

KAMULAŞTIRMA KANUNU'NDAKİ SON DEĐİŐİKLİKLER ANAYASA'YA AYKIRI MI?

Av. Vedat ORUÇ
13.04.2015

A- GENEL OLARAK

Kamulaőtirma, bir diğer ifadeyle “istimlak”; devlet veya kamu tüzeli kişilerinin, kamu yararının gerektirdiği durumlarda, karşılıklarını (bedelini) peşin ödemek koşuluyla, özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların tamamına veya bir kısmına yasada gösterilen yöntemlere göre kamu yararına el koymasını (yani mülkiyetini elde etmesi) olarak ifade edilmektedir.

Kanun koyucu, yukarıda tanımlanan idari işleme ilgili hükümleri 2942 sayılı Kamulaőtirma Kanunu'nda düzenlemiştir. Kamulaőtirma Kanunu'nun ilk maddesinde “*amaç ve kapsam*” başlığı altında yer alan hüküm řu şekildedir:

“Bu kanun; kamu yararının gerektirdiği hallerde gerçek ve özel hukuk tüzeli kişilerinin mülkiyetinde bulunan taşınmaz malların, Devlet ve kamu tüzeli kişilerince kamulaőtirilmasında yapılacak işlemleri, kamulaőtirma bedelinin hesaplanmasını, taşınmaz malın ve irtifak hakkının idare adına tescilini, kullanılmayan taşınmaz malın geri alınmasını, idareler arasında taşınmaz malların devir işlemlerini, karşılıklı hak ve yükümlülükler ile bunlara dayalı uyuşmazlıkların çözüm usul ve yöntemlerini düzenler.

Özel kanunlarına dayanılarak gerçek ve özel hukuk tüzeli kişileri adına yapılacak kamulaőtirmalarda da, bu Kanun hükümleri uygulanır.”

Bu kanun hükmünden anlaşıldığı üzere bir taşınmazın kamulaőtirmaya konu olabilmesi için “gerçek veya tüzeli kişi” mülkiyetinde olması gerekir. Mefhum-u mahalifinden kamu tüzeli kişilerine ait taşınmazların kamulaőtirma işlemine konu olamayacağı anlaşılmaktadır.

B- İRTİFAK HAKKI KURULMASI

Kamu hizmetinin sağlanması için bazen bir taşınmazın kamulaőtirilmesi ihtiyacı hasıl olmamakla birlikte taşınmaz üzerinde “irtifak hakkı” tesisi yeterli olabilmektedir. Kamulaőtirma Kanunu'nun 4. maddesinde bu husus düzenlenmiştir. Kanun maddesinin ilk fıkrası:

“Taşınmaz malın mülkiyetinin kamulaőtirilmesi yerine, amaç için yeterli olduğu takdirde, taşınmaz malın belirli kesimi, yüksekliği, derinliği veya kaynak üzerinde kamulaőtirma yoluyla irtifak hakkı kurulabilir.” şeklinde

Kanunda, kamu hizmetinin tesisi için yeterli olduğu takdirde ilgili taşınmazın belirli bir kesimi (belirli bir kısmı) üzerinde, taşınmazın yüksekliği üzerinde, derinliği üzerinde veya kaynak üzerinde yine “kamulaőtirma” yoluyla mülkiyet hakkının devri değil fakat irtifak hakkının kurulabileceği öngörölmüştür.

Mülkiyet hukuku bağlamında taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkı, salt taşınmazın yüzeyinden ibaret olmayıp derinlik ve yüksekliği de teşmil etmektedir. Nitekim TMK 718/1'de “*Arazi üzerindeki mülkiyet, kullanılmasında yarar olduğu ölçüde, üstündeki hava ve altındaki arz katmanlarını kapsar*” hükmü bulunmaktadır. Anılan kanun hükmüne bağlı kalarak öğretide

Ünal-Başpınar hocaların arazi ile ilgili yaptıkları tanıma göre; **“Arazi, yalnızca eni ve boyu olan bir yeryüzü parçasından ibaret değildir. Aynı zamanda bu yüzeyin altına ve üstüne doğru bir derinliği vardır.”** Bu tanım üzerinden arazinin anlaşılmasına da **“hacim teorisi”** denmektedir.

C- İRTİFAK HAKKI KAMULAŞTIRMASI TARİHE KARIŞIYOR

2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu 4. madde hükmüne eklenen ek fıkra mülkiyet hakkının malike sağladığı hakların kapsamını karmaşık hale getirmektedir. Kanun maddesine 10.09.2014 tarih 6552/99 maddesi ile eklenen ek fıkra şöyledir:

“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 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. Yapılan yatırım nedeniyle taşınmaz maliklerinden değer artış bedeli alınmaz.”

Bize göre bu ek fıkra, Kamulaştırma Kanunu 4. maddenin 1. Fıkrasındaki hükmü zımnen ilga etmekte ve tenakuz oluşturmaktadır. Ek fıkrayı kullanabilecek hiçbir idare 4. maddedeki irtifak kamulaştırması yapmaya yönelmeden ve bedel ödemedi ek fıkra uyarınca kamulaştırma yapacaktır. Bu şekilde evrensel ve anayasal temel hak olan 'mülkiyet hakkı' fiilen bertaraf edilmiş olacaktır.

Ayrıca Ek Fıkra metninde yer alan **'mülkiyet hakkının kullanılmasının engellenmemesi'** halinin neye göre belirleneceği ve burada hangi kriterlerin esas alınacağı ayrı bir tartışma konusudur. Farklı idarelerce farklı kriterler veya yorumlarla keyfi uygulamalara sebep olunabilecek, idari işlem ve eylemlerde eşitlik ilkesine aykırı durumlar ortaya çıkabilecektir.

Bu kanun metninin kaleme alınmasında kanun koyucunun maksudını anlamak gerçekten güçtür. Taşınmaz üzerinden geçirilecek bir teleferik ve benzeri ulaşım hattı ile köprü ve de taşınmazın altında inşa edilecek metro vb. taşıma hattının mülkiyet hakkını ihlal etmemesi mümkün değildir. Mesela, taşınmazı üzerinden teleferik hattı veya köprü geçen malikin mülkiyet hakkının sınırlanmamış olması mantık kuralları çerçevesinde kabul edilebilir değildir. Kanun koyucunun bu düzenlemeyi kaleme alırken nasıl bir tasavvura sahip olduğu izaha muhtaçtır.

D- DÜZENLEME ANAYASA VE AİHS'YE AYKIRIDIR.

Mülkiyet hakkı bir ayni hak olarak, hak sahibine (malik) mülkiyet konusu eşya üzerinde kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma hakkı vermektedir. Hakka konu eşya üzerinde malikin kural olarak dilediğince tasarrufta bulunma hakkı vardır. Bu durumda kanun ifadesinde **“...mülkiyet hakkının kullanılmasının engellenmemesi...”** şartına riayet edilerek, belirtilen taşıma sistemlerinin yapılabilmesi hayatın olağan akışına aykırıdır.

Mülkiyet hakkını ihlal eden bu düzenleme gerek Türkiye Cumhuriyeti Anayasası madde 35 hükmüne, gerekse Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Ek 1 Protokol, madde 1 hükmüne

aykırılık teşkil etmektedir. Taşınmazın altından tünel ve benzeri yapı geçtiği takdirde taşınmazın bedeli düşecektir. Bu yüzden zararın ilgili idarece tazmini gerekmekte olup konu yargıya taşınacaktır. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin de bu yönde kararları vardır. Konunun yargıya taşınması durumunda anayasaya aykırılık iddiası üzerine ilgili düzenleme Anayasa Mahkemesi'nin önüne de gelebilecektir.

E- TORBA YASA TEKLİFİNDE “İLE TÜNEL” İBARESİNİN İLAVESİYLE AMAÇLANAN NEDİR ?

Yukarıda anılan kanun maddesi üzerinde güncel bir düzenlemeyi de değerlendirme konusu yapmakta fayda olacaktır. 2/2616 Esas No lu 09.03.2015 tarihli “Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi madde 8” de yer alan **“04.11.1983 tarihli ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu 4. maddesine “raylı taşıma sistemleri” ibaresinden sonra gelmek üzere “ile tünel” ibaresi eklenmiştir.”** ifadesi ile konuya farklı bir boyut daha katılmıştır.

Şöyle ki; anılan kanunun uygulamasında, özellikle İstanbul, Ankara, İzmir gibi büyükşehirler başta olmak üzere belediye yapım hizmetlerinde karşılaşılan sorunları kamulaştırma bedeli ödenmeksizin (Mülkiyet sahibi vatandaş aleyhine) çözümlenmesi amaçlandığı herkes tarafından bilinmektedir. Bu büyük şehirlerde trafik sorununu aşmak için tünel geçişli yol yapım çalışmaları ve bu çalışmalar gereği yapılan kamulaştırma işlemlerinin maliyetini azaltmak amacıyla kanun maddesine böyle bir hüküm eklenmesi gerektiği düşünülmüştür.

Kanun maddesinin hali hazırdaki metni düşünüldüğünde dahi hukuki anlamda garabet olmakta iken “ile tünel” ibaresinin eklenmesi durumu daha da ciddi boyutlara taşıyacak, kanun marifetiyle hak ihlallerinin önü açılacaktır.

Son tahlilde; yukarıda da ifade edildiği üzere gerek ek fıkra, gerekse kanun teklifi ile getirilmek istenen ilave ibareler mülkiyet hakkını ihlal etmektedir. Taşınmazı üzerinde tünel vb. yapı işleri yapılan malik ek fıkra uyarınca uğradığı zararı idareden alamayacağı için kanunun anayasaya aykırılık iddiası ile yargıya taşınması pek muhtemeldir. Yargılama aşamasında “somut norm denetimi” yoluna başvurularak kanun hükmü Anayasa Mahkemesi huzuruna taşınabilecektir.

Av. Vedat ORUÇ

İstanbul Barosu

(Bu köşe yazısı, sayın Av. Vedat ORUÇ tarafından www.hukukihaber.net sitesinde yayınlanması için kaleme alınmıştır. Kaynak gösterilse dahi köşe yazısının tamamı özel izin alınmadan kullanılamaz. Ancak alıntılanan köşe yazısının bir bölümü, aktif link verilerek kullanılabilir. Yazarı ve kaynağı gösterilmeden kısmen ya da tamamen yayınlanması şahsi haklara ve fikri haklara aykırılık teşkil eder.