununun 22. Maddesinin başlığı ve içeriğinde değişiklikler yapılmıştır: Öncelikle, “Tarafların anlaşmasıyla vazgeçme ve devir” olan madde başlığı, “Vazgeçme, İade ve Devir” olarak değiştirilmiştir. Bilindiği üzere, kanunda Mal Sahibinin geri alma hakkı 23. Maddede düzenlenirken, 22. Maddede İdarenin kamulaştırmadan vazgeçmesi halinde uygulanacak prosedür düzenlenmektedir. Maddenin 1. Fıkrasında, idarenin kamulaştırmadan vazgeçtiğini duyurması halinde, mal sahibi veya mirasçılarının taşınmazı geri alabilmesi için üç ay içerisinde kamulaştırma bedelini faiziyle birlikte iade etmesi şartı getirilmektedir. Maddenin ilk halinde faize ilişkin bir düzenleme bulunmamakta idi. Yani yapılan değişiklikle mal sahibinin durumunda ağırlaştırmaya gidilmiştir.

Yapılan değişiklikle maddeye 2. ve 3. Fıkralar eklenmiştir. Eklenen 2. Fıkra göre; Mal sahibi geri almayı kabul etmezse, 23. Maddede düzenlenen geri alma hakkından da yararlanamayacaktır. Eklenen üçüncü fıkrada ise, bu maddenin kamulaştırma işleminin üzerinden beş yıl geçmesi halinde uygulanmayacağı düzenlenmektedir. Bu durumda, kamulaştırma işleminin ve bedelinin kesinleşmesinin üzerinden henüz beş yıl geçmemiş olan kamulaştırmalarda da bu madde uygulanacaktır.

Görüldüğü üzere, bu düzenleme “kanunların geriye yürümezliği” ilkesine

açıkça aykırı bir içerik taşımaktadır. Nitekim Anayasa mahkemesince düzenlemede yer alan “22 nci maddesinin birinci, ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri ile” kısmı, hukuki belirlilik ilkesine aykırı görülerek oy birliği ile iptal edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi’nin, bu maddeye ilişkin iptal kararının gerekçesinde bu konu şu şekilde izah edilmektedir:

“Mal sahibi veya mirasçılarının daha önce yararlanabildiği birtakım imkânları sona erdiren veya bunlara daha önce var olmayan bazı yükümlülükler yükleyen düzenlemelerin, yürürlüğe girme tarihinden önceki olay ve durumlara da uygulanacağına düzenlenmesi, kişilerin işlemin yapıldığı tarihte var olmayan, dolayısıyla öngörmeleri mümkün bulunmayan kurallara tabi kılınmaları sonucunu doğurmakta, böylece kişilerin mülkiyet hakkına ilişkin hukuki güvenliklerini ihlal etmektedir”.

“Hukuk güvenliği, kişilerin hangi somut eylem ve işleme hangi sonuçların bağlandığını bilebilecekleri ve buna göre davranışlarını ayarlayabilecekleri bir hukuk düzeninin kurulmasını zorunlu kılarken dava konusu kural, işlemin yapıldığı tarihte işlemin tabi olduğu hukuki sonucu işlem tarihinden sonra değiştirerek kişilerin davranışlarını kurala göre ayarlayabilme imkânını ortadan kaldırmakta ve mülkiyet haklarına yönelik hukuki güvenliklerini zedelemektedir”.

“Açıklanan nedenlerle, Kanun’un 101. maddesiyle 2942 sayılı Kanun’a eklenen geçici 9. maddenin birinci cümlesinde yer alan “...22 nci maddesinin birinci, ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri ile...”ibaresi,

Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır. İptali gerekir”.

**b) İmar Planları ile Kısıtlama Getirilen Taşınmazlar Bakımından Mevcut 5 Yıllık Bekleme Süresinin Kanunun(Geçici 11. maddenin) Yürürlük Tarihinden İtibaren Yeniden Başlatılması Düzenlemesini İçeren Kamulaştırma Kanununun Geçici 11. Maddesinin İptali:**

Kamulaştırma Kanununa 2016 yılında bir geçici madde daha eklendi (20/8/2016-6745/34 md. 34). İki fıkradan oluşan bu geçici madde şöyledir:

“GEÇİCİ MADDE 11 – Bu Kanunun ek 1 inci maddesinin birinci fıkrası kapsamında kalan ve bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce tasarrufu hukuken kısıtlanan taşınmazlar hakkında aynı fıkrada 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.”

Bu düzenlemede atıf yapılan geçici 1. Madde, imar planları ile taşınmazları belli kamu hizmetlerine tahsis edilmek suretiyle tasarruf hakları kısıtlanan maliklerin, planların yürürlüğe girmesinden(yani kısıtlamanın başlamasından) beş yıl içinde kamulaştırılmaması halinde açacakları davalara ilişkin düzenlemeler içermektedir. Maddede, bu davaların açılabilmesi için birtakım idari başvuru yollarının tüketilmesi gibi hak arama hürriyetini zorlaştıran düzenlemeler yapılmış ve bu düzenlemeler

Anayasa Mahkemesince iptal edilmiştir. Davaya konu geçici 11. Madde ise, geçici birinci maddenin birinci fıkrasına atıf yaparak, beş yıllık bekleme süresinin geçici 11. Madde düzenlemesinin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren başlatılması, eskiden beri işlemiş sürelerin dikkate alınmamasını düzenlemek suretiyle malikin durumunu çok daha güçleştiren bir düzenleme içermektedir.

Düzenlemenin birinci fıkrasının iptal gerekçesi olarak, Anayasa mahkemesi kararında yer alan bir bölüm şu şekildedir (AYM, 18.03.2018 tarih ve 2016/196 E., 2018/34 K.):

“İtiraz konusu kuralda, imar uygulamasıyla getirilen kısıtlılık yönünden öngörülen beş yıllık sürenin maddenin yürürlük tarihinden itibaren yeniden başlaması hüküm altına alınmaktadır. Başka bir ifadeyle mülkiyet hakkından dilediği gibi tasarruf edebilmesi ve yararlanabilmesi kısıtlanan malikin kamulaştırma bedeline kavuşabilmesi veya söz konusu kısıtlılık hâlinin kaldırılarak mülkiyet hakkından yararlanabilmesi için geçmesi gereken beş yıllık sürenin yeniden başlaması söz konusu olmaktadır. Kanun koyucu bu süre nedeniyle malikin uğradığı zararları telafi etmeye veya gidermeye yönelik herhangi bir düzenleme ise getirmemiştir. Üstelik bu kısıtlılık nedeniyle açılacak davalarda taşınmazı kullanamamaktan doğan zararların tazminine yönelik bir düzenleme mevcut olmadığı gibi itiraz konusu kural, yürürlük tarihinden önceki kısıtlılık sürelerinin de dikkate alınmamasına yol açmaktadır. Bu durum ise malike aşırı bir külfet yüklemekte ve kamu yararı ile malikin mülkiyet hakkı arasında gözetilmesi gereken adil dengeyi malik aleyhine bozmaktadır”.



“Dolayısıyla imar uygulaması sonucu taşınmazın kamu hizmetine tahsis edilmesi suretiyle getirilen kısıtlamaların Kanun’un yürürlüğe girdiği tarihten itibaren yeniden başlamasına yol açan itiraz konusu kuralla mülkiyet hakkına yapılan müdahale orantılı değildir. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa’nın 13. ve 35. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir”.

**c) Geçici 13. Maddenin İptali: Kanunların Geriye Yürümezliği İlkesinin İhlali Suretiyle Mülkiyet Hakkına Orantısız Müdahale**

Kamulaştırma Kanununa 2018 yılında da bir geçici madde(geçici m.13) eklenmiştir(21.03.2018 tarih ve 7103 sayılı kanun, m. 28). Aynı kanunla(27. Maddesi ile), Kamulaştırma Kanununun 12. Maddesine de bir ek fıkra(6. fıkra) eklenmiştir. Kanunun 12. Maddesine eklenen 6. Fıkra ile baraj inşası için yapılan kamulaştırmalarda, mücavir alanda kalan taşınmazlardan yararlanılmasının mümkün olmadığı durumlarda taşınmaz maliklerince durumun tespiti ve sonunda kamulaştırmadan etkilenen bu taşınmazların da kamulaştırılmasının sağlanması amacıyla valilikte kurulacak bir komisyona başvuru yapılması düzenlenmektedir. Komisyonun aksi yönde karar vermesi halinde malikler dava açabilecektir. Ancak komisyona başvuru yapılması bu durumdaki taşınmazlar için idarece kamulaştırma yapılmasını sağlamak amacıyla açılacak davalar bakımından bir dava şartı olarak düzenlenmektedir. İşte aynı kanunla getirilen geçici 13. Madde ile de, devam eden davalar bakımından da bahse konu 6. Fıkranın uygulanması zorunluluğu getirilmekte, böylece aslında 12. Maddenin 6. Fıkrası hükmünün geriye yürür şekilde uygulanması düzenlenmiş olmaktadır.

Bahse konu geçici 13. Madde şöyledir:

“GEÇİCİ MADDE 13- Bu Kanunun 12 nci maddesinin altıncı fıkrası hükümleri, görülmekte olan davalarda da uygulanır ve dava, dava şartı yokluğu nedeniyle usulden reddedilerek, dava açanların dosyalarının mahkeme tarafından ilgili valilik komisyonuna gönderilmesine karar verilir. Reddedilen davalarda yargılama gideri kamu üzerine bırakılır ve davalı idare lehine vekâlet ücretine hükmedilmez.”

Anayasa Mahkemesi, geçici 13. Madde düzenlemesinin Anayasanın ölçülülük ilkesi, mülkiyet hakkı ve hak arama hürriyetine ilişkin hükümlerine(m.13,35,36) aykırı olduğunu tespit ederek, iptaline (oybirliği ile) karar vermiştir. Mahkeme kararının gerekçesinde bu durum şu şekilde ifade edilmektedir(03.03.2021,2018/99 E, 2021/14 K. )

“Dava ve itiraz konusu kural, kanunla düzenlenen bu usulün uygulama alanının görülmekte olan davaları da kapsar şekilde genişletilmesini içermektedir. Bu itibarla kural, devam eden davalar yönünden başlangıçta kanunda yer almayan ...usulün, .....bir kez daha tüketilmesi zorunluluğunu doğurmaktadır. Bu çerçevede Kanun’un 12. maddesinin altıncı fıkrası yönünden bulunan kamulaştırma taleplerinin hızlıca karara bağlanarak uyuşmazlıkların çözülmesi biçimindeki meşru amacın dava ve itiraz konusu kuralın düzenlediği devam eden davalar yönünden geçerli olmadığı, dolayısıyla bu davalar yönünden anayasal bağlamda hangi meşru amaçla anılan sınırlamanın getirildiği anlaşılmamaktadır”.

“Diğer taraftan kuralın görülmekte olan davalara uygulanmasının, kesin

nitelik kazanmış hukuksal durumlara etkili olması sonucunu doğurmamakla birlikte malikin mülkü üzerindeki mülkiyet hakkının kapsamındaki yetkilerini kullanamamasından kaynaklanan uyuşmazlıkların uzamasına neden olacağı kuşkusuzdur. Nitekim dava açıldıktan sonra yürürlüğe giren, geçmişe etkili sonuç doğuran ve davanın reddini öngören kural sebebiyle davacının mülkiyet hakkı kapsamındaki davasının başladığı zamandaki durum ve şartlara göre yeniden ele alınması ihtimali doğmaktadır”.

“Yönetmelik’le kurulan komisyonun benzerinin kanunla kurulması neticesinde malikin daha önce başvurduğu ve ret kararı aldığı komisyonun bir benzerine bir kez daha başvurulmak zorunda bırakılması, mülkiyete dair uyuşmazlığın daha uzun süre çözülememesi sonucunu doğurmaktadır. Kural mülkiyet hakkından yararlanmasının kısıtlandığını iddia eden malikin, kamulaştırmaya ilişkin uyuşmazlığını sürüncemede bıraktığı gibi bu sebeple uğranılan zararın giderilmesine yönelik herhangi bir tedbir de öngörmemektedir”.

“Bu yönleriyle kuralın anayasal bağlamda meşru bir amacının bulunmadığı, anılan şekilde bir amacının bulunduğu kabul edilse bile kuralla getirilen sınırlamanın kişiye aşırı bir külfet yüklediği ve anılan haklara orantısız, dolayısıyla ölçüsüz bir sınırlama getirdiği sonucuna ulaşılmıştır. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa’nın 13., 35. ve 36. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir”.

#### **4- Kamulaştırılmaksızın Fiilen veya Hukuken El Konulan Taşınmazlara İlişkin Verilen Bedele ve Tazminata İlişkin Mahkeme Kararlarının Kesinleşmedikçe İcra Edilemeyeceğine İlişkin Geçici Maddenin İptali**

a) İptal edilen geçici maddenin(geçici 14. madde) içeriği ve iptal gerekçesi

Kamulaştırma Kanununun, Kamulaştırmaksızın Fiilen Kamu Hizmetine Tahsis Edilmiş Taşınmazlarla İlgili Kararların Kesinleşmeden İcraya Konulamayacağına İlişkin Geçici 14. Maddesi ile Getirilen Düzenleme, Kamulaştırma Kanununa, 2019 yılında eklenen Geçici 14. Madde ile yapılmıştır(30.05.2019 tarih ve 7176 nolu Kanun, m.21). Madde metni şöyledir:

“GEÇİCİ MADDE 14 – Kamulaştırma işlemleri tamamlanmamış veya kamulaştırması hiç yapılmamış olmasına rağmen 4/11/1983 tarihinden bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihe kadar 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 fiilî el konulması veya hukuki el atılması sebebiyle mülkiyet hakkından doğan taleplere dair bedel ve tazminata ilişkin davalarda verilen mahkeme kararları kesinleşmedikçe icraya konulamaz. Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce, kesinleşmemiş mahkeme kararlarına dayanılarak başlatılan icra takipleri kesinleşmiş mahkeme kararı ibraz edilinceye kadar durdurulur.”

Düzenleme ile, belki de otuz altı yıldır taşınmazından mahrum bırakılmış kişilere, bedel davası açmışlarsa bir de onun kesinleşmesini de bekleme

yükümlülüğü getirilmektedir. Hatta icrası başlamış olan alacakların bile mahkeme kararı kesinleşene kadar yasayla durdurulması kuralı getirilmektedir. Bu düzenlemenin hak arama hürriyetine, hukuki belirlilik ilkesine, mülkiyet hakkına ve gerçek bedeli ödenmedikçe kişilerin mallarının kamulaştırılmayacağını düzenleyen kamulaştırmaya ilişkin anayasal ilkeye aykırı olduğu çok açıktır. Nitekim Anayasa mahkemesi de, bir üye hariç diğer üyelerin tamamının oyları ile bu düzenlemenin iptaline karar vermiştir. Mahkeme, iki cümleden oluşan bu düzenlemenin ilk cümlesinde yer alan “...mahkeme kararları kesinleşmedikçe icraya konulamaz” şeklindeki kısmın iptaline karar vermiş, bu kısmın iptalinden sonra da maddenin kalan kısmının uygulanma iptali kalmadığından, sonuç itibariyle maddenin tamamını iptal etmiştir.

Kararın gerekçesinde; kararın kesinleşmesinin aranması suretiyle malike yüklenen aşırı külfetin ölçülülük ilkesine(m.13) aykırı olduğu gibi, malikin mülkiyet hakkını(m.35) ve hak arama(m.36) özgürlüklerini de kısıtladığı, ayrıca kamulaştırmaksızın el atılması nedeniyle kamulaştırmayı düzenleyen 46. Madde hükümlerine de açıkça aykırı olduğu hususlarına dayanıldığı görülmektedir. Kararın gerekçesinde, sonuç itibariyle şu ifadeler kullanılmaktadır:

“Mülkiyet ve adil yargılanma haklarının ölçüsüz biçimde sınırlandırılmasına neden olan maddenin ikinci cümlesinde yer alan dava ve itiraz konusu kural, alacağın tahsili sürecinin başlamasından sonra geçmişe etkili yasama tasarruflarıyla kararın uygulanma imkânını önemli oranda zorlaştırması yönüyle de devlete olan güven duygusunu zedelemekte ve hukuki güvenlik ilkesini ihlal etmektedir. Kurallar Anayasa'nın 13., 35., 36.

ve 46. maddelerine aykırıdır. İptalleri gerekir”.

b) İptal Edilen Geçici 14. Maddenin İptalden Hemen Sonra Yine Aynı İçerikte Olmak Üzere Bu Kez Geçici 16. Madde Olarak Yeniden Yürürlüğe Konulması

2019 Haziran ayında yayımlanarak yürürlüğe giren geçici 14. Madde, Bundan iki yıl sonra 2021 Şubatında Anayasa Mahkemesince iptal edilerek, iptal kararının Mayıs ayında (07.05.2021) yayımlanması ile yürürlükten kalkmış olmasına rağmen, bu iptal kararının yürürlüğe girmesinin üzerinden sadece bir ay geçtikten sonra 09.06.2021 tarih ve 7327 sayılı kanunun 21. Maddesi ile “geçici 16. Madde” olarak yeniden yürürlüğe konmuştur. İptal edilen madde metni (geçici 14. madde) ile yeniden yürürlüğe konulan madde metni (geçici 16. madde), neredeyse kelimesi kelimesine aynıdır. Ama asıl önemlisi, madde kapsamındaki uyuşmazlıklarda mahkemelerce verilecek hükümlerin kesinleşmeden uygulanamayacak olmasıdır. İptal edilen önceki düzenlemede (geçici 14. madde) bu husus “...mahkeme kararları kesinleşmedikçe icraya konulamaz” şeklinde ifade edilmişti. İptal hükmünden sadece bir ay sonra kabul edilen yeni düzenlemede kullanılan ifade ise “...kararlar taşınmaz mal ile ilgili aynı haklara ilişkin kararların icrasına ilişkin hükümlere göre yerine getirilir” şeklindedir. İptal edilen metinde yer alan “mahkeme kararları” ifadesi, yeni metinde “kararlar” şeklinde ifade edilmiş; iptal edilen metinde yer alan “kesinleşmedikçe icraya konulamaz” ifadesi ise yeni metinde “taşınmaz mal ile ilgili aynı haklara ilişkin kararların icrasına ilişkin hükümlere göre yerine getirilir” şeklinde yer almıştır.

Bu ifade ile, aynı haklara ilişkin kararların kesinleşmedikçe icraya konulamayacağına ilişkin HMK 367/II de yer alan düzenlemeye bir gönderme yapılmak istendiği görülmektedir. Oysa burada yer alan kararlar, kamulaştırma işlemi yapılmaksızın fiili el konulan taşınmazlara ilişkin davalarda verilen “bedel ve tazminata” ilişkin kararlardır. Taşınmazın mülkiyetinin el değiştirmesi söz konusu değildir; taşınmaz idare uhdesinde kalmaya devam edecektir.

Özetle; Kamulaştırma Kanununun geçici 16. Maddesi düzenlemesi ile yapılmak istenen ve yapılan şey, geçici 14. Maddeye ilişkin olarak verilen Anayasa Mahkemesi kararını anlamsızlaştırmaktan ibarettir. Bir hukuk devletinde, Anayasaya açıkça aykırı olduğu tespit edilerek yetkili mahkemece(Anayasa mahkemesi) iptal edilen bir kanun hükmünün, iptal hükmünün yürürlüğe girmesinden sadece bir ay sonra yeniden aynı şekilde yürürlüğe koymak kabul edilebilir bir hareket tarzı değildir ve hukuk devleti adına oldukça üzücüdür. Bu düzenlemenin muhatabı olan kişiler, onlarca yıldır malları kamulaştırma işlemi yapılmaksızın fiilen el konulmasından kaynaklanan mağduriyetlerine ilave olarak, bir de kararın kesinleşmesini beklemek zorunda bırakılmaktadırlar. Bahse konu geçici 16. Madde düzenlemesinin de tıpkı iptal edilen geçici 14. Maddede olduğu gibi Anayasaya aykırı olduğu çok açıktır ve iptali gerekir.

## **VI- Kamulaştırma Kanununun Geçici maddeleri Dışındaki Maddelerinde Yapılan Değişikliklere İlişkin İptal Kararları:**

Kamulaştırma Kanununda 2001 yılında köklü değişiklikler yapılmış, 2002 yılında da Kanunun “Hak Düşürücü Süre” başlıklı 38. Maddesinin iptali ile

de çok önemli diğerk bir değişim yaşanmıştır. Devam eden yıllarda, kanuna çok sayıda geçici madde eklenmiş, ancak asıl maddelerde de zaman zaman bazı değişiklikler yapılmıştır. Kanuna eklenen geçici maddelerden çoğu iptal davasına konu olmuş, yukarıda incelendiği üzere bunlardan çoğu iptal ile sonuçlanmıştır. Ancak, kanunun geçici maddeleri dışındaki düzenlemeleri hakkında da zaman zaman iptal davaları açılmış ve iptal kararları da verilmiştir. Aşağıda bu kararlardan bazılarına değinilecektir.

#### 1) **Taşınmazlar Üzerinde Bedelsiz İrtifak Hakkı Kurulması Düzenlemesinin İptali**

Kamulaştırma Kanununun “İrtifak Hakkı Kurulması” başlıklı olan ve tek fıkradan ibaret bulunan 4. Maddesine, 2014 yılında bir ek fıkra eklenmiştir (10.09.2014 tarih ve 6552 sayılı kanun, m.99). Bu fıkra ile, maliklerin mülkiyet haklarını kullanmalarına bir engel teşkil etmediği ve gerekli güvenlik tedbirlerinin alınması vs. durumunda, “...taşınmazların üstünde teleferik ve benzeri ulaşım hatları ile her türlü köprü, taşınmazların altında metro ve benzeri raylı taşıma sistemleri ile tünel yapılabilir. Taşınmazların mülkiyet hakkının kullanımının engellenmemesi hâlinde, taşınmazlara ilişkin herhangi bir kamulaştırma yapılmaz. Taşınmaz sahiplerine bu işlemler nedeniyle kamulaştırma, tazminat ve benzeri nam altında herhangi bir ücret ödenmez...” şeklinde hükümler getirilmiştir.

Bu ek fıkra düzenlemesinde yer alan “Taşınmaz sahiplerine bu işlemler nedeniyle kamulaştırma, tazminat ve benzeri nam altında herhangi bir ücret ödenmez” şeklindeki cümle Anayasa Mahkemesince Anayasaya (13 ve 35. maddelere) aykırı bulunarak iptal edilmiştir(AYM, 14.05.2015 tarih



ve 2014/177 E., 2015/45 K. Sayılı karar).

## 2) **Kanunun “Kamulaştırma Bedelinin Tespiti” Başlıklı 11. Maddesine İlişkin Değişiklikler ve İptal Kararları**

Yukarıdaki bölümlerde de izah edildiği üzere, malikin haklarının korunması bakımından en önemli unsurlardan biri bedel tespiti usulü ve bu tespitite uygulanacak ölçütlerdir. Kanunun 11. Maddesinin başlığı ilk yürürlükteki şeklinde “Kıymet takdiri esasları” iken, 2001 yılında 4650 sayılı kanunla yapılan genel değişiklikler sırasında bu günkü halini alarak “Kamulaştırma bedelinin tespiti esasları” şeklinde düzenlenmiştir.

Kamulaştırma bedelinin tespitinde esas alınacak unsurlardan bazılarının “kamulaştırma tarihindeki” durumunun esas alınmasına ilişkin düzenlemeler, “kamulaştırma kararı” ile “mahkeme kararı” tarihleri arasında geçebilecek uzunca süreler de dikkate alınarak, malikin zararına yol açan haksız düzenleme niteliğinde olduğu gerekçesiyle Anayasa mahkemesi tarafından iptal edilmiştir.

Bu düzenlemelerden biri, maddenin 1. Fıkrasının (f) bendinde yer alan; “Arazilerde, taşınmaz mal veya kaynağın kamulaştırma tarihindeki mevkii ve şartlarına göre ve olduğu gibi kullanılması halinde getireceği net gelirini” şeklindeki düzenlemedir. Anayasa mahkemesi bu düzenlemeyi, Anayasanın 35 ve 46. Maddelerine aykırı bulmuştur. Mahkemeye göre(26.05.2016,2015/55 E, 2016/45 K. );

“Kanun koyucunun, kamulaştırma bedelinin tespiti sırasında taşınmazın

mevkii ve şartları ile kullanılma şeklinin esas alınacağı tarihi belirleme konusunda takdir yetkisi bulunmaktadır. Ancak bu kapsamda belirlenecek tarih, “gerçek karşılık”a ulaşılmasını sağlayacak nitelikte olmalıdır. ....kamulaştırma tarihi esas alınarak belirlendiğinden, idare tarafından açılacak davanın herhangi bir süreye bağlı olmaması, bir başka deyişle idarenin dava açacağı tarihe kadar geçecek sürenin belirsiz olması nedeniyle kamulaştırma tarihinden uzun bir süre geçtikten sonra açılan davalarda itiraz konusu kural, kamulaştırma bedelinin taşınmazın gerçek karşılığı olmayacak şekilde tespitine sebep olabilecektir. Bu durumda, ilgili arazinin kamulaştırma tarihindeki şartları ile kullanılma şeklinin dava tarihi itibarıyla değişmiş olması mümkün olduğundan, arazinin hâlihazır özellikleri yerine kamulaştırma tarihindeki özelliklerinin gözetilerek taşınmazın dava açma tarihi itibarıyla değerinin belirlenmesi ve bu suretle kamulaştırma bedelinin tespiti, arazinin gerçek karşılığına ulaşılması bakımından elverişli değildir. Bu nedenlerle idari ve adli aşama ayrımı gözetilmeksizin kamulaştırma bedelinin tespitinde arazinin kamulaştırma tarihindeki özelliklerinin esas alınmasını gerekli kılan, itiraz konusu kuralda yer alan “...kamulaştırma tarihindeki...” ibaresi, Anayasa’nın 46. maddesine aykırıdır. Aslında, maddenin 1. Fıkrasının (h) bendindeki; “h) Yapılarda, kamulaştırma tarihindeki resmi birim fiyatları ve yapı maliyet hesaplarını ve yıpranma payını” şeklindeki düzenlemede yer alan “kamulaştırma tarihindeki” ifadesi, çok daha önce(2003 yılında) zaten Anayasa Mahkemesince iptal edilmişti(09.04.2003, 2002/79 E, 2003/29 K.).

Yüksek Mahkeme, kamulaştırma işleminin idarenin tek yanlı işlemi olduğu, bedel tespiti ile kamulaştırma tarihi arasında uzunca bir süre

geçebileceği, bunun malikin zararına sonuç doğurabileceği ve Anayasada yer alan “gerçek karşılık” ilkesine aykırılık oluşturacağı, bedelin tespitinde mahkeme kararı tarihinin esas alınmasının Anayasaya daha uygun olacağını belirtilerek, davaya konu düzenlemeyi Anayasada yer alan Mülkiyet Hakkına ve Kamulaştırmaya ilişkin 35 ve 46. Maddelere aykırı bulunmuştur. Aynı maddenin birinci fıkrasının (ı) bendine ilişkin olarak da Anayasa Mahkemesince 2019 yılında başka bir iptal kararı daha verilmiştir. Bahse konu bent, kanunun ilk yürürlüğe girdiği tarihte herhangi bir somut düzenleme içermemekte, “i) bedelin tespitinde etkili olacak diğer objektif ölçüleri” şeklinde genel bir ifade taşımakta idi.

Bu bent, 2018 yılında yapılan değişiklikle şu şekli almıştır(19.04.2018 tarih ve 7139 sayılı kanununun 27. Maddesi ile değişik):

“ı) Bu fıkrada belirtilen unsurlara göre tespit edilen arazi bedelinin yarısını geçmemek ve her bir ölçünün etkisi açıklanmak kaydıyla bedelin tespitinde etkili olacak diğer objektif ölçüleri,”

Böylece, bu değişiklikle birlikte, bedel tespitinde maddede düzenlenen ölçütlerden başkaca da birtakım ölçütlerin bedele etkisinin, maddede belirtilen ölçütlere göre bulunacak bedelin yarısını geçemeyeceği şeklinde bir yasaklama hükmü yürürlüğe konulmuş olmaktadır. Böyle bir sınırlamanın, kamulaştırmada taşınmazın gerçek değerinin ödenmesini öngören anayasal düzenleme ile uyumlu olmayacağı çok açıktır. Nitekim Anayasa mahkemesi de, iptali talep edilen düzenlemeyi Anayasadaki Ölçülülük İlkesi, Mülkiyet Hakkı ve Kamulaştırmaya ilişkin düzenlemelere(13,35 ve 46. Maddelere) aykırı bularak, oybirliği ile iptal

etmiştir(AYM, 10.04.2019, 2018/156 E., 2019/22 K.).

## **SONUÇ:**

Kamulaştırma, çok kısaca; “kişilerin mülkiyetinde olan taşınmaz malların, kamu yararının gerektirdiği durumlarda ve elbette gerçek karşılığı da ödenmek şartıyla kamu mülkiyetine geçirilmesi olarak” tanımlanabilir. Bu kısa tanımdan da anlaşılacağı üzere, kamulaştırma, taşınmaz mülkiyeti ile ilgilidir ve kişilerin mülkiyet hakkına önemli bir kısıtlama getirmektedir.

İnsanlık tarihinde, kültürden kültüre farklılıklar olsa da, taşınmaz mülkiyeti bakımından, kişilere mülkiyet hakkının hiç tanınmaması ile ona kutsiyet atfedilip, dokunulmasının yasaklanmaya çalışılmasına kadar uzanan bir yelpazede yer alan anlayışların geçerli olduğu dönemler yaşanmıştır. Tarihsel süreçte, belli bir toplumda geçerli olan sosyolojik yapı ve ona dayalı Devlet anlayışı, mülkiyet hakkının içeriği ve sınırlarının belirlenmesinde de başlıca etken olmaktadır.

Batı toplumlarında toprak mülkiyeti, hükümdarın da mensubu bulunduğu feodal sınıfa(soylulara) aitti ve onun işlenmesi de toprağa bağlı köylüler(serfler) ile alınıp satılmaya konu bir meta sayılan köleler tarafından sağlanırdı. Böyle bir toplumsal yapıda, zenginliğin yegane kaynağı da toprak sahibi olmaktan geçiyordu. Zaman içerisinde, Ortaçağ karanlığından kurtulan batı toplumunda bilimsel gelişmelerin(açık denizde yön bulma, buharın keşfi vb) katkısıyla bir yandan coğrafi keşifler sonucu ticaret gelişmiş, diğer yandan buhar gücünün sanayide kullanımı sayesinde sanayi devrimi yaşanmıştır. Böylece, burjuvazi olarak

adlandırılan ticaret ve sanayiye dayalı yeni bir varlıklı sınıfın oluşması ile, aristokrasinin(feodalitenin) toplumsal yaşamdaki tekeli sarsılarak, özel mülkiyetin daha geniş kitlelere yayılması sonucu olarak mülkiyet hakkının korunmasına ilişkin genel duyarlılık oldukça artmıştır.

Elbette zamandan zamana ve toplumdaki topluma bazı farklılıklar olsa da, 17. Yüzyıla kadar hakim olan Devlet anlayışına “Mülk Devleti” denilmektedir. Bu anlayışta devlet, kralın mülküdür; ölümle mirasçılara intikal eder. Ancak, bu siyasal yapı içerisinde, elbette soylular sınıfının ayrıcalıkları genel olarak korunmaktadır ve bu korunmanın temini için 1215 Magna Carta Libertatum’da olduğu gibi, soylularla krallar arasında zaman zaman bir çeşit sözleşmeler yapılmaktadır. Bu tür belgeler, her ne kadar kral ile soylular arasında aktedilmiş olsa da, günümüzde yaşama hakkı ile bağlantılı olarak ceza hukuku ve mülkiyet hakkı ile bağlantılı olarak vergi hukuku başta olmak üzere, aslında temel hak ve özgürlüklerin korunmasına dayanak teşkil eden en önemli hukuksal kurallar o belgelerde yer almışlardır.

Burjuvazi sayesinde Aristokrasinin toplum içindeki başat rolünün sarsılmasının oluşturduğu toplumsal ortam içerisinde, kralların ülke çapında geçerli kurallar koymayı başarabilmeleri mümkün olabilmektedir. Bu dönemde, artık aristokrat ailelerin kendi toprakları üzerindeki hakimiyet alanları dahil, ülke genelinde uygulanabilen kurallar yaygınlaşmıştır. Ancak bu kurallar, kralı ve onun adamlarını değil, yönetilenleri bağlamaktadır. Bu dönemde, kuralı koyanın koyduğu kurala uyması gerektiği ancak düşünürlerin zihninde yer tutmuş olup, pratikte mümkün bulunmamaktadır. Kuralların, kralı ve onun adamlarını bağlamayıp, sadece

yönetilenleri bağladığı bu yönetim şekline “Polis Devleti” denilmektedir.

Ekonomik gücün aristokrasinin tekeline çıkıp daha geniş toplumsal katmanlara yayılması ve bunun harekete geçirdiği sosyo-kültürel dinamikler, Okyanus’un her iki tarafında da büyük gelişmelere yol açtı. Bu süreçler sonunda yayımlanan İnsan Haklarına ilişkin bildirimler, tüm dünyada geniş yankılar uyandırdı ve 1789 Fransız İhtilali sonunda yayımlanan “İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi”, artık hukuk devleti anlayışına evrilen bir devlet yapısının en önemli işaret fişeği oldu. Bildiride, mülkiyet hakkına özel bir yer verildi ve bu hak süreç içerisinde kutsal haklar üçlemesi içinde de yer aldı: Hayat, Hürriyet, Mülkiyet.

Mülk Devleti ve hatta Polis Devleti anlayışının geçerli olduğu dönemlerde bir Kamulaştırma Kurumuna ihtiyaç duyulmayacağı söylenebilir. Kaldı ki, devletin görevlerinin fiilen güvenlik ve savunmadan ibaret olduğu dönemlerde, kamulaştırmaya da zaten fazla ihtiyaç duyulmayacağı açıktır. Ancak, bir yandan hukuk devleti anlayışının gelişmesi, diğer yandan da liberal devletten sosyal devlete genel yöneliş sonucunda, hem devlet hukukla bağlanmış hem de görevlerinde sürekli artış olmuştur. Devlet, bu artan görevlerini yürütebilmek için giderek artan bir şekilde ihtiyaç duyduğu taşınmazları, gerektiğinde özel mülkiyete konu malları kullanarak karşılamak zorunda olduğundan, hukuk devleti ilkesine uygun kurallardan oluşması gereken bir hukuksal kurum olarak “Kamulaştırma” kavramı ortaya çıkmıştır.

Kamulaştırmaya, hem genel hizmetler, hem de yerel hizmetler ve özellikle de şehirlerin gelişmesine bağlı olarak imar faaliyetleri bakımından ihtiyaç

duyulmuştur. İmar faaliyetlerinde, bir yerde ikamet edenlerin yol ve diğer ortak ihtiyaçları için taşınmazların belli orandaki kısımlarının bedelsiz olarak alınması, bu oranları aşan kısımlara ihtiyaç duyulması halinde ise bedel ödenerek kamulaştırma yapılması ihtiyacı süreç içerisinde ortaya çıkmış ve bu alanda genel kabul görmüştür. Bu istisnanın dışında, kamulaştırmanın mutlaka ancak bedel karşılığı yapılabilmesinin mülkiyet hakkının korunmasının zorunlu bir gereği olduğu bu gün artık tartışma dışıdır.

Kamulaştırma, mülkiyet hakkına taşınmaz mülkiyeti bakımından getirilen önemli bir sınırlamadır. Ancak bu sınırlamanın hukuk devleti ilkesiyle ve temel insan haklarının korunması yaklaşımı ile bağdaşabilmesi için, hakkın özüne dokunulmadan yapılması gerekmektedir. Bu da hiç şüphesiz, taşınmazın gerçek karşılığının malike ödenmesi yoluyla sağlanacak, diğer bir ifadeyle malikin malı taşınmaz durumundan bedel durumuna dönüşecektir. Burada, gerçek karşılığın tespiti usulü, bu süreçte malike yeterince hak arama özgürlüğü imkanlarının sağlanıp sağlanmadığı ve taşınmaz bedelinin ödenmesinde gecikme olması halinde malikin bu gecikme dolayısıyla oluşacak zararının nasıl karşılanacağı hususları önem taşımaktadır.

Görüldüğü üzere, bütün bunlar, İdari Usulün konularıdır. Esasen Kamulaştırma Kanunları, birer idari usul yasalarıdır. İlgili Anayasal düzenlemeler de, bu alanı düzenleyecek idari usul yasalarının anayasal dayanakları ve sınırlarını oluşturur. Osmanlı - Türk Anayasalarında Kamulaştırmaya ilişkin düzenlemeler yer almıştır ve ilk iki Anayasada(1876 ve 1924)“değer pahası” ibaresi kullanılmış; 1961 Anayasasının ilk şeklinde

“gerçek karşılık” ifadesi kullanılmışken, 1971 değişikliği ile gerçek ibaresi kaldırılarak sadece “karşılık” ibaresine yer verilmiş, üstelik de vergi beyan değeri kamulaştırma bedelinin üst sınırı olarak belirlenmiştir. 1982 Anayasasında ise, ilk şeklinde “karşılık” ibaresi yer alırken, 2001 yılı değişikliği ile yeniden “gerçek karşılık” ibaresine dönmüştür. Anayasalarda sözü edilen değer paha, karşılık veya gerçek karşılık her durumda peşin ödenecektir.

Ancak, önemli olan, bu “gerçek karşılığın” nasıl hesaplanacağı, hangi kriterlerin esas alınacağı; yargılama süreci işletilmişse, çoğu kez uzun süren bu süreç sonunda tespit edilecek bedel ile peşin ödenen meblağ arasındaki farktan kaynaklanan zararın nasıl telafi edileceğidir. Ayrıca, bu düzenlemelerde malike hak arama imkânlarının yeterince tanınmış olması da şarttır. Bütün bu ayrıntılar, yasal düzenlemelerin konusunu oluşturmaktadır. Yasal düzeyde ise, kamulaştırma hukukumuzda çok daha karmaşık ve inişli-çıkışlı bir seyir izlenmiştir. 2001 yılında yapılan köklü değişikliklerle kamulaştırma yasamız genel olarak çağdaş hukuk standartlarına uyumlu bir hale getirilmişse de, özellikle 2010 yılı sonrasında yasaya adeta her yıl yenisi eklenen geçici maddelerle, hukuksal açıdan oldukça sorunlu gelişmeler yaşanmıştır ve yaşanmaktadır. Bir defa, eklenen geçici maddelerin büyük çoğunluğu kısmen ya da bazen tamamen Anayasa mahkemesince iptal edilmiştir. İptal kararlarının gerekçeleri; kanunların geriye yürütülmesi, hak arama özgürlüğünün kısıtlanması, kamulaştırma bedelinin hesaplanmasına getirilen kısıtlamalarla mülkiyet hakkının ihlal edilmesi gibi temel hususlara dayanmaktadır. En ilginç de, iptal edilen bir geçici maddenin(geçici 14. madde), aynı sonucu doğuracak şekilde ve neredeyse tamamen aynı kelimeler kullanılarak iptalden bir ay



sonra yeniden yürürlüğe sokulmasıdır(geçici 16. madde).

Yapılan bu sorunlu düzenlemelerin temelinde, henüz kültürel kodlarımızda etkisinin sürdüğü görülen miri toprak rejimi algısının yanı sıra, somut sebepler olarak “Kamulaştırma Kanunu” nun hak düşürücü süreye ilişkin 38. Maddesinin 2002 yılında iptal edilmesi; ayrıca imar planları ile bir kamu hizmetine tahsis edildiği halde, imar kanunundaki beş yıllık sürede kamulaştırması yapılmamış yerlerin bedellerinin ödenmesine ilişkin kısıtlayıcı düzenlemeler içeren ek ve geçici düzenlemelerin iptal edilmesine ilişkin gelişmeler sonrasında, yoğun olarak taşınmaz maliklerince açılan davalar nedeniyle genel bütçe ve belediye bütçeleri üzerinde oluşacak muhtemel mali baskıların zamana yayılarak azaltılması çabalarının yer aldığı gözlenmektedir. Ama bu durumdaki kişiler zaten bedel ödenmeksizin uzun yıllar önce taşınmazlarına el konulmuş olması nedeniyle mağdur olmuşlarken, yasal düzenlemelerle taşınmazlarının bedellerine kavuşmalarının ölçüsüzce geciktirilerek daha da mağdur olmalarına yol açılması, her şeyden önce kamulaştırma bedelinin peşin ödenmesini öngören Anayasal ilke ile uyumsuzdur. Kanunların geriye yürütülmesi, iptal edilen yasal düzenlemenin hem de hiç gecikilmeksizin aynen geri yasalaştırılarak yürürlüğe konulması gibi yasama faaliyetlerinin de hukuk devleti ilkesi ile uyumlu olmadığı açıktır.

Günümüzden geriye doğru baktığımızda, yakın zamanlara kadar kamulaştırma hukukumuzun hem çok dağınık, hem de çok karmaşık bir seyir izlediği görülmektedir. Özellikle geçmişte bazı yasalarda vergi beyan değeri ile kamulaştırma bedelinin ilişkilendirilmesi, hatta bu düzenlemenin 1971 Anayasa değişiklikleri ile emredici Anayasal bir kural

haline getirilmesi gibi hususlar kamulaştırma hukukumuzdaki güncel sorunlarla birlikte değerlendirildiğinde, taşınmaz mülkiyetine ve buna bağlı olarak da kamulaştırma kurumuna ilişkin yaklaşımın temelinde, yasal düzenlemeler boyutunun ötesinde mülkiyet hakkına ilişkin kültürel miras boyutlarının da bulunduğu izlenimi edinilmektedir.

Bilindiği üzere, 1858 Arazi Kanunnamesinin yürürlüğüne kadar uygulanmaya devam edilen miri rejimde, arazinin sahibi devlettir. Tarım arazilerinde özel mülkiyet söz konusu değildir. Toprağı işleyen çiftçi, devletin bir çeşit kiracısıdır ve mahsulünden aşar vergisi alınır. Yönetici sınıf ise devşirme usulüyle yetiştirilmektedir ve tanzimata kadar da ölüm veya görevden alınma halinde onların malları kural olarak müsadereye tabidir. Özetle, Osmanlı Hukukunda Arazi Kanunnamesine kadar taşınmaz mallarda özel mülkiyet gelişmemiştir. Arazi Kanunnamesi ise, intikal hükümlerini genişletmek suretiyle taşınmazların mülkiyetinden ziyade zilyetlik haklarını kullananlar lehine oldukça güçlendirmiştir ve bu hukuksal durum önemli ölçüde Cumhuriyete de bu şekilde intikal etmiştir. Cumhuriyetin ilk yıllarından itibaren başlatılan kadastro süreci ile birlikte araziler üzerinde gerçek anlamda özel mülkiyet ilişkileri ancak kurulmaya başlanmıştır. Önce şehir kadastroları başlatılmış, arazi kadastrolarına(tapulama) ise gerçek anlamda 1950 yılından sonra başlanabilmiş ve araziler asgari zilyetlik şartlarını taşıyan kişiler adına tapulanmıştır. Kadastro sürecinin nihayet günümüzde %99 oranını aşar şekilde tamamlanabilmiş olduğu bilinmektedir. Görüldüğü üzere, ülkemizde taşınmazlar bakımından zilyetlikten mülkiyete geçiş sürecinin tamamlanması oldukça yenidir ve ancak bu süreç sonunda taşınmaz mülkiyeti devletten yurttaşlara transfer edilebilmiştir.

Toplumsal katmanların oluşumunda da, batı toplumlarında görülen süreçler yaşanmamıştır. Osmanlı toplumunda, batı toplumlarında görüldüğü şekilde kurumlaşmış bir aristokrasi(soylular) sınıfı mevcut değildir. Ayrıca, toplumun kendi iç dinamiklerinden kaynaklı olarak coğrafi keşiflere (buharın keşfi ve sanayide kullanılması vs.) ve sanayileşmeye dayalı bir tüccar sınıfı(milli burjuvazi) da oluşmamıştır.

Bütün bunlar birlikte değerlendirildiğinde, taşınmazlar bakımından mülkiyet hakkının gelişimi için dengeli bir sosyolojik ortamın oluşması mümkün olamamıştır. Bu nedenle, mülkiyet hakkının korunması ile doğrudan ilgili bulunan “kamulaştırma” kurumuna ilişkin yasal düzenlemelerde ciddi çelişik dönemler peş peşe yaşanmıştır ve yaşanabilmektedir. Örneğin, 1956 yılında kabul edilen ve zamanına göre oldukça ileri düzenlemeler içeren İstimlak Kanununa, 1961 Anayasası ile daha da gelişmiş Anayasal dayanak sağlanabilmişken, 1971 Anayasa değişiklikleri(vergi beyan değerinin kamulaştırma bedelinin üst sınırı olması, yirmi yıllık taksitle ödeme imkanının getirilmesi vb.) ile bir anda asırlarca geriye gidilebilmiştir. Çünkü malikin elinden mülkünü ya da zilyedi olduğu toprağı sembolik bir bedelle almayı amaçlayan bu yaklaşımın temelinde, “vatan toprağının gerçek malikin devlet olduğu” gibi bir yaklaşımın varlığı ortadadır. Bu da, doğal olarak miri rejim dönemlerini(1850’leri) çağrıştırmaktadır.

Benzer şekilde, 1982 Anayasasının kamulaştırma düzenlemesi ve 1983 yılında yürürlüğe konulan Kamulaştırma Kanunu ile getirilen düzenlemeler, 2001 yılında Kamulaştırma Kanununda yapılan köklü değişiklikler ve 2002 yılında da Anayasaya eklenen “gerçek karşılık” ve zamanında ödenmeyen

kamulaştırma bedellerine “devlet alacakları için uygulanan en yüksek faiz” yürütülmesi düzenlemeleri ve nihayet “hak düşürücü süre” başlıklı düzenlemenin de Anayasa Mahkemesi tarafından iptali ile çağdaş hukuk devleti anlayışına uygun bir konuma gelmişken, hemen sonrasında 2010 yılı ve devamında kamulaştırma kanununun ek ve geçici maddelerinde tam aksi yönde(kanunların geriye yürümezliği, hak arama özgürlüğünün kısıtlanması, ödeme süresinin uzatılması vb.) yapılan düzenlemelerle taşınmazlar bakımından mülkiyet hakkının korunmasında hukuksal standartlar bakımından yeniden ciddi bir geriye gidiş yaşanmıştır.

Çağdaş hukuk devleti standartlarına uygun bir kamulaştırma mevzuatı açısından; kamulaştırma bedelinde “gerçek karşılık” ilkesinin istisnasız korunması, kamulaştırma bedelinin tespitinde malikin hak arama hürriyetinin kısıtlanmaması; gerçek karşılığın peşin ödenmesi ilkesinin zorunlu bir gereği olarak, zamanında ödenmeyen kamulaştırma bedellerine “devlet borçlarına uygulanan en yüksek faiz oranının yürütülmesi” ilkesinin istisnasız uygulanması gerekmektedir. Bu ilkelerle bağdaşmayan düzenlemelerin “geçici madde” vs. adı altında yürürlüğe konulması, elde edilen bütün hukuksal kazanımların kaybına yol açmakta, mülkiyet hakkının çağdaş standartların çok gerisine düşmesine sebep olmaktadır.

Öte yandan, kamulaştırma yasasının 10. Maddesine 2013 yılında eklenen; “(Ek fıkra:11/4/2013-6459/6 md.) Kamulaştırma bedelinin tespiti için açılan davanın dört ay içinde sonuçlandırılmaması hâlinde, tespit edilen bedele bu sürenin bitiminden itibaren kanuni faiz işletilir” düzenlemesinde yer alan “kanuni faiz işletilir” ibaresinin yerine, Anayasanın “Kamulaştırma”

başlıklı 46. Maddesinde yer alan “kamu alacakları için öngörülen en yüksek faiz uygulanır” ibaresinin konulmasının, yasanın Anayasaya uygun hale getirilmesi için zorunlu olduğu değerlendirilmektedir.

Kamulaştırma hukukumuzda bir diğer sorunlu alan olan “Acele Kamulaştırma” nın kapsamının da, bu uygulamanın son derece istisnai olan özelliğine uygun olarak sınırları belirsiz ifadelerden arındırılmak suretiyle düzenlenmesi ivedi bir gereklilik ve zorunluluk arz etmektedir.

#### **Kaynaklar:**

##### **A - Makaleler**

Barkan, Ömer Lütfi; “Türk Toprak Hukuku Tarihinde Tanzimat ve 1274 (1858) Tarihli Arazi Kanunnamesi”, “Türkiye’de Toprak Meselesi” içinde, İstanbul, Gözlem Yay., 1980, s. 291-375.

Cin, Halil; Miri Arazi ve Bu Arazinin Mülk Haline Dönüşümü, AÜHF Yayınları, No:290, Sevinç Matbaası, 1969.

Dönmezer, Sulhi; İstimlak Hukuku, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi(1941), C.7, s.1, s.40-94

Efendioğlu, Didem Birbir; “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bir Analiz: Kamulaştırma Bedelinin Tespiti”, TAÜHFD, 2020; 2(2), s. 205-234.

Gözübüyük, Şeref; Yeni İstimlak Kanunu, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi(1956), C.2, S.4, s.158-169.

Kaplan, Onur; “Danıştay Kararları Işığında Acele Kamulaştırmalarda “Aceleliğine Karar Verilen Haller” Bakımından Bir Değerlendirme”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 24, Sayı 1, Haziran 2018, s.176-196;

Karaman, A. “Kaşgar Gecesi Destanı”. Türk Dünyası Dil ve Edebiyat Dergisi (2017 ), s. 187-206)

Koçibey Risalesi, yayına hazırlayan: Zuhuri Danışman, Türk Kültürü Kaynak Eserleri Dizisi, MEB Devlet Kitapları, 1972.

Onar, Siddık Sami; “Osmanlı İmparatorluğunda İslam Hukukunun Bir Kısımının Kodificationu; Mecelle”, İÜHFİM, C.XX, S.1-4, 1954, s.77 (s.59-85)

Renda, Yaprak; “Loizidou Kararından Bugüne Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Kararları ve Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi Kararlarının Kıbrıs’taki Mülkiyet Sorununa Etkisi”, Ankara Barosu Dergisi, 2003/1, s.390(s.388-397).

Sancakdar, Oğuz; “Aihm’in Gayrimenkul Mülkiyeti ve İmar Hukuku Uyuşmazlıklarına Yaklaşımından Kesitler ve Karar Örnekleri”, İzmir Barosu Dergisi, Eylül 2019, s. 511-558

Seyitdanlıoğlu, Mehmet; “Turuk ve Ebniye Nizamnamesi ve Getirdikleri”, Çağdaş Yerel Yönetimler, cilt 5, Sayı 4 (Temmuz 1996), s. 67-81

Tekin, A. S. “Klasik Dönem Osmanlı Devleti İktisadi ve İçtimai Düzeninde Vergi Sistemi”, Akademik Tarih ve Araştırmalar Dergisi 1 (2019 ), s. 52-71

Yılmazoğlu, Yunus Emre-Duman, Özgür; “ Acele Kamulaştırma’nın Mülkiyet Hakkı Bakımından Yol Açtığı Meseleler: Anayasa Mahkemesi’nin “Ali Ekber Akyol ve Diğerleri” ile “Ali Hıdır Akyol ve Diğerleri” Kararlarının Analizi”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Y.6, S.11, Haziran 2018, s. 513-583;

### **B- Anayasa Mahkemesi İptal Kararları**

18.03.1963 tarih ve 1963/10-61 E-K. Sayılı karar.

22.11.1963 tarih ve 1963/65-278 E-K. Sayılı karar.

31.03.1964 tarih ve 1963/102 E- 1964/25 K. Sayılı karar.

23.06.1964 tarih ve 1963/141 E, 1964/50 K. Sayılı karar.

10.04.1973 tarih ve 1972/53 E., 1973/16 K. Sayılı karar.

12.10.1976 tarih ve 1976/38-46 E-K Sayılı kararı

10.04.2003 tarih ve 2002/112 E.- 2003/33 K. Sayılı karar.

17.01.2008 tarih ve 2004/25 E, 2008/42 K. Sayılı karar

13.11.2014 tarih ve 2013/95 E, 2014/176 K. Sayılı karar.

14.05.2015 tarih ve 2014/177 E., 2015/49 K. Sayılı karar

20.12.2018 tarih ve 2016/181E, K.2018/111 K. Sayılı karar

04.02.2021 tarih ve 2019/89 E, 2021/10 K. Sayılı karar

### **C- Yargıtay Kararları**

Yargıtay 12. Dairesinin 22.05.2019 tarih ve 2018/6132 E. , 2019/8857 K. sayılı kararı.

Yargıtay 12. Dairesinin 15.11.2011 tarih ve 2011/5396-22096 E-K sayılı kararı



## **KAMULAŞTIRMADA MALİKİN GERİ ALMA HAKKI VE YOLA TERK PROBLEMLERİNE MÜLKİYET HAKKI YÖNÜNDE AYM VE AİHM KARARLARI AÇISINDAN BAKIŞ**

Dr. Öğr. Üyesi Veysel GÖRÜCÜ\*

### **ÖZET**

Anayasa'nın 35 inci maddesinde\* "Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz." hükmü yer almaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1 No'lu ek Protokolünün "Mülkiyet hakkının korunması" başlıklı 1. maddesinde, "Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. 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 (...) için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka hâlel getirmez." hükmüne yer verilmiştir.

Mevzuatımıza göre de idare kamulaştırdığı taşınmazı 5 yıl içerisinde kamulaştırma kararına uygun biçimde kullanmazsa 5 yılın bitiminden itibaren 1 yıl içinde eski malik taşınmazı geri alabilir. İdare söz konusu sorumluluğu yerine

getirmediği takdirde, taşınmazın eski malikine mülkünü geri alma hakkı tanınmaktadır. Malikin geri alma hakkı, kamu yararı amacıyla mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin güvencesi konumundadır. Bunun için kendisine ödenen kamusallaştırma bedeli yasal faizi ile iade etmelidir. Burada da bir istisna vardır. kamulaştırma baraj ve sulama projeleri için yapılmışsa geri alım hakkı yoktur. Ayrıca idare kamulaştırma yaptığı amaç dışında olmakla birlikte taşınmazı başka bir kamu yararı amacı için kullanıyorsa yine geri alım hakkı yoktur. Örneğin kamulaştırma hastane yapım amacıyla yapılmasına karşın taşınmaz üniversite alanı için kullanılmışsa geri alım hakkı doğmaz. Diğer yandan kamulaştırılan taşınmazın kamu yararına bir hizmet için kullanılmayacağı faaliyetleri için (AVMotel konut vs.) kullanıldığının sonradan öğrenilmesi üzerine söz konusu geri alma hakkı için süreler geçse dahi taşınmazın eski maliki kamulaştırma etkisinin kötüye kullanılması nedeniyle görmüş olduğu zararın tazmini için idari yargıda veya sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca adli yargıda kamulaştırma bedeli ile taşınmazın sonrasında ulaştığı değer arasındaki farkı talep edebilmektedir. Zira kamulaştırma yetkisi mülkiyet hakkına ciddi bir sınırlama niteliğinde olduğu için kamu yararı için kullanımı dışında ticari amaçlarla kullanımı bu hakkın özünü ciddi biçimde ihlal etmektedir. Bu çalışmada AYM ve AİHM kararları ışığında kamulaştırmada Malikin Geri Alma Hakkı ve Yola Terk problemlerini mülkiyet hakkı yönünden incelemeye çalıştık. Anahtar Kelimeler Kamulaştırma, malikin geri alım hakkı, yola terk, Anayasa Mahkemesi kararları ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları

## ABSTRACT

Article 35 of the Constitution states that “Everyone has the right to property and inheritance. These rights can only be limited by law for the public interest. The use of the right to property can not be contrary to public interest.” contains the provision

In Article 1 of the Additional Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights, titled “Protection of the right to property”, “Every natural and legal person has the right to demand respect for his or her property and inviolability. A person may be deprived of his possessions only for reasons of public interest and in accordance with the conditions laid down in the law and the general principles of international law.

The foregoing provisions are without prejudice to the right of states to enforce laws they deem necessary to regulate (...) the use of property in the public interest.” provision is included.

If the administration does not use the expropriated immovable within 5 years in accordance with the expropriation decision, the former owner can take back the immovable within 1 year from the end of the 5 years. If the administration does not fulfill the said responsibility, the former owner of the immovable is given the right to reclaim the property. The owner’s right to take back is the guarantee of the interference with the property right for the purpose of public interest. For this, the expropriation

fee paid to him must be returned with legal interest. There is an exception here, if the expropriation is made for dam and irrigation projects, there is no right of redemption. In addition, if the administration uses the immovable for another public benefit purpose, although it is not for the purpose for which it is expropriated, there is no right of repurchase. For example, if the expropriation is for the purpose of hospital construction but the immovable is used for the university area, the right of repurchase does not arise.

On the other hand, when it is learned that the expropriated immovable is used for commercial activities (shopping mall, hotel, residence, etc.) instead of being used for a service for the public benefit, the ex-owner of the immovable expropriation, even if the deadlines expire. For the compensation of the damage it has suffered due to the abuse of its influence, it may demand the difference between the expropriation price and the value reached after the real estate in the administrative jurisdiction or in the judicial jurisdiction pursuant to the provisions of unjust enrichment. Because the expropriation authority is a serious limitation on the right to property, its use for commercial purposes other than its use for public benefit seriously violates the essence of this right. In this presentation, we tried to examine the problems of the Owner's Right of Recovery and Abandonment in expropriation in the light of the decisions of the Constitutional Court and the ECtHR, in terms of the right to property.

Key words expropriation, owner's right of redemption, leave the road, constitutional court decisions, decisions of the europea court of human rights.

## GİRİŞ

Anayasa Mahkemesi, mülkiyet hakkının malike tanıdığı haklar konusunda Roma hukukunun kabul ettiği yaklaşımı benimseyerek mülkiyet hakkının, kişiye mülkü üzerinde kullanma, ondan yararlanma, onun hakkında tasarrufta bulunma, hatta tüketme imkanı verdiğini ifade etmektedir. Her ne kadar Mahkeme'nin bu yaklaşımı, mülkkavramının eşya hukuku anlamında değerlendirildiği izlenimi doğursa da hakkın kapsamını belirlemesi bakımından önemli bir saptamadır.

2942sayılıKamulaştırmaKanunu(madde22-23),kamulaştırılan taşınmaz kamulaştırma amacına yönelik olarak kullanılmadığında malikebelirlikoşullaraltındataşınmazınigerialmahakkıtanımlıdır. Malikin geri alma hakkı somut bir vakada kullandırılmadığında problem bireysel başvuruya konu olmaktadır. Geri alma hakkının gündeme geldiği bireysel başvurularda ele alınan ilk konu, mülkiyet hakkının uygulanabilirliği meselesidir; Zira malikin taşınmazıyla arasındaki hukuki ilişki kamulaştırmanın kesinleşmesiyle kesilmiştir. Bu noktada kamulaştırılan veya kamu yararı amacıyla kullanılması için bağışlanan (yola terk) taşınmazın kamu yararı amacıyla kullanılmaması halinde malike iade edilmesi veya kamulaştırma bedeliyle kamu yararı amacı dışındaki kullanım bedeli arasındaki farkın tazmin edilmesi talebinin meşru beklenti teşkil ettiğini söylemek mümkündür. Hatta 2942 sayılı

Kanun md. 22-23 gibi bu talebi tanıyan açık bir kanun hükmünün olmadığı hallerde dahi mülkiyet hakkının uygulanabilir olduğu söylenebilir. Bu arada belirtilmelidir ki 11/9/2014 tarih ve 6552 sayılı Kanununun 100. maddesiyle 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu md. 22'ye hakkın geri alma hakkının kullanılması için 5 yıllık bir süre koşulu eklenmiştir.

5 yıllık süre koşulu malikin geri alma hakkını fiilen ortadan kaldırmıştır. Nitekim bu nedenle çok sayıda davada maliklerin geri alma/tazminat talepleri reddedilmektedir. AİHM ise bu konuda çok sayıda şikayet üzerine Türkiye'den savunma talep etmiştir. Geri alma hakkını fiilen ortadan kaldıran 5 yıl süre koşulu sebebiyle mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar verileceğini kestirmek mümkündür. Mülkiyet Hakkı bu noktada ikili bir ayırım yapmaktadır. AYM'ye göre kamu yararı amacıyla kamulaştırıldıktan sonra söz konusu taşınmaz kamusal fonksiyonla hiç kullanılmadan üçüncü kişilere devredilip özel/ticari kullanıma hasredilen taşınmazlar bakımından mülkiyet hakkı uygulanabilir nitelikteyken kamulaştırıldıktan sonra kamulaştırma amacına uygun şekilde uzun süre kullanılan taşınmazların ihtiyaç kalmaması sebebiyle üçüncü kişilere devri halinde mülkiyet hakkı uygulanabilir değildir. 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 35. maddesinde düzenlenen ve uygulamada yola terk olarak bilinen kamuya bedelsiz devredilen taşınmazların devir amacına uygun şekilde kullanılmamasından ötürü yapılan bireysel başvurularda mülkiyet hakkının uygulanabilir olup olmadığı problemi de hem AİHM, hem de AYM kararları-

na konu olmuştur. Kamulaştırmalarda malikin geri alma hakkının tersine, olası bir geri alma veya tazminat hakkının normatif olarak yasaklanmasıdır.

2942 sayılı Kanununun 35. maddesi açıkça “özel parselasyon sonunda malikin muvafakati ile kamu hizmet tesisleri için ayrılmış bulunan yerler için eski malikleri tarafından mülkiyet iddiasında bulunamaz ve karşılığı istenemez” hükmünü içermektedir. Bu nedenle hem Danıştay, hem de Yargıtay kararlarında yola terklerde maliklerin iade veya tazminat hakkı olmadığını hükme bağlamaktadırlar. B Danıştay’ın istisnai bir kararı bulunmaktadır. Danıştay kararında AİHM’in hemen takip eden Karaman kararına atıfla, taşınmazlarını kamu hizmetine tahsis edilmesi için bedelsiz olarak idareye terk eden davacının, 5 yıllık süre içerisinde terk amacına uygun olarak kullanılmadığı gerekçesiyle taşınmazların iadesi talebiyle yaptığı başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle dava açmakta menfaati olduğunu ve derece mahkemesinin işin esası hakkında karar vermesi gerektiğine hükmetmiştir. Mülkiyet Hakkının Kapsamı ve Uygulanabilirliği ve başvuruçunun taşınmazın mülkiyetini kaybettiği açıksa da, yola terk borçlar hukuku anlamında koşullu bir bağışlama olduğundan, bu koşula uyulmadığında (taşınmaz kamu hizmetine tahsis edilmediğinde) bağışlayan hibe edilen şeyi geri isteyebilir. Borçlar Kanununa dayanan bu talep ise, mülkiyet hakkını uygulanabilir kılmaya yeterlidir.

AYM' de AİHM'i takip ederek, yola terk edilen taşınmazların kamu hizmetine tahsis edilmediği hallerde iade/tazminat hakkının doğduğunu ve bu hakkın anayasal mülkiyet hakkı anlamında bir malvarlığı değeri olduğuna hükmetmektedir. Ancak AYM'nin bu konuda istikrarsız ve isabetsiz kararları da bulunmaktadır.

Ancak bu noktada eklemek gerekir ki, şartlı bağışlamayla terk edilen taşınmazın farklı bir kamu hizmetine tahsis edilmesi halinde, malik bakımından anayasal mülkiyet hakkını devreye sokabilecek bir malvarlığı değeri bulunmamaktadır. Önemli ve belirleyici olan, terk edilen taşınmazın mutlaka herhangi bir kamu hizmetine tahsis edilmesidir.

1.Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Açısından, Mülkiyet Hakkının Kamulaştırmada Malikin Geri Alma ve Yola Terk Problemleri Açısından Ele Alınması

1.1.Anayasa Mahkemesi Kararlarında, Kamulaştırmada Malikin Geri Alma Hakkı ve Yola Terk Problemlerinin, Mülkiyet Hakkı Açısından İrdelenmesi

1.1.1. 2018/357 Başvuru Numaralı ve 29/9/2021 Tarihli Toplu Konut Yapımı Amacıyla Kamulaştırılan Taşınmazların Kamulaştırma Amacına Uygun Olarak Kullanılmaması Nedeniyle Mülkiyet Hakkının İhlal Edildiği İddiasına İlişkin Kararın İrdelenmesi 2018/357 Başvuru Numaralı ve 29/9/2021 tarihli kararda Kamulaştırmada



Malikin Geri Alma Hakkı ve Yola Terk problemlerine mülkiyet hakkı yönünden AYM'nin güncel ve hak ihlali bağlamında önem arz eden bireysel başvuru kararını, gelinen son noktayı göstermesi bakımından bu başlıkta ele alarak, konuyu mahkemenin bakış açısıyla bu başlıkta sunmaya çalışacağım.

### **A.Kamulaştırma Süreci**

Ankara'nın Çankaya ilçesi Beytepe (Lodumlu köyü) Mahallesi sınırları içinde bulunan toplam elli iki taşınmaz için Ankara Büyükşehir Belediye Başkanlığı (Belediye) 16/2/1993 tarihinde toplu konut yapımı amacıyla kamu yararı kararı almış ve taşınmazlar kamulaştırılmıştır. Bu taşınmazlardan tarla niteliğindeki 48.700 m<sup>2</sup> yüz ölçümlü 589 parsel ve 135.900 m<sup>2</sup> yüz ölçümlü 592 parsel sayılı taşınmazlarda başvurucu 9/384 oranında hisseli maliktir. Taşınmazlarda başvurucunun hissesine düşen toplam miktar 4.326 m<sup>2</sup>'dir. Başvurucu ve diğer malikler 589 ve 592 parsel sayılı taşınmazlardaki hisseleri için 8/2/1994 tarihinde rızai ferağ vermiş ve taşınmazları tapuda Belediyeye devretmiştir. Başvurucu ve diğer maliklerce açılan bedel artırım davası sonucunda Ankara 20. Asliye Hukuk Mahkemesinin (20. Asliye Hukuk Mahkemesi) 12/12/1995 tarihli kararı ile bedelin artırılması karara bağlanmış ve bedel kesinleşmiştir. Bireysel başvuru dosyası ve ekleri ile Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi'nde (UYAP) 20. Asliye Hukuk Mahkemesince verilen karara ilişkin başka bir bilgi ve belgeye rastlanmamıştır.

14.2016/13545 sayılı bireysel başvuru dosyasında yer alan bilgilere göre Belediye 592 parsel sayılı taşınmazın 32/384 hissesini

5/8/2002 tarihinde S.S., A.A. ve K.Y. Kooperatifine (Kooperatif) satış yoluyla devretmiştir.

## **B. 2016/13545 Sayılı Bireysel Başvuru Dosyasına**

### **İlişkin Süreç**

Kooperatif, Çankaya Kadastro Müdürlüğüne (Kadastro Müdürlüğü) sunduğu 4/5/2005 tarihli dilekçe ile 592 parsel sayılı taşınmazın gerçek yüz ölçümünün belirlenmesi talebinde bulunmuştur. Kadastro Müdürlüğü, taşınmaz başında yapmış olduğu inceleme sonucunda taşınmazın tapu kaydında belirtildiği üzere 135.900 m<sup>2</sup> olmayıp 152.551 m<sup>2</sup> olduğunu tespit etmiştir. Kadastro Müdürlüğü'nün bu tespiti üzerine taşınmazın miktarı 21/6/1987 tarihli ve 3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun 41. maddesi uyarınca Çankaya Tapu Müdürlüğü (Tapu Müdürlüğü) tarafından düzeltilerek gerçeğe uygun şekilde 152.551 m<sup>2</sup> olarak tescil edilmiştir.

Sebepsiz Zenginleşmeye Dayanan Alacak İsteğine İlişkin Yargılama Süreci

Başvurucu 7/3/2006 tarihinde, kamulaştırma bedeli ödenmeyen 16.651 m<sup>2</sup>lik kısım nedeniyle Belediyenin mal varlığında haksız bir artış olduğu iddiasıyla sebepsiz zenginleşmeye dayalı alacak davası açmıştır. Ankara 24. Asliye Hukuk Mahkemesi 15/5/2008 tarihinde, kamulaştırma işleminin tebliğinden itibaren otuz günlük hak düşürücü süre içinde açılmayan davanın reddine karar vermiştir. Karar, Yargıtay denetiminden geçerek 29/6/2009 tarihinde kesinleşmiştir.

## Eksik Kalan Kamulaştırma Bedeline İlişkin Yargılama Süreci

1Aralarında başvurucunun da bulunduğu kişiler 17/5/2006 tarihinde Kadastro Müdürlüğü tarafından yapılan ölçümlerde tespit edilen 16.651 m<sup>2</sup>lik fazla kısım için kamulaştırma bedeli ödenmediği gerekçesiyle fazlaya ilişkin haklarını saklı tutarak 7.000 TL'nin ödenmesi istemiyle Belediye aleyhine dava açmıştır.

19. Ankara 10. Asliye Hukuk Mahkemesi 3/6/2009 tarihinde, taşınmazın yüz ölçümünün kamulaştırma evrakında yazılı miktardan fazla olduğunun kamulaştırma işleminin tebliğinden itibaren otuz günlük hak düşürücü süre içinde ileri sürülebileceği gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir. Karar, Yargıtay denetiminden geçerek 29/3/2010 tarihinde kesinleşmiştir.

## 2016/13545 Sayılı Bireysel Başvuruya Konu Uyuşmazlığa İlişkin Yargılama Süreci

Başvurucu ve malikler 4/2/2011 tarihinde, düzeltme sonucunda oluşan 16.651 m<sup>2</sup>lik artıştan paylarına düşen kısmın kamulaştırma bedelinin ödenmediği ve bu amaçla açmış oldukları davanın da hak düşürücü süreden reddedildiği gerekçesiyle Hazine aleyhine alacak davası açmıştır. Başvurucu ve diğer davacılara göre devlet, tapulama işlemlerinin düzgün olarak yapılması ve elde edilen sonuçların tapu siciline doğru bir biçimde aktarılmasından sorumlu olup somut olayda tapulama sırasındaki yanlış tespitin tapuya olduğu gibi yansıtılmasından dolayı meydana gelen zarardan kusursuz olarak sorumludur.

Ankara 24. Asliye Hukuk Mahkemesi 15/3/2013 tarihinde davanın reddine karar vermiştir. Mahkeme kararında; taşınmaz hakkında tutulan Tapulama Tutanağı'nın muris tarafından herhangi bir itiraz ileri sürülmeden imzalandığı, krokiye bağlanan ve sınırları belirli taşınmazın tapuya tescil edildiği tarihten itibaren kırk yılı aşkın bir süre muris ve murisin ölümünden sonra mirasçıları tarafından mevcut hâliyle ihtilafsız şekilde kullanıldığı, bu süre boyunca herhangi bir zararın bulunmadığı saptaması yapılmıştır. Mahkeme, bu saptamalardan sonra davacılar ve öncesinde murislerinin kamulaştırma tarihine kadar kırk yılı aşkın bir süre içinde düzeltme isteğinde bulunabilecekken bu yönde bir girişimde bulunmadıklarını, yine kamulaştırma bedelinin artırımı davasında da bu hususta niza çıkarmadıklarını ancak taşınmazı Belediyeden satın alan üçüncü kişinin düzeltme isteğinden sonra zarara uğradıkları yönünde bir iddiada bulduklarını dikkate alarak zarar ile tapu sicilinin tutulması arasında bir illiyet bağı bulunmadığı sonucuna varmıştır. Mahkeme ayrıca başvurucuların taşınmazın hâlen maliki olan Kooperatife karşı sebepsiz zenginleşmeye dayalı alacak davası açmaları imkân dâhilinde olduğundan kusursuz sorumluluktan söz edilemeyeceği kanaatiyle davayı reddetmiştir.

Başvurucu ve diğer davacıların temyizi üzerine Yargıtay 5. Hukuk Dairesi 16/9/2014 tarihinde, kadastro işlemleri ile tapu kütüğünün oluşumunun birbiriyle bağlantılı olduğu ve bütünlük oluşturduğu gerekçesiyle meydana gelen zarardan devletin kusursuz sorumlu olduğunu belirterek ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur.

Davalı Hazinenin vekilinin karar düzeltme isteği Yargıtay 20. Hukuk Dairesi (Daire) tarafından incelenmiştir. Daire 6/6/2016 tarihinde bozma kararını kaldırmış ve ilk derece mahkemesi kararını onamıştır. Daire, devletin tapu kütüğünün oluşumu aşamasındaki hatalardan sorumlu tutulabilmesi için öncelikle bir zararın doğmuş olmasını şart koşmuştur. Daireye göre somut olayda zarar, gerçek yüz ölçümü belirlenmeden taşınmazın kamulaştırma sonucunda başvuruçuların mülkiyetinden çıkması nedeniyle oluşmuştur ve oluşan bu zararın tapu sicilinin tutulması ile bir ilgisi bulunmamaktadır.

Başvurucu ve diğer davacılar nihai karara karşı Anayasa Mahkemesine 25/7/2016 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur. Bu başvuruda, tapu kaydında yapılan düzeltmeden sonra ortaya çıkan fazla kısmın bedelinin kamulaştırma ile ödenen bedele dâhil olmadığı hâlde davanın reddedildiğini belirterek mülkiyet hakkı ile adil yargılanma haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir.

Anayasa Mahkemesi 23/10/2019 tarihinde başvuruçucu ve diğer davacıların mülkiyet haklarının ihlal edildiğine ve mülkiyet hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasına karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi bu kararda 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 1007. maddesine göre açılan davanın başvuruçucu ve diğer davacıların zararının karşılanmasına ilişkin etkili bir yol olduğunu belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi ayrıca taşınmazın başvuruçucu ve diğer davacıların elinden kamu gücü kullanılarak kamulaştırma yoluyla

alındığı, kamulaştırma bedelinin artırılması davasında taşınmaz başında keşif yapılmasına rağmen yargı mercilerince taşınmazın gerçek yüz ölçümünün belirlenmediği ve taşınmazın toplam alanı ile her bir mirasçının fiilen kullandığı alana göre gerçek yüz ölçümünün başvuru ve diğer davacılar tarafından hemen fark edilebilecek nitelikte olmadığı dikkate alındığında tapu sicilinde yer alan yüz ölçümü bilgisine güvenen başvuru sahiplerinin idare tarafından yapılan hatanın bütün sonuçlarına katlanmak durumunda bırakılmasının başvuru sahiplerine şahsi olarak aşırı bir külfet yüklediği sonucuna varmıştır.

### **C. Bireysel Başvuru Süreci**

Çankaya Belediyesinin 8/12/2004 tarihinde kabul ettiği imar planını Belediye 15/3/2005 tarihinde onaylamış, onaylanmış imar planına uygun parsellasyon işlemini de Çankaya Belediyesi 21/8/2008 tarihinde kabul etmiş ve Belediye 25/9/2008 tarihinde onaylamıştır. Parsellasyon işlemi sonucunda kamulaştırılan taşınmazlardan %39,9 oranında düzenleme ortaklık payı (DOP) ayrılmıştır. S.S.U. Kooperatifi 8/5/2009 tarihinde Belediyeye başvurarak 600 üyeli kooperatif için Çankaya ilçesi Beytepe Mahallesi'nde bulunan 592 ve 597 parsel sayılı taşınmazların kendilerine tahsis edilmesini istemiştir. Belediye tarafından verilen 21/7/2009 tarihli cevapta, bu alanda planlama çalışmalarının tamamlanmaması nedeniyle talebin yerine getirilemeyeceği ifade edilmiştir. S.S.U. Kooperatifi tarafından planlama çalışmalarının bitirildiği bildirilerek 2/9/2009 tarihinde yeniden talepte bulunulmuş ancak bu talebe cevap

verilmediği anlaşılmıştır.

Başvurucu tarafından bireysel başvuru ekinde sunulan belgelere göre, kamulaştırılan taşınmazlar ifraz grmuştr. Belediye, ifraz gören bu taşınmazlardan 28861 ada 1 parsel, 28862 ada 1 parsel, 28863 ada 1 parsel ve 28864 ada 1 parsel sayılı taşınmazların kapalı zarf usulü ile mülkiyet satışının 8/3/2012 tarihinde yapılacağını, 28861 ada 1 parsel, 28862 ada 1 parsel, 28863 ada 1 parsel ve 28864 ada 1 parsel sayılı taşınmazların kapalı zarf usulü ile mülkiyet satışının 24/5/2012 tarihinde yapılacağını, 28529 ada 1 parsel, 28550 ada 1 parsel, 28917 ada 1 parsel, 28948 ada 2 parsel ve 28949 ada 2 parsel sayılı taşınmazların kapalı zarf usulü ile mülkiyet satışının 6/6/2013 tarihinde yapılacağını, 28550 ada 1 parsel, 28917 ada 1 parsel, 28948 ada 2 parsel ve 28949 ada 2 parsel sayılı taşınmazların kapalı zarf usulü ile mülkiyet satışının 3/10/2013 tarihinde yapılacağını, 28861 ada 1 parsel, 28862 ada 1 parsel, 28863 ada 1 parsel ve 28864 ada 1 parsel sayılı taşınmazların 21/11/2013 tarihinde kapalı zarf usulü ile kat karşılığı inşaat yaptırılacağını, 28917 ada 1 parsel sayılı taşınmazın 5/6/2014 tarihinde pazarlık usulü ile mülkiyet satışının yapılacağını ve son olarak da 28917 ada 1 parsel sayılı taşınmazın 23/10/2014 tarihinde kapalı zarf usulü ile mülkiyet satışının yapılacağını ilan etmiştir. Bu durumda uyuşmazlık konusu 28594 ada 1 parsel, 28915 ada 1 parsel ve 28918 ada 1 parsel sayılı taşınmazlar dışında kalan dokuz parsel yönünden ihaleye çıkıldığı anlaşılmakla birlikte ihaleye çıkılan taşınmazların satışının yapılıp yapılmadığı anlaşılamamıştır.

Başvurucu tarafından 9/12/2014 tarihinde Belediye aleyhine Ankara 17. Asliye Hukuk Mahkemesinde (17. Asliye Hukuk Mahkemesi) dava açılmıştır. Başvurucu bu davada; hissesi bulunan ve kamulaştırılan iki taşınmazın ifraz gören bazı bölümlerinin kamulaştırma amacına uygun kullanılmadığını, DOP ve kamu ortaklık payı (KOP) ayrıldıktan sonra 589 parselden şuyulanan taşınmazlarda 191,32 m<sup>2</sup>, 592 parselden şuyulanan taşınmazlarda ise 947,74 m<sup>2</sup> belediye mülkiyetinde saklı tutulduğunu ve bu taşınmazların 2012-2014 yılları arasında satışı için ihaleye çıkarıldığını ileri sürerek geri alma şartları kapsamında toplam on iki taşınmazın tapusunun iptali ile adına tescilini, bunun mümkün olmaması hâlinde uğranılan zararın ödenmesini talep etmiştir.

Asliye Hukuk Mahkemesi dosyasına sunulan bilirkişi raporunda şu tespitlere yer verilmiştir:

i.Tarla vasıflı olan taşınmazlar imar düzenlemesi ile arsaya dönüştürülmüştür. ii.Taşınmazlardan DOP ve KOP olarak ayrılan kısımlar dava konusu edilmemiştir. 589 parselden şuyulanan 2.089 m<sup>2</sup> yüz ölçümlü 28529 ada 1 parselde 48,96 m<sup>2</sup>, 3.753 m<sup>2</sup> yüz ölçümlü 28918 ada 1 parselde 8,95 m<sup>2</sup>, 1.296 m<sup>2</sup> yüz ölçümlü 28917 ada 1 parselde 30,37 m<sup>2</sup>, 5.322 m<sup>2</sup> yüz ölçümlü 28915 ada 1 parselde 15,21 m<sup>2</sup>, 2.944 m<sup>2</sup> yüz ölçümlü 28948 ada 2 parselde 69 m<sup>2</sup> ve 2.553 m<sup>2</sup> yüz ölçümlü 28949 ada 2 parselde 18,82 m<sup>2</sup> olmak üzere toplam 191,31 m<sup>2</sup>; 592 parselden şuyulanan 16.374 m<sup>2</sup> yüz ölçümlü 28861 ada 1 parselde 383,76 m<sup>2</sup>, 6.780 m<sup>2</sup> yüz ölçümlü 28862 ada 1 parselde 158,90 m<sup>2</sup>, 7.464 m<sup>2</sup> yüz ölçümlü 28863 ada 1 parselde



174,93 m<sup>2</sup>, 11.566 m<sup>2</sup> yüz ölçümlü 28864 ada 1 parselde 271,07 m<sup>2</sup>, 6.434 m<sup>2</sup> yüz ölçümlü 28594 ada 1 parselde 39,75 m<sup>2</sup> ve 1.324 m<sup>2</sup> yüz ölçümlü 28550 ada 1 parselde 8,81 m<sup>2</sup> olmak üzere toplam 1.037,22 m<sup>2</sup>; sonuç olarak iki parselden şuyulanan ve başvuruçunun hissesine düşen toplam 1.228,53 m<sup>2</sup> dava konusu edilmiştir.

iii. Bu taşınmazlardan 28529 ada 1 parsel 18/7/2013, 28949 ada 2 parsel 15/4/2014, 28550 ada 1 parsel 9/1/2014 ve 28594 ada 1 parsel 18/9/2014 tarihlerinde üçüncü şahıslara ve kooperatiflere devredilmiştir. Belediye adına kayıtlı olan 28948 ada 2 parsel sayılı taşınmaz üçüncü şahıslara devredilmiş ve devir alanlar 11/7/2014 tarihinde hisseleri devretmiştir. 28918 ada 1 parsel, 28917 ada 1 parsel, 28915 ada 1 parsel, 28861 ada 1 parsel, 28862 ada 1 parsel, 28863 ada 1 parsel ve 28864 ada 1 parsel sayılı taşınmazlar hâlen Belediye adına tescilli olup devredilmemiştir.

iv. Hâlen Belediye adına kayıtlı olan taşınmazlarda başvuruçunun hissesine düşen kısmın yüz ölçümü toplamı 1.043,19 m<sup>2</sup>dir. 2014 yılı Aralık ayında imarlı arsa m<sup>2</sup> fiyatı 1.250 TL'dir. Belediye adına tescilli olan taşınmazlarda başvuruçunun hissesinin değeri (1.043,19 m<sup>2</sup> x 1.250 TL/m<sup>2</sup>) 1.303.978,50 TL hesap edilmiştir.

Asliye Hukuk Mahkemesi 6/9/2016 tarihinde davayı reddetmiştir. Kararın gerekçesinde özetle;

i. 4/11/1983 tarihli ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun "Mal sahibinin geri alma hakkı" kenar başlıklı 23. maddesinde kamulaştırılan taşınmazların eski malikleri tarafından geri alınması ya

da geri alma imkânı bulunmayan hâllerde tazminat talep edilebilmesi için kamulaştırmayı yapan idarece, kamulaştırma bedelinin kesinleşmesi tarihinden itibaren beş yıl içinde kamulaştırma amacına uygun hiçbir işlem veya tesisat yapılmayıp taşınmazın olduğu gibi bırakılmasının şart olduğu ve aynı amacın gerçekleşmesi için birden fazla taşınmaz birlikte kamulaştırıldığı takdirde taşınmazların durumunun bir bütün olarak değerlendirileceği ifade edilmiştir.

ii. Davaya konu edilen taşınmazların başka taşınmazlarla birlikte halka ucuz konut temin etmek gayesi ile kamulaştırıldığı, Belediye tarafından proje doğrultusunda faaliyetlerin gerçekleştirildiği, bir kısım taşınmazın parselasyon planı sonucu bazı kooperatiflere tahsis edildiği, bazı taşınmazların sosyal hizmet, park vesair alan olarak ayrıldığı, bir kısım taşınmazın satıldığı, bazı taşınmazların ise Belediye uhdesinde bulunduğu belirtilmiştir.

iii. Sonuç olarak Belediyenin proje doğrultusunda faaliyetlerini gerçekleştirdiği, başvurunun 2942 sayılı Kanun'un 22. ve 23. maddelerinde belirtilen beş yıllık süre içinde taşınmazların geri alınması hususunda herhangi bir dava açmadığı vurgulanmış, başvuru yönünden geri alma ve tazminat istenmesi koşullarının oluşmadığına işaret edilmiştir.

Başvurucu tarafından yapılan istinaf istemi Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 14. Hukuk Dairesi (Bölge Adliye Mahkemesi) tarafından 17/11/2016 tarihinde reddedilmiştir. Kararın gerekçesinde, taşınmazların Belediye tarafından dava dışı başka taşınmazlarla birlikte toplu konut inşa etmek gayesi ile kamulaştırıldığına

ve Belediye tarafından proje doğrultusunda faaliyetlerin gerçekleştirildiğine vurgu yapılarak ilk derece mahkemesinin kamulaştırılan taşınmazların geri alınmasına ya da tazminat ödenmesine ilişkin koşulların oluşmadığına ilişkin gerekçesinin yerinde olduğu ifade edilmiştir.

Başvurucu tarafından temyiz edilen karar, Yargıtay 5. Hukuk Dairesi (Yargıtay Dairesi) tarafından 28/9/2017 tarihinde onanmıştır. Onama gerekçesinde özetle;

i. Dava konusu taşınmazlarla birlikte elli iki taşınmazın Belediyenin 16/2/1993 tarihli kararı ile toplu konut yapımı amacı ile kamulaştırıldığı, başvurusunun hissedar olduğu 589 ve 592 parsel sayılı taşınmazların 8/2/1994 tarihinde rızai ferağ verilmek suretiyle Belediyeye devredilerek kamulaştırma işlemi ve sonrasında açılan bedel artırımı davası neticesinde bedelin kesinleştiği belirtilmiştir.

ii. Belediye tarafından toplu konut inşa etmek amacı ile kamulaştırılan davakonusu taşınmazlar ile aynı amaçla kamulaştırılan diğer taşınmazların 1/1.000 ölçekli imar planları yapıp dava dışı bir kısım parselin toplu konut yapımı amacıyla kooperatiflere devrinin sağlandığı ve Belediye tarafından proje doğrultusunda faaliyetlerin gerçekleştirildiği ifade edilmiştir.

iii. 2942 sayılı Kanun'un "Mal sahibinin geri alma hakkı" kenar başlığını taşıyan 23. maddesi uyarınca kamulaştırılan taşınmazların eski malikleri tarafından geri alınması ya da geri alma imkânı bulunmayan hâllerde tazminat talep edilebilmesi için kamulaştırmayı

yapan idarece, kamulaştırma bedelinin kesinleşmesi tarihinden itibaren beş yıl içinde kamulaştırma amacına uygun hiçbir işlem veya tesisat yapılmayıp taşınmazın olduğu gibi bırakılmasının şart olduğuna işaret edilmiş ve aynı amacın gerçekleşmesi için birden fazla taşınmaz birlikte kamulaştırıldığı takdirde taşınmazların durumunun bir bütün olarak değerlendirileceğine vurgu yapılmıştır.

iv. Buna göre dava konusu taşınmazların Belediye tarafından dava dışı başka taşınmazlarla birlikte toplu konut inşa etmek gayesi ile kamulaştırıldığı ve proje doğrultusunda faaliyetlerin gerçekleştirildiği belirtilerek kamulaştırılan taşınmazların geri alınması koşullarının ya da tazminat ödenmesine ilişkin koşulların oluşmadığı gerekçesiyle istinaf başvurusunun esastan reddine karar verilmesinde bir isabetsizlik görülmediği ifade edilmiştir. Nihai karar, başvuru vekiline 28/11/2017 tarihinde tebliğ edilmiştir. Başvuru 21/12/2017 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

## **IV.İLGİLİ HUKUK**

### **A. Ulusal Hukuk**

#### **1.İlgili Mevzuat**

2942 sayılı Kanun'un "Mal sahibinin geri alma hakkı" kenar başlıklı 23. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Kamulaştırma bedelinin kesinleşmesi tarihinden itibaren beş yıl içinde, kamulaştırmayı yapan idarece veya 22 nci maddenin dördüncü fıkrası uyarınca devir veya tahsis yapılan idarece; kamulaştırma ve devir amacına uygun hiç bir işlem veya tesisat

yapılmaz veya kamu yararına yönelik bir ihtiyaca tahsis edilmeyerek taşınmaz mal olduğu gibi bırakılırsa, mal sahibi veya mirasçuları kamulaştırma bedelini aldıkları günden itibaren işleyecek kanuni faiziyle birlikte ödeyerek, taşınmaz malını geri alabilir.”

Doğmasından itibaren bir yıl içinde kullanılmayan geri alma hakkı düşer.

(Ek fıkra: 10/9/2014-6552/100 md.) Birinci ve ikinci fıkrada belirtilen süreler geçtikten sonra kamulaştırılan taşınmaz malda hakları bulunduğu iddiasıyla eski malikleri veya mirasçuları tarafından idareden herhangi bir sebeple hak, bedel veya tazminat talebinde bulunulamaz ve dava açılmaz.

Aynı amacın gerçekleşmesi için birden fazla taşınmaz mal birlikte kamulaştırıldığı takdirde bu taşınmaz malların durumunun bir bütün oluşturduğu kabul edilerek yukarıdaki fıkralar buna göre uygulanır.

...”

## **2.Yargıtay Kararları**

37.Yargıtay 5. Hukuk Dairesinin 3/4/2006 tarihli ve E.2006/1, K.2006/3794 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

“...

Taşınmaz sahibi 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 23. maddesine göre taşınmazını; kamulaştırma bedelinin kesinleşmesinden itibaren 5 yıl içerisinde kamulaştırmayı yapan

idarece, kamulaştırma ve devir amacına uygun hiçbir işlem veya tesisat yapılmaz veya kamu yararına yönelik bir ihtiyaca tahsis edilmeyerek taşınmaz olduğu gibi bırakılırsa, mal sahibi veya mirasçuları kamulaştırma bedelini aldıkları gönden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte ödeyerek taşınmazını geri alabilir.

Aynı amacın gerçekleşmesi için birden fazla taşınmaz birlikte kamulaştırıldığı takdirde bu taşınmazların durumunun bir bütün oluşturduğu kabul edilir.

Dava konusu 75 pafta 2 Ada 6 parsel nolu taşınmaz kamu yararına ayrılmak amacıyla kamulaştırılmış, daha sonra amaca uygun olarak ifraz görmüş, en son 1/50000 ölçekli 15.11.1995 onay tarihli İstanbul Metropolitan alan alt bölge nazım imar planında bölge parkı olarak ayrılmış, bu parselleri kapsayan 1/25000, 1/5000 ölçekli planlar ise henüz onaylanmamıştır. Bu açıklamalardan anlaşıldığı gibi kamulaştırılan taşınmazın kamulaştırma amacına uygun olarak alınan kamu yararına yönelik ihtiyaca tahsisi amacıyla önceleme ve işlemler halen devam etmektedir.

Açıklanan nedenlerle davanın reddine karar verilmesi gerekirken kabulüne karar verilmesi,

Doğru görülmemiştir.

...”

38.Yargıtay 5. Hukuk Dairesinin 29/4/2010 tarihli ve E.2010/163, K.2010/7455 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

“ ...

Kamulaştırma Kanununun 23. maddesi uyarınca; kamulaştırılan taşınmaz üzerinde kamulaştırmayı yapan veya kamulaştırılan taşınmazı devralan idarece kamulaştırma bedelinin kesinleşmesi tarihinden itibaren 5 yıl içerisinde kamulaştırma ve devir amacına uygun hiçbir işlem veya tesisat yapılmaz veya kamu yararına yönelik bir ihtiyaca tahsis edilmeyerek taşınmaz olduğu gibi bırakılırsa mal sahibi veya mirasçılarının geri alma hakları doğar. Aynı amacın gerçekleşmesi için birden fazla taşınmaz birlikte kamulaştırıldığı takdirde bu taşınmazların durumunun bir bütün oluşturduğu kabul edilerek geri alma hakkının doğumu taşınmazların tümüne göre belirlenir.

Somut olayda aynı amacın gerçekleşmesi için davaya konu taşınmazlarla birlikte çok sayıda taşınmaz da kamulaştırılmıştır. Bu nedenle;

1-Dava açma süresinin, aynı amacın gerçekleşmesi için kamulaştırılan taşınmazlardan kamulaştırma bedeli en son kesinleşen parselde göre belirlenmesi gerektiği gözetilmeden, sadece dava konusu taşınmazların kamulaştırma bedelinin kesinleşme tarihleri esas alınarak dava hakkının doğduğunun kabul edilmesi,

2-Dava konusu taşınmazlar üzerinde kamulaştırma amacına yönelik herhangi işlem ve faaliyette bulunulmamış olması dava hakkının doğumu için yeterli olmayıp, kamulaştırılan diğer taşınmazlarda da bu amaca yönelik herhangi bir faaliyette

bulunulmaması gerektiği gözetilerek, diğer taşınmazların durumu da araştırılarak davacının iddia ettiği gibi diğer taşınmazlarda anlaşma sağlanamadığı için yol güzergahının değiştirilip değiştirilmediği, güzergah değişmiş ise taşınmazın kamulaştırma alanı dışında kalıp kalmadığı belirlenip sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması,

Doğru görülmemiştir.

...”

39.Yargıtay 18. Hukuk Dairesinin 27/6/2016 tarihli ve E.2016/4369, K.2016/10297 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

“...

Kamulaştırma Kanununun 23. maddesinin 4. fıkrasında aynı amacın gerçekleşmesi için birden fazla taşınmaz mal birlikte kamulaştırıldığı takdirde bu taşınmaz malların durumunun bir bütün oluşturduğu kabul edilerek ilgili maddenin diğer düzenlemelerinin buna göre uygulanacağı belirtilmiştir, aynı amaç doğrultusunda kamulaştırılan taşınmazların bir kısmında kamulaştırma amacına uygun tesis veya işlem yapılması durumunda 23. madde doğrultusunda davacıların geri isteme hakkının doğmayacağı, davalı idarenin karar aldığı Güneykent Toplu Konut Projesi kamulaştırma işlemi kapsamında Çavuşlu, Yalınayak ve Arpaçsakarlar Köyünden toplam 543 parselin kamulaştırıldığı, aynı hukuki sebebe dayalı olarak aynı taleple farklı parseller için açılan ve Dairemizce daha önce incelenerek karara bağlanan Mersin 4. Asliye Hukuk Mahkemesinin



2014/276 Esas-2015/62 Karar sayılı ve 2014/277 Esas-2015/63 Karar sayılı dosyalarında yapılan keşif üzerine alınan bilirkişi raporlarında davaya konu kamulaştırma işlemi doğrultusunda davalı konumda bulunan taşınmazların 1200 metre batısında TOKİ konutları, 450 metre doğusunda Turkuaz Konutlarının bulunduğu, dosyadaki yazışmalar üzerine gönderilen bilgi ve belgelerden kamulaştırma kararı doğrultusunda birtakım işlemlerin yapılmış olduğu anlaşıldığına göre açılan davanın kamulaştırma amacına uygun tesis veya işlem yapılmış olması gerekçesiyle reddi gerekirken yanlış değerlendirme sonucu 23. maddede öngörülen bir ve beş yıllık hak düşürücü sürelerin dolmuş olması sebebiyle reddine karar verilmesi doğru değil ise de sonucu itibarıyla doğru olan kararın yukarıda açıklanan gerekçeyle, gerekçe değiştirilmek suretiyle ONANMASINA,

...”

#### B. Uluslararası Hukuk

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne (Sözleşme) ek 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesi şöyledir:

“Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. 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 uygulama konusunda sahip oldukları hakka hâle getirmez.”

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kural olarak özel bir kişiye menfaat sağlamak için mülkten yoksun bırakmanın kamu yararı amacı taşımadığını kabul etmiştir (James ve diğerleri/Birleşik Krallık [GK], B. No: 8793/79, 21/2/1986, § 40). Kamu yararı amacının gerçekleştirilmemesi şikâyetiyle ilgili Karaman/Türkiye (B. No: 6489/03, 15/1/2008) kararına konu olay, sağlık merkezi yapılması şartıyla belediyeye bağışlanan taşınmazın bir kısmının şarta aykırı olarak, kamu hizmetine tahsis edilmeyerek üçüncü kişilere satılmasına ilişkindir. AİHM, idareye devir anında ortaya konulan şarta aykırı bir şekilde kullanılan taşınmaza ilişkin olarak malikin geri alım hakkının bulunmadığını saptayan Yargıtayın kararının taşınmazın kısmen de olsa kamu hizmetine tahsis edilmiş olduğu düşüncesiyle haklılaştırılmayacağını belirtmiştir (Karaman/Türkiye, § 32). AİHM, Yargıtay’ın kamu hizmetine tahsis edilmemiş olsa bile mülkiyetin el değiştirmiş olması nedeniyle önceki malikin mülkiyet veya tazminat iddiasında bulunamaması sonucunu doğuran 2942 sayılı Kanun’un 35. maddesine ilişkin yorumunun kamu yararının gerekleri ile bireysel hakların korunmasının gereklilikleri arasındaki dengeyi bozduğu kanaatine varmıştır (Karaman/Türkiye, § 33). AİHM sonuç olarak 2942 sayılı Kanun’un 35. maddesine ilişkin uygulamanın Sözleşme’ye ek 1 No.lu Protokol’ün 1. maddesiyle uyumlu olmadığı sonucuna ulaşmıştır (Karaman/Türkiye, § 34).

BeneficioCappellaPaolini/San Marino (B. No: 40786/98, 13/7/2004) kararına konu olayda başvuruçunun 7/3/1985 tarihinde kamulaştırılan taşınmazın kısmen kamu yararı amacı doğrultusunda kullanılmıştır. Başvuruçunun 16/2/1987 tarihinde taşınmazın kullanılmayan kısmının iade edilmesi için idareye yaptığı başvuru ise reddedilmiştir. Bunun üzerine başvuruçunun 10/11/1988 tarihinde açtığı dava da derece mahkemelerince reddedilmiştir. AİHM, olayda kamulaştırma yönteminin tartışma konusu olmadığını ve ilgili kanun hükümlerinin uygulanarak tazminatın başvuruçuya ödendiğini belirtmiştir. Ancak AİHM'e göre kamulaştırılan taşınmazın yalnızca bir bölümünün kamu yararı amacına kullanılması ve kullanılmayan bölümünün iadesi yönünde kanuni bir düzenlemenin bulunmaması mülkiyet hakkına saygı bakımından önemli bir sorun teşkil etmektedir (BeneficioCappellaPaolini/San Marino, § 33).

AİHM; böyle bir davada, kamulaştırmanın bireyin mülkünden elde edilen gelirden yoksun bırakılmasına yol açtığını, bu yoksun bırakmanın ise kamu yararına dayalı meşru bir amacının bulunmaması durumunda Sözleşme'ye ek 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesindeki güvencelere aykırı olarak mülk sahibinin aşırı bir külfete katlanmasına sebep olduğunu kabul etmiştir. AİHM, 1985 yılında yapılan kamulaştırma ve 1987 yılında idarenin başvuruyu reddi sırasında kamu yararı mevcut olsa da aradan geçen sürede taşınmazın hâlen kamulaştırma amacı doğrultusunda kullanılmadığını özellikle vurgulamıştır (BeneficioCappellaPaolini/San Marino, § 33). AİHM'e göre bu sebeple başvuruçunun mülkiyet hakkı ile kamu yararı arasında olması gereken adil denge başvuruçunun

aleyhine bozulmuştur (BeneficioCappellaPaolini/San Marino, §§ 33, 34).

Motais de Narbonne/Fransa (B. No: 48161/99, 2/7/2002) kararına konu olayda taşınmazın bir sosyal konut projesi için kamulaştırılması söz konusudur. Ancak kamulaştırma tarihinden itibaren on dokuz yıl geçmesine rağmen belirtilen kamu yararı amacı çerçevesinde bu taşınmaz üzerinde herhangi bir inşaat yapılmamıştır. AİHM'e göre Sözleşme'ye ek 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesi, taraf devletleri bireylerin rızası dışında yoksun bırakıldıkları taşınmazlarının arazi spekülasyonuna yol açacak şekilde uzun bir süre kamu yararı amacıyla kullanılmadan tutulmak suretiyle yoksun bırakılması riskinden korumaya zorlamaktadır. Kararda, bu geçen sürede taşınmazın değerinde önemli miktarda değer artışı olduğuna dikkat çekilmiştir (Motais de Norbonne/Fransa, § 21). AİHM sonuç olarak on dokuz yıl boyunca kamulaştırmanın dayandığı kamu yararına ilişkin projenin uygulanmaması sonucu bu zaman diliminde meydana gelen artı değerden başvurucunun yoksun bırakılmasının başvurucuya aşırı bir külfet yüklediğini belirterek mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir (Motais de Norbonne/Fransa, §§ 16-23).

Bu kapsamda değinilecek diğer bir karar Keçecioğlu ve diğerleri/Türkiye (B. No: 37546/02, 8/4/2008) kararıdır. Bu olayda uyuşmazlık konusu taşınmaz hakkında 1986 yılında alınan kamu yararı kararı alınmış ve sonrasında da büyükşehir belediyesince yapılan imar uygulaması çerçevesinde 1992 yılında

kamulaştırılmıştır. Başvurucular 27/10/1997 tarihinde 2942 sayılı Kanun'un 23. maddesine dayalı olarak büyükşehir belediyesine karşı tapu iptali ve tescil davası açmıştır. Başvurucular, taşınmazın kamu yararı amacı doğrultusunda kullanılmadığını ileri sürmüştür. İlk derece mahkemesinin davanın kabulüne ilişkin kararı, imar planındaki projenin gerçekleştirilebileceğine vurgu yapılarak Yargıtayca bozulmuştur. Davanın reddine ilişkin hüküm Yargıtayca 5/2/2002 tarihinde onanmıştır (Keçecioğlu ve diğerleri/Türkiye, §§ 4-18).

AİHM ilk olarak kamulaştırmanın yönteminde yapıldığının taraflar arasında tartışma konusu olmadığını ancak asıl şikâyet konusunun aradan yirmi bir yıl geçmesine rağmen hâlen kamu yararı amacına uygun çalışmalara tahsis edilmemesi olduğunu vurgulamıştır (Keçecioğlu ve diğerleri/Türkiye, § 25). Buna göre taşınmaza ilişkin olarak kamulaştırma kararı verilmesinin üzerinden yirmi bir yıl geçmesine rağmen mülkten yoksun bırakmaya esas teşkil eden kamu yararına yönelik proje hayata geçirilmemiştir. AİHM, taşınmazın kamulaştırma amacına uygun düzenlemeler için kullanılmamasının başvurucuların mülkiyet hakları bakımından önemli sorunlara yol açtığını belirtmiştir. AİHM'e göre böyle bir kamulaştırma artık kamu yararına ilişkin bir gerekçeye dayanmayıp başvurucuların söz konusu taşınmazın artı değerinden mahrum kalmalarına neden olmaktadır. AİHM somut olayda da yirmi bir yıl geçtiği hâlde taşınmazın kamulaştırma amacı doğrultusunda kullanılmadığını belirterek kamu yararı amacının gerçekleşmediği ve kamu yararı ile başvurucuların hakları arasındaki adil dengenin

bozulduğu sonucuna varmıştır (Keçecioğlu ve diğerleri/Türkiye, řř 26-28).

## **İNCELEME VE GEREKÇE**

### **A. Başvurucunun İddiaları**

Başvurucu, kamulaştırılan toplam 2.651.742 m<sup>2</sup> taşınmazın bir kısmın kamulaştırma amacına uygun olarak kooperatiflere konut yapımı için tahsis edildiği hâlde bu taşınmazların da içinde bulunduğu bazı taşınmazların tahsis edilmeyerek Belediyenin mülkiyetinde saklı tutulduğunu iddia etmiştir. İfraz gören bu taşınmazların Belediye tarafından 2012, 2013 ve 2014 yıllarında satışa çıkarıldığını, bir kısmının satılmaması üzerine kat karşılığı ihaleye çıkarıldığını belirten başvuru, Belediye tarafından plan tadilatı yapılarak inşaat emsalinin değiştirilmesi suretiyle haksız kazanç elde edildiğinden yakınmıştır. Sonuç olarak başvuru, Belediyenin konut yapımı için 3.054 TL bedel ödeyerek kamulaştırdığı taşınmazları özel mülkiyet şekli kazandırarak 1.263.970 TL'ye sattığını, kamulaştırma bedeli ile satış bedeli arasında makul bir orantılılık ilişkisi bulunmadığını ve yirmi bir yıl içinde ortaya çıkan bu fahiş farkın kendisini orantısız bir külfet altına soktuğunu ileri sürerek mülkiyet hakkının, mülkiyet hakkına dayanan bu taleplerinin süresinde olmadığı gerekçesiyle reddedilmesi nedeniyle de adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

### **B. Değerlendirme**

Anayasa'nın iddianın değerlendirilmesinde dayanak alınacak

“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.”

Anayasa Mahkemesi, olayların başvuru tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağılı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (Tahir Canan, B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 16). Başvurucunun temel şikâyeti toplu konut yapımı amacıyla kamulaştırılan taşınmazların bir kısmının kamulaştırma amacıyla kullanılmamasına, satılarak kazanç elde edilmesine, bu taşınmazların iadesi veya tazminat ödenmesi talebiyle açtığı davanın reddedilmesine ilişkindir. Başvurucunun tüm şikâyetleri mülkiyet hakkı kapsamında incelenmiştir.

### **1.Kabul Edilebilirlik Yönünden**

Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan mülkiyet hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

### **2.Esas Yönünden**

#### **a. Mülkün Varlığı**

Kamu yararı amacına dayalı olarak kamulaştırılan, başvurucuya ait taşınmaz mülkiyetinin Anayasa'nın 35. maddesindeki güvence

kapsamına girdiğinde kuşku bulunmamaktadır (Cemile Ünlü, B. No: 2013/382, 16/4/2013, § 25). Kaldı ki kamulaştırılan taşınmazın dayandığı kamu yararı amacına uygun kullanılmaması -2942 sayılı Kanun'un 23. maddesindeki düzenlemeler de dikkate alındığında taşınmazın başvurucuya iadesi yönünden en azından bir meşru beklenti de oluşturmaktadır. Buna göre başvuru konusu olayda Anayasa'nın 35. maddesi kapsamında mülkiyet hakkının varlığı konusunda şüphe bulunmamaktadır (benzer yöndeki karar için bkz. Nusrat Külâh, B. No: 2013/6151, 21/4/2016, § 49).

### **b. Müdahalenin Varlığı ve Türü**

Başvurucunun taşınmazlarının kamulaştırıldıktan sonra kamu yararı amacına uygun kullanılmayıp Belediye uhdesinde tutulması ve üçüncü kişilere devredilmesi mülkiyetten yoksun bırakma sonucunu doğurduğundan bunun Anayasa'nın 35. maddesi anlamında sahip olunan mülkiyet hakkına müdahale oluşturduğu açıktır. Bu sebeple başvurunun mülkiyetten yoksun bırakmaya ilişkin ikinci kural çerçevesinde incelenmesi gerekir (benzer yöndeki bir kararlar için bkz. Nusrat Külâh, § 51; Derya Alpdoğan ve diğerleri, B. No: 2015/6845, 31/10/2018, § 34).

### **c. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı**

#### **Anayasa'nın 13. maddesi şöyledir:**

“Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne



ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.”

Anayasa'nın 35. maddesinde, mülkiyet hakkı sınırsız bir hak olarak düzenlenmemiş; bu hakkın kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlandırılabilmesi öngörülmüştür. Mülkiyet hakkına müdahalede bulunulurken temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin genel ilkeleri düzenleyen Anayasa'nın 13. maddesinin de gözönünde bulundurulması gerekmektedir. Dolayısıyla mülkiyet hakkına yönelik müdahalenin Anayasa'ya uygun olabilmesi için kanuna dayanması, kamu yararı amacı taşıması ve ayrıca ölçülülük ilkesi gözetilerek yapılması gerekmektedir (Recep Tarhan ve Afife Tarhan, B. No: 2014/1546, 2/2/2017, § 62).

### **i. Kanunilik**

Mülkiyet hakkına yönelik müdahalelerde ilk incelenmesi gereken ölçüt kanuna dayalı olma ölçütüdür. Bu ölçütün sağlanmadığı tespit edildiğinde diğer ölçütler bakımından inceleme yapılmaksızın mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna varılacaktır. Müdahalenin kanuna dayalı olması, iç hukukta müdahaleye ilişkin yeterince ulaşılabilir, belirli ve öngörülebilir kuralların bulunmasını gerektirmektedir (Türkiye İş Bankası A.Ş. [GK], B. No: 2014/6192, 12/11/2014, § 44; Ford Motor Company, B. No: 2014/13518, 26/10/2017, § 49; Necmiye Çiftçi ve diğerleri, B. No: 2013/1301, 30/12/2014, § 55).

Başvuru konusu olayda uyuşmazlık konusu taşınmaz, 2942

sayılı Kanun hükümleri çerçevesinde yöntemince kamulaştırılmıştır. Dolayısıyla kamulaştırma yoluyla yapılan müdahalenin kanuni bir dayanağının olduğu kuşkusuzdur.

## **ii. Meşru Amaç**

Anayasa'nın 13. ve 35. maddeleri uyarınca mülkiyet hakkı ancak kamu yararı amacıyla sınırlandırılabilir. Kamu yararı kavramı, mülkiyet hakkının kamu yararının gerektirdiği durumlarda sınırlandırılması imkânı vermekle bir sınırlandırma amacı olmasının yanı sıra mülkiyet hakkının kamu yararı amacı dışında sınırlanamayacağını öngörerek ve bu anlamda bir sınırlama sınırı oluşturarak mülkiyet hakkını etkin bir şekilde korumaktadır. Kamu yararı kavramı, devlet organlarının takdir yetkisini de beraberinde getiren bir kavram olup objektif bir tanıma elverişli olmayan bu ölçütün her somut olay temelinde ayrıca değerlendirilmesi gerekir (Nusrat Külâh, §§ 53, 56; Yunis Ağlar, B. No: 2013/1239, 20/3/2014, §§ 28, 29).

Başvuru konusu olayda taşınmazın 2942 sayılı kanun hükümleri uyarınca toplu konut yapımı için kamulaştırıldığı anlaşılmalı kamulaştırma işleminin barınma ihtiyacının karşılanmasına yönelik kamu yararı amacıyla yapıldığı görülmektedir. Ancak başvurucu, taşınmazların bazı bölümlerinin kamu yararı amacı dışında kullanıldığından yakınmaktadır. Anayasa Mahkemesinin Nusrat Külâh kararında da değinildiği üzere mülkiyetten yoksun bırakan bir işlemin salt soyut olarak kamu yararı amacının bulunması kural olarak yeterli olmayıp ayrıca kamu yararı amacının dayandığı

sebeplerin somut olarak gerçekleştirilmesi de gerekmektedir (Nusrat Külah, §§ 65, 69; Motais de Norbonne/Fransa, § 20; Keçecioğlu ve diğerleri/Türkiye, §§26, 27).

Bununla birlikte müdahalenin niteliğini ve olayın koşullarını dikkate alan Anayasa Mahkemesi, meşru amaç unsurunu müdahalenin ölçölölüğü ile birlikte sorgulayarak sonuca varacaktır (benzer yöndeki yaklaşım için bkz. Süleyman Oktay Uras ve Sevtap Uras, B. No: 2014/11994, 9/3/2017, § 75).

### **iii.Ölçölölük**

#### **(1) Genel İlkeler**

Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında dikkate alınacak ölçütlerden biri olan ölçölölük, hukuk devleti ilkesinden doğmaktadır. Hukuk devletinde hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması istisnai bir yetki olduğundan bu yetki, ancak durumun gerektirdiği ölçüde kullanılması koşuluyla haklı bir temele oturabilir. Bireylerin hak ve özgürlüklerinin somut koşulların gerektirdiğinden daha fazla sınırlandırılması, kamu otoritelerine tanınan yetkinin aşılması anlamına geleceğinden hukuk devleti anlayışıyla bağdaşmaz (AYM, E.2013/95, K.2014/176, 13/11/2014).

Ölçölölük ilkesi elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. Elverişlilik öngörülen müdahalenin ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını, gereklilik ulaşılmak istenen amaç bakımından müdahalenin zorunlu olmasını yani aynı amaca daha hafif bir müdahale ile ulaşılmasının

mümkün olmamasını, orantılılık ise bireyin hakkına yapılan müdahale ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliğini ifade etmektedir (AYM, E.2011/111, K.2012/56, 11/4/2012; E.2014/176, K.2015/53, 27/5/2015; E.2016/13, K.2016/127, 22/6/2016, § 18; Mehmet Akdoğan ve diğerleri, B. No: 2013/817, 19/12/2013, § 38).

Ölçülülük ilkesi gereği kişilerin mülkiyet hakkının sınırlandırılması hâlinde elde edilmek istenen kamu yararı ile bireyin hakları arasında adil bir dengenin kurulması gerekmektedir. Bu adil denge, başvurucunun şahsi olarak aşırı bir yüke katlandığının tespit edilmesi durumunda bozulmuş olacaktır. Müdahalenin ölçülülüğünü değerlendirirken Anayasa Mahkemesi, bir taraftan ulaşılmak istenen meşru amacın önemini ve diğer taraftan müdahalenin niteliğini, başvurucunun ve kamu otoritelerinin davranışlarını da gözönünde bulundurarak başvurucuya yüklenen külfeti dikkate alacaktır (Arif Güven, B. No: 2014/13966, 15/2/2017, §§ 58, 60).

Anayasa'nın kamulaştırmayı düzenleyen 46. maddesine göre devlet ve kamu tüzel kişileri tarafından yapılabilmesi, kamu yararının bulunması, kamulaştırma kararının kanunda gösterilen esas ve usullerine uyulması, gerçek karşılığın kural olarak peşin ve nakden ödenmesi kamulaştırmanın anayasal öğeleridir. Temel unsurunun kamu yararı olduğu kabul edilen kamulaştırma, özel mülkiyet alanına devletin bir müdahalesidir. Kamulaştırma işlemi, taşınmaza el koymaya zorunlu kalındığında kamu yararının özel mülkiyet hakkından üstün tutulduğu durumlarla sınırlı olarak ve

Anayasa'da belirlenen usul güvenceleri izlenerek yapıldığında hukuka uygun sayılır (AYM, E.2017/110, K.2017/133, 26/7/2017, § 11).

Anayasa'nın 46. maddesinde öngörülen kamulaştırma, Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınmış olan mülkiyet hakkına getirilmiş anayasal bir sınırlamadır. Bu itibarla 46. maddede belirtilen kamulaştırmanın anayasal öğelerine uygun bir düzenleme, 35. maddeye bir aykırılık oluşturmayacaktır. Kamulaştırma, Anayasa'da özel mülkiyetin kamuya geçirilmesi konusunda başvurulabilecek bir yöntem olarak düzenlenmiş olup bir taşınmaz üzerindeki özel mülkiyet hakkının malikin rızası olmaksızın kamu yararı için ve karşılığı ödenmek koşuluyla devlet tarafından sona erdirilmesidir. Bu yönetime başvurulması için gereklilik ve kamu yararının varlığı koşullarının bulunması zorunludur. Kanun koyucu kamulaştırılacak arazi ve tesislerin tespitini ihtiyaç duyulması şartına bağlayarak gereklilik koşulunu düzenlemiştir. Ayrıca işlemin 2942 sayılı Kanun hükümlerine tabi olduğu belirtilerek kamulaştırma yoluna ancak kamu yararının gerektirdiği hâllerde başvurulabileceği düzenlenmiştir (AYM, E.2017/110, K.2017/133, 26/7/2017, §§ 12, 15).

Kamulaştırmanın belirgin unsuru, mülkiyetin el değiştirmesinde kamu yararının bulunması ve bu yararın o işlemi gerekli hâle sokmasıdır. Kamu yararının bulunmadığı hâllerde kamulaştırmadan da söz edilemez. Daha açık bir deyişle kamu yararı olmadıkça devletin değil gerçek karşılıkla bunun çok daha üstünde olan bedellerle dahi bireylerin mülkiyet hakkına el atması düşünülemez. Halka hizmet götürmek veya istenen ekonomik kalkınma görevini

yerine getirebilmek, başka bir deyişle daha yaygın bir kamu görevi yapabilmek için bireylerin özel mülkiyetinde bulunan kimi taşınmaz malların kamulaştırılması gerekli olabilir. Bu gibi hâllerde devlet zor alım hakkının sahibidir. Kamu yararı kamulaştırmayı zorunlu kılıyorsa devlet bu hakkını kullanacaktır. Ancak bu hakkın karşısında bireylerin de kamulaştırılan taşınmazlarının bedellerini istemek hakkı vardır. Mülkiyet hakkının doğal bir sonucu olarak bu bedelin taşınmaz değerinin tam karşılığı olması gerekir. Bir yanda devlet veya kamu kuruluşu, kamu yararının zorunlu kıldığı hâllerde bireylerin rızasına bakmaksızın onların mülkiyetindeki taşınmazları alma hakkını kullanacak; öte yanda bireyler kamulaştırılan taşınmazlarının tam karşılıklarını, mülkiyet hakkının gereği olarak devletten istemek hak ve yetkisini ellerinde tutacaktır (AYM, E.1976/38, K.1976/46, 12/10/1976).

## **(2) İlkelerin Olaya Uygulanması**

Başvuru konusu olayda, başvurucunun 9/384 oranında hissesi (4.326 m<sup>2</sup>) bulunan iki taşınmazının da içinde olduğu ve Ankara'nın Çankaya ilçesi Beytepe Mahallesi sınırları içindeki toplam elli iki taşınmaz 16/2/1993 tarihinde toplu konut yapımı için alınan kamu yararı kararına istinaden kamulaştırılmıştır. Başvurucu 8/2/1994 tarihinde rızai ferağ vermiş ve taşınmazları tapuda Belediyeye devretmiştir.

592 parsel sayılı taşınmazın 32/384 hissesi 2002 yılında Kooperatife satış yoluyla devredilmiş ve taşınmazların bulunduğu alanı kapsayan imar planı 2004 yılında kabul edilmiştir. 2008

yılında yapılan parselasyon işlemi ile taşınmazlar şuyulandırılmış ve DOP ile KOP kesintileri yapılmıştır. 2009 yılı içinde taşınmazlardan 592 parselin konut yapımı için kendilerine tahsisini isteyen S.S.U. Kooperatifine planlama çalışmalarının tamamlanmaması gerekçe gösterilerek olumsuz cevap verilmiştir.

Bireysel başvuru ekinde sunulan belgeler, 17. Asliye Hukuk Mahkemesi dosyasına sunulan bilirkişi raporunda yer verilen tespitler ve 2016/13545 sayılı bireysel başvuru dosyasında yer alan belgelerden şu sonuçlara varılmaktadır: Başvurucu hissesi bulunan iki taşınmazın şuyulandırılmasından sonra ifraz edildiği, başvurusunun DOP ile KOP kesintisi yapılan kısımlar yönünden talebi bulunmadığı, geriye kalan on iki adet parsel (iki taşınmazından ifraz olunan toplam 1.228,53 m<sup>2</sup>) yönünden talepte bulunduğu görülmektedir. Bu taşınmazlardan üçü (28594 ada 1 parsel, 28915 ada 1 parsel ve 28918 ada 1 parsel) dışında kalan dokuz adet parsel yönünden mülkiyet satışı ve kat karşılığı inşaat yapımı için Belediye tarafından ihaleye çıkmıştır. Bunlardan beşinin (28529 ada 1 parsel, 28948 ada 2 parsel, 28949 ada 2 parsel, 28550 ada 1 parsel ve 28594 ada 1 parsel) 2013-2014 döneminde üçüncü şahıslara ve kooperatiflere devredildiği tespit edilmiş, geriye kalan yedi adet taşınmazın (1.043,19 m<sup>2</sup>) hâlen Belediye uhdesinde bulunduğu belirtilerek Belediye uhdesinde bulunan taşınmazlar yönünden toplam 1.303.978,50 TL tazminat hesabı yapılmıştır.

Bu aşamada belirtmek gerekir ki taşınmazın kamulaştırma amacı dışında kullanılmakla birlikte kamu yararına yönelik başka bir

ihtiyaç için tahsis edilmesi hâlinde yine kamu yararı amacının mevcut olduğu ancak sadece sebebinin değişmiş olduğu kabul edilmelidir. Diğer taraftan Anayasa Mahkemesinin daha önce Habibe Kalender ve diğerleri (B. No: 2013/3845, 1/12/2015) kararında açıklandığı üzere taşınmazın kamulaştırma amacına uygun bir şekilde tahsis edilmesinden sonra bu ihtiyaca lüzum kalmaması nedeniyle farklı amaçlarla kullanılması da somut olayın koşullarına bağlı olarak mülkiyet hakkının gerekliliklerine bir aykırılık teşkil etmez (Habibe Kalender ve diğerleri, §§ 45, 48).

Yukarıda da değinildiği üzere kamulaştırma tarihinde kamu yararının soyut olarak bulunması yeterli olmayıp ayrıca bu doğrultuda kamulaştırma amacının gerçekleştirilmesi beklenmektedir. Kamulaştırma ile bireylerin rızası dışında mülklerinden yoksun bırakılmalarına yol açılmakta olup bunun ise ancak somut bir kamu yararı amacının varlığı hâlinde Anayasa'nın 13., 35. ve 46. maddelerine uygun düşeceği kuşkusuzdur. Bu bağlamda devletin kamulaştırılan taşınmazı -genel bir reform çalışması veya daha baskın bir sosyal ihtiyacın karşılanması şeklindeki belirli istisnai durumlar dışında- sadece gelir elde edilmesi veya diğer özel kişilere menfaat sağlanması gibi amaçlarla kullanması kamu yararına dayalı meşru bir amacının bulunmadığını gösterir. Aksi takdirde bireylerin rızası dışında yoksun bırakıldıkları taşınmazlarının mülkiyetinin kamu yararı amacı olmaksızın başka özel kişilere devrine veya bu taşınmazların spekülatif amaçlarla elde tutulması gibi sonuçlara yol açıldığı gibi elde edilen mülkün oluşturduğu artı değerden ise mülk sahibi yoksun bırakılmış olur. Bunun yanında taşınmazın



makul sayılamayacak bir süre kamulaştırma amacı doğrultusunda kullanılmamasının - taşınmazın değerinde bu sürede yaşanan artış karşısında mülkün oluşturduğu artı değerden mülk sahibinin yoksun bırakılmasına sebebiyet verdiğiinden- mülk sahibine aşırı bir külfet yüklediği açıktır (Derya Alpdoğan ve diğerleri, § 51).

Anayasa Mahkemesi daha önce taşınmazların kamu yararı amacı doğrultusunda hiç kullanılmadan üçüncü kişilere satıldığıının tespit edildiği başvurularda meşru amaç ve ölçülülük yönlerinden mülkiyet hakkının ihlaline karar vermiştir (Nusrat Külâh, §§ 57-70; Süleyman Oktay Uras ve Sevtap Uras, §§ 78-82). Bu aşamada belirtmek gerekir ki kamulaştırılan taşınmazlara yönelik olarak kamu yararı amacına aykırı hukuki işlem ve tasarruflarda bulunulması yanında bu taşınmazların, makul bir süre geçtiği hâlde kamu yararı amacı doğrultusunda kullanılmaması da mülkiyet hakkına ölçüsüz bir müdahale teşkil etmektedir. Buna göre kamulaştırılan taşınmazın kamu yararı amacına tahsis edilmemesi, yukarıda da değinildiği üzere aradan geçen sürede mülkün oluşturduğu artı değerden mülk sahibinin yararlandırılmamasına ve esas itibarıyla taşınmazın gerçek değeri üzerinden kamulaştırılmamasına sebebiyet vermektedir (Derya Alpdoğan ve diğerleri, § 54).

Somut olayda, toplam elli iki taşınmazın toplu konut yapımı için 1993 yılında kamulaştırıldığı ancak başvurucunun hissesi bulunan iki taşınmazdan parselasyon işlemi sonucunda ifraz edilen toplam 1.228,53 m<sup>2</sup> yüz ölçümlü on iki parselde 2012 yılına kadar kamulaştırma amacına uygun bir işlem yapılmadığı görülmüştür.

2012, 2013 ve 2014 yıllarında Belediyenin üç adet parsel dışında kalan taşınmazların mülkiyet satışı ve kat karşılığı inşaat yapımı için ihaleye çıktığı, bu süreçte taşınmazlardan beşinin üçüncü kişiler ve kooperatiflere devredildiği ancak bu devirlerin kamulaştırma amacına uygun olup olmadığı yönünde bir inceleme yapılmadığı anlaşılmıştır. Kalan yedi adet parsel ise kamulaştırıldığı günden bu yana Belediye mülkiyetinde durmaktadır. Bu süreçte taşınmazların kamulaştırma amacına veya kamu yararına uygun başka bir amaçla kullanıldığına ilişkin bir tespitin bulunmadığı da açıktır. 2942 sayılı Kanun'un 23. maddesinde aynı amacın gerçekleşmesi için birden fazla taşınmaz birlikte kamulaştırıldığı takdirde taşınmazların durumunun bir bütün olarak değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiş olmakla birlikte, düzenlenen bilirkişi raporunda elli iki taşınmazın toplu konut yapımı için kamulaştırılmasına ilişkin proje doğrultusunda faaliyetlerin gerçekleştirildiği hususunda bir tespite yer verilmediği görülmektedir. İlk derece mahkemesi, Bölge Adliye Mahkemesi ve Yargıtay Dairesi; taşınmazların Belediye tarafından dava dışı başka taşınmazlarla birlikte toplu konut inşa etmek gayesi ile kamulaştırıldığını ve proje doğrultusunda faaliyetlerin gerçekleştirildiğini ifade etmiş ise de proje doğrultusunda gerçekleştirildiği belirtilen faaliyetlerin ne olduğu ve devredilmeyen taşınmazların kamulaştırma tarihinden bu yana neden Belediyenin mülkiyetinde bırakıldığına ilişkin somut bir gerekçeye yer vermemiştir. Ayrıca, kamulaştırılan taşınmazların sayısının elli iki olması, aradan geçen uzun zamana rağmen bu taşınmazların bir kısmının kamulaştırma amacına veya kamu yararına uygun başka bir

amaçla kullanılmamasına makul bir gerekçe kabul edilemeyecektir. Kamu makamları kamulaştırdıkları her bir taşınmaz yönünden makul kabul edilebilecek bir süre içinde kamulaştırma amacına veya kamu yararına uygun hareket etmekle yükümlüdür. Aksi hâlde yapılan toplu kamulaştırma işlemlerine konu taşınmazlardan bir kısmının kamulaştırma amacına veya kamu yararına uygun kullanılmamasının önü açılacak ve bu taşınmazların yalnızca gelir sağlamak amacıyla devredilmeleri kaçınılmaz olacaktır.

Sonuç olarak başvurucunun hissesi bulunan taşınmazlardan bir kısmının üçüncü kişilere 2013 ve 2014 yıllarında devredildiği, bir kısmının ise kamulaştırıldığı tarihten bu yana kamulaştırma amacına uygun veya kamuya yararlı başka bir amaçla kullanılmadığı açıktır. Belediye tarafından 2013 yılından sonra devredilen ve hâlen Belediye uhdesinde bulunan on iki taşınmazın toplam yüz ölçümünün küçük bir alan olduğu söylenemeyeceği gibi 1993 yılında kamulaştırılan iki taşınmazdaki başvurucu hissesinin toplamda 4.326 m<sup>2</sup> olduğu dikkate alındığında iadesini istediği taşınmazlardaki 1.228,53 m<sup>2</sup>lik kısmın başvurucu açısından önemsiz bir miktar olduğu da varsayılmayacaktır. Bu kapsamda, kamulaştırma tarihinden bu yana geçen sürenin uzunluğu ve söz konusu taşınmazların değerinde bu sürede yaşanan artış dikkate alındığında başvurucunun mülkün oluşturduğu artı değerden yoksun bırakıldığı ve taşınmazların iadesi yoluna da gidilmediği anlaşılmıştır. Dolayısıyla somut olayda, dava tarihine kadar yirmi yıl geçtiği hâlde taşınmazların bir kısmının kamulaştırma amacı doğrultusunda kullanılmaması, devredilen kısmın (beş adet parsel)

da kamulaştırma amacına uygunluğunun incelenmemesi nedeniyle kamu yararı amacı gerçekleştirilmemiş; bu sürede taşınmazların değerinde yaşanan artış dikkate alındığında başvurucuya ödenen kamulaştırma bedelinin taşınmazın gerçek değerini yansıtmaktan uzak kaldığı anlaşılmıştır. Başvurucunun uğradığı zararın tazmini yoluna da gidilmediğine göre müdahalenin başvurucuya aşırı ve olağan dışı bir külfet yüklediği, kamu yararı ile başvurucunun mülkiyet hakkının korunması arasındaki adil dengenin başvurucu aleyhine bozulduğu sonucuna varılmıştır.

Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

### **6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden**

76.30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

“(1) Esas inceleme sonunda, başvurucunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir...

(2) Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvurucu lehine

tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir.”

Başvurucu, ihlalin tespit edilmesini istemiş ve yeniden yargılama yapılması talebinde bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesinin Mehmet Doğan ([GK], B. No: 2014/8875, 7/6/2018) kararında ihlal sonucuna varıldığında ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağı hususunda genel ilkeler belirlenmiştir. Anayasa Mahkemesi diğer bir kararında ise bu ilkelerle birlikte ihlal kararının yerine getirilmemesinin sonuçlarına da değinmiş ve bu durumun ihlalin devamı anlamına geleceği gibi ilgili hakkın ikinci kez ihlal edilmesiyle sonuçlanacağına işaret etmiştir (Aligül Alkaya ve diğerleri (2), B. No: 2016/12506, 7/11/2019).

Bireysel başvuru kapsamında bir temel hakkın ihlal edildiğine karar verildiği takdirde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırıldığından söz edilebilmesi için temel kural, mümkün olduğunca eski hâle getirmenin yani ihlalden önceki duruma dönülmesinin sağlanmasıdır. Bunun için ise öncelikle ihlalin kaynağı belirlenerek devam eden ihlalin durdurulması, ihlale neden olan karar veya işlemin ve bunların yol açtığı sonuçların ortadan kaldırılması, varsa ihlalin sebep olduğu maddi ve manevi zararların giderilmesi, ayrıca bu bağlamda uygun görülen diğer tedbirlerin alınması gerekmektedir (Mehmet Doğan, §§ 55, 57).

İhlalin mahkeme kararından kaynaklandığı veya mahkemenin ihlali gideremediği durumlarda Anayasa Mahkemesi, 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrası ile İçtüzük'ün 79. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendi uyarınca ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere kararın bir örneğinin ilgili mahkemeye gönderilmesine hükmeder. Anılan yasal düzenleme, usul hukukundaki benzer hukuki kurumlardan farklı olarak ihlali ortadan kaldırmak amacıyla yeniden yargılama sonucunu doğuran ve bireysel başvuruya özgülünen bir giderim yolunu öngörmektedir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi tarafından ihlal kararına bağlı olarak yeniden yargılama kararı verildiğinde usul hukukundaki yargılamanın yenilenmesi kurumundan farklı olarak ilgili mahkemenin yeniden yargılama sebebinin varlığını kabul hususunda herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla böyle bir kararın kendisine ulaştığı mahkemenin yasal yükümlülüğü, ilgilinin talebini beklemeksizin Anayasa Mahkemesinin ihlal kararı nedeniyle yeniden yargılama kararı vererek devam eden ihlalin sonuçlarını gidermek üzere gereken işlemleri yerine getirmektir (Mehmet Doğan, §§ 58, 59; Aligül Alkaya ve diğerleri (2), §§ 57-59, 66, 67).

İncelenen başvuruda başvurucunun kamulaştırılan taşınmazlarının bir kısmının (yedi adet parsel) kamulaştırma veya kamu yararı amacına uygun kullanılmadığının açık olmasına rağmen iade (aynen veya bedelin) edilmemesi, bir kısmının (beş adet parsel) ise Belediye tarafından kamulaştırma veya kamu yararı amacına uygun devredilip devredilmediğinin belirlenmemesi nedeniyle

mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır. Dolayısıyla somut başvuruda, ihlalin idari işlemde kaynaklandığı anlaşılmıştır. Bununla birlikte idare tarafından yol açılan ihlale yönelik olarak etkili bir hukuk yolunun mevcut olduğu ancak başvuruçunun açtığı davanın reddedilmesi nedeniyle ihlalin sonuçlarının giderilmemiş olduğu görülmüştür.

Bu durumda mülkiyet hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmaktadır. Yapılacak yeniden yargılama ise bireysel başvuruya özgü düzenleme içeren 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasına yöneliktir. Bu kapsamda yapılması gereken iş, yeniden yargılama kararı verilerek Anayasa Mahkemesini ihlal sonucuna ulaştıran nedenleri gideren, ihlal kararında belirtilen ilkelere uygun yeni bir karar verilmesinden ibarettir. Bu sebeple kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere Ankara 17. Asliye Hukuk Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekmektedir.

Açıklanan gerekçelerle;

A.Mülkiyet hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA OYBİRLİĞİYLE,c B.Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE ve OYÇOKLUĞUYLA, F. kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 29/9/2021 tarihinde karar verilmiştir.

## **KARŞIOY GEREKÇESİ**

Mahkememiz çoğunluğunca, toplu konut yapımı amacıyla kamulaştırılan taşınmazların kamulaştırma amacına uygun olarak kullanılmaması ve bu durumdan kaynaklanan zararlarının giderilmesi amacıyla açılan davanın da reddedilmiş olması nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiğinden bahisle yapılan başvuruda, Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir. Aşağıda açıklanan gerekçelerle karara katılmamız mümkün olmamıştır.

Ankara Büyükşehir Belediye Encümeninin 16/2/1993 tarihli kararı ile Beytepe Mahallesi (eski Lodumlu Köyü) sınırları içinde bulunan toplam 2.651.742 m<sup>2</sup> yüz ölçümlü 78 adet parselin kamulaştırılmasına karar verilmiştir. Belediye kamulaştırma kararına gerekçe olarak "kooperatiflere temin edilecek arsalar vasıtası ile halka ucuz konutlar yapımını" göstermiştir. Başvurucu bu kamulaştırma kapsamında kalan 48.700 m<sup>2</sup> yüz ölçümlü 589 parsel ile 135.900 m<sup>2</sup> yüz ölçümlü 592 parsel sayılı taşınmazlarda 9/384 oranında paydaştır.

Başvurucu, paydaşı olduğu ve 8/2/1994 tarihinde rızaen Belediyeye devrettiği taşınmazların şuyulandırılmasından oluşan 7 adet parselin kamulaştırma amacına uygun olarak kullanılmayıp halen Belediyenin uhdesinde bulunduğunu, bir kısım taşınmazın ise üçüncü kişilere satıldığını belirterek bu taşınmazlardaki 1.139,06 m<sup>2</sup> ye denk gelen payının 2942sayılı Kanun'un 22. ve 23. maddeleri uyarınca iadesine ve satışı yapılan yerlere ilişkin tazminat



ödenmesine karar verilmesi isteğinde bulunmuştur.

Derece mahkemeleri ve Yargıtay aynı amaç kapsamında birden fazla taşınmazın kamulaştırılması halinde 2942 sayılı Kanun'un 23. maddesindeki eski malikin geri alma hakkının yalnızca bu malikin taşınmazı yönünden değil, kamulaştırmanın bütünü esas alınarak değerlendirilmesi gerektiğine işaret etmiştir. Derece Mahkemeleri ve Yargıtay bu kapsamda yaptıkları değerlendirmede halka ucuz konut temin etme amacıyla aralarında başvurucuya ait taşınmazların da bulunduğu kamulaştırılan taşınmazlar için idare tarafından büyük bir proje düzenlendiği, bu proje kapsamında imar planlarının yapıldığı, oluşan parsellerin büyük kısmının konut yapı kooperatiflerine devrinin sağlandığı ve yeşil alan, park yol vs şeklinde kamu hizmetine terk edilen alanlar dışında kalan az sayıda parselin Belediyenin uhdesinde kaldığı hususlarını göz önünde tutarak iade koşullarının oluşmadığı sonucuna varmıştır.

Anayasa Mahkemesi eski malikin iade talebine ilişkin daha önceden vermiş olduğu bir kararında spor alanı olarak kullanılmak üzere kamulaştırılan bir taşınmazın kamulaştırıldıktan kısa bir süre sonra imar değişikliği ile akaryakıt istasyonu ve ticaret alanı olarak ilan edilerek ifrazı sonrasında üçüncü kişilere satılmasının kamu yararı ile kişilerin mülkiyet hakkının korunması arasındaki adil dengeyi kişiler aleyhine bozduğu sonucuna varmıştır. Anayasa Mahkemesi aynı kararında ayrıca taşınmazın kamulaştırılmasından itibaren 11 yılı aşkın bir süre içinde kamulaştırma amacına uygun herhangi bir faaliyetin de gerçekleştirilmediğine dikkat çekmiştir

(Derya Alpdoğan ve Diğerleri, B. No:2015/6845, 31/10/2018).

Anayasa'nın 13. ve 35. maddeleri uyarınca mülkiyet hakkı ancak kamu yararı amacıyla sınırlandırılabilir. Kamu yararı kavramı, mülkiyet hakkının kamu yararının gerektirdiği durumlarda sınırlandırılması imkânı vermekle bir sınırlandırma amacı olmasının yanı sıra mülkiyet hakkının kamu yararı amacı dışında sınırlanamayacağını öngörerek ve bu anlamda bir sınırlama taahhidi oluşturarak mülkiyet hakkını etkin bir şekilde korumaktadır. Kamu yararı kavramı, devlet organlarının takdir yetkisini de beraberinde getiren bir kavram olup objektif bir tanıma elverişli olmayan bu ölçütün her somut olay temelinde ayrıca değerlendirilmesi gerekir (Nusrat Külâh, B. No: 2013/6151, 21/4/2016, §§ 53-56; Yunis Ağlar, B. No: 2013/1239, 20/3/2014, §§ 28, 29).

Derece mahkemelerinin gerekçesine ve başvuruçunun iddialarına göre somut olayda irdelenmesi gereken husus, toplu konut projeleri gibi oldukça geniş bir alanı kapsayan projelere ilişkin kamulaştırma işlemlerinin, bir ya da birkaç taşınmazın kamulaştırılmasından ibaret küçük çaplı kamulaştırma işlemlerinden farklı bir değerlendirmeye tabi tutulmasının Anayasa bakımından haklı bir nedene dayanıp dayanmayacağıdır.

Derece mahkemeleri ve Yargıtay'ın ilgili kararlarındaki gerekçelerin incelenmesinden; Bireysel başvuruya konu somut olayda kamulaştırılan alanın toplam büyüklüğü ve güdülen amaç nazara alındığında İdarenin elinde bulunan taşınmazların toplam alanının yaklaşık %1,2 lik bir orana tekabül ettiği tespit edilmiştir.

Bu tespiti göre kamulaştırılan alanın tamamına yakın bir kısmı, üzerinde toplu konut inşa etmeye uygun parsellere dönüştürülmüş ve bu parseller değişik tarihlerde bu amaçla kurulan kooperatifler ile üçüncü kişilere devredilmiştir. Öte yandan derece mahkemeleri kamulaştırma amacına uygun olarak yapılan imar düzenlemesinden sonra dava tarihine kadar bu amaca aykırılık teşkil edecek herhangi bir imar düzenlemesi yapılmadığı tespitini de yapmış olup başvurucu tarafından bu durumun aksine herhangi bir iddia da ileri sürülmemiştir.

2942 sayılı Kanun'un 23. maddesinin ilgili kısmı "Kamulaştırma bedelinin kesinleşmesi tarihinden itibaren beş yıl içinde, kamulaştırmayı yapan idarece veya 22'nci maddenin dördüncü fıkrası uyarınca devir veya tahsis yapılan idarece; kamulaştırma ve devir amacına uygun hiç bir işlem veya tesisat yapılmaz veya kamu yararına yönelik bir ihtiyaca tahsis edilmeyerek taşınmaz mal olduğu gibi bırakılırsa, mal sahibi veya mirasçıları kamulaştırma bedelini aldıkları gnden itibaren işleyecek kanuni faiziyle birlikte ödeyerek, taşınmaz malını geri alabilir." şeklinde düzenlenmiştir. Bireysel başvuruya konu somut olayda derece mahkemeleri ve Yargıtay kamulaştırma projesinin bütününü nazara alarak başvurucuya ait taşınmazlar yönünden iade şartlarının gerçekleşmediği sonucuna varmıştır. Derece mahkemelerinin başvurucunun isteğini reddederken göz önünde tuttıkları hususular ile Belediye'nin uhdesinde bulunan taşınmazları elden çıkarmaya yönelik girişimleri nazara alındığında iade şartlarının gerçekleşmediğine ilişkin sonucun somut olayda Derya Alpdoğan ve Diğerleri başvurusunda ulaşılan

sonuçtan farklı olmasının bir nedene dayandığı anlaşılmaktadır.

Öte yandan kamulaştırmanın yapıldığı tarihten itibaren kamulaştırma amacına uygun olarak taşınmazları üzerinde herhangi bir işlem yapılmadığı iddiasında bulunan başvurucunun 2016/13545 sayılı bireysel Başvuru dosyasında açıklandığı üzere, tapu kaydında yazılı miktarı aşan kısım için devletin tapu sicilinin tutulmasından doğan kusursuz sorumluluğuna dayalı alacak isteğinde bulunduğu, bu isteğin reddi üzerine bireysel başvuru yoluna müracaat ettiği ve Anayasa Mahkemesinin 23/10/2019 tarihli kararı ile kamulaştırma bedeli ödenmeyen kısım yönünden ihlal kararı verildiği saptanmıştır. Başvurucunun aynı taşınmaz için bir yandan kamulaştırma bedeli ödenmesini talep ederken aynı zamanda bu taşınmazın kamulaştırma amacına uygun olarak kullanılmaması nedeniyle iadesini istemesi bir çelişki arz etmektedir.

Sonuç olarak, somut olayın koşullarında kamulaştırmaya konu taşınmazın önceki malikinin 2942 sayılı Kanun'un 22 ve 23. maddelerine dayalı iade isteğinin derece mahkemelerince reddedilmesinde Anayasa Mahkemesinin Derya Alpdoğan ve Diğerleri başvurusunda kabul edilen ilkelerden ayrılmayı gerektiren hususlar mevcuttur. Kamulaştırma amacının konut yapımına uygun arsa temin etmekten ibaret olduğu, taşınmazın bu amaca aykırı kullanıldığı yönünde bir iddia bulunmadığı gibi imar planında konut alanı niteliğinin halen korunduğu, toplu konut alanı gibi geniş bir alana yayılan projelerin gerçekleşmesinin zaman alacağı nazara alındığında iade isteğinin reddine karar verilmesinde kişilerin

mülkiyet hakkı ile kamu yararı arasındaki dengenin başvuru aleyhine aşırı ve olağan dışı bir külfet yüklediği ve dolayısıyla adil dengenin başvuru aleyhine bozulduğundan söz etmek mümkün değildir.

Açıklanan nedenlerle başvuru aleyhine açılmış olduğu davanın reddine karar verilmesinin mülkiyet hakkını ihlal etmediği düşüncesiyle çoğunluğun aksi yöndeki görüşüne dayalı karara iştirak edilmemiştir.

## **1.2. AİHM Kararlarında Kamulaştırmada Malikin Geri Alma Hakkı ve Yola Terk Problemlerinin Mülkiyet Hakkı Açısından İrdelenmesi**

AYM'nin kamulaştırma konulu bireysel başvuru ile ilgili verdiği kararda atıf yaptığı AİHM'nin AİHS ek 1 No.lu Protokol madde 1 temelinde verdiği kararlarında Kamulaştırma işlemi ile güdülen kamu yararının sağlanıp sağlanmadığı konusu, AİHM kararlarında AİHS Ek 1 No.lu Protokolün 1'inci maddesi esas alınarak değerlendirilmektedir<sup>215</sup>.

Sağlık merkezi yapımı şartıyla belediyeye bağışlanan taşınmazın bir bölümünün bağışlanma şartı göz ardı edilerek kamu hizmetinden çıkarılması ve üçüncü kişilere satılması olayında Yargıtay, 2942 Sayılı Kanun madde 35 gereği malikin geri alım hakkının olmadığını, mülkiyetin el değiştirmesi nedeniyle ve taşınmazın bir bölümünün kamu hizmetine ayrıldığını belirterek malikin talebini reddetmiştir. AİHM, bu kararın, kamu yararının gerekleri ile bireysel yarar arasındaki dengeyi bozduğunu belirtmiştir.

2942 sayılı Kanun madde 35'in AİHS ek Protokol madde 1'e aykırı olduğunu da vurgulamıştır<sup>216</sup>. Başka bir davaya konu olayda ise başvuru konusunun kamulaştırılan taşınmazı kısmen kamulaştırma amacı doğrultusunda kullanılmış, kullanılmayan kısım ise başvuru tarafından idareden talep edilmiş, talep reddedilmiştir. Bunun üzerine başvuru tarafından iç hukukta açılan davalar derece mahkemelerince reddedilmiştir. AİHM, kendi önüne gelen bahse konu olayla ilgili davada, kamu hizmeti için kullanılmayan taşınmaz kısmının geri iadesi ile ilgili olarak ilgili ülkenin iç hukukunda bir düzenlemenin olmamasını, mülkiyet hakkına saygı açısından önemli bir sorun olarak kabul etmiştir. Mülkiyet hakkından yoksun bırakılma, kamu yararına dayalı meşru bir amacın bulunmaması durumunda mülk sahibinin aşırı bir yük altında kalması sonucunu doğurmaktadır. Burada da mülkiyet hakkı ile kamu yararı arasındaki “adil denge<sup>217</sup>, başvuru aleyhine bozulmuştur”<sup>218</sup>. Kamu yararıyla mülkiyet hakkının karşı karşıya geldiği bir diğer davanın konusu kısaca şöyledir; Ukrayna Kiev’de yaşayan başvuru konusunun maliki olduğu evinin avlusunda tek araçlık bir garajı bulunmaktadır. Garaj’ın mülkiyetinin başvurucuya ait olduğuna dair Ekim 2002 tarihli belediyeden alınmış bir belge de mevcuttur.

<sup>216</sup> Bkz. Karaman/Türkiye (B. No: 6489/03, 15/1/2008).

<sup>217</sup> AİHS EK Protokol 1 md 1 ilk cümle; “Her gerçek ya da tüzel kişi, mamelekenden müdahale edilmeksizin yararlanma hakkına sahiptir.” gereği toplumun genel yararı ile bireyin yararı arasında adil bir denge kurulmuş olması gerekir. Adil denge kavramı aynı zamanda AİHS’nin tamamı içinde geçerlidir. AİHM’nin mülkiyetle ilgili davalarında adil denge ile ölçülülük kavramları aynı anlama gelmektedir. Daha da ileri gidilirse ölçülülük, adil denge kavramı olarak değerlendirilmektedir. AİHS’de hakların sınırlandırılmasında kullanılan ölçülülük ilkesiyle Kara Avrupası sitemindeki ölçülülük ilkesi ise farklı anlamlardadır. AİHS açısından adil denge kavramı Anglo Sakson hukukundaki anlamıyla ölçülülüğü de içine alarak kullanılan bir kavramdır. AİHM, taraf devletlerin, bireylerin mülkiyet hakkına müdahalelerinin 1 No.lu Protokol madde 1 cümle 1’deki esasa uygun olup olmadığını, diğer ifadeyle taraf devletin takdir marjını, adil denge kavramı ile kontrol etmektedir. AİHM, kamunun genel talepleri ile bireyin temel haklarının korunması gerekleri arasında adil bir dengeyi sağlanıp sağlanmadığını, bireyin bu dengeyi bozacak bir külfetle karşı karşıya kalıp kalmadığını araştırmaktadır. Bireyin aşırı külfetle karşı karşıya kalması ise adil dengeyi bozmuş olacaktır. H. Burak, Gemalmaz “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Mülkiyet Hakkının Sınırlanmasında “Adil Denge “İlkesi”, İÜHF M C. LXIX, S. 1-2, 2011, s. 654 vd.

<sup>218</sup> Bkz. Beneficio Cappella Paolini/Malta (B. No: 40786/98, 13/7/2004).  
20 Bkz. Svitlana Ilchenko v. Ukraine (application no. 47166/09)

Mayıs 2003 tarihinde başvuruçunun garaj olarak kullandığı alanın başvuruçuya ait olduğunu gösteren belgenin geçerli olmadığını başvuruçunun garajı yasal dayanağı olmadan kullandığı, Belediye tarafından bildirilmiştir. Belediye ayrıca hukuka aykırı olan garajın yıkılacağını ancak garaj için alternatif bir alan ya da yerin olmadığını belirterek başvuruçuya parasal tazminat teklif etmiştir.

Başvuran, tazminat sözleşmesine yapmak için evraklarıyla birlikte Belediyeye davet edilmiştir. Tazminatın reddedilmesi durumunda, Belediye dava açacaktır. Başvuruçunun tazminat konusunda Belediye ile anlaşamamıştır. Uyuşmazlık, 2003 yılında yargı önüne götürülmüş 2007 yılında Ukrayna Yüksek mahkemesi, başvuruçunun garajın olduğu alanı boşaltması kararını onaylamıştır. Başvuruçunun uyuşmazlığı AİHM önüne getirmiştir. AİHM öncelikle kamu otoritesinin başvuruçunun hakkına yaptığı müdahalenin ölçülü ve kamu yararına olup olmadığını incelemiştir.

Başvuran, kamu otoritesi tarafından mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin pahalı apartmanlar yapmak ve satmak için yapıldığı, bu inşaatlarla Kiev merkezindeki nüfusun artacağı ve alt yapının üzerindeki basıncın da çoğalacağı iddiaları Ukrayna devleti tarafından yanıtlanmamıştır. AİHM, yerleşim ve imar anlamında gelişme ve ilerlemeyi sağlama kamu yararını taşısa da hiçbir faaliyetin, kişiyi karşılıksız olarak mülkiyet hakkından mahrum bırakamayacağını belirtmiştir. Ayrıca iç hukuk yolundaki mahkemelerin, başvuruçunun kamu otoritesiyle tazminat konusunda müzakere yapmadan doğrudan dava açtığı için başvurana bir lütuf olarak sunulan tazminat hakkından vazgeçtiğini kabul ettiklerini ve buna göre karar verdiklerini vurgulamıştır. Gerçekte başvuruçuya tazminatın nasıl teklif edileceği görüşmelerin nasıl yapılacağı ve tazminatın nasıl hesaplanacağı konusunda da belirlenmiş usul kuralları da mevcut değildir. Bu konuda davalı devletin bir cevabı ve yorumu da bulunmamaktadır.

Sonuç olarak AİHM, başvurucuya belirli bir tazminatın teklif edilmemiş olması nedeniyle AİHS 1 Numaralı Protokolün 1. Maddesinin ihlal edildiği kararını vermiştir<sup>219</sup>. AİHM, bahse konu davada da adil denge testini uygulamış ve iddia edilen kamu yararı ile malikin maruz kaldığı yük arasındaki dengeyi sorgulamıştır. Malikin maruz kaldığı yük göz önüne alındığında burada adil dengeden bahsetmek anlamlı değildir. Farklı bir bakış açısıyla kamu yararı ile maruz kalınan yük arasındaki adil dengenin bozulması kamu yararı kavramının da anlamını yitirmesine yol açmaktadır. Hakların korunduğu, adaletin tesis edildiği durumlarda kamu yararı amacına gerçekten ulaşılabilir<sup>220</sup>.

Fransa'ya karşı açılan bir davada ise olay; kamulaştırılan taşınmaz üzerinde idare tarafından kamulaştırma tarihinden itibaren on dokuz yıl geçmesine rağmen herhangi bir inşaatın yapılmamış olmasıdır. İdarenin, kamu yararı amacına aykırı bir şekilde taşınmazı kullanılmadan elde bulundurması arsa spekülasyonu konusunu da gündeme getirmektedir. AİHM, kamu yararı için idare tarafından uygulanması gereken projenin uygulanmadığını bu süre içinde taşınmazın değerinin ise arttığını dolayısıyla başvurucu açısından aşırı bir külfete katlanma yükümlülüğünün ortaya çıktığına ve mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir<sup>221</sup>. Aynı konuda Türkiye'ye açılan davada ise kamulaştırmanın usulüne uygun yapıldığı konusunda tarafların bir itirazı olmamakla birlikte kamulaştırma tarihinden itibaren yirmi bir yıl geçmesine rağmen kamulaştırılan taşınmaz üzerinde idarenin herhangi bir faaliyeti söz konusu değildir. AİHM, yapılan kamulaştırmanın artık bir kamu yararına dayanmasının söz konusu olmadığını çünkü taşınmazın kamulaştırma amacı doğrultusunda kullanılmadığını belirtmiştir.

<sup>220</sup> M. Emin Akgül, "Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Kamu Hukuku Açısından Mülkiyet Hakkının Kamu Yararı İle İmtihani-Kamulaştırma ve Acele Kamulaştırma Kararları Çerçevesinde Tespitler, 2021- 2 s. 1415.

<sup>221</sup> Bkz.Motais de Norbonne/Fransa, (B. No: 48161/99, 2/7/2002).



AİHM, bahse konu davada da kamu yararı ile başvuru arasında başlangıçta mevcut adil dengenin bozulduğuna karar vermiştir<sup>222</sup>. Bu kararlar, kamu yararı ile yapılan kamulaştırmadan sonraki süreçte, kamu hizmetinin taşınmaz üzerinde sunumu için idarenin makul bir süre ile sınırlı olduğunu göstermektedir. Makul süre elbette somut olaya göre değişebilir olmakla birlikte, idarenin keyfiyetine engel olması bakımından önemlidir ve yargı yerleri tarafından dikkate alınmaktadır<sup>223</sup>. AİHM'nin kamu yararına yönelik olarak kabul ettiği müdahalelerden bazıları, sosyal güvenlik sisteminin sürdürülebilirliği, çevrenin ve hayvanların korunması, şehir planlaması, kültür varlıklarının korunması, suçla mücadelede müsadere ve el koyma tedbirleri, vergisel müdahaleler, ticari ve ekonomik hayatın regülasyonu, diplomatik yükümlülükler şeklinde sıralanabilir. Sayılan nedenlerle mülkiyet hakkına yapılacak müdahalelerin kamu yararı amacını taşıdığı AİHM tarafından kabul edilmektedir<sup>224</sup>. Çalışmamızın konusu açısından kamu yararının kapsamı ile ilgili güncel AİHM kararlarında şehir ve bölgelerin imar planları ve bunların geliştirilmesinde ve çevrenin korunmasında kamu yararının bulunduğu kabul edilmektedir. Hem bireysel hem de ticari olarak konut yapma ile ulaşılabilecek kamu yararının, çevrenin korunmasıyla ulaşılabilecek kamu yararı kadar güçlü ve öncelikli olmadığı açıktır. Kültürel mirasın korunması ve uygunsuz sürdürülebilir kullanımı, bir bölgenin tarihi, kültürel ve sanatsal köklerinin korunması taraf devletlerin görevidir. AİHM, AİHS'nin çevrenin korunması için tasarlanmadığını ancak günümüzde çevre ile ilgili konuların ekonomik ve mülkiyetle ilgili hak ve çıkarlardan öncelikli olarak değerlendirilmesi gereğini vurgulamaktadır.

<sup>222</sup> Bkz. Keçecioğlu ve diğerleri/Türkiye (B. No: 37546/02, 8/4/2008).

<sup>223</sup> M. Emin Akgül, "Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Kamu Hukuku Açısından Mülkiyet Hakkının Kamu Yararı İle İmtihani-Kamulaştırma ve Acele Kamulaştırma Kararları Çerçevesinde Tespitler, s.1416.

<sup>224</sup> Burak Gemalmaz, Mülkiyet Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi -6, Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi tarafından basılmıştır, 2018, s. 135,136.

Bununla birlikte AİHM, taraf devletlerin yasama organlarının kamu yararı kararlarına bu kararlar makul bir temelden yoksun olmadıkça saygılıdır<sup>225</sup>. Kamulaştırma işlemi ile mülkiyet hakkına müdahalede kamu yararı kavramı, AİHM ve AİHS açısından adil dengenin sağlanması şartıyla kabul edilen bir durumdur. AİHS'ne taraf devletlerin bu alandaki kamu yararı tanımları kendi iç hukuklarında tanımlanmıştır. Bu tanımlar AİHM tarafından kabul edilmekle birlikte somut bir davada kamu yararının makul gerekçesinin açıklanması önemlidir. Makul gerekçede kamulaştırma işleminin başlangıcında olması gereken kamu yararının adil denge ile sağlanmasının yapılması ve bu dengenin mülkiyetin idareye geçmesinden sonra da idareye güveni devam ettirecek şekilde makul süre devamını gerektirmektedir. Yukarıda örnek olarak verilen AİHM'si kararları dikkate alındığında kamulaştırma işleminin gerekçesini oluşturan kamu yararının varlığı adil denge testiyle ortaya konmalıdır. Kamunun talebi sonucu bireyin mülkiyetten yoksun kalması, bireye verilecek olan tazminat ile belirli bir dengeye oturmuş olmaktadır. Kamulaştırma işleminin devamında idarenin eylem ve işlemleri ile dengenin devamı ve idareye güven sürdürülmelidir. İdare kamulaştırma işleminin sebebini oluşturan kamu hizmetini makul süre içinde sunmalı ya da gereklerini yerine getirmelidir. Buna karşılık taşınmazın idareye geçmesinden sonra kamulaştırma gerekçesini ortadan kaldıracak idari işlemler ve eylemler sürecin başında kurulmuş olan adil dengeyi taşınmazın eski maliki aleyhine ortadan kaldıracak, idarenin kamulaştırmada kullandığı kamu gücü ayrıcalığının da meşruiyetini ve hukuka uygunluğunu tartışmalı hale getirecektir. AİHM'nin kararlarında vurguladığı, bireyin maddi ve manevi varlığının gelişiminde temel haklardan birisi olan mülkiyet hakkına müdahalenin meşruiyeti kamu yararına ulaşma ile tesis edilir.

<sup>225</sup> Council of Europe, Guide on Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights, Protection of property, Updated on 30 April 2021 s. 27-29 [https://www.echr.coe.int/Do-cuments/Guide\\_Art\\_1\\_Protocol\\_1\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Do-cuments/Guide_Art_1_Protocol_1_ENG.pdf) (Erişim Tarihi: 18.07.2021).

Taraf devlet bu meşruiyeti ortadan kaldıracak doğrudan ya da dolaylı işlem veya eylemlerden kaçınmalıdır. Çevrenin korunması gereğinin, mülkiyet hakkına yapılacak farklı kamu yararı güden müdahaleleri sınırlayabileceği durumu ise günümüzde dünyanın yaşadığı çevresel felaketler dikkate alındığında AİHM tarafından bir olgu olarak kabul edilmektedir<sup>226</sup>. Kamulaştırma ve Terk Amacında Kullanmama Durumunda Taşınmazın Eski Sahibine İade Yükümlülüğü Konusunda AİHM, Kamulaştırılan ya da malikleri tarafından bedelsiz olarak kamunun kullanımına terk edilen taşınmazların, kamulaştırma ya da terk amacıyla kullanılmaması durumunda eski malikine iade edilip edilmeyeceği hususunda; biri, bu yönde bir beklentinin mülkiyet kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği, diğeri ise kamulaştırma ya da terk amacıyla kullanılmayan taşınmazların eski malike iade edilmemesinin mülkiyet hakkına aykırı olup olmadığı olmak üzere iki önemli yönü ile ele almaktadır<sup>227</sup>.

AİHM'nin yerleşik içtihadına göre Ek 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesi, hem “mevcut malları” ve hem de başvurucunun en azından mülkiyet hakkından etkili bir şekilde yararlanabileceğine dair “meşru beklentisi'nin bulunduğu talepleri korumaktadır. Bununla birlikte bu madde, mülk edinme hakkını güvence altına almamaktadır. Yani miras ya da bağış yolu ile mülk edinme hakkı, mülkiyet hakkının kapsamına girmemektedir. Bu nedenle ne uzun zaman önce ortadan kalkmış olan mülkiyet hakkının yeniden canlandırılması umudu ve ne de bir şartın yerine getirilmemesi nedeniyle yarıda kalmış bir hak doğumu Ek 1 No'lu Protokol'ün 1.

<sup>226</sup> M. Emin Akgül, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, “Kamu Hukuku Açısından Mülkiyet Hakkının Kamu Yararı İle İmtihani-Kamulaştırma ve Acele Kamulaştırma Kararları Çerçevesinde Tespitler”, s. 1418.

<sup>227</sup> <https://gayrimenkulmevzuati.com/kasmulastirma-amacinda-kullanilmayan-tasinmazlarin-eski-malike-iadesi/> (erişim tarihi 02.05.2022).

maddesi bakımından “maliki olan şey” olarak değerlendirilemez. Mahkeme içtihadına göre aslında kamulaştırılan taşınmazın kamulaştırma amacıyla kullanılmaması tek başına mülkiyet hakkının ihlaline neden olabilecek bir durum değildir. Ancak Mahkeme, usulüne uygun olarak kamulaştırılmış olup da daha sonra kullanılmamış olan bir taşınmazla ilgili olarak verdiği Benefico Cappella Paolini/San Marino kararında, kamulaştırılmış bir taşınmazın kullanımı ile ilgili yeni bir planın yürürlüğe girmesi üzerine taşınmazın kısmen kullanılmasının, mülkiyet hakkının gerekleriyle ilgili bir sorun yarattığını kabul etmiştir. Üstelik (02.07.2002 tarihli Motais De Narbonne/Fransa davasında olduğu gibi) kamulaştırılan, ancak uzunca bir süre kamulaştırma amacıyla kullanılmayan taşınmazların değerinde önemli bir artışın meydana gelmesi, sorunu daha da ağırlaştırmaktadır. Mahkeme, böyle bir durumda taşınmazı kamulaştırılan taşınmaz malikinin taşınmazda, kamulaştırmadan sonra meydana gelen değer artışından yararlanamamasını mülkiyet hakkının ihlali olarak değerlendirmektedir. Bu nedenle Mahkemeye göre, kamulaştırılan ancak kamulaştırılma amacıyla kullanılmayan ya da uzunca bir süre bu amaca tahsis edilmeyen taşınmazların eski maliklerine iadesi hususu, mülkiyet hakkından etkili bir şekilde yararlanabileceğine dair “meşru beklenti” olarak nitelendirilebilir. Böyle bir meşru beklenti de Ek 1 No’lu Protokol’ün 1. maddesi anlamında “mülk” olarak değerlendirilebilir<sup>228</sup>.

<sup>228</sup> <https://gayrimenkulmevzuati.com/kasmulastirma-amacinda-kullanilmayan-tasinmazlarin-eski-malike-iadesi/> (erişim tarihi 02.05.2022).

Mahkeme 15.01.2008 tarihli Karaman/Türkiye kararında yine, kamunun ortak kullanımına terk edilen ya da devredilen, fakat terk amacıyla kullanılmayan taşınmazların eski malikine iade edilmesi konusundaki bir beklentinin de mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilebileceğine karar vermiştir<sup>229</sup>. Söz konusu kararda Ek 1 No' lu Protokol'ün sadece mevcut mülkü ve mülk edinme konusundaki meşru beklentileri koruduğu yolundaki içtihadını hatırlatan Mahkeme, kamulaştırılan fakat kamulaştırma amacıyla kullanılmayan taşınmazların malike iadesi konusundaki bir beklentinin de mülk olarak kabul edilebileceğine karar vermiştir.

Mahkeme bu kararında konuyla ilgili olarak “Söz konusu davanın “halen maliki olunan şeyler” ile ilgili olmadığını ve başvurucuların dava açtıkları sırada taşınmazlar üzerinde malik sıfatına sahip olmadıklarını kabul etmek elbette mümkündür. Ancak Mahkeme, usulüne uygun olarak kamulaştırılmış olup da daha sonra kullanılmamış olan bir taşınmazla ilgili olan Benefico Cappella Paolini – San Marino kararında, kamulaştırılmış bir taşınmazın kullanımı ile ilgili yeni bir planın yürürlüğe girmesi üzerine taşınmazın kısmen kullanılmasının, mülkiyet hakkının gerekleriyle ilgili bir sorun yarattığını kabul etmiştir. Aynı şey, Mahkeme'nin bir taşınmazın kamulaştırılması kararı ile kamulaştırmaya dayalı olarak kamu yararına ilişkin projenin uygulanması arasında önemli bir zaman diliminin bulunmasının Birinci Protokol'ün 1. maddesine

<sup>229</sup> <https://gayrimenkulmevzuati.com/kamulastirma-amacinda-kullanilmayan-tasinmazlarin-eski-malike-iadesi/> (erişim tarihi 02.05.2022).

aykırı olduğuna karar verdiği 19 Temmuz 2002 tarihli Narbone Motais – Fransa kararı için de geçerlidir<sup>230</sup>.

Yukarıda anılan iki kararda da kamulaştırma işlemleri söz konusu olmasına rağmen, mevcut davada taşınmazın başvuru tarafından idareye devredilmesi söz konusudur. Her halükarda bu devir, kamu yararına yönelik bir amacın gerçekleştirilmesi için yapıldığından, söz konusu devir işlemi düzenleyen sistem ne olursa olsun, Mahkeme'nin yukarıda anılan kararlarındaki gerekçesi burada da uygulanır. Mahkeme yukarıda anılan Benefico Cappella Paolini kararında, kamu yararı amacıyla kamulaştırılan arazinin kamu yararına yönelik bir amaçla kullanılmayan kısmının sahiplerine iadesini öngören bir düzenlemenin var olmaması halinde bile, arazinin kamu yararıyla kullanılmayan kısmının mülkiyet hakkı bakımından bir sorun doğurduğuna karar vermiştir<sup>231</sup>.

Mahkeme mevcut olayda, başvuru devrin yapılmasına dayanak oluşturan kamusal amaca veya başka herhangi bir kamu yararı amacına uygun olarak kullanılmayan arazinin kendilerine devri konusunda meşru bir beklenti içinde olabilecekleri kanaatindedir. Mahkeme'ye göre, bu tür bir hak, en azından bir "miras" olarak görülebilir ve dolayısıyla Sözleşme'nin 1 Numaralı Protokolü'nün 1. maddesi kapsamında maliki olunan şey olarak değerlendirilebilir."

<sup>230</sup> <https://gayrimenkulmevzuati.com/kasmulastirma-amacinda-kullanilmayan-tasinmazlarin-eski-malike-iadesi/> (erişim tarihi 02.05.2022).

<sup>231</sup> <https://gayrimenkulmevzuati.com/kasmulastirma-amacinda-kullanilmayan-tasinmazlarin-eski-malike-iadesi/> (erişim tarihi 02.05.2022).

Mahkemenin kararına göre; kamulaştırılan taşınmazlar ile devir ya da terk edilen taşınmazlar arasında mülkiyetin kamuya geçme şekli bakımından farklılıklar bulunsa bile her halükarda bu devir, kamu yararına yönelik bir amacın gerçekleştirilmesi için yapıldığından, söz konusu devir işlemini düzenleyen sistem ne olursa olsun, Mahkemenin kamulaştırılan ancak kamulaştırma amacıyla kullanılmayan taşınmazların eski sahibine iadesi hususundaki gerekçeleri bu taşınmazlara da uygulanır. Kamulaştırılan ya da kamunun kullanımı için devredilen ancak kamulaştırma amacıyla kullanılmayarak boş bırakılan taşınmazların eski sahiplerine iadesi konusunda, taşınmazların eski maliklerin en azında meşru bir beklentileri vardır ve Mahkeme içtihadına göre bu beklenti de mülk kavramı içinde değerlendirilmektedir<sup>232</sup>.

Kamulaştırılan ya da malikleri tarafından kamunun ortak kullanımına bedelsiz olarak terk edilen yerlerin, kamulaştırma ya da terk amacıyla kullanılmaması durumunda eski malikine iade edilmemesinin mülkiyet hakkına aykırılık teşkil edip etmeyeceği sorunsalı karşımıza çıkmaktadır. AİHM içtihadına göre, kamulaştırıldıktan sonra kamulaştırma amacıyla kullanılmayan taşınmazların eski malike iade edilmemesi mülkiyet hakkına aykırılık teşkil etmektedir. Mahkemeye göre, bu şekilde kamulaştırma amacıyla kullanılmayan taşınmazların eski malike iade edilmemesi mülkiyet hakkı ile ilgili önemli bir sorun teşkil etmektedir.

<sup>232</sup> <https://gayrimenkulmevzuati.com/kasmulastirma-amacinda-kullanilmayan-tasinmazlarin-eski-malike-iadesi/> (erişim tarihi 02.05.2022).

Bu taşınmazların kamulaştırma amacı dışında gelir getirici özel mülkiyet konusu işlerde kullanılması ise sorunun vehametini artırmaktadır. Bu nedenle Mahkeme kamulaştırma amacıyla kullanılmayan taşınmazların eski malike iade edilmemesini mülkiyet hakkına aykırı bulmuştur<sup>233</sup>.

İkinci olarak bedelsiz olarak terk edilen yerlerin durumunu inceleyelim. Mahkeme, Karaman/Türkiye davasında verdiği kararda terk edilen, fakat terk amacıyla kullanılmayan taşınmazların eski malike iade edilmemesini de benzer gerekçelerle mülkiyet hakkına aykırı bulmuştur. Mahkemeye göre, Yargıtay'ın, malikleri tarafından bedelsiz olarak kamunun kullanımına terk edilen taşınmazların kamu yararına yönelik bir amaca tahsis edilip edilmemiş olduklarına bakılmaksızın, eski maliklerin mülklerini idareye devretmiş olmaları nedeniyle hak iddia edemeyecekleri konusundaki yorumu, kamunun genel yararı ile bireysel haklar ve özgürlükler arasındaki adil dengeyi bozucu niteliktedir. Bir başka ifade ile Kamulaştırma Kanunu'nun 35. maddesinin uygulanması, Ek 1 No'lu Protokol'ünün 1. maddesi ile bağdaşmamaktadır. Dolayısıyla kamulaştırma ya da devir sureti ile kamunun mülkiyetine geçen taşınmazların devir amacıyla yönelik olarak kullanılmaması durumunda eski maliklerine iade edilmesi gerekmektedir. Mahkemeye göre bu mülkün kamu yararına yönelik bir amaçla kullanılmaması, davacı tarafından bağışlama için öngörülen şartın yerine getirilmemesi anlamına gelmektedir.

<sup>233</sup> Bkz. Motais de Narbonne/Fransa, Keçeciöglü/Türkiye kararları.



Dolayısıyla devir ya da kamulaştırma amacıyla kullanılmayarak boş bırakılan taşınmazların eski maliklerine iade edilememesi, mülkiyet hakkının ihlali anlamına gelecektir<sup>234</sup>.

İdareye devredildikten ya da idarece kamulaştırıldıktan sonra kısmen kamu hizmeti için kullanılan taşınmazın, kamu hizmeti için kullanılmayan kısımlarının iade edilmesi gerekmektedir. Taşınmazın idareye devri sırasında öngörülen şarta aykırı olarak, taşınmazın yalnızca bir bölümünün kamu yararına yönelik bir amaca tahsis edilmiş olması, iade talebinin reddini haklı kılmaz<sup>235</sup>.

AİHM Keçecioğlu ve Diğerleri/Türkiye davası<sup>236</sup> kararında “İhtilaf konusu taşınmazın halen kamu yararına uygun çalışmalara tahsis edilmediğini ve yukarıda açıklanan koşullar göz önünde bulundurulduğunda da kolay kolay bu amaca uygun tahsis edilemeyeceğini, hükümetin de buna itiraz etmediğini tespit etmektedir. Halihazırda, taşınmaza ilişkin olarak kamulaştırma kararı verilmesinin üzerinden yirmi bir yıl geçmesine rağmen mülk mahrumiyetine esas teşkil eden kamu yararına yönelik proje hayata geçirilmemiştir. Taşınmazın kamulaştırmada izlenen amaçlara uygun düzenlemeler için kullanılmaması başvuruların mülkiyet hakları bakımından sorun yaratmaktadır. Bu kamulaştırma artık kamu yararına ilişkin bir gerekçeye dayanmamakta olup başvuruların söz konusu taşınmazın artı değerinden mahrum kalmalarına neden olmaktadır.” görüşlerini bu şekilde ifade etmiştir.

<sup>234</sup> <https://gayrimenkulmevzuati.com/kasmulastirma-amacinda-kullanilmayan-tasinmazlarin-eski-malike-iadesi/> (erişim tarihi 02.05.2022).

<sup>235</sup> Bkz.Karaman/Türkiye kararı

<sup>236</sup> Bkz. Keçecioğlu ve Diğerleri/Türkiye davası

## DEĞERLENDİRME

2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu kapsamında malikin geri alma hakkı ve yola terk problemleri, taşınmazların devir amacına uygun şekilde kullanılmamasından ötürü yapılan bireysel başvurularda mülkiyet hakkının ihlali problemi hem AİHM hem de AYM kararlarına konu olmuştur.

AYM kararlarını incelediğimizde kamu yararı amacıyla kamulaştırıldıktan sonra söz konusu taşınmazların kamusal fonksiyonla hiç kullanılmadan üçüncü kişilere devredilip, özel/ticari kullanıma hasredilen taşınmazlar bakımından mülkiyet hakkı uygulanabilir nitelikte görülmekteyken<sup>237</sup> kamulaştırıldıktan sonra kamulaştırma amacına uygun şekilde uzun süre kullanılan taşınmazların ihtiyaç kalmaması sebebiyle üçüncü kişilere devri halinde mülkiyet hakkı uygulanabilir nitelikte görülmemektedir.<sup>238</sup>

AYM kararları irdelendiğinde AİHM kararları gibi, yola terk edilen taşınmazların kamu hizmetine tahsis edilmediği hallerde iade ya da tazminat hakkının doğmakta olduğunu ve bu hakkın anayasal mülkiyet hakkı anlamında bir malvarlığı değeri olduğuna hükmedildiğini görmekteyiz. AİHM, özel kişilere menfaat sağlamak için mülkiyet hakkına müdahalenin de kamu yararı amacıyla bağdaşmadığına karar verdiğini yine görmekteyiz.

<sup>237</sup> Bkz. Nusrat Külah Başvurusu, No. 2013/6151, 21/4/2016, paras. 47-49.

<sup>238</sup> Bkz. Habibe Kalender ve Diğerleri Başvurusu, No. 2013/3845, 1/12/2015, paras. 45-49.

AYM'nin kamulaştırma konulu bireysel başvuru<sup>239</sup> ile ilgili verdiği kararda atıf yaptığı AİHM'nin AİHS ek 1 No.lu Protokol madde 1 temelinde verdiği kararlarında kamulaştırma işlemi ile güdülen kamu yararının sağlanıp sağlanmadığı konusu, AİHS Ek 1 No.lu Protokolün 1'inci maddesi esas alınarak değerlendirilmektedir.<sup>240</sup>

AİHM'in müdahalelerin kamu yararına yönelik olarak kabul ettiği durumlar, sosyal güvenlik sisteminin sürdürülebilirliği, çevrenin ve hayvanların korunması, şehir planlaması, kültür varlıklarının korunması, suçla mücadelede müsadere ve el koyma tedbirleri, vergisel müdahaleler, ticari ve ekonomik hayatın regülasyonu, diplomatik yükümlülükler şeklinde sıralanabilir. Sayılan nedenlerle mülkiyet hakkına yapılacak müdahalelerin kamu yararı amacını taşıdığı AİHM tarafından kabul edilmektedir.<sup>241</sup>

Kamulaştırma ve Terk Amacında Kullanmama Durumunda Taşınmazın Eski Sahibine İade Yükümlülüğü Konusunda AİHM kararlarının, Kamulaştırılan ya da malikleri tarafından bedelsiz olarak kamunun kullanımına terk edilen taşınmazların, kamulaştırma ya da terk amacıyla kullanılmaması durumunda eski malikine iade edilip edilmeyeceği hususunun; biri, bu yönde bir beklentinin mülkiyet kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği, diğeri ise kamulaştırma ya da terk amacıyla kullanılmayan taşınmazların

<sup>239</sup> Bkz. AYM Hasan Uçar, B. No: 2018/1901, 26/5/2021.

<sup>240</sup> Bkz. James ve diğerleri/Birleşik Krallık [GK], (B. No: 8793/79, 21/2/1986).

<sup>241</sup> Burak Gemalmaz, Mülkiyet Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi -6, 2018, s. 135, 136.

eski malike iade edilmemesinin mülkiyet hakkına aykırı olup olmadığı olmak üzere iki önemli yönü bulunmaktadır. Mahkemeye göre, Yargıtay'ın, malikleri tarafından bedelsiz olarak kamunun kullanımına terk edilen taşınmazların kamu yararına yönelik bir amaca tahsis edilip edilmemiş olduklarına bakılmaksızın, eski maliklerin mülklerini idareye devretmiş olmaları nedeniyle hak iddia edemeyecekleri konusundaki yorumu, kamunun genel yararı ile bireysel haklar ve özgürlükler arasındaki adil dengeyi bozucu nitelikte kabul etmektedir.<sup>242</sup>

AİHM'in yerleşik içtihadlarına bakıldığında Ek 1 No'lu Protokol'ün 1. Maddesi kapsamında hem "mevcut malları" hem de başvurusunun en azından mülkiyet hakkından etkili bir şekilde yararlanabileceğine dair "meşru beklentisi" nin bulunduğu talepleri korumaktadır. Ancak mahkeme, miras ya da bağış yolu ile mülk edinme hakkını, mülkiyet hakkının kapsamında değerlendirilmemektedir.

Mahkeme içtihadına göre aslında kamulaştırılan taşınmazın kamulaştırma amacıyla kullanılmaması tek başına mülkiyet hakkının ihlaline neden olabilecek bir durum değildir. Ancak Mahkeme, usulüne uygun olarak kamulaştırılmış olup da daha sonra kullanılmamış olan bir taşınmazla ilgili olarak verdiği kararında, kamulaştırılmış bir taşınmazın kullanımı ile ilgili yeni bir planın yürürlüğe girmesi üzerine taşınmazın kısmen kullanılmasının,

mülkiyet hakkının gerekleriyle ilgili bir sorun yarattığını kabul etmiştir. Üstelik kamulaştırılan, ancak uzunca bir süre kamulaştırma amacıyla kullanılmayan taşınmazların değerinde önemli bir artışın meydana gelmesi, AİHM'e göre sorunu daha da ağırlaştırmaktadır. Mahkeme, böyle bir durumda taşınmazı kamulaştırılan taşınmaz malikinin taşınmazda, kamulaştırmadan sonra meydana gelen değer artışından yararlanamamasını mülkiyet hakkının ihlali olarak değerlendirmektedir. AİHM'e göre İdareye devredildikten ya da idarece kamulaştırıldıktan sonra kısmen kamu hizmeti için kullanılan taşınmazın, kamu hizmeti için kullanılmayan kısımlarının iade edilmesi gerekmektedir.<sup>243</sup>

### **KAYNAKÇA**

Akgül, M. Emin, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, “Kamu Hukuku Açısından Mülkiyet Hakkının Kamu Yararı İle İmtihani-Kamulaştırma ve Acele Kamulaştırma Kararları Çerçevesinde Tespitler”, 2021.

Gemalmaz, Burak, Mülkiyet Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi -6, Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi tarafından basılmıştır, 2018.

Gemalmaz, H. Burak, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Mülkiyet Hakkının Sınırlanmasında “Adil Denge “İlkesi”, İÜHFİM C. LXIX, S. 1-2, 2011,

<sup>243</sup> <https://gayrimenkulmevzuati.com/kasmulastirma-amacinda-kullanilmayan-tasinmazlarin-eski-malike-iadesi/> erişim tarihi 02.05.2022

Solmaz, Eren, Kamulaştırma Hukukunda Malikin Geri Alma Hakkı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.

Ulusoy, Ali, Yeni Türk İdare Hukuku, Yetkin Yayınları, 4. Baskı, 2021.

### **İnternet Kaynakları**

-Council of Europe, Guide on Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights, Protection of property, Updated on 30 April 2021 s. 27-29 [https://www.echr.coe.int/Do-cuments/Guide\\_Art\\_1\\_Protocol\\_1\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Do-cuments/Guide_Art_1_Protocol_1_ENG.pdf) (erişim Tarihi: 18.07.2021).

-<https://www.anayasa.gov.tr> (erişim tarihi 02.05.2022).

--[https://www.anayasa.gov.tr/media/3548/06\\_mulkiyet\\_hakki.pdf](https://www.anayasa.gov.tr/media/3548/06_mulkiyet_hakki.pdf) s.75-77 (erişim tarihi 06.04.2022).

-<https://gayrimenkulmevzuati.com/kasmulastirma-amacinda-kullanilmayan-tasinmazlarin-eski-malike-iadesi/>(erişim tarihi 02.05.2022).

-[http://www.imarkadastro.com/userfiles/file/Dokuman/MSCelik\\_kamulastirma\\_idari.pdf](http://www.imarkadastro.com/userfiles/file/Dokuman/MSCelik_kamulastirma_idari.pdf), (erişim tarihi 02.05.2022).

### **KARARLAR**

- AİHM Beneficio Cappella Paolini/Malta (B. No: 40786/98, 13/7/2004).

-AİHM James ve diğerleri/Birleşik Krallık [GK], (B. No: 8793/79,

21/2/1986).

- AİHM Karaman/Türkiye (B. No: 6489/03, 15/1/2008).
- AİHM Keçecioğlu ve diğerleri/Türkiye (B. No: 37546/02, 8/4/2008).
- AİHM Motais de Norbonne/Fransa, (B. No: 48161/99, 2/7/2002).
- AİHM Svitlana Ilchenko v. Ukraine (application no. 47166/09)
- AİHM Sağlık İnşaat Turizm Sanayi Taahhüt ve Ticaret LTD. ŞTİ. v. Turkey, App. No. 55549/11, Admissibility Decision of 7 April 2015, paras. 39-43; Kuddusi Bilici v. Turkey, App. No. 49025/06.
- AYM Hasan Uçar, B. No: 2018/1901, 26/5/2021.
- AYM Habibe Kalender ve Diğerleri Başvurusu, No. 2013/3845, 1/12/2015.
- AYM Nusrat Külâh Başvurusu, No. 2013/6151, 21/4/2016.
- Danıştay 6. Daire, E.2013/1349, K.2014/372, T.24/01/2014.

## **MÜLKİYET HAKKININ CEZA NORMLARIYLA KORUNMASI ÇERÇEVESİNDE KRİPTO PARALAR VE NFT'LER:**

### **OLAN VE OLMASI GEREKEN HUKUK AÇISINDAN BİR DEĞERLENDİRME**

Dr. Öğr. Üyesi Erkan SARITAŞ

#### **Giriş**

Kripto varlıklar ve özel olarak da kripto paralar ve NFT'ler, tedavüllerinin yaygınlaşmasına paralel olarak gittikçe daha yoğun bir şekilde çeşitli hukuki tartışmaların konusu olabilmektedir ki ceza hukukunun da bundan arı olması elbette mümkün değildir. Bu noktada özellikle kripto varlıklar üzerinde sahiplerinin malvarlığı temelli menfaatlerinin ceza hukuku koruması açısından nasıl bir değerlendirmeye tabi tutulacağı oldukça güncel bir mesele olarak kendini göstermektedir. Bu çerçevede örneğin failin, bir kimseyi tehditle bir miktar kripto parayı kendi sanal cüzdanına göndermeye mecbur etmesi, bir başkasının sanal cüzdanına ilişkin şifreyi çalması ve bu sayede cüzdanı boşaltması veya kendisine bu şifre belli bir yönde yatırım yapmak üzere emanet edilmesine rağmen bu sanal cüzdan üzerinde devir amacına aykırı işlemler yapması halinde sırasıyla yağma, hırsızlık ve güveni kötüye kullanma suçlarının oluştuğundan söz edilebilecek midir? Çalışmamızda bu mesele, Türk Hukuku çerçevesinde, olan ve olması gereken hukuk açısından ele alınmaktadır. Bu çerçevede aşağıda evvela kripto paralar ve NFT'lerin nitelikleri kısaca ortaya konulmaya çalışılacak, takiben



mülkiyet hakkının ceza normlarıyla korunması perspektifinde pre-normatif sahada bu tip dijital varlıklar üzerinde sahiplerinin malvarlıksal menfaatleri açısından nasıl bir cezai korumanın söz konusu olması gerektiği değerlendirilecek, bilahare bu husustaki tespitlerin olan hukuk ile uyumlu olup olmadığı ve bu noktada ortaya çıkması olası çelişkiler tartışılacak ve nihayet olması gereken hukuk açısından bu çelişkilerin nasıl önlenebileceği meselesi incelenerek varılan sonuçlar özetlenecektir.

## 1. Genel Olarak Kripto Paralar ve NFT'ler

İnceleme konumuzu oluşturan kripto paralar ve NFT'ler blok zincir teknolojisi çerçevesinde oluşturulan ve tedavülü sağlanan birer dijital varlık niteliğindedirler<sup>1</sup>. Burada bahsi geçen blok zincirler kendilerine bir değer atfedilen dijital varlıkların oluşturulmasına ve kullanıcılar arasında transferine imkân tanıyan dağıntık birer veri tabanıdır<sup>2</sup>. Bu veri tabanlarının kendilerine has çalışma şekilleri ve merkezi olmayan dağıntık yapıları, merkezi bir veri tabanı olmaksızın üretilebilen, tedavülü kabul edilen ve bu çerçevede kendilerine herhangi bir suretle değer atfedilebilen dijital varlıkların oldukça

<sup>1</sup>Bkz. Mehmet Akçaal, "NFT (Değiştirilemeyen Jeton) Sanat Eserlerinin Miras Yoluyla Geçmesi", TBBD, 2022(159), ss.363-396, s.369; Gencer Özdemir, "Kripto Paraların Eşya Niteliği", Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 11 (1), ss. 289-306, 2021, s.295; Gizem Dursun Özdemir, "Ceza Hukuku Perspektifinden Kripto Varlıklara İlişkin Bir Değerlendirme", Ceza Hukuku Dergisi, 17(48), ss.39-75, Nisan 2022, s.42 vd.. Bkz. ve krş. Zeynep Esra Tarakçıoğlu, "Kripto Varlıklar ve Ceza Hukuku Sorumluluğu", Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 11(2), ss.295-352, 2021, s.302.

<sup>2</sup> Bkz. Gülçin Büyükközkcan Feyzioğlu, "Teknolojide Yeni Çağın Başlangıcı: Blokzincir", Gelişen Teknolojiler ve Hukuk-I: Blokzincir, ss.1-21, Ed. E. Eylem Aksoy Retornaz ve Osman Gazi Güçlütürk, İstanbul, Oniki Levha, 2020, s.1 vd.; Göktuğ Şahin/Erol Bulut, "Paranın Evrim Sürecinde Kriptoparaların Geleceği", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, 23(2), ss.485-508, 2021, s.490 vd.; Seher Gökpınar, "Blok Zinciri Teknolojisinin Geleceği: Kripto Para Birimleri ve Ötesi", Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 28, ss.211-231, 2021, s.217; Umut Balcı, "Kripto Paraların Ceza Hukuku Boyutu ve Türk Mevzuatındaki Muhtemel Düzenlenme Yeri", TBBD, 2021(155), ss.203-259, s.207.

güvenli bir şekilde transferine de olanak sağlamıştır ki bu da birer sanal para çeşidi olarak kripto paraların yaygın bir kullanım alanına sahip olmasına sebebiyet vermiştir<sup>3</sup>.

Kripto paralar özel kriptografi yöntemleriyle oluşturulmuş ve bu varlıkların tedavülünü kabul eden kişiler arasında blok zincir teknolojisi çerçevesinde alım satım işlemlerinde kullanılabilen, herhangi bir merkezi veri tabanına ve haliyle merkezi düzenlemeye ihtiyaç duymaksızın tedavülü sağlanabilen sanal para çeşitleridir<sup>4</sup>. Bu varlıkların esasen itibari değeri bulunmamasına rağmen kullanıcılar tarafından kendilerine bir ekonomik değer atfedilmekte ve bu değer atfı nedeniyle döviz yahut kıymetli madenlerde olduğu gibi kripto paraların da arz ve talebe göre değişen piyasa değerleri olduğu kabul edilmektedir<sup>5</sup>.

Bu paraların el değiştirmesine ilişkin işlemler, bugün için yaygın olarak bunun için tasarlanmış ticari işlem platformları

<sup>3</sup>Bkz. Fatih Bilgili/Fatih Cengil, "İcra ve İflas Hukuku Yönüyle Kripto Parala İlişkin Bazı Meseleler", KHASHFD, 7(1), s.99-109, 2019, s.100; Tarakçıoğlu, s.310; Erdal Durdu, Kripto Para Birimi Olarak Bitcoin ve Ceza Hukuku, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2018, s.77; Şahin Çetinkaya, "Kripto Paraların Gelişimi ve Para Piyasalarındaki Yerinin Swot Analizi İle İncelenmesi", Uluslararası Ekonomi ve Siyaset Bilimleri Akademik Araştırmalar Dergisi, 2(5), ss.11-21, 2018, s.16.

<sup>4</sup>Bkz. Armağan Ebru Bozkurt Yüksel, "Elektronik Para, Sanal Para, Bitcoin ve Linden Doları'na Hukuki Bir Bakış", İstanbul Hukuk Mecmuası, 73(2), ss.173-220, 2015, s.197 vd.; Serkan Meraklı, "Merkeziyetsiz Finans (Defi) Faaliyetlerinin İzinsiz Bankacılık Faaliyetinde Bulunma Suçu Bakımından Değerlendirilmesi", MÜHF-HAD, 27(2), ss.1156-1190, 2021, s.1163; Asuman Yılmaz, Kripto Para Birimi Bitcoin ve Bitcoin'in Türk Sermaye Piyasası Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, İstanbul, Oniki Levha, 2021, s.5-7; Fatma Ulucan Öztürk/Ece Baş, "Dijital Çağın Teknolojisi Blokzincir ve Kripto Paralar: Ulusal Mevzuat ve Uluslararası Standartlar Çerçevesinde Mali Yönden Değerlendirme", Muhasebe ve Denetime Bakış, 2020 (60), ss.57-74, s.60; Yelmen, s.273; Bilgili/Cengil, KHASHFD, s.100; Durdu, s.15; Şahin/Bulut, s.494; Çetinkaya, s.13; Balcı, s.210-211.

<sup>5</sup>Bkz. Şahin/Bulut, s.497; Çetinkaya, s.13; Gökpınar, s.220-221; Bilgili/Cengil, KHASHFD, s.102; Özdemir, s.297.

üzerinden yapılmaktadır<sup>6</sup>. Bu platformlara dahil olan her kullanıcı için bir yazılım niteliğinde olan sanal cüzdan oluşturulmakta ve satın alınan kripto paralar bu sanal cüzdanlarda saklanmaktadır<sup>7</sup>. Bu sanal cüzdan üzerinde işlem yapabilmek için sanal cüzdanla birlikte oluşturulan ve bir dijital imza niteliğinde olan gizli ve açık anahtarlar kullanılmaktadır<sup>8</sup>.

NFT'ler ise blok zincirde şifreli olarak yer alan, benzersiz ve biri diğerinin yerine geçemeyecek nitelikte veri birimleridir<sup>9</sup>. Bu haliyle NFT'ler resim, ses, metin vb. dijital dosyaları benzersiz bir şekilde temsil etmek üzere üretilmektedirler ve bir dijital dosyanın örneğin bir müzik ürününün dijital olarak kopyalanması mümkünken eğer bu ürün NFT formatında ise bunun kopyalanarak çoğaltılabilmesi mümkün olamamaktadır<sup>10</sup>. Dolayısıyla NFT'ler kripto paralardan farklı olarak birbiri yerine geçen varlıklardan oluşmaz; her NFT benzersizdir<sup>11</sup>. Buna paralel olarak her bir NFT'nin sahiplik durumu korunabilmekte, akıllı sözleşmelerle NFT'lerin bilahare el değiştirilmesi aşamaları için özel düzenlemeler yapılabilmekte ve bu nedenle de NFT'lerin alım satımı açısından kendilerine özel bir değer atfedilmektedir<sup>12</sup>. Nitekim NFT'ler de kripto paralar gibi dijital

<sup>6</sup>Bkz. Özdemir, s.294-295; Eylül Balıkcı, "Dava ve Takip Konusu Olabilmesi Bakımından Kripto Paralar", ERÜHFD, 16(2), ss.273-312, 2021, s.289.

<sup>7</sup>Bkz. Adem Yelmen, "Bitcoin Satış Sözleşmesinin Bedel Unsuru Açısından Değerlendirilmesi", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 28(1), ss.265-294, 2020, s.275; Bilgili/Cengil, KHASHFD, s.101; Tarakçıoğlu, s.313.

<sup>8</sup>Yılmaz, s.13-14; Bozkurt Yüksel, s.200; Bilgili/Cengil, KHASHFD, s.101; Özdemir, s.294; Balıkcı, s.282.

<sup>9</sup>Bkz. Akçaal, s.364-365; Eyüp Ensar Şağban, "NFT'ler Özelinde Siber Sigortaya Bir Bakış", Bilişim Hukuku Dergisi, S. 3, ss.430-493, 2021, s.467.

<sup>10</sup>Çağla Gül Şenkardes, "Blokzincir Teknolojisi ve NFT'ler: Müzik Endüstrisi Üzerine Bir İnceleme", Journal of Management Marketing and Logistics, 8(3), ss. 154-163, 2021, s.156-157.

<sup>11</sup>Akçaal, s.372; Şenkardes, s.156; Şağban, s.471.

<sup>12</sup>Akçaal, s.371; Şağban, s.471.

cüzdandar aracılığıyla alınıp satılabilirler.

## **2. Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer Olarak Mülkiyet Hakkı Açısından Pre-Normatif Sahada Kripto Paralar ve NFT'ler Üzerindeki Malvarlıksal Menfaatler**

Bugün için modern ceza hukukunun en temel kavramlarından birini hukuksal değer teşkil etmektedir<sup>13</sup> ve en genel tanımıyla ceza hukukunun bizatihi korumayı amaçladığı ve suç teşkil eden fiilin ihlal ettiği değerler olarak ifade edilebilecek<sup>14</sup> bu değerlerin en önemlilerden birinin de mülkiyet ve daha geniş bir perspektifte malvarlığı hakları olduğu şüphesizdir<sup>15</sup>.

Olan hukuk açısından nasıl tanımlanmış olursa olsun mülkiyet kavramının temelinde, insanlar ile ekonomik veya manevi değer taşıyan varlıklar arasındaki menfaat ilişkisinin, hukuk tarafından tanınıp kendisine sonuç bağlanması gerçeği yatmaktadır. Bu menfaat o varlığın kullanılması, semerelerinden yararlanılması veya üzerinde tasarruf edilebilmesi şeklinde karşımıza çıkabilir<sup>16</sup>. Ancak her durumda kişi ile kendilerine belli bir kıymet atfettikleri varlıklar arasında en basit tabiriyle sahiplik/sahip olma isteği temelinde

<sup>13</sup>Zeki Hafizoğulları/Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Ankara, US-A, 2015, s.202.

<sup>14</sup>Bkz. Nevzat Toroslu/Haluk Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım, 21. Baskı, Ankara, Savaş, 2015, s.103; Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Ankara, Yetkin, 2016, s.237; İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, Seçkin, 2016, s.157-158; Yener Ünver, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Ankara, Seçkin, 2003, s.60; Mahmut Koca/İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara, Seçkin, 2021, s.118-119; Hamide Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul, Beta, 2019, s.184; Erkan Sarıtaş, "Toplumsal Norm ve Ceza Yaptırımının Doğası Üzerine", İÜHF, Prof. Dr. Füsün Sokullu Akıncıya Armağan, 71(1), C.2, ss.1051-1108, 2013, s.1092.

<sup>15</sup>Zeki Hafizoğulları/Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar, 5. Bası, Ankara, US-A, 2016, s.300.

<sup>16</sup>M. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay Özdemir, Eşya Hukuku, 17. Bası, İstanbul, Filiz, 2014, s.23.

bir menfaat ilişkisinin söz konusu olduğu ve bu menfaatin hukuki koruma altına alınmasının, bir hukuki değer olarak mülkiyet hakkını veya menfaatin türüne göre diğer malvarlığı haklarını oluşturduğu hususunda tereddüt yoktur<sup>17</sup>. Bu itibarla pre-normatif yani kanun üstü sahada mülkiyet kavramının temelini, kişi ile varlık arasındaki sahip olma isteğine dayalı menfaat ilişkisi teşkil etmekte olup bu varlık, hangi nitelikleri taşırsa taşırsın, kişiler açısından bir menfaat ilişkisinin objesini teşkil etmekte ve buna bağlı olarak mülkiyet hakkı perspektifinde algılanmaya müsait hale gelmektedir ki kişiler, bu sahiplik durumlarının mülkiyet hakkı perspektifinde hukuki koruma altına alınması hususunda haklı bir beklenti taşımaktadırlar.

İşte günümüzde bu sahiplik kavramının objesi olmaya aday önemli birer varlık çeşidini de kripto varlıklar teşkil etmektedir. Nitekim kripto paralar ve NFT'ler yönünden ilk başlıkta kısa ve basit tanımlar yaparken en çok vurguladığımız husus; bu varlıkların, alım satımlarını yapan kişiler açısından ekonomik bir kıymet arz ettikleri gerçeğidir<sup>18</sup>. Bugün, aynı hisse senetleri ya da döviz piyasasında olduğu gibi kripto para alım satımı yapan platformlarda da bir kripto para biriminin herhangi bir ülkede tedavülde olan resmi para birimi açısından karşılığı açıklanmakta ve para/kripto para tedavülü gün içinde sürekli değişebilen bu pariteler üzerinden yapılmaktadır<sup>19</sup>. Hatta kripto paralar -aynı herhangi bir ülkede tedavülde olan para ya da döviz veya kıymetli maden gibi- bir emtianın takasında ödeme

<sup>17</sup>Sulhi Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, 16. Bası, İstanbul, Beta, 2001, s.340.

<sup>18</sup>M. Volkan Dülger/Onur Özkan, "Kripto Para Suçları: Kripto Para Birimlerinin Hukuki Boyutu ve Türk Ceza Kanunu Bakımından Değerlendirilmesi", Prof. Dr. M. Emin Artuk'a Armağan, ss.963-994, Ed. Mahmut Koca, Ankara, Seçkin, 2020, s.985; Balcı, s.206-207; Özdemir, s.297.

<sup>19</sup>Bilgili/Cengil, KHASHFD, s.102; Yılmaz, s.11; Dülger/Özkan, s.985.

aracı olarak da kullanılabilir<sup>20</sup>. Örneğin bir restoranda yemek yiyen bir müşteri, eğer işletme sahibi bu ödeme yöntemini kabul etmekteyse, bu yemeğin bedelini kripto para ile ödeyebilmektedir.

Bu gerçekler aslında bu varlıkların, kişilerin malvarlığı değerlerine dahil olduklarının kabul edilmesi gereğini ve bu varlıklar üzerinde işlenen hukuka aykırı fiillerin de çoğu durumda malvarlığı haklarını ihlal ettiği gerçeğini ortaya koymaktadır<sup>21</sup>. Gerçekten halihazırdaki piyasa dinamikleri nazara alındığında, bir kimseye uygulanan ağır ve muhakkak bir tehditle, sahip olduğu bir sanal cüzdandaki kripto paraların bir başka sanal cüzdana naklettirilmesi ile evdeki kasasında bulunan mücevherleri teslim etmesinin sağlanması şeklindeki iki farklı fiilin, mağdur açısından taşıdığı ekonomik anlam arasında neredeyse hiçbir fark yoktur. Mağdur açısından bakıldığında her iki örnekte de sahip olduğu bir varlık elinden zorla alınmakta, bu varlık üzerindeki kullanma, semelerinden yararlanma ve tasarrufta bulunma imkanları ortadan kaldırılmaktadır.

Bu belirttiğimiz hususlar kripto varlıklar üzerinde, bunların sahibi olan kimselerin kullanma, semelerinden yararlanma ve

<sup>20</sup>Bkz. Yelmen, s.272; Dülger/Özkan, s.985; Tarakçıoğlu, s.305.

<sup>21</sup>Bkz. Bilgili/Cengil, KHASHFD, s.103; Berk Kapancı, “Özel Hukuk Penceresinden Blokzincir: ‘Sanal Para’ Değerleri ve ‘Akıllı Sözleşmeler’ Üzerine Değerlendirmeler”, Gelişen Teknolojiler ve Hukuk-I: Blokzincir, ss.113-154, Ed. E. Eylem Aksoy Retornaz ve Osman Gazi Güçlütürk, İstanbul, Oniki Levha, 2020, s.120. Eylem Aksoy Retornaz, “Ceza Hukuku Perspektifinden Blokzincir”, Gelişen Teknolojiler ve Hukuk-I: Blokzincir, ss.291-320, Ed. E. Eylem Aksoy Retornaz ve Osman Gazi Güçlütürk, İstanbul, Oniki Levha, 2020, s.302; Özdemir, s.302; Balcı, s.255. Kripto varlıkların “gayri maddi varlık” olarak malvarlığı kapsamında değerlendirilmeleri gerektiği yönünde bkz. Rabia Üzümcü/Yasin Yıldırım, “Kripto Paraların Hukuki Statüleri ve Sözleşmeler İçerisindeki Yerleri”, Süleyman Demirel Üniversitesi Vizyoner Dergisi, 13(33), ss.271-291, 2022, s.286. Bu varlıkların know-how, ticari sır, müşteri çevresi menfaati gibi özellik arz eden bilgilere dayalı bir bireysel malvarlığı değeri olduğu yönünde bkz. Kapancı, s.120. Benzer şekilde bkz. Retornaz, s.302.

tasarruflarda bulunma imkanlarının da mülkiyet ve daha genel anlamda malvarlığı hakları perspektifinde korunması ve haliyle bu hakları ihlal eden fiillerin de maddi ceza hukuku açısından malvarlığına karşı suçlar çerçevesinde ele alınması gereğini ortaya koymaktadır<sup>22</sup>.

### **3. Olan Hukuk (de lege leta) Açısından Kripto Varlıkların Hukuki Durumu ve Bu Çerçeve de Malvarlığına Karşı İşlenen Suçların Konusunu Teşkil Edemeyecekleri Sorunu**

Kripto varlıklar yönünden pre-normatif sahada mülkiyet hakkı ve buna dair ceza hukuku koruması açısından yukarıda dile getirdiğimiz hususlara karşılık olan hukuk (de lege leta) açısından tam aksi bir manzara ile karşı karşıya olduğumuzun tespiti güç değildir. Nitekim medeni hukuk doktrininde meseleyi ele alan yazarlar kripto paraların “eşyanın (malın)” sahip olması gereken nitelikleri taşımadığını ifade etmişlerdir<sup>23</sup>. Nitekim eşya hukuku açısından bir şeyin eşya (mal) sayılabilmesi yönünden “maddi bir varlığa sahip olması, sınırlanabilir olması, üzerinde egemenlik kurulabilir olması, iktisadi bir değer taşıması ve insan varlıkları dışındaki şeyler olması” gerektiği ifade edilmektedir<sup>24</sup>. Maddi birer

<sup>22</sup>Benzer yönde bkz. Murat Balcı/Kerim Çakır, “Kripto Para Dolandırıcılığı”, Terazi Hukuk Dergisi, 16 (151), ss.1684-1688, 2021, 1686. Keza bkz. Dülger/Özkan, s.985-986. Bilgili/Cengil'e göre de kripto paralar üzerindeki haklar ne fikri mülkiyet ne de şahsiyet hakları arasında yer almaktadır. Dolayısıyla kripto paraların eşya niteliği reddedilir ve mülkiyet hakkı kabul edilmezse sahibiyile hukuki aidiyeti zorlaşacaktır. Fatih Bilgili/Fatih Cengil, “Bitcoin Özelinde Kripto Paraların Eşya Niteliği Sorunu”, <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3432713](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3432713)>, (Çevrimiçi) 17.4.2022, s.18.

<sup>23</sup>Asuman Turanboy, “Kripto Paraların Ortaya Çıkmaları ve Nitelikleri”, BATİDER, 35(3), ss.47-62, 2019, s.57; Yılmaz, s.53; Kapancı, s.119; Akçaal, s.377; Özdemir, s. 300; Balıkcı, s.285. Keza bkz. Yelmen, s.285. NFT'lerin gayri misli eşya olarak kabul edilmeleri yönünde görüş için bkz. Şağban, s. 473. Ancak yazarın sonraki açıklamalarından bu tespitın olması gereken hukuka dair bir tespit olduğu sonucu çıkmaktadır. Nitekim yazara göre kripto varlık türü olarak NFT'ler açısından eşyaya ilişkin TMK hükümleri uygulanamayacaktır. Şağban, s.477.

<sup>24</sup>Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s.8; A. Lale Sirmen, Eşya Hukuku, 5. Baskı, Ankara, Yetkin, 2017, s.4 vd.

varlıkları olmayan ve tümüyle dijital varlık mahiyetinde olan kripto paralar ise bu nitelikten yoksundur<sup>25</sup>. Dolayısıyla kripto paralar ve buna paralel olarak NFT'lerin hukuken birer eşya niteliğinde kabul edilmesi mümkün gözükmemektedir<sup>26</sup>.

Esasen bu kabulün ceza hukuku sahasına taşınması açısından da varılacak olağan sonuç; kripto paralar ve NFT'lerin malvarlığına karşı suçlar arasında yer alan hırsızlık, yağma ve güveni kötüye kullanma gibi bir kısım suçlarda kendisine bir unsur olarak yer verilen "mal" kavramı kapsamında kabul edilemeyecekleri yönünde olacaktır. Nitekim ceza hukuku açısından da çoğunlukla "mal" kavramının anlamının TMK hükümlerine göre belirlenmesi gerektiği belirtilmiş<sup>27</sup>, böyle düşünmeyen yahut mal kavramını unsurları yönünden ayrıca değerlendiren yazarlar dahi bu kavramı tanımlarken "maddi varlığı olan şey" unsurunu, yaptıkları tanımların merkezine oturtmuşlardır<sup>28</sup>. Bunun doğal sonucu olarak ceza hukuku açısından maddi varlığı olmayan kripto paralar ve NFT'ler "mal" olarak nitelenemeyecektir<sup>29</sup>. Buna paralel olarak da kripto paralar üzerinde hırsızlık, yağma ya da güveni kötüye kullanma

<sup>25</sup>Akçaal, s.377; Bilgili/Cengil, "Bitcoin Özelinde..", s.16; Kapancı, s.119; Özdemir, s.300.

<sup>26</sup>Yılmaz, s.52; Akçaal, s.377; Kapancı, s.119; Özdemir, s.300; Turanboy, s.57; Tarakçıoğlu, s.328. Ancak yine medeni hukuk doktrininde bu varlıkların gösterdikleri özellikler nedeniyle eşyaya oldukça benzedikleri, üzerlerinde zilyetlik tesis edilebileceği ve dolayısıyla eşyaya ilişkin hükümlerin bu varlıklar açısından kıyasen uygulanabileceği de ifade edilmiştir. Yılmaz, s.53; Bilgili/Cengil, "Bitcoin Özelinde..", s.20-21; Özdemir, s.302.

<sup>27</sup>Durmuş Tezcan/M. Ruhan Erdem/R. Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 19. Baskı, Ankara, Seçkin, 2021, s.646; Mahmut Koca/İlhan Üzülmmez, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 3. Baskı, Ankara, Adalet, 2016, s.516; Dursun Özdemir, s.61.

<sup>28</sup>Ayhan Önder, Şahıslara ve Mallara Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, İstanbul, Filiz, 1994, s.288; Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 16. Baskı, Ankara, Seçkin, 2021, s.605; Ahmet Gökçen/Selim Erdin/Büşra Şenerdoğan, "Hırsızlık Suçu (m.141)", Malvarlığına Karşı Suçlar (m.141-169), Ankara, Adalet, 2018, s.12; Ali Kemal Yıldız, "Hırsızlık", Özel Ceza Hukuku, C. IV, Ed. Köksal Bayraktar, ss.5-74, İstanbul, Oniki Levha, 2018, s.20

<sup>29</sup>Retornaz, s.298-300; Tarakçıoğlu, s.328; Dursun Özdemir, s.62-63.



suçlarının işlenmesinden söz edilemeyecektir<sup>30</sup>.

Mevcut normatif yapıda esaslı herhangi bir değişiklik yapılmadığı müddetçe aksi bir sonuca varılabilmesi, mal kavramının şimdiye kadar ceza hukuku sahasında taşıdığı anlamın ve bu anlama müsnet özel hukuk normlarının tümüyle bir kenara bırakılması, bu kavrama bambaşka bir anlam ve buna bağlı başka unsurlar izafe edilmesine bağlıdır. Bu ise açık bir şekilde, belli bir olaya uygulanabilecek bir ceza normuna içkin kavramlardan birinin anlamsal kapsamının, aslında kanunun düzenlemediği başkaca olaylara uygulayabilmek amacıyla genişletilmesi anlamına gelecektir ki bunun kıyas mahiyetinde olacağı açıktır<sup>31</sup>. Oysa TCK

<sup>30</sup>Aynı yönde bkz. Retornaz, s.298-300; Tarakçıoğlu, s.328, 332; Dursun Özdemir, s.62-63. Doktrinde bazı yazarlar kripto varlıkların taşıdıkları ekonomik nitelik ve sahipleri açısından arz ettikleri anlamdan yola çıkarak bunların da mal olarak kabul edileceğini veya bunların aslında kendi başlarına bir değere sahip olmadıklarını ve fakat temsil ettikleri paraların değer taşıyıcısı olduklarını iddia ederek bu tip dijital varlıklar üzerinde de hırsızlık, yağma, güveni kötüye kullanma gibi suçların işlenebileceğini iddia etmişlerse de (Durdu, s.101-102) suçta ve cezada kanunilik ilkesi çerçevesinde bu görüşün kabulü mümkün değildir ve esasen bu tip bir görüşün ileri sürülmesi kripto para kavramının yeteri kadar anlaşılmadığını göstermektedir. Zira kripto paralar, bizatihi kendilerine değer atfedilen dijital varlıklardır (bkz. Tarakçıoğlu, s.328) ve bunların ülkelerde tedavülde olan paralara çevrilebilmelerinin bir parayı temsil ettikleri anlamına gelmeyeceği açıktır. Esasen bizatihi kripto para kullanılarak alışveriş yapılabilmesi gerçeği de bunların parayı temsil etmediğini aksine para ile aynı fonksiyonu ifa ettiklerini açıkça göstermektedir. Bu açık gerçeğe rağmen olan hukuk açısından, bunlar üzerinde konusunu “mal” kavramının temsil ettiği hırsızlık, yağma, güveni kötüye kullanma gibi suçların işlenebileceğinin iddia edilmesi ciddi bir çelişki taşımaktadır. Bu görüşün temelinde ise Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun; failin, mağdurun internet bankacılığı şifresini ele geçirerek hesabındaki parayı bir başka hesaba göndermesini, bilişim suçları kapsamında değil hırsızlık olarak nitelediği 17.11.2009 tarih ve 2009/11-193 E., 2009/268 K. sayılı kararındaki değerlendirmenin yer aldığı görülmektedir. Bu karardaki çoğunluk görüşüne göre bu tip bir fiilde konu veri değil bu verinin temsil ettiği paradır. Bu nedenle fiil hırsızlık suçu kapsamında değerlendirilmelidir. Oysa bir bilişim sisteminde yapılan işlemle, gerçek hayatta bir banka hesabında bulunan bir miktar para üzerindeki zilyetliğin el değiştirilmesi ile bizatihi kendisi değer ifade eden (bkz. Dülger/Özkan, s.985) bir dijital varlığın ele geçirilmesi bambaşka şeylerdir (benzer mahiyette bkz. Tarakçıoğlu, s.330). Dolayısıyla bu karardaki bakış açısının kripto paralara uygulanarak bir sonuca varılabilmesi zaten olanaksızdır. Nitekim “dış dünyada maddi, cismani bir varlığı olmayan ama parayla ölçülebilen bir değer internet aracılığıyla transfer edilmesinin” hırsızlık suçu bağlamında değerlendirilemeyeceği yönünde bkz. Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s.837.

<sup>31</sup>Dursun Özdemir, s.63. Bu itibarla olması gereken ile olanı birbirine karıştıran ve kanun koyucunun anlaşılabilir amacından yola çıkarak amaçsal ve genişletici yorum adı altında kripto varlıkların da mal

m.2/3'ün “Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz” şeklinde hükmüyle de açıkça vurgulandığı üzere ceza normlarının uygulanmasında (fail aleyhine) kıyasa başvurulabilmesi yahut bu normların kıyasa yol açacak tarzda geniş yorumlanması olanaklı değildir<sup>32</sup>.

Bu manzara karşısında kripto varlıkların ceza hukuku anlamında “mal” olarak nitelenebilmeleri mevcut normatif yapıda olanaklı değildir; bunlar hukuken ancak birer veri olarak nitelenebilirler<sup>33</sup>. Bu durumda kaçınılmaz olarak kripto varlıklar üzerinde işlenen hukuka aykırı fiiller hakkında uygulanması mümkün ceza normlarını TCK'nın bilişim sistemlerini ve verileri konu edinen bilişim suçlarının düzenlendiği kısmında (TCK m.243-245) aramamız gerekecektir<sup>34</sup>. Dikkat edilirse bu kısımdaki suçların temel konusu bilişim sistemi ve/veya verilerdir<sup>35</sup>. Kripto paraların tedavülünün sağlandığı blok zincirin de bir veri tabanı olarak bilişim sistemi mahiyetinde olduğu ve kripto paraların veya NFT'lerin bizatihi veri olarak kabul

olarak nitelenebileceğini ileri süren görüşlere (bkz. Dülger/Özkan, s.987) itibar edilebilmesi mümkün değildir. Esasen bu tip bir değerlendirmenin yorum değil kıyas olacağı ve kanun koyucunun TCK m.2/3 hükmüyle yasaklamak istediğinin de tam olarak bu tip çıkarımlar olduğu konusunda bizce hiçbir tereddüt söz konusu değildir.

<sup>32</sup>Bkz. Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.67-68; Zafer, s.103. Mevcut normatif yapıda kripto varlıkların yorum yoluyla TCK m.141 vd. hükümleri kapsamında değerlendirilmesinin kanunilik ilkesine aykırı olacağı yönünde bkz. Tarakçıoğlu, s.332. Benzer şekilde kripto paraların “para” niteliğinde sayılamaları nedeniyle “kanunilik ilkesi gereğince kripto paranın stake edilmek suretiyle bir sisteme kilitlenmesi ve bunun karşılığında kullanıcıların gelir elde etmeleri durumunda Bankacılık Kanunu m. 150/1'deki izinsiz bankacılık faaliyetinde bulunma suçunun konu unsuru gerçekleşmediği için” izinsiz bankacılık faaliyetinde bulunma suçunun oluşamayacağı yönünde bkz. Meraklı, s.1185.

<sup>33</sup>Retornaz, s.301; Dursun Özdemir, s.66.

<sup>34</sup>Kripto paralara ilişkin işlenebilecek çeşitli fiillerin bilişim suçları kapsamında değerlendirilmesi için bkz. Retornaz, s.306 vd. Ayrıca bkz. Dursun Özdemir, s.66-67.

<sup>35</sup>Bkz. Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s.826; Berrin Akbulut, Bilişim Alanında Suçlar, 2. Bası, Ankara, Seçkin, 2017, s.188; M. Volkan Dülger, Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku, 6. Baskı, Ankara, Seçkin, 2015, s.415.

edilebileceği hususunda zaten bir tereddüt söz konusu değildir. Dolayısıyla örneğin bir blok zincir teknolojisi ile kripto varlık alım satımı yapan bir platforma hukuka aykırı olarak girilerek bazı kullanıcılara ait sanal cüzdanlardaki kripto paraların başka bir sanal cüzdana aktarılması halinde hırsızlık suçuna ilişkin TCK m.141 yerine TCK m.244/4 uygulanacak<sup>36</sup>; aynı suç tipinin uygulanması<sup>37</sup>, hukuka uygun olarak bir sanal cüzdanın kontrolü kendisine bırakılan kimsenin, bu cüzdandaki kripto varlıklar üzerinde devir amacı dışında işlem yapması halinde de söz konusu olabilecektir. Diğer taraftan, bir kimsenin ağır ve muhakkak bir tehditle sanal cüzdanındaki kripto paraları bir başka sanal cüzdana göndermeye zorlanması halinde de dolaylı faillığe ilişkin hüküm (araç failin fiilinin tipik olmaması) çerçevesinde yine TCK m.244/4'e başvurulması mümkündür.

#### **4. Kripto Varlıkların Pre-normatif Sahada Mülkiyet Hakkı Yönünden Taşdıkları Anlama Rağmen Olan Hukuk Açısından Mevcut Hukuki Niteliklerine Dair Vardığımız Sonucun Meydana Getirdiği Çelişkiler**

Yukarıda belirttiğimiz üzere pre-normatif sahada kişiler ile bu tip varlıklar arasındaki menfaat ilişkisini ihlal eden hukuka aykırı fiillerin malvarlığına karşı suçlar kapsamında değerlendirilmesi gerektiği söylenebilirse de meseleye olan hukuk penceresinden bakıldığında -bu varlıkların “mal” olarak kabul edilememeleri nedeniyle- bu mümkün olamamakta ve bunlar ancak birer veri

<sup>36</sup>Dursun Özdemir, s.67.

<sup>37</sup>Bkz. Balcı, s.245.

olarak nitelenebilmektedirler<sup>38</sup>. Bu haliyle olan hukuk açısından kripto varlıklar üzerinde icra edilen fiiller, eğer unsurlarını taşıyorsa, ancak bilişim suçları kapsamında değerlendirilebilecektir. Ancak normatif manzara ile onun beslendiği pre-normatif esaslar arasındaki bu tenakuz, esasen kaçınılmaz olarak normatif pek çok çelişkiye de sebebiyet vermektedir:

Evvla kripto varlıkları, asıl olmaları gereken suç tipleri kapsamında değil de bilişim suçları kapsamında telakki etmek, hukuksal değerlerin korunması ilkesi üzerine inşa edilen bütün bir maddi ceza hukuku sistemi açısından telifi imkansız bir çelişkiye sebebiyet vermekte ve bu da hukuksal değer kavramını fonksiyonsuz hale getirtmektedir. Gerçekten, mağdur açısından, cebindeki 100 TL'nin yağma edilmesi ihtimaline karşı bu para üzerindeki malvarlığı hakları ceza normlarıyla doğrudan korunmaktayken, milyonlarca lira değerinde kripto varlığının yağma edilmesi ihtimaline karşı bu varlıklar üzerindeki tümüyle aynı nitelikteki menfaatleri bu korumadan yararlanamamakta, bunlar açısından bilişim suçlarına ilişkin hükümler çerçevesinde ancak dolaylı bir koruma söz konusu olmaktadır. Oysa insanlar için sahip oldukları paralar, kıymetli madenler, taşınır veya taşınmaz mallar ekonomik olarak ne anlam ifade etmekteyse kripto varlıklar da aynı anlamı ifade etmektedir ve bunlardan ilki üzerinde sahip oldukları menfaatleri ihlal eden fiiller malvarlığına karşı suçlar kapsamında telakki ediliyorken ikinciler üzerinde işlenen benzeri fiillerin, sırf kripto varlıkların mal olarak kabul edilmemeleri nedeniyle bilişim suçları kapsamında

---

<sup>38</sup>Retornaz, s.301.

değerlendirilmesi ciddi bir sistem çelişkisi niteliği arz etmektedir<sup>39</sup>.

Bu durum, aslında mağdur nazarından bakıldığında adalet algısı açısından da ciddi bir sorun yaratmaktadır. Zira bilişim suçlarına ilişkin kanunda öngörülen cezalar ile malvarlığına karşı işlenen suçlara ilişkin cezalar arasında muazzam bir ağırlık farkı vardır<sup>40</sup>. Nitekim mağdurun cebindeki 100 TL'nin yağma etmesi ya da çalması karşısında faile uygulanacak yaptırım, milyonlarca dolar kripto varlığı yağma etmesi ya da çalması karşısında uygulanacak yaptırımla kıyaslanmayacak derecede ağırdır. Pek tabii bu manzaranın, ceza yaptırımının ağırlığının, haksızlığın ve kusurun ağırlığıyla orantılı olması ilkesi<sup>41</sup> ile uyumlu olmadığı son derece açıktır<sup>42</sup>.

Dikkat edilirse hareketin konusu kripto varlıklar olunca, aslında hırsızlık, yağma veya güveni kötüye kullanma suç tipleri kapsamında telakki edilmesi gereken pek çok fiil neredeyse tamamen TCK m.244/4 kapsamında telakki edilmek durumunda kalacaktır. Bu halde fail hakkında ceza yaptırımı belirlenirken ve bireyselleştirilirken haksızlığın yoğunluğunun gerçek anlamda nazara alınabilmesi ise neredeyse imkansızdır. Bu durumda bireyselleştirme sadece göreceli bir nitelik arz etmek durumunda kalacak ve fakat farklı mahiyetteki fiillerin haksızlık yoğunlukları arasında gerçek anlamda bir ayırım yapılamamış olacaktır.

Diğer taraftan her ne kadar kripto varlıklar malvarlığına

<sup>39</sup>Bu hususa dikkat çeken bkz. Dülger/Özkan, s.986; Tarakçıoğlu, s.331.

<sup>40</sup>Hırsızlık suçu açısından bu duruma dikkat çeken bkz. Dursun Özdemir, s.67.

<sup>41</sup>Zafer, s.49-50;

<sup>42</sup>Aynı yönde bkz. Tarakçıoğlu, s.331.

karşı suçlara ilişkin kanuni tariflerde yer verilen “mal” kavramı kapsamında değerlendirilemese de yine TCK’nın malvarlığına karşı suçlar kısmında yer alan diğer bazı suç tiplerinde “mal” değil de “yarar” kavramına yer verilmesi çerçevesinde farklı bir sonuca varılabilmektedir. Örneğin dolandırıcılık suçunun oluşabilmesi için kanun, failin “hileli davranışlarla bir kimseyi aldatıp, onun veya başkasının zararına olarak, kendisine veya başkasına bir yarar sağlamasını” aramıştır ki şüphesiz buradaki “yarar”, bir kripto varlığın haksız olarak edinilmesine ilişkin fiilleri de kapsamına alabilecek mahiyettedir<sup>43</sup>. Nitekim “mal” kavramından farklı olarak “yarar” kavramına ilişkin ceza hukuku doktrin ve uygulamasındaki yerleşik tanımlamalar, kripto varlıkları dışlayacak mahiyette değildir. Fakat bu durum olan hukuk açısından oldukça ilginç bir çelişkiyi de karşımıza çıkarmaktadır: Eğer fail mağdura tehdit uygulayarak bir kripto varlığı kendisine devretmesini sağlamışsa bu fiili açısından bilişim suçları kapsamında bir değerlendirme yapılması gerekecekken, aynı fail, aynı devri hileli hareketlerle mağduru kandırarak sağlamış ise pekâlâ dolandırıcılık suçundan söz edilebilecektir<sup>44</sup>.

Bunların yanında failin bir eşyayı mağdurdan çalması veya yağma etmesi yahut mağdurun güvenini kötüye kullanarak mal edinmesi halinde TCK m.168 kapsamında kendisine etkin pişmanlıktan yararlanma imkânı ve aslında bu yolla mağdura da eşyasına yeniden kavuşma ya da uğradığı zararı kısa yoldan

<sup>43</sup>Nitekim bu yönde bkz. Retornaz, s.302; Balcı/Çakır, s.1684-1685; Tarakçıoğlu, s.336; Dursun Özdemir, s.64.

<sup>44</sup>Bkz. Balcı/Çakır, s.1684 vd.

tazmin etme olanağı veren mevcut normatif sistem, eğer çalınan, yağma edinilen veya mal edinilen şey bir kripto varlık ise bu imkanı vermemektedir. Zira TCK m.244’de tanımlanan suçlar açısından kanun bir etkin pişmanlık düzenlemesine yer vermemiştir ki bunun da ciddi bir çelişki mahiyeti arz ettiği açıktır.

### **5. Soruna Olması Gereken Hukuk (de lege ferenda) Açısından Çözüm Getirilmesi Zorunluluğu**

Olan hukuk açısından yukarıda çizdiğimiz manzara, aslında kripto varlıkları konu edinen ve bunlar üzerinde mağdurun malvarlığı haklarını ihlal eden pek çok fiilin, malvarlığına karşı suçlar kapsamında değil çoğunlukla sadece bilişim suçları kapsamında değerlendirilebileceğini ve fakat bunun son derece çelişkili ve adil olmayan sonuçlara yol açtığını ortaya koymaktadır. Bu noktada temel inceleme konumuz yani kripto varlıklar üzerindeki malvarlığı haklarının ceza normlarıyla korunması sorununun çözümü açısından olması gereken hukuk (de lege ferenda) sahasında bir değerlendirme yapmamız kaçınılmazdır.

Bu noktada olması gereken hukuk açısından ulaşılabilecek görece en basit çözüm; kripto varlıklara ilişkin müstakbel kanuni düzenlemelerde, bu varlıklar üzerinde işlenecek fiiller açısından da TCK’nın malvarlığına karşı suçlar kısmında yer alan suç tiplerinin uygulanacağını öngörülmesidir. Buna göre yapılacak kanuni düzenlemelerde ya bunların da TCK anlamında birer “mal” olduğu dile getirilecek ya da bunlar “mal” olarak tanımlanmasa bile yine de TCK’nın malvarlığına karşı suçlar kısmında yer alan suç tipleri

kapsamında telakki edilecekleri özel bir hükümle öngörülecektir<sup>45</sup>. Bu tip bir çözüm ile kripto varlıklar üzerinde malvarlığı haklarını ihlal eden kimi fiillerin de duruma göre hırsızlık, yağma, güveni kötüye kullanma vb. suç tipleri kapsamında telakki edilebilmeleri mümkün hale gelecektir. Nitekim her ne kadar kripto varlıklar aynı zamanda birer veri niteliği de arz etseler de TCK m.244/4'de tanımlanan suçun ancak fiilin bir başka suçu oluşturmaması halinde uygulanabileceği hükme bağlandığından, bu varlıklar üzerinde malvarlığına karşı suçların işlenebileceğinin asli nitelikte bir ceza normuyla öngörülmesi halinde artık tali norm niteliğindeki<sup>46</sup> TCK m.244/4'e başvurulmayacaktır.

Ancak bu şekilde bir çözümün de kendine has normatif sorunlara yol açması kuvvetle muhtemeldir. Nitekim yukarıda da ifade ettiğimiz üzere kripto varlıklar üzerinde mülkiyet dahil malvarlığın haklarının söz konusu olduğunun kabul edilmesi gerektiği bizce açıktır ancak nihayetinde bunlar birer dijital varlıktır ve alınıp satılmaları da pek çok teknik detayı havi özel bir sistem üzerinden söz konusu olmaktadır. Bunların; ne zaman bir kimsenin mülkiyetinde veya zilyetliğinde olacağı ne zaman ve ne şekilde devredilmiş sayılacakları gibi pek çok temel mesele halen dahi hukuken açıklanmaya muhtaç görünmektedir ki bu noktada getirilecek birbirinden farklı açıklamaların da maddi ceza hukuku

<sup>45</sup>Retornaz, s.301; Tarakçıoğlu, s.332. Medeni hukuk anlamında "eşya" olarak nitelenmemelerine paralel olarak bunlar üzerinde aynı hak tesis edilemeyeceği ancak bu durumun piyasa gerçekleriyle uyumlu olmadığı ve bu nedenle kanun koyucunun kripto paraların da eşya niteliğinde sayılmasına dair açık bir düzenleme yapması ve bu kapsamda nasıl ki doğal güçlerin de taşınır mülkiyetine konu edilmesine TMK m.762'deki özel düzenleme ile imkan tanınmış ise aynısının kripto paralar içinde yapılması gerektiği yönünde bkz. Özdemir, s.302-303.

<sup>46</sup>Bkz. Akbulut, s.263; Dülger, s.453-454.



açısından çok önemli sonuçları olacağı kuşkusuzdur. İşte bu sonuçlar, bu varlıklar açısından sadece malvarlığına karşı suçlara ilişkin hükümlerin uygulanmasını öngörmekle sınırlı bir düzenlemenin de başka bazı çelişkilere sebebiyet vermesine yol açabilecektir. Nitekim örneğin hırsızlık suç tipine ilişkin kanuni tanımında yer alan “zilyedin rızası olmaksızın bulunduğu yerden alma” ifadesine ceza hukuku açısından verilen anlam, kripto varlıklar söz konusu olduğunda nasıl bir boyut kazanacaktır? Hırsızlık suçunda malın değerinin azlığına ilişkin hüküm kripto varlıklar nazara alındığında nasıl bir uygulama sahasına sahip olacaktır? Etkin pişmanlığa ilişkin hükümde geçen zararın giderilmesi şartı kripto varlıklar nazara alındığında nasıl anlaşılacaktır? Bu sorulara, detaya inildikçe yenilerinin ekleneceği gerçeği, ilk bakışta dahi kolayca görülebilmektedir.

Bu nedenle meselenin çözümü açısından ikinci bir olasılık gündeme gelmektedir. Bu olasılıkta, kripto varlıklar üzerinde işlenecek malvarlığının ihlali niteliğindeki fiillerin yine malvarlığı haklarının korunması perspektifinde ihdas edilecek bağımız ceza normlarının konusu olmasından söz edilmektedir. Buna göre kanun koyucu, kripto varlıklara ilişkin ihdas edilecek kanuni düzenlemelerde, bu varlıklar üzerindeki malvarlığı haklarının ihlali niteliğindeki fiilleri, bu varlıkların özelliklerine göre biçimlendirmiş bağımsız suç tipleri olarak düzenlemelidir<sup>47</sup>. Bu durumda yukarıda belirttiğimiz ortaya çıkması muhtemel uygulama tereddütleri ve yorum farklılıklarının da önüne geçilmiş olacaktır. Bizce de olması gereken hukuk açısından kabule değer çözüm budur. Buna göre kripto varlıklar

<sup>47</sup>Tarakçioğlu, s.332; Dursun Özdemir, s.71.

üzerindeki haklar, bunların nitelikleri ve tedavüllerindeki özellikler nazara alınarak ihdas edilecek hukuki düzenlemeler çerçevesinde korunmalıdır. Buna paralel olarak bu varlıklar üzerindeki malvarlığı haklarını koruyacak olan ceza normları da bu varlıkların ve korunan hakların özelliklerine göre formüle edilmelidir.

## **Sonuç**

Yukarıda belirttiğimiz çerçeve içinde sonuç olarak kanaatimizce kripto varlıklar üzerinde, bunların sahibi olan kimselerin, kullanma, semelerinden yararlanma ve tasarrufta bulunma imkanlarının da mülkiyet ve daha genel anlamda malvarlığı perspektifinde korunması ve haliyle bu hakları ihlal eden fiillerin de maddi ceza hukuku açısından malvarlığına karşı suçlar çerçevesinde ele alınması gerekmekte ise de olan hukuk açısından meseleye bakıldığında bu varlıkların “mal” olarak kabul edilememeleri nedeniyle bunların hırsızlık, yağma ya da güveni kötüye kullanma suçlarının konusu olduğundan söz edebilmemiz mümkün gözükmemektedir ve bu durum maddi ceza hukuku açısından pek çok çelişkiye ve adaletsiz sonuçlara yol açmaktadır. Bu sorunun çözümü açısından kripto varlıklara ilişkin çıkarılacak kanuni düzenlemede bu varlıklar üzerinde işlenecek fiiller açısından da TCK'nın malvarlığına karşı suçlar kısmında yer alan suç tiplerinin uygulanacağıının öngörülmesi mümkün ise de bunun da bu varlıkların nitelikleri gereği çeşitli uygulama sorunlarına yol açması kuvvetle muhtemeldir. Bu açıdan bize göre kanun koyucunun kripto varlıkları bir hukuki düzenleme konusu yaparken ceza

hukuku açısından ayrıca bir değerlendirme yapması ve bu varlıklar üzerinde işlenen ve varlık sahibinin malvarlıksal menfaatlerini ihlal eden fiilleri TCK'nın malvarlığına karşı suçlara dair ceza normlarıyla paralel şekilde ve fakat bu varlıkların niteliklerine uygun şekilde bağımsız ceza normları kapsamında suç olarak düzenlemesi isabetli olacaktır.

### **Kaynakça**

Akbulut, Berrin, Bilişim Alanında Suçlar, 2. Bası, Ankara, Seçkin, 2017.

Akçaal, Mehmet, "NFT (Değiştirilemeyen Jeton) Sanat Eserlerinin Miras Yoluyla Geçmesi", TBBD, 2022(159), ss.363-396, 2022.

Aksoy Retornaz, E. Eylem, "Ceza Hukuku Perspektifinden Blokzincir", Gelişen Teknolojiler ve Hukuk-I: Blokzincir, ss.291-320, Ed. E. Eylem Aksoy Retornaz ve Osman Gazi Güçlütürk, İstanbul, Oniki Levha, 2020.

Balcı, Murat / Çakır, Kerim, "Kripto Para Dolandırıcılığı", Terazi Hukuk Dergisi, 16 (151), ss.1684-1688, 2021.

Balcı, Umut, "Kripto Paraların Ceza Hukuku Boyutu ve Türk Mevzuatındaki Muhtemel Düzenlenme Yeri", TBBD, 2021(155), ss.203-259, 2021.

Balıkçı, Eylül, "Dava ve Takip Konusu Olabilmesi Bakımından Kripto Paralar", ERÜHFD, 16(2), ss.273-312, 2021.

Bilgili, M. Fatih / Cengil, Fatih, "İcra ve İflas Hukuku Yönüyle Kripto

- Parala İlişkin Bazı Meseleler”, KHASHFD, 7(1), s.99-109, 2019.
- Bilgili, M. Fatih/Cengil, Fatih, “Bitcoin Özelinde Kripto Paraların Eşya Niteliği Sorunu”, <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3432713](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3432713)>, (Çevrimiçi), 17.4.2022.
- Bozkurt Yüksel, Armağan Ebru, “Elektronik Para, Sanal Para, Bitcoin ve Linden Doları’na Hukuki Bir Bakış”, İstanbul Hukuk Mecmuası, 73(2), ss.173-220, 2015.
- Büyüközkan Feyzioğlu, Gülçin, “Teknolojide Yeni Çağın Başlangıcı: Blokzincir”, Gelişen Teknolojiler ve Hukuk-I: Blokzincir, ss.1-21, Ed. E. Eylem Aksoy Retornaz ve Osman Gazi Güçlütürk, İstanbul, Oniki Levha, 2020.
- Çetinkaya, Şahin, “Kripto Paraların Gelişimi ve Para Piyasalarındaki Yerinin Swot Analizi ile İncelenmesi”, Uluslararası Ekonomi ve Siyaset Bilimleri Akademik Araştırmalar Dergisi, 2(5), ss.11-21, 2018.
- Dönmezer, Sulhi, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 16. Bası, İstanbul, Beta, 2001.
- Durdu, Erdal, Kripto Para Birimi Olarak Bitcoin ve Ceza Hukuku, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2018.
- Dursun Özdemir, Gizem, “Ceza Hukuku Perspektifinden Kripto Varlıklara İlişkin Bir Değerlendirme”, Ceza Hukuku Dergisi, 17(48), ss..39-75, Nisan 2022.

Dülger, M. Volkan, Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku, 6. Baskı, Ankara, Seçkin, 2015.

Dülger, M. Volkan / Özkan, Onur, “Kripto Para Suçları: Kripto Para Birimlerinin Hukuki Boyutu ve Türk Ceza Kanunu Bakımından Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. M. Emin Artuk’a Armağan, ss.963-994, Ed. Mahmut Koca, Ankara, Seçkin, 2020.

Gökpınar, Seher, “Blok Zinciri Teknolojisinin Geleceği: Kripto Para Birimleri ve Ötesi”, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 28, ss.211-231, 2021.

Gökçen, Ahmet / Erdin, Selim / Şenerdoğan, Büşra; “Hırsızlık Suçu (m.141)”, Malvarlığına Karşı Suçlar (m.141-169), Ankara, Adalet, 2018.

Hafizoğulları, Zeki / Özen, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Ankara, US-A, 2015.

Hafizoğulları, Zeki / Özen, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar, 5. Bası, Ankara, US-A, 2016.

Kapancı, Berk, “Özel Hukuk Penceresinden Blokzincir: ‘Sanal Para’ Değerleri ve ‘Akıllı Sözleşmeler’ Üzerine Değerlendirmeler”, Gelişen Teknolojiler ve Hukuk-I: Blokzincir, ss.113-154, Ed. E. Eylem Aksoy Retornaz ve Osman Gazi Güçlütürk, İstanbul, Oniki Levha, 2020,

Koca, Mahmut / Üzülmöz, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara, Seçkin, 2021.

Koca, Mahmut / Üzülmez, İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 3. Baskı, Ankara, Adalet, 2016.

Meraklı, Serkan, “Merkeziyetsiz Finans (Defi) Faaliyetlerinin İzinsiz Bankacılık Faaliyetinde Bulunma Suçu Bakımından Değerlendirilmesi”, MÜHF-HAD, 27(2), ss.1156-1190, 2021.

Oğuzman, M. Kemal / Seliçi, Özer / Oktay Özdemir, Saibe, Eşya Hukuku, 17. Bası, İstanbul, Filiz, 2014.

Önder, Ayhan, Şahıslara ve Mallara Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, İstanbul, Filiz, 1994.

Özbek, Veli Özer/ Doğan, Koray/ Bacaksız, Pınar, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 16. Baskı, Ankara, Seçkin, 2021.

Özdemir, Gencer, “Kripto Paraların Eşya Niteliği”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 11 (1), ss. 289-306, 2021.

Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, Seçkin, 2016.

Sarıtaş, Erkan, “Toplumsal Norm ve Ceza Yaptırımının Doğası Üzerine”, İÜHFM, Prof. Dr. Füsun Sokullu Akıncıya Armağan, 71(1), C.2, ss.1051-1108, 2013.

Sirmen, A. Lale, Eşya Hukuku, 5. Baskı, Ankara, Yetkin, 2017.

Soyaslan, Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Ankara, Yetkin, 2016.

Şağban, Eyüp Ensar, «NFT’ler Özelinde Siber Sigortaya Bir Bakış»,

Bilişim Hukuku Dergisi, S. 3 ss.430-493, 2021.

Şahin, Göktuğ / Bulut, Erol, “Paranın Evrim Sürecinde Kriptoparaların Geleceği”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, 23(2), ss.485-508, 2021.

Şenkardeş, Çağla Gül, “Blokzincir Teknolojisi ve NFT’ler: Müzik Endüstrisi Üzerine Bir İnceleme”, Journal of Management Marketing and Logistics, 8(3), ss. 154-163, 2021.

Tarakçıoğlu, Zeynep Esra, “Kripto Varlıklar ve Ceza Hukuku Sorumluluğu”, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 11(2), ss.295-352, 2021.

Tezcan, Durmuş / Erdem, M. Ruhan / Önok, R. Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 19. Bası, Ankara, Seçkin, 2021.

Toroslu, Nevzat / Toroslu, Haluk, Ceza Hukuku Genel Kısım, 21. Baskı, Ankara, Savaş, 2015.

Turanboy, Asuman, “Kripto Paraların Ortaya Çıkmaları ve Nitelikleri”, BATİDER, 35(3), ss.47-62, 2019.

Ulucan Öztürk, Fatma / Baş, Ece, “Dijital Çağın Teknolojisi Blokzincir ve Kripto Paralar: Ulusal Mevzuat ve Uluslararası Standartlar Çerçevesinde Mali Yönden Değerlendirme”, Muhasebe ve Denetime Bakış, 2020 (60), ss.57-74, 2020.

Ünver, Yener, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Ankara, Seçkin, 2003.

Üzümcü, Rabia / Yıldırım, Yasin; “Kripto Paraların Hukuki Statüleri ve Sözleşmeler İçerisindeki Yerleri”, Süleyman Demirel Üniversitesi Vizyoner Dergisi, 13(33), ss.271-291, 2022.

Yelmen, Adem, “Bitcoinin Satış Sözleşmesinin Bedel Unsuru Açısından Değerlendirilmesi”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 28(1), ss.265-294, 2020.

Yıldız, Ali Kemal “Hırsızlık”, Özel Ceza Hukuku, C. IV, Ed. Köksal Bayraktar, ss.5-74, İstanbul, Oniki Levha, 2018.

Yılmaz, Asuman, Kripto Para Birimi Bitcoin ve Bitcoin’in Türk Sermaye Piyasası Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, İstanbul, Oniki Levha, 2021.

Yılmaz, Yaşar, “Blokzincir Teknolojisi ve Kripto Paraların Finansal Piyasalar Üzerine Muhtemel Etkileri”, Turkish Business Journal, 2022 – 2(4), ss.1-26, 2022.

Zafer, Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul, Beta, 2019.



## **AVUKATIN AHZ-U KABZ YETKİSİNİ KÖTÜYE KULLANMASININ ZİMMET VE GÜVENİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇLARI BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ: 17.06.2021 TARİHLİ YARGITAY CEZA GENEL KURULU KARARININ TAHLİLİ**

Dr. Öğr. Üyesi Duygu MERKİ ÇOKSEZEN<sup>48</sup>

Mülkiyet hakkının hukuken korunması, malvarlığını oluşturan değer ve menfaatlerin hukuk eliyle korunması anlamına gelir. Malvarlığı değerlerinin cezai koruması ise Türk Ceza Kanunu (TCK)'nda Malvarlığına Karşı Suçlar, Kamu Güvenine Karşı Suçlar, Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar ve Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar bölümlerinde ve özel kanunlardaki hükümlerle sağlanmaktadır. Malvarlığı, salt ekonomik bir kavram olmanın ötesinde hukuki bir ilişkiye dayanan haklar ve borçlar bütünüdür. Ve bu özelliği ile de malvarlığını oluşturan münferit hakları tehlikeye sokan veya zarara uğratan tüm fiiller ceza hukuku yaptırımları ile karşılanır<sup>49</sup>.

Malvarlığını oluşturan değer ve menfaatlere karşı işlenen suçlar bakımından önem arz eden hususlardan biri, failin kamu görevlisi olmasıdır. Kamu görevlilerinin gerek anayasadan gerekse yasalardan kaynaklanan görev ve sorumluluklarının olması, bir suç politikası olarak kamu görevlilerinin diğer suç faillerinden farklı ve hatta daha ağır cezalandırılmalarını sonuçlamaktadır<sup>50</sup>. Konumuzun

<sup>48</sup>Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Bölümü Ceza Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

<sup>49</sup>Hafizoğulları, Zeki / Özen, Muharrem: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, Ankara 2016, s. 299 - 304.

<sup>50</sup>Gökcan, Hasan Tahsin: "Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Kamu Görevlisi Kavramı", CHKD, C. 3, S.

temelini oluşturması sebebiyle Güveni Kötüye Kullanma ve Zimmet suçları ele alındığından görölmektedir ki, TCK madde 155'te düzenlenmiş olan Güveni Kötüye Kullanma suçunda "... zilyetliği kendisine devredilmiş olan mal üzerinde, kendisinin veya başkasının yararına olarak, zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunan veya bu devir olgusunu inkar eden kişi" denilerek herhangi bir kişi cezalandırılırken; failin kamu görevlisi olması ve görevi nedeniyle zilyetliği kendisine devredilmiş olan mal hakkında bu fiilleri işleme halinde TCK madde 247'de düzenlenmiş olan Zimmet suçu oluşmakta ve kamu görevlisi daha ağır cezalandırılmaktadır. Çünkü kamu görevlisi kamu adına yürüttüğü hizmette, kamuya ait gücü ve yetkileri kullanmaktadır. Bunların kötüye kullanılması ve böylelikle idarenin işleyişine ve bireylerin idareye duyduğu güvene hanel getirilmesini engellemek üzere<sup>51</sup> kanun koyucu daha ağır şekilde cezalandırmayı tercih etmektedir.

Güveni kötüye kullanma suçunda malın zilyetliği, muhafaza etmesi veya belirli bir şekilde kullanması için devredilmektedir. Dolayısıyla failin şahsına duyulan bir güven söz konusudur. Zimmet suçunda ise malın zilyetliği kamu görevlisine görevi nedeniyle devredilmekte ya da kamu görevlisinin koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunduğu için devredilmektedir.

Anlaşılaçağı üzere Güveni Kötüye Kullanma ve Zimmet suçları bakımından failin kamu görevlisi olup olmaması ve zilyetliğin görevi nedeniyle devredilip devredilmediği ayırt edici unsurlardır. Ancak

2, Y. 2015, s. 147 – 160, s. 148.

<sup>51</sup>Özbek, Veli Özer / Doğan, Koray / Bacaksız, Pınar: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2021, s. 1040.

bunun tespitinin her zaman kolay olmadığı yargı kararlarından anlaşılmaktadır. Yargıtay'ın bu konuyla ilgili olarak çelişik kararlar verdiği bir durum serbest avukatlara ilişkindir. Avukatın tahsil ettiği müvekkiline ait parayı mal edinmesi veya kendi uhdesinde tutması halinde Yargıtay'ın Zimmet suçunun oluştuğundan bahisle verdiği kararlar<sup>52</sup> olduğu gibi, bu hallerde hizmet nedeniyle Güveni Kötüye Kullanma suçunun oluştuğunu kabul ettiği kararlara<sup>53</sup> da rastlanmaktadır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu (YCGK) ise dairelerin farklı kararlar verdikleri bu tartışmaya ilişkin olarak 17.06.2021 tarihli kararıyla<sup>54</sup> şimdilik bir son nokta koymuş görünmektedir.

Bu çalışmada, YCGK'nun kararına konu olay ve kararda avukatın kamu görevlisi olup olmadığı ve ahz-u kabz yetkisinin, avukatın görevinden mi yoksa vekalet yetkisinden mi kaynaklandığına ilişkin tartışmalar Güveni Kötüye Kullanma ve Zimmet suçları kapsamında değerlendirilmiştir.

<sup>52</sup>"Antalya Barosuna bağlı olarak avukatlık yapan sanığın müşteki F. Ç...'ın vekilliğini üstlenerek H. Ü...'den olan alacağını tahsil amacıyla Antalya 4. İcra Müdürlüğü'nün 2008/20227 sayılı dosyası üzerinden icra takibi başlattığı, takip devam ederken alacağı haricen tahsil ettiği, bu durumu müştekiye bildirmedeği gibi bilgisi ve talimatı olmadan 02/01/2009 tarihinde alacaktan feragat edip çek aslını geri aldığı, tahsil ettiği 7.454,42 TL parayı müştekiye ödemeyerek mal edindiği şeklinde gerçekleştiği kabul edilen olayda eylemin zimmet suçunu oluşturduğu gözetilmeden dosya kapsamı ve oluşturma uygun düşmeyen yanlış hukuki değerlendirmeler ile yazılı şekilde güveni kötüye kullanma suçundan mahkumiyet hükmü kurulması,..." 5.CD, E. 2012/12948, K. 2014/377, T. 14.01.2014 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>).

<sup>53</sup>"Kayseri Barosu avukatlarından olan sanığın Yahyalı Noterliği'nce düzenlenen 18/04/2007 gün ve 1101 yevmiye sayılı vekâletname ile katılanın vekilliğini üstlendiği, katılanın alacaklı, Y. T..'nın borçlu olduğu, 27/06/2007 tanzim, 10/07/2007 vade tarihli, 15.000 TL meblağlı senede karşılık, alacaklı katılan vekili sıfatıyla 09/07/2007 tarihinde 3.300 TL, 16/07/2007 tarihinde 6.500 TL, 13/08/2007 tarihinde 5.000TL'yi borçlu Y. T..'ndan haricen tahsil etmesine rağmen katılına vermeyerek uhdesinde tutması şeklinde gerçekleşen somut olayda; sanığın eyleminin hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde görevi ihmal suçundan hüküm kurulması, ..." 15.CD, E. 2012/7282, K. 2014/925, T. 22.01.2014 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>).

<sup>54</sup>YCGK, E. 2021/43, K. 2021/287, T. 17.06.2021.

## **KARARA KONU UYUŞMAZLIK**

YCGK'nun 17.06.2021 tarihli kararında değerlendirdiği olayda "...uyuşmazlık, sanık avukat ...'ın alacaklı vekili sıfatıyla açılan kamulaştırma bedelinin artırılması davasında müvekkili adına hükmedilen ve tahsil edilen toplam 792.284,76 TL tutarındaki parayı müştekiye teslim etmeyerek uhdesinde tutmak şeklindeki eyleminin, TCK'nın 247/1. maddesinde yazılı zimmet suçunu ya da TCK'nın 155/2. maddesinde yazılı güveni kötüye kullanma suçunu oluşturup oluşturmadığına ilişkindir”.

## **AVUKATIN KAMU GÖREVLİSİ OLUP OLMADIĞININ DEĞERLENDİRİLMESİ**

Zimmet ve Güveni Kötü Kullanma suçları bakımından ayırt edici unsur failin kamu görevlisi olması olduğundan, bu olay kapsamında YCGK tarafından değerlendirilen ilk husus, avukatın kamu görevlisi olup olmadığıdır.

5237 sayılı TCK'nın 'Tanımlar' başlıklı 6. Maddesinin 1-c bendinde, ceza kanunlarının uygulanmasında kamu görevlisi deyiminden neyin anlaşılması gerektiği tanımlanmıştır. Buna göre, "Kamu görevlisi deyiminden; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi, anlaşılır". Kamusal faaliyetten bahsedebilmek için, kamu adına yürütülen bir hizmetin olması, bu hizmetin yürütülebilmesi için Anayasa ve yasalarda belirlenmiş olan usullere uygun siyasi kararın veya iradenin bulunması ve bu hizmetin

yürütülmesinde kamusal bir gücün veya otoritenin kullanılması gerekir<sup>55</sup>. Avukatın kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla katılmadığı açıktır ve fakat kamusal faaliyetin yürütülmesine herhangi bir surette katıldığından bahsedilmek için ise, faaliyete katılmanın kanuna ve genel idare esaslarına uygun olması gerekir<sup>56</sup>.

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 1. maddesine göre; "Avukatlık, kamu hizmeti ve serbest bir meslektir. Avukat, yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil eder.". Bu hükümlerle beraber aynı kanunun 2. maddesinde yer alan 'Avukatlığın amacı' ve 35. maddesindeki 'Yalnız avukatların yapabileceği işler'e ilişkin maddesi ve kanunun bütünü değerlendirildiğinde, yargının kurucu bir unsuru olarak görev yapan avukatların bu kapsamdaki faaliyetlerinin kamu hizmeti olduğu ve bu hizmetleri yönüyle avukatların kamu görevlisi oldukları açıktır<sup>57</sup>.

<sup>56</sup>Gökcan, s. 150; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 1034; Yokuş Sevük, Handan: Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler, Ankara 2020, s. 765.

<sup>57</sup>Gökcan, s. 151. "Yapılan yeni tanıma göre, kişinin kamu görevlisi sayılması için aranacak yegâne ölçüt, gördüğü işin bir kamusal faaliyet olmasıdır. Kamusal faaliyet de, anılan madde gerekçesinde; «Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş olan bir siyasal kararla, bir hizmetin kamu adına yürütülmesidir» şeklinde tanımlanmıştır. Ayrıca; kamuya ait yetki ve gücü kullanacak organların, bu kamusal faaliyetlerine «genel idare esaslarına» göre katılan ve yardım edenlerin de «kamu görevi» yaptıklarının kabulünde zorunluluk vardır. Bu nedenle; 5237 sayılı Türk Ceza Yasasının 6. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendindeki "kamu görevlisi" tanımında yer alan "katılan kişi" ibaresi ile, madde gerekçesinde yer alan "kamusal faaliyet" açılımından hareketle, bir kimsenin Ceza Yasası uygulamasında «kamu görevlisi», yapılan faaliyetin de «kamusal faaliyet» sayılabilmesi için, kamu adına yürütülen bir hizmetin bulunması, bunun da Anayasa ve yasalarda belirlenmiş usullere göre verilmiş bir siyasal karara dayalı olması ve ayrıca faaliyetin kamuya ait güç ve yetkilerin kullanılması suretiyle gerçekleştirilmesi gerekmektedir." YCGK, E. 2010/9-258, K. 2011/46, T. 12.04.2011 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>).

<sup>58</sup>"...1136 sayılı Avukatlık Kanununun 1. maddesindeki avukatlığın kamu hizmeti ve yargının kurucu unsurlarından olduğuna ilişkin belirleme, 2. maddesinde yazılı amacı, 76/1 ve 109/1-2. maddelerindeki baroların ve Türkiye Barolar Birliğinin kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları olduğuna ilişkin hükümler ile 5237 sayılı TCK'nın 6/1-c maddesindeki tanım ve gerekçesi birlikte değerlendirildiğinde; avukatların 1136 sayılı Kanunun 35/1 ve 35/A maddelerinde yazılı ve münhasıran avukatlar tarafından yapılabilecek iş ve işlemler ile uzlaştırma işlemi ve barolar ile Türkiye Barolar Birliğinin organlarında ifa

5237 sayılı TCK'nın 'Tanımlar' başlıklı 6. Maddesinin 1-d bendinde ise "yargı görevi yapan deyiminden; yüksek mahkemeler ve adli ve idari mahkemeler üye ve hakimleri ile Cumhuriyet savcısı ve avukatlar"ın anlaşılması gerektiği belirtilmiştir. YCGK kararında, Avukatlık Kanunu'nun "Yalnız avukatların yapabileceği işler" başlıklı 35. Maddesinde, önemli bir bölümü yargısal nitelikte olan ve münhasıran avukatlara tanınmış görev ve yetkilerin bulunduğu belirtilmekle birlikte, avukatların yargısal faaliyete katılım niteliğinde olmayan görevler de ifa ettiklerine dikkat çekilmiş ve müvekkil adına sözleşme hazırlanması ve banka işlemlerinin yürütülmesi örnekleri verilmiştir. Gerçekten de avukatların mahkeme, hakem veya yargı yetkisini haiz bulunan organlar huzurunda kişilere ait hakları dava etmek, savunmak ve adli işlemleri takip etmek şeklindeki yetkilerinin yargısal bir işlevi olduğundan ve bu görevleri sırasında yargı görevi yapan kamu görevlisi sayılacakları tartışmasızdır. Fakat bu noktada avukatın müvekkili ile vekalet ilişkisi gereği yerine getirdiği ve yargı görevi olmayan işlemlerin bunlardan ayırt edilmesi son derece önemlidir.

## **AHZ-U KABZ YETKİSİNİ KULLANMANIN HUKUKİ NİTELİĞİ**

Avukat ile müvekkil arasındaki ilişki bir vekalet sözleşmesine dayanır ve avukat vekalet ilişkisi kapsamında görevini yerine getirir. TCK'nın kamu görevlisi tanımı kapsamında, kamusal faaliyetin yürütülmesine kamu hukukuna uygun şekilde katılmanın olması gerektiğinden yukarıda bahsetmiştik. Fakat avukatın müvekkili

---

ettikleri görevleri yönünden kamu görevlisi olduklarında kuşku bulunmadığı,..." 5.CD, E. 2013/8909, K. 2015/12058, T. 02.06.2015 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>).

ile yaptığı vekalet sözleşmesine dayalı olarak görev yaptığı hallerde, kamusal faaliyetin yürütülmesine kamu hukuku kuralları çerçevesinde değil, özel hukuk ilişkisi sebebiyle katılmaktadır. YCGK da kararında bu hususa dikkat çekmekte ve vekalet sözleşmesi kapsamında görev yapan avukatların kamu görevlisi kabul edilmesinin mümkün olmadığını belirtmektedir. Nitekim kararda da “icra takibinde bulunma görevini avukatın kanundan almakla birlikte, bu yetkiyi kullanma sırasında, müvekkilinin parasını tahsil etmesinin doğrudan avukatlık görevinden doğmayıp suç tarihinde yürürlükte olan HUMK’un 63. maddesindeki düzenleme uyarınca “ahzu kabz” yetkisine dayanarak gerçekleştirdiği, vekâletnamede ahzu kabz yetkisinin bulunmaması hâlinde sanığın parayı tahsil edemeyeceği” hususu göz önünde bulundurularak, avukat paraya kanundan kaynaklanan bir görevinin sonucu olarak zilyet olmamıştır. Zilyetlik, vekaletnamedeki ahz-u kabz yetkisi sebebiyle avukata devredilmiştir. Bu sebeple avukat kamu gücünü veya otoritesini kullanarak bir suç işlememiş ve fakat müvekkili ile arasındaki vekalet ilişkisini ihlal etmiştir.

Kararda, avukatlık faaliyetinin tek başına ve her durumda kamusal bir faaliyet olmadığı ve bir avukatın müvekkiline ait maddi bir değeri kendi malvarlığına aktarmasının kamu idaresinin güvenilirliği ve işleyişi ile bağlantılı bir zarar ortaya koymayacağı aktarılmaktadır. Ve kararda şu gerekçeye dayanılmaktadır: “İdare teşkilatı içerisinde yer almayan avukatın müvekkiline ait maddi değeri kendi malvarlığına aktarmasında kamu idaresinin güvenilirliği ve işleyişi ile ilgili bir zararının oluşmayacağı, müvekkiliyle kurduğu

vekâlet ilişkisini zedeleyeceği, avukatın hukuka aykırı olarak mal varlığına geçirdiği maddi değer müvekkile ait maddi bir değer olduğundan, oluşacak zararın da kamu zararı olmayacağı kabul edilmelidir. Zira avukatın müvekkili ile olan ilişkisinde kamu idaresi ve kamu otoritesi kullanılmayıp aralarındaki ilişkinin bunlardan bağımsız bir durum olduğu göz önüne alınmalıdır.”

## KARAR-SONUÇ

Sonuç olarak, avukata müvekkil tarafından verilmiş olan ahz-u kabz yetkisine dayanılarak verilen paranın avukat tarafından uhdesinde tutulup müvekkile teslim edilmemesi durumunda hizmet sebebiyle Güveni Kötüye Kullanma suçunun oluştuğunun kabul edilmesi gerektiği YCGK kararında kabul edilmektedir.

Gerçekten de avukatın TCK 6. maddede yargı görevi yapanlar arasında sayılmış olması sebebiyle, görevini icra ederken kamu görevlisi sayıldığı kuşkusuzdur. Fakat avukatın icra dairesinden vekâletnamesindeki ahz-u kabz yetkisine dayanarak parayı tahsil etmesi halinde, zilyetliğin devri avukatın kanundan kaynaklanan bir görevinin sonucu olarak yapılmamaktadır. Bir başka deyişle, avukatın görevi ile paranın zilyetliğinin ona devredilmesi arasında nedensellik bulunmamaktadır. Söz konusu paraya zilyet olmak avukatın kanundan doğan görevinin doğal bir sonucu değildir<sup>58</sup>. Zilyetlik, vekaletnamedeki ahz-u kabz yetkisi sebebiyle avukata devredilmektedir. Bu sebeple YCGK kararına konu olayda Zimmet suçu değil, hizmet sebebiyle Güveni Kötüye Kullanma suçu

<sup>58</sup>Bkz. Hafizoğulları, Zeki / Özen, Muharrem: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Millete ve Devlete Karşı Suçlar, Ankara 2016, s. 11.



oluşturduğuna karar verilmiş olması isabetlidir.

## **KAYNAKÇA**

Gökcan, Hasan Tahsin: “Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Kamu Görevlisi Kavramı”, CHKD, C. 3, S. 2, Y. 2015, s. 147 – 160.

Hafizoğulları, Zeki / Özen, Muharrem: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, Ankara 2016.

Hafizoğulları, Zeki / Özen, Muharrem: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Millete ve Devlete Karşı Suçlar, Ankara 2016.

Özbek, Veli Özer / Doğan, Koray / Bacaksız, Pınar: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2021.

Yokuş Sevük, Handan: Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler, Ankara 2020.



1993

# **BAŞKENT ÜNİVERSİTESİ**

Bağlıca Kampüsü Fatih Sultan Mahallesi

Eskişehir Yolu 18.km TR 06790

Etimesgut Ankara

+90 312 246 66 66

[webmaster@baskent.edu.tr](mailto:webmaster@baskent.edu.tr)

KEP Adresi: [baskentuniversitesi@hs02.kep.tr](mailto:baskentuniversitesi@hs02.kep.tr)