

MÜLKİYET HAKKI VE KAMULAŞTIRMA

TÜRK İDARİ YARGI UYGULAMASININ MÜLKİYET HAKKI ve AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ BAĞLAMINDA İRDELENMESİ¹

M. Sıtkı Çelik,
Danıştay 6. Daire Tetkik Hakimi

GİRİŞ

İnsanoğlu, tabiat halinden sosyal hayata geçerken, ister T. Hobbes'in herkesin herkesle mücadele içerisinde bulunduğu (insanın, insanın kurdu olduğu) bir dönemden, ister J. Locke'un tam bir özgürlük döneminden hareketle yapıldığı kabul edilen sosyal sözleşmede, insan hak ve özgürlüklerin güvenceye kavuşturulmasının devletin amacı olduğu ısrarla vurgulanmış;²

İdeal olarak adalet de, Roma Döneminden beri "diğerlerinin menfaatleri gözetilmek şartıyla herkese en çok menfaat sağlayan sürekli bir gaye"³ olarak tanımlanmıştır. Bazı düşünürler ise adaleti, ölçülülük olarak tarif etmişlerdir.⁴

Mülkiyet hakkına dayalı bireysel yarar ile kamu yararının her çağ ve toplumda sürekli bir çatışma halinde olduğu ve birinin diğerine tercih edilemediği hallerde, bu iki yararın nasıl dengeleneceği sorunu kaçınılmaz olarak hep ortaya çıkmış ve bunun sonucunda da ölçülülük kavramı ve adil paylaşma arayışı gündeme gelmiştir.

Sorun, iki yararın konusunu oluşturan şeyin aynı olmasından kaynaklanmaktadır. Bu şey de özel mülkiyete konu bir taşınmaz maldır. Ve bu mal, aynı anda hem özel mülkiyete, hem de kamu hizmetine tahsisine konu edilemeyeceğine göre adil bir denkleştirmenin yapılması gerekmektedir.

Mülkiyet Hakkı ile Kamu Yararını Dengeleme Sorunu

Bireysel yarar ile kamu yararı dengelendiğinde ölçülülük tutturulmuş ve adalet de sağlanmış olacaktır. Fakat bunun mümkün olup olmadığı veya nasıl olacağı sorusu gündeme gelebilecektir.

¹ Mehmet Sıtkı ÇELİK Danıştay Altıncı Daire Tetkik Hakimi

² Ali Şafak BALI, HUKUK, Tanım, Kavram, İşlev ve Nitelik Sorunları, Çizgi Kitapevi Yayınları, Konya 2005, s.135

³ Ernest HİRŞ, Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri, Güncel dile uyarlayan: Selçuk BARAN (VEZİROĞLU), Üçüncü Tıpkı Basım, Ankara 2001, s.169

⁴ HİRŞ, Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi, s.170,171

Klasik mülkiyet anlayışına göre, mülkiyet hakkına dışarıdan hiçbir müdahale yapılamaz. Tam aksine, mademki mülkiyet hakkı malike, mutlak ve tekeli bir kullanma, yararlanma ve tasarruf hakkı vermektedir, o halde malik dilerse malını kullanmama, yararlanmama ve tasarruf etmeme yetkilerine sahip bulunmaktadır. Kısacası ve önemli olanı, klasik (liberal-bireyci) sistemde üretim araçları üzerindeki özel mülkiyet, malikin bireysel çıkarlarını önde tutar. Bireysel çıkar, toplum çıkarlarından önce gelir. Bireysel çıkarlarla toplum çıkarları çatışarlarsa bireysel çıkarlar korunur. Bu anlayışa göre, sosyal ve ekonomik hayatın temel faktörü olan özel teşebbüs var olduğu için mülkiyet hakkını sınırlama ve müdahale etme, bu sistemde söz konusu olamaz.

Bireylerin, toplumsal yaşam içerisindeki en önemli kamusal hakkı niteliğindeki mülkiyet hakkı, zaman içerisindeki düşünsel gelişime paralel olarak bir tür evrime maruz kalmıştır. Bu bağlamda ortaya çıkan, klasik mülkiyet anlayışı kavramından ayrı bir modern mülkiyet anlayışıdır.

Modern mülkiyet anlayışında mülkiyet hakkı yetki ve ödevlerden oluşmaktadır. İçerikte yetki ve ödev yer almaktadır. Malikin hem yetkileri hem de topluma karşı görevleri söz konusudur. Modern mülkiyet anlayışına göre, hakkın kapsamında yer alan ödevler, mülkiyet hakkına yabancı, ona dıştan ve sonradan yüklenen sınırlamalar olarak kabul edilmemeli, aksine bunlar, kamu yararı amacıyla malike yükletilen ve mülkiyet hakkını oluşturan ödevler olarak düşünülmelidir. Anayasa Mahkemesi de bir kararında “Mülkiyet hakkı geçen yüzyılın ferdiyetçi doktrinlerinin etkisi altında, malikin kişiliğine bağlı, dokunulmaz, kutsal ve doğal haklardan sayılırken, günümüzde bu görüş değişmiş ve mülkiyet hakkı, malike, toplum yararına bazı ödevler ve görevler yükleyen sosyal bir hak olarak görülmeye başlanmıştır.” diyerek, Anayasa’nın benimsediği modern mülkiyet görüşünün uygulanmasını göstermiştir.⁵

Klasik mülkiyet anlayışının zamanla terk edilerek modern mülkiyet anlayışına geçilmesinde, klasik mülkiyet anlayışının sahip olduğu mülkiyetin bireyselliğinin esas oluşu düşüncesinin, kentlerin imarında ve gelişmesinde oynadığı olumsuz rol etkili olmuştur. Şurası bir gerçektir ki, mülkiyet hakkından kaynaklanan toplumsal maliyetleri en alt seviyeye indirebilmek, taşınmaz sahiplerinin bireysel yararı ile toplumsal yararı arasında bir denge kurmak şartıyla mümkün olacaktır.

⁵ Perihan ÇELİK, Türkiye’de Kamulaştırmanın İrdelenmesi, TODAİE Uzmanlık Tezi, Ankara 1995 s.25

Yönetimlerin, hizmet etmekle yükümlü buldukları toplum üyelerinin ortak çıkarlarını sağlayabilmek bakımından gerekli kamusal işlevleri gereği gibi yerine getirebilmeleri amacıyla özel mülkiyete, kamu adına müdahalede bulunma yetkilerinin gerekliliği fikri, yüzlerce yıllık bir geçmişe sahiptir. Tarihsel süreç içerisinde yönetimler, bu gereklilik doğrultusunda özel mülkiyete müdahaleyi bir kamu politikası olarak sürdürme gelmişlerdir.

Şüphesiz ki, özel mülkiyete karşı yapılan bu müdahalenin nedeni, kamunun, toplumsal yaşamın devamı için sağlanması gerekli ihtiyaçları karşılama noktasındaki sorumluluğudur. Yönetimlerin, kanunlara göre yürütmekle görevli olduğu kamu hizmetlerini veya girişimlerini kurmak, düzenli ve sürekli bir şekilde işletebilmek için taşınır ve taşınmaz mallara ihtiyaçları vardır.⁶ Ancak toplum düzeni için gerekli bu mallar, her zaman yönetimlerin mülkiyetinde bulunmayabilir. Bu noktada, toplumsal hayatın devamlılığı için söz konusu malların devlet mülkiyetine geçirilmesi bir zorunluluk olarak ortaya çıkar. Yönetimlerin bu malları elde edebilmek için özel kişilerle, eşit şartlarda hukuki sözleşmeler düzenlemeleri mümkün ve geçerli bir yol olmakla birlikte söz konusu malların edinilebilmesi için sözleşme unsuru yetersiz kalabilir. Örneğin malik özel kişiler, bu malları idareye satmak istemeyebilirler.⁷

İşte bu nedenle yönetimler, tek taraflı iradeleri ile malik özel kişilerin iradelerine bakılmaksızın, haklı bir tazminat karşılığında ihtiyaç duyulan taşınmaz malların mülkiyetini veya irtifak hakkını edinme yetkisine, yani kamulaştırma yetkisine sahip olmalıydılar.⁸

Bir başka tanıma göre de kamulaştırma, yetkili yönetimin, kamu yararının hedef tutan kamu hizmetini gerçekleştirebilmek için, bedelini peşin olarak ödemek kaydıyla, gerçek ve özel hukuk tüzel kişilerine ait taşınmaz mallara, ilgili mevzuatın öngördüğü usullerle zorla sahip olmasıdır.⁹

Malın asli sahibi olan özel kişinin iradesine bakılmaksızın gerçekleşen bir zor alım hareketi olan kamulaştırma söz konusu olduğunda kamu yararı ile özel çıkar karşı karşıya gelmekte ve kamu yararına üstünlük tanınmaktadır. Şöyle ki, kamu yararının gerçekleştirilmesi için özel çıkar feda edilmekte, belli bir taşınmaz üzerinde

⁶ Pertev BİLGİN, Kamulaştırma Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 1999, s. 1.

⁷ BİLGİN, Kamulaştırma Hukuku,

⁸ BİLGİN, Kamulaştırma Hukuku,

⁹ Veli BÖKE, Kamulaştırma Kanunu ve Kamulaştırma Bedelinin Tespiti Davaları, Seçkin Yayınları, Ankara 2004, s.23

özel mülkiyet kaldırılarak, daha sonra kamu yararı amacına tahsis edilmek üzere, o taşınmaz yönetim malları arasına sokulmaktadır.¹⁰

Ancak taşınmaz mal malikinin özel çıkarı da meşru bir çıkar olduğundan, kendisine taşınmazın karşılığı ödenmek suretiyle, kamu yararı ile özel çıkar arasında bir denge kurulmaktadır. Bir başka anlatımla, taşınmaz malikinin kamu yararı nedeniyle katlanmak zorunda olduğu fedakârlık, kendisine taşınmazın bedeli ödenmek suretiyle denkleştirilmektedir.

Türkiye’de henüz çözülememiş ve buna güncel bir örnek olarak imar planlarında kamu hizmetine özgülünmüş ve çeşitli nedenlerle kamulaştırılmadığı gibi özgülünen kamu hizmeti alanı dışına da çıkarılmayan özel mülkiyete konu taşınmazları gösterebiliriz.

3194 sayılı İmar Kanununun 5.maddesinde, imar planı; ... arazi parçalarının; genel kullanım biçimlerini, başlıca bölge tiplerini, bölgelerin gelecekteki nüfus yoğunluklarını, gerektiğinde yapı yoğunluğunu, çeşitli yerleşme alanlarının gelişme yön ve büyüklükleri ile ilkelerini, ulaşım sistemlerini ve problemlerinin çözümü gibi hususları,... yolları ve uygulama için gerekli imar uygulama programlarına esas olacak uygulama etaplarını ve diğer bilgileri ayrıntıları ile gösteren (işlem) olarak belirlenmiştir.

İşte kamu yararı amacıyla sözü edilen plan uyarınca, gerçek veya tüzel kişilere ait her hangi bir taşınmazın kamu hizmetine, örneğin temel eğitim, sağlık tesisi, karakol, park alanı veya yol gibi bir kullanıma tahsis edilip de ilgili idarenin olanaklarının yetersizliği nedeniyle planın uygulamaya geçirip kamulaştırma vb. bir işlem yapılmadığından, kullanım amacının değiştirilmesi de kamu yararına aykırı görüldüğünden, bu durum devam ettikçe malik taşınmazından yararlanamayacaktır. Kısıtlılık hali de denilen bu duruma daha yakından bakacak olursak;

Mülkiyet Hakkı Bağlamında Türk İmar Mevzuatında Yer Alan Kısıtlılık Halinin Değerlendirilmesi

Kısıtlılık hali; taşınmazların imar planları ile kamu kullanımına (yeşil alan, dini tesis alanı, sağlık tesisi, ilköğretim tesis alanı...vb. amaçlara) ayrılması sonucunda taşınmazlarda konut, ticaret.. vb. kullanımlar için yapılaşma imkanı bulunmaması

¹⁰

Metin GÜNDAY, İdare Hukuku, İmge Kitabevi, Ankara 2002, s.223.

veya yapılaşma şartlarının civarına göre daha sınırlı olmasını ifade eder. Bu konuda daha çok yapılaşma yasağının bulunması durumunda sorun ortaya çıkmaktadır.

“Yaşam hakkı” ile de doğrudan bağlantısı olan toprağın kullanım biçiminin belirlenmesi kapsamında yaşanabilir şehirlerin oluşturulması ve bu yolla kamu yararının sağlanması amacıyla imar planlarıyla mülkiyet hakkına bazı kısıtlamalar getirilir. Taşınmazların kullanım kararlarından kaynaklanan bu kısıtlamaların olması zorunluluk arz eder. Ancak burada kişilerin temel haklarının göz önünde bulundurulup bulundurulmadığı ve kamu yararı ile bireysel yarar arasında bir dengenin sağlanıp sağlanmadığı hususu önem arz etmektedir.

Mevzuatımızda 3194 sayılı İmar Kanunu ile genel hatları belirlenen imar planlamasının “Plan Yapımına Ait Esaslara Dair Yönetmelik”¹¹ ile teknik detayları belirlenmiş, konumuzu ilgilendiren sosyal ve teknik altyapı alanlarının, yani kamu kullanımına ayrılan alanların asgari sınırları bu yönetmelikte öngörülmüştür.

Her planlama bölgesinde zorunlu olarak ayrılması gereken söz konusu alanlar dışında şehircilik ilkeleri gereği, halkın sosyal ve kültürel gereksinimleri, güvenlik ve sağlığıyla ilgili konular göz önüne alınarak kamu kullanımına ayrılacak nitelikte daha farklı fonksiyonların plan kararlarıyla üretilmesi de mümkündür. Bütün bu belirlemelere gerek teknik, gerek hukuki açıdan ihtiyaç olup olmadığı veya belirlemelerde kamu yararı bulunup bulunmadığı hususu ayrı bir inceleme konusunu teşkil eder. Belirlemelerin hukuka uygun olduğunu ve kamu yararı amacıyla yapıldığının kabulünden hareketle meseleyi incelediğimizde; kamu yararının varlığı karşısında yine de mülkiyet hakkının ihlalinin olup olmadığını değerlendirmek gerekir..

3194 sayılı İmar Kanunu'nun 13. maddesinde kamu hizmetine ayrılmış taşınmazlar ele alınmıştır. Maddenin ilk halinde kamu hizmetine ayrılan taşınmazların kısıtlılık halinde olduğu, yani bu alanlarda inşaata ve mevcut bina varsa esaslı değişiklik ve ilaveler yapılmasına izin verilemeyeceği, imar programlarına alınmasına

¹¹ Bu yönetmelikte “ **Sosyal Alt Yapı**: Sağlıklı bir çevre meydana getirmek amacı ile yapılması gereken eğitim, sağlık, dini, kültürel ve idari yapılar ile park çocuk bahçeleri gibi yeşil alanlara verilen genel isimdir.

Aktif Yeşil Alan: Park, çocuk bahçesi ve oyun alanları olarak ayrılan sahalardır.

Teknik Alt Yapı: Elektrik, hava gazı, içme ve kullanma suyu, kanalizasyon ve her türlü ulaştırma, haberleşme ve arıtım gibi servislerin temini için yapılan tesisler ile açık veya kapalı otopark kullanımına verilen genel isimdir.” olarak tanımlanmıştır.

kadar mevcut kullanımının devam edeceği ifade edilmiş, 3. fıkrasında da 5 yıl içerisinde planların uygulanmaması halinde taşınmaz malikinin söz konusu kamu hizmetinden vazgeçildiği yolunda bir görüş alması sonucunda plan değişikliği isteyebileceği öngörülmüştü.

Nitekim söz konusu maddenin iptali istemiyle açılan davada Anayasa Mahkemesince; temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunup onları büyük ölçüde kısıtlayan veya tümüyle kullanılamaz hale getiren sınırlamaların demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaşmadığı, demokratik bir toplumda temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamanın, bu sınırlamayla güdülen amacın gerektirdiğinden fazla olmasının düşünülemeyeceği, demokratik hukuk devletinde güdülen amaç ne olursa olsun, kısıtlamaların, bu rejimlere özgü olmayan yöntemlerle yapılmaması ve belli bir özgürlüğün kullanılmasını önemli ölçüde zorlaştıracak ya da ortadan kaldıracak düzeye vardiirilmaması gerektiği ifade edilmiştir.¹²

Yine aynı Kanununun 10. maddesinde belediyelerin, imar planlarının yürürlüğe girmesinden itibaren 3 ay içerisinde imar programlarının hazırlanmasını ve bu programların 5 yıl içerisinde uygulanmasını ve yapılacak kamulaştırmaların ilgili yatırımcı kuruluş tarafından bu süre içerisinde tamamlanmasını öngörmektedir.

Bu madde, taşınmaz maliklerinin haklarını korumaya yönelik olarak düzenlenmiş ise de imar programının kapsamının net olmaması nedeniyle plan dâhilinde olup da imar programına alınmayan taşınmazların yıllarca uygulama görmemesi sonucunda konumuzu da teşkil eden sorunla karşı karşıya kalınmaktadır. Anayasa Mahkemesi de bir kararında söz konusu durumun planın tamamının ne kadar sürede uygulanacağı konusunda belirsizlik taşıdığını ifade etmiştir.¹³

Anayasa Mahkemesi kararında üzerinde fazlaca durulmamış olmakla birlikte anılan kanun hükmünde, bir ayırım yapılmadan imar planlarının yürürlüğe girmesinden itibaren belli bir sürede imar programlarının yapılması gerektiği öngörülmüş ve imar programını hazırlamakla sadece belediyelerin sorumlu tutulduğunu görmekteyiz. Oysa imar mevzuatı bakımından belediyelerin yetkisinde olmayan yerler de bulunmaktadır. Örneğin belediye sınırı ve mücavir alanlar dışındaki bölgelerin valiliklerin (il özel idarelerin) yetkisinde olması gibi. Dolayısıyla

¹² Anayasa Mahkemesinin 29.12.1999 günlü, E:1999/33,K:1999/51 sayılı kararı

¹³ Anayasa Mahkemesinin 29.12.1999 günlü, E:1999/33,K:1999/51 sayılı kararı

3194 sayılı İmar Kanunu'nun 10. maddesinde, sorumlu idare eksik belirlendiği gibi nazım imar planı ile uygulama imar planı ayrımı yapılmadığından, uygulama imar planı henüz yapılmamış olmasına rağmen, nazım imar planı olan alanlar için de imar programını yapmaya belediyeleri yükümlü saymıştır. Bu nedenle sözünü ettiğimiz 10. maddenin de mevcut haliyle sorunu çözmekten uzak olduğu anlaşılmaktadır.

Anayasa Mahkemesinin bu kararına göre plan kararlarıyla kamu hizmetine ayrılmış taşınmazların malikleri açısından taşınmazın ne kadar süreyle kullanılamayacağı veya ne kadar sürede bu durumu telafi edecek uygulamaların yapılacağı konusunda belirsizliğin olduğu ve kamu yararı ile bireysel haklar arasında gözetilmesi gereken adil dengenin belirtilen kanun hükmüyle sağlanamadığı ortaya konulmuştur.

Anayasa mahkemesinin bu kararı uluslararası hukuk kriterleri açısından değerlendirildiğinde; Anayasa Mahkemesinin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yaklaşımına benzer bir tutum sergilediğini söylemek mümkündür. Nitekim Anayasa Mahkemesi tarafından anılan kararında, mülkiyet hakkı konusunda en temel ilkelerin belirlendiği bir AİHM kararı olan "23.9.1981 günlü Sporong ve Lönnroth kararı"na atıfta bulunulmuştur. AİHM nin belirtilen kararında da aynı hususlar vurgulanmış ve orantısallık ilkesinin sağlanmadığı, adil bir dengenin kurulamadığı ifade edilmiştir.

Anılan karar sonrasında kanun koyucu tarafından herhangi bir düzenleme yapılmamış olması nedeniyle süreç, yargı kararlarıyla amaçlananın tam tersi şeklinde işlemiştir. Yani kısıtlılık halinin süresi uzamış ve giderilmesi de belirsiz bir hal almıştır.

Uygulamada, plan kararlarıyla belirlenen sosyal ve teknik altyapı alanlarına yönelik olarak imar planlarının iptali istemiyle açılan davalar, ilk derece mahkemelerinde kamu yararının bulunduğu gerekçesiyle büyük bir oranda reddedilmiş ve Danıştay tarafından da onanmıştır. Diğer taraftan söz konusu alanlar kamulaştırma programlarına alınmadığı gibi herhangi bir imar uygulamasına da tabi tutulmadığından mülkiyet sahipleri uzun yıllar taşınmazını kullanamama durumuyla karşı karşıya kalmıştır.

Yine taşınmazların kamulaştırılması istemleriyle açılan davalar idarenin yerine geçerek kamulaştırma kararı verilemeyeceği gerekçesiyle reddedilmiştir.

Aynı doğrultuda imar planında belirlenen kullanım kararı nedeniyle taşınmazının değerinin azaldığı, kullanamamasından kaynaklı zararı olduğu iddialarıyla açılan tazminat davaları da idari işlemin (imar planının) hukuka uygun olduğu, kamu yararı bulunduğu ve özellikle yatırımcı kuruluşun farklı olduğu durumlarda planı yapan idareye kusur affetmenin zor olduğu ve idarenin hizmet kusurunun bulunduğu hallerde bile somut, gerçekleşmiş ve hesaplanabilir bir maddi zararın doğmadığından bahisle reddedilmiştir.

Özetle bu kısıtlamalar nedeniyle gündeme gelen tazminat davaları sözünü ettiğimiz dengenin sağlanamamasından kaynaklandığı unutulmamalıdır. Bu konuda bir yasal boşluğun olduğu ve bu boşluğun yargı kararlarıyla da yeterince doldurulamadığını görmekteyiz.

Öte tarafta bütün çabalarına rağmen taşınmaz malikleri hiçbir şey elde edememiş, taşınmazını kullanamamış ve üstelik yargılama giderleriyle karşı karşıya kalmışlardır.

Üstelik taşınmaz malikleri sahip oldukları taşınmazlar (arsalar) nedeniyle Belediye Gelirleri Kanunu uyarınca emlak vergisi ödemek zorunda kalmaktadırlar. (Bu konuda kısıtlılık halinin mevcut olması nedeniyle bir indirim söz konusudur.)

Tabii bu açıardan bakıldığında AİHS ile öngörülen mülkiyet hakkının özüne ve ruhuna aykırı durumların söz konusu olduğu yüzeysel bir bakış açısıyla bile değerlendirilebilmektedir.

Bu durum Sporrong ve Lönnroth kararı ile AİHM nin sergilediği yaklaşım dikkate alınırsa çok daha açık bir şekilde görülecektir ve taşınmaz maliklerinin bu yolu denemeleri halinde, hükümetin kamulaştırma maliyetlerinden daha büyük oranda tazminat ödemek zorunda kalacağını söylemek zor bir tahmin olmasa gerek.

Nitekim aşağıda ayrıca üzerinde duracağımız, Mersin ve Ankara illerinde taşınmazları sosyal donatı alanlarına ayrılan Hakan Arı ile Ziya Çevik adlı maliklerin AİHM e yaptıkları başvurularda olduğu gibi davalar başvuranların lehlerine sonuçlanmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve “Mülkiyet Hakkı” Kapsamında “Kısıtlılık Hali”ne Bakış

AİHM'nin mülkiyet hakkı ile ilgili Türkiye hakkında verdiği ihlal kararlarına baktığımızda:

AİHM, Mahkemenin mecburi yargı yetkisini tanıdığıımız 23 Ocak 1990 tarihinden itibaren şimdiye kadar(Kasım 2011) toplam 539 kararda Türkiye'nin mülkiyet hakkını ihlal ettiğine hükmetmiştir. Bunun 30'u 2010 yılında verilmiştir. Aynı konuda 1994 yılında AİHS' ne taraf olan Romanya aleyhine 431, 1998 yılında taraf olan Rusya aleyhine 430 ihlal kararı vermiştir.

AİHS' ye Ek 1 No'lu Protokolün mülkiyete ilişkin 1. maddesinin ihlali konularında ülkemiz, Avrupa Konseyi üyesi 47 ülke arasında (maalesef) ilk sırada yer almaktadır.

Mevcutta mülkiyet hakkı ihlalleri iddiasıyla yapılmış 1400'e yakın başvuru AİHM önünde derdest bulunmaktadır. Bunların 100'e yakını kısıtlılık haline ilişkindir. Kalanların yaklaşık 600'ü kıyı kenar çizgisi veya orman alanları içinde kalan taşınmazların tapularının bedelsiz iptal edilmesi, 360'ı kamulaştırma bedelleri, 60'ı BOTAŞ'ın yaptığı acele kamulaştırma, 330'u kamulaştırmaz el atma konuları ile ilgilidir.¹⁴

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 hanel getirmez." hükmüne yer verilmiştir.

AİHM bu madde kapsamındaki incelemelerinde öncelikle mülk olup olmadığı, yani mülkiyet hakkının bulunup bulunmadığı hususlarını el almaktadır. Mahkeme, incelemelerinde mülkün varlığının tespitinden sonra, söz konusu mülkiyete herhangi bir müdahale olup olmadığını ele almaktadır. Eğer müdahale varsa, mülkiyet hakkı

¹⁴ Bu rakamlar Dışişleri Bakanlığı Avrupa Konseyi Nezdinde Daimi Temsilciliği'nin, Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü İnsan Hakları Daire Başkanlığı tarafından 15-17 Kasım 2011 tarihinde yapılan AİHM nin Türkiye Kararları ... konulu konferans bildirgesi için hazırladığı metinden alınmıştır. (M. S. Çelik)

konusunda kabul edilen ve aşağıda açıklanacak olan 3 kuraldan hangisinin kapsamında değerlendirileceği hususunu belirlemektedir. Bu konuda müdahalenin kamu yararı veya toplumsal çıkarlar doğrultusunda yapılıp yapılmadığı ortaya konulduktan sonra, aynı zamanda müdahalenin meşru bir dayanağa sahip olmasını ve orantılı olmasını aramaktadır.

Diğer bir ifade ile mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin makul bir mesnetten mahrum olmamasını aramaktadır.

AİHM söz konusu maddenin uygulanmasında mal ve mülk kavramını çok geniş yorumlamaktadır. Ancak biz burada konumuz itibariyle imar planları kapsamındaki taşınmaz mal mülkiyeti ile sınırlı olarak ele alacağız.

AİHM mülkiyet hakkını, Anayasa Mahkemesince de atıf yapılan, Sporong ve Lönnroth-İsveç davasındaki kararında ifade ettiği ve diğer mülkiyet hakkının korunması konusuyla ilgili davalarda da bu karara atıfta bulunduğu  kurala bağlamıştır.

Yukarıda anılan sözleşme maddesinin yorumlanması şeklinde ortaya çıkan bu üç kuraldan birincisi mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesi gerekliliğidir. İkinci kuralda, hangi hallerde mal ve mülkten yoksun bırakılabileceği ve bu yoksun bırakmanın şartları ortaya konulmuştur. nc kural ise belli amaçlarla mülk kullanımının kontrolünün devletin yetkisinde olduğu şeklinde ifade edilmiştir.

Anılan kararda başvurucunun maliki olduğu taşınmazlara yönelik olarak 23 yıllık kamulaştırma izni ve 25 yıllık inşaat yasağı konulmuştur. Kamulaştırma izni kavramı öngörülen sürede taşınmazın kamulaştırılabileceği anlamına gelmektedir. Uyuşmazlıktaki durum (25 yıllık inşaat yasağı öngörülmesi) bizim konumuzu oluşturan imar planı kararlarıyla taşınmazların kısıtlanması haliyle benzerlik göstermektedir.

Mahkeme, kararında, idarenin şehir planlaması gereği bu şekilde uygulama yapıldığı savunmasını kabul etmemiş ve kararda toplumun genel çıkarları ile bireysel haklar arasında adil dengenin sağlanması gerektiğine vurgu yapmıştır.

Ayrıca, Mahkemece mülkiyetten yoksun bırakmanın yasal olması ve kamu yararının bulunması gerekliliğini aramaktadır.

Kamu yararı konusuna geldiğimizde de, kamu yararının belirlenmesi meselesinde devletlerin yetkili olduğu, bu konunun devletlerce daha doğru belirleneceği kabul edilmekle beraber belirlemelerin uluslararası hukuk normlarına uygunluğu da değerlendirilmektedir.

AlHM belirlenen bu ölçütler göz önüne alınarak imar planlamasıyla getirilen kısıtlılık halini incelediğimizde;

Bir mülkiyet hakkının var olduğu şüphesizdir.

Bu mülkiyetin kısıtlanması söz konusudur.

Burada mülkiyetin hala taşınmazın maliki olan kişilerde olduğu ileri sürülse de, taşınmazın kullanım haklarının kısıtlanması mülkiyet hakkına müdahale kapsamındadır.

Uygulanacak kuralın değerlendirilmesine gelince; imar planlarıyla kısıtlılık halinin oluşmasında mülkiyetten yoksun bırakma söz konusu değildir. Kişiler bu taşınmazları alıp satabilmektedir. Bu anlamda ikinci kuralın uygulama imkânı yoktur.

Diğer taraftan olayda Sporrong ve Lönnroth-İsveç davasındaki uyuşmazlığa benzer bir şekilde 25 yıllık inşaat yasağı getirme gibi bir durum söz konusu olmaktadır. Bu da devletin kamu yararı adına mülkiyeti kontrol etme yetkisi çerçevesinde değerlendirebileceğimiz üçüncü kuralı gündeme getirecektir.

Kısıtlılık hallerine dayanak teşkil eden imar planlarının ve imar planlarıyla getirilen kamu kullanımlarının amacı kamu yararını sağlamaktır. Bu anlamda kısıtlılık hali, idarelerin kamu yararı amacıyla mülkiyet hakkı üzerindeki kontrolü çerçevesinde ele alınır.

Planlama belirli bir yasal dayanağa da sahiptir.

Ülkemizdeki uygulamalar nedeniyle doğan uyuşmazlıklara bakıldığında, bu konuda bazı sıkıntıların yaşandığını görmek mümkündür.

Danıştay nezdinde bulunan uyuşmazlıklarda da karşılaşıldığı kadarıyla 20-25 yıl süre geçmesine rağmen uygulanmayan imar planları nedeniyle taşınmazlarını kullanamayan birçok kişi mevcuttur. İdareler taşınmazları ne kamulaştırmakta, ne imar programına almakta ne de parselasyon gibi imar uygulamalarına tabi

tutmaktadır. Diğer taraftan kişiler dava yolunu denediklerinde bir şey elde edememekte, tazminat alamamaktadır. Taşınmazda plan değişikliği yapılması da tamamen ilgili idarelerin takdirine kalmaktadır. Bu durum, AİHS 1 No'lu ek protokolün 1. maddesinde ifade edilen mülkiyet hakkının korunması kuralının ihlali anlamına geldiğini değerlendirmek gerekir.

Anayasa Mahkemesine göre Anayasamızda yer alan ölçülülük ilkesinin ihlali, AİHM kararlarına göre orantısallığın sağlanamaması planlama sonucu mağduriyetlere yol açmakta ve bu konuda AİHM ne gidilmesi halinde açılan davaların yukarıda açıklandığı çerçevede ele alınacağı ve örneklerde de görüleceği gibi büyük bir olasılıkla tazminata hükmedileceği sonucu ortaya çıkmaktadır.

İmar Planlarıyla, Mülkiyet Hakkına Getirilen Kısıtlılık Halinin Giderilmesinde Olası Çözüm Yolları Nelerdir?

Kısıtlılık hali uyuşmazlığında hak iddia eden tarafta mülk sahibi, karşı tarafta ise devlet olduğuna ve devletin de yürütme, yargı ve yasama kuvvetlerinden oluştuğu yolunda kabul olduğuna göre; bizce de üçlü bir sınıflandırmayla yapılması gerekenlerin sıralanması mümkündür. Ancak hemen ilave olarak şunu da belirtmekte yarar vardır. Sözünü ettiğimiz sınıflandırmada, tüm olaylarda her üç kuvvetin harekete geçme zorunluluğu bulunmamaktadır. Çoğunlukla idare, tek başına uyuşmazlığı çözme olanağına sahip olduğu gibi bütçe düzenlemesi vb. bir faaliyet ile yasama organının veya yargı yerinin vereceği karar uyarınca idarenin harekete geçirilmesi suretiyle uyuşmazlıkların giderilmesi mümkündür. Bu sınıflandırmaya göre yapılması gerekenleri özetleyecek olursak;

1- Yürütme tarafından (yetkili idarece) yapılması gerekenler

Plan yapma yetkisine sahip kurumlar tarafından plan yapıldıktan sonra uygulama için imar programlarını hazırlamak ve mümkün olan en kısa zamanda planların hayata geçirilmesinin sağlanması gerekmektedir. Bu konuda yürürlükteki

3194 sayılı İmar Kanunu'nda düzenleme mevcuttur.¹⁵ Kanunun 10. maddesinde, belediyeler; imar planlarının yürürlüğe girmesinden en geç 3 ay içinde, bu planı tatbik etmek üzere 5 yıllık imar programlarını hazırlamakla yükümlü kılınmıştır.

İmar planının uygulanması kapsamında kamulaştırma yapmaya geçilmeden önce parselasyon düzenlemesinin yapılması çok önemlidir. Çünkü kısıtlılık hali oluşturan alanların önemli bir kısmı parselasyon yapılması halinde düzenleme ortaklık payı (DOP) kesintisi yoluyla kamunun eline geçirilmesi mümkün olacağı gibi kamu ortaklık payı (KOP) ile taşınmazlardan belli bir miktarın resmi kurum alanlarına ayırıp mülk sahiplerine hisse verilmek suretiyle külfetin paylaşılması da mümkündür.

3194 sayılı İmar Kanunu'nun 18. maddesinde parselasyon anlatılmıştır. Buna göre parselasyon yapılmak üzere düzenlemeye giren taşınmazlardan % 40 oranına kadar düzenleme ortaklık payı adı altında kesinti yapılabilmekte ve resmi kurum alanı olarak belirlenen yerlerin daha sonra karşılığı ödenip kamulaştırılmak üzere, ayrıca bir kesinti daha yapılabilmektedir. Görüldüğü üzere, plan kararlarıyla kamu kullanımına ayrılan alanların önemli bir kısmı 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 18. maddesi uyarınca zaten düzenleme ortaklık payından karşılanabilmektedir. Bu sebeple parselasyonların, plan kararından sonra en kısa sürede hazırlanarak uygulanması önemli ölçüde mağduriyeti giderecektir. Parselasyon yapılan düzenleme sahasındaki bütün taşınmazlardan kanunun tanıdığı % 40 sınırına kadar DOP kesinti yapıldığında imar planıyla kullanımı kısıtlanmış taşınmaz malikleri diğer şahıslarla bu kısıtlılığı paylaşacak ve bireysel olarak külfete katlanma ortadan kalkacaktır.

¹⁵ — 3194 sayılı İmar Kanunu madde 10 “Belediyeler; imar planlarının yürürlüğe girmesinden en geç 3 ay içinde, bu planı tatbik etmek üzere 5 yıllık imar programlarını hazırlarlar. Beş yıllık imar programlarının görüşülmesi sırasında ilgili yatırımcı kamu kuruluşlarının temsilcileri görüşleri esas alınmak üzere Meclis toplantısına katılır. Bu programlar, belediye meclisinde kabul edildikten sonra kesinleşir. Bu program içinde bulunan kamu kuruluşlarına tahsis edilen alanlar, ilgili kamu kuruluşlarına bildirilir. Beş yıllık imar programları sınırları içinde kalan alanlardaki kamu hizmet tesislerine tahsis edilmiş olan yerleri ilgili kamu kuruluşları, bu program süresi içinde kamulaştırırlar. Bu amaçla gerekli ödenek, kamu kuruluşlarının yıllık bütçelerine konulur.

İmar programlarında, umumi hizmetlere ayrılan yerler ile özel kanunları gereğince kısıtlama konulan gayrimenkuller kamulaştırılınca veya umumi hizmetlerle ilgili projeler gerçekleştirilinceye kadar bu yerlerle ilgili olarak diğer kanunlarla verilen haklar devam eder.”

Öte yandan, taşınmazların kalan kısmı da yapılaşmaya elverişli hale geleceğinden, değerinde bir artış olacağı da muhakkaktır. Böylece maliklerin de mağdur olmayacağını söylemek mümkündür.

Ayrıca parselasyon planı hazırlamanın maliyeti kamulaştırma maliyetlerine oranla oldukça düşük olduğundan uygulanabilirliği de daha kolaydır.

Kaldı ki parselasyon yapmak yerel yönetimlerin bir görevidir.

2- Yargı mercilerince verilebilecek kararlar

İmar planlarına karşı açılan davalarda, taşınmazın kullanım kararının kamu hizmetinin gerçekleştirilmesine yönelik olması nedeniyle kamu yararının varlığını baştan kabul eden bir yaklaşımla incelemekten ziyade gerçekten ihtiyacın ortaya konulması, teknik olarak imar planlarının uygulanabilir olup olmadığı vb. yönlerden bir dengenin göz önüne alınarak değerlendirmenin yapılması gerekmektedir.

Nitekim plan kararlarıyla hayata geçirilemeyecek büyüklükte sosyal donatı alanları öngörülmekte, mevcut yapılaşma durumu dikkate alınmadan taşınmazlar bu tarz alanların kullanımına ayrılmakta ve sonuç olarak da planda projeksiyon olarak öngörülen süre geçmiş olmasına rağmen uygulamaya geçirilememiş planların olmasına ve bu nedenle mağduriyetlerin ortaya çıkmasına sebep olduğu gibi kamu yararı amacına da ulaşamamaktadır. Bu anlamda öncelikle planların bilimsellik temeline dayanarak elde edilen verilerin objektif bir şekilde belirlenen ihtiyaçların karşılanmasını sağlayacak şekilde hazırlanması ve yargısal denetimde de bu esaslara önem verilmesi gerekmektedir.

Kullanımların kamu hizmetine ayrılmış olması nedeniyle ön kabul olarak kamu yararının varlığından hareketle yapılacak bir inceleme, mülkiyet hakkını ihlal edecek sonuçları beraberinde getirecektir.

Bu itibarla, yargı mercilerince uluslararası hukuk kriterleri dikkate alınarak verilecek kararlar bu konuda önemli bir boşluğu dolduracaktır. Bu bağlamda AİHM içtihatları dikkate alınması gereken önemli birer kaynaktır. AİHM kamu yararının sözleşmeye taraf devletlerce belirlenmesinin daha doğru bir yaklaşım olduğunu, ancak bu belirlemenin usullerinin bulunacağını ve uluslararası hukuk kuralları çerçevesinde değerlendirileceğini kabul etmektedir.

Plan yapma yetkisine sahip kurumların plan yapıldıktan sonra uygulama için imar programlarını hızlı bir şekilde hazırlayarak mümkün olan en kısa zamanda planların hayata geçirilmesini sağlaması bir zorunluluktur. Kaldı ki bu konuda idareler bağlı yetki çerçevesinde görevlendirilmiş olduklarına göre, bu konuda maliklerce, taşınmazları kamulaştırılmak üzere imar programına alınması istemiyle yapılan başvurular neticesinde çıkan uyuşmazlıklar sebebiyle açılan davaların, kabulünün idarenin yerine geçme olarak değerlendirilmemesi ve bu gerekçelerle reddedilmemesi, esasına girilerek incelenmesi gerekmektedir.

Ayrıca, imar planlarının uygulamaya geçirilmesini sağlamaya yönelik yargı kararlarının verilmesi mülkiyet hakkının da daha etkin korunmasını sağlayacaktır.

Uygulamada sosyal donatı alanı olarak belirlenmesine rağmen 20, 25 yıldır kamulaştırılmayan taşınmazların dahi yeni kabul edilen imar programına alınmaması karşısında maliklerce bu yönde yapılan başvurular söz konusu olabilmektedir. Böyle bir durumda imar planının 20 yıllık projeksiyon nüfus esas alınarak hazırlanmış olması halinde planın uygulanmadan süresini doldurması gibi bir durum ortaya çıkmaktadır.

Parselasyon yapılması istemli başvurularla ilgili çıkartılacak uyuşmazlıklarda da yargı mercileri, ilgili idarelerin görevi gereği parselasyon yapmaları gerektiği konusunda içtihat benimsenerek idarelerin bu yönde karar almaları sağlanması son derece yararlı olacaktır.

Öte taraftan kamulaştırma istemlerinin ilgili idarelerce reddedilmesine yönelik uyuşmazlıklarda da yargı yerleri idari işlem niteliğinde yargı kararı verilemeyeceği Anayasal ve yasal kurallarına atıf yapılarak davaların reddi yolunda kararlar verilmektedir. Bu konunun da esastan incelemeye geçirilmesi yönünde oluşacak bir içtihadın, imar programına alınması isteminden daha ileri bir adım olacağı kesindir.

Tabii bu husus maddi açıdan ilgili idarelere yük getireceğinden parselasyon yapmaya göre daha zor bir durumdur.

Bütün olanaklarına rağmen idarelerce imar planlarının uygulanmadığı hallerde taşınmaz maliklerinin taşınmazlarını kullanamamalarından kaynaklanan mağduriyetlerinin giderilmesi amacıyla tazminat yolunun açık tutulması ve yine yukarıda bahsedilen AİHM içtihatları çerçevesinde tazminat ödenmesine

hükmedilmesi yolunda alınacak kararların insan hakları hukukuna uygun olacağı muhakkaktır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları¹⁶
1- Hakan Arı/Türkiye Davası (Başvuru No: 13331/07)

Hakan Arı, (başvuran) 2002 yılında Mersin Belediyesi'ne imar izni almak için başvuruda bulunmuştur.

Mersin Belediyesi şehir planında söz konusu arazinin okul yapım sahasına girdiğini belirterek başvurana imar izni vermemiştir.

Başvuran 16 Ocak 2002 tarihli yazı ile İçel Milli Eğitim Müdürlüğüne (İdare) başvurarak ya sözü edilen arazinin tek maliki sayılmasını ya da arazisi üzerinde okul yapılması amacıyla verilen kararın iptal edilmesini talep etmiştir.

İdare, başvuranın avukatına 11 Kasım 2002 tarihinde gönderdiği bir yazı ile bütçe kaynaklarının yetersiz olması nedeniyle bahse konu taşınmazın kamulaştırılmasının hemen gerçekleşmeyeceğini, bu işlemin gelecek yıllarda yapılmasının öngörüldüğünü bildirmiştir.

Başvuran 13 Mart 2003 tarihinde avukatı aracılığıyla Mersin Asliye Hukuk Mahkemesi'nde İdare aleyhine maddi ve manevi tazminat davası açmıştır.

Asliye Hukuk Mahkemesi 12 Temmuz 2004 tarihli bir karar ile başvuranın talebini yerinde bulmuş ve İdarenin başvurana maddi ve manevi tazminat ödemesine karar vermiştir.

İdare 9 Eylül 2004 tarihinde 12 Temmuz 2004 tarihli karara karşı temyize gitmiştir.

Yargıtay 2 Aralık 2004 tarihinde ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur.

27 Haziran 2005 tarihinde Asliye Hukuk Mahkemesi Yargıtay'ın kararı doğrultusunda başvuranın talebini reddetmiştir.

¹⁶ Dışişleri Bakanlığı Çok Taraflı Siyasî İşler Genel Müdürlüğü tarafından yapılan çevriden özetlenerek alıntı yapılmıştır. (M. S. Çelik)

Başvuran 10 Haziran 2006 tarihinde bu karara karşı temyize gitmiş, 28 Eylül 2006 tarihinde Yargıtay ilk derece mahkemesinin kararını tüm hükümleriyle onamıştır.

Başvuran 18 Ekim 2006 tarihinde karar düzeltme talebinde bulunmuş, Yargıtay 22 Ocak 2007 tarihinde bu başvuruyu reddetmiştir.

Malik bu noktada, taşınmazından tam anlamıyla istifade etme hakkını yitirdiğini ve arazisinin bütünüyle değer kaybına uğradığını ileri sürerek AİHM ye başvurmuştur.

Hükümetin, başvuranın sözü edilen şehir imar planına itiraz etmesi ve idare mahkemeleri önünde iptal davası açması gerektiğini savunmasına mukabil, AİHM, bu başvuruda başvuranın, taşınmazının okul inşa kararından etkilenmesi nedeniyle uğradığı zararın giderilmesi bakımından iç hukuktaki mahkemelerde açtığı maddi ve manevi tazminat davası ile iç hukuk yollarını tüketmiş sayılacağı kanısına varmıştır. AİHM bu bağlamda, iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralının, belirli bir esneklik payı ile aşırı formaliteye kaçmadan ihtilaf konusunun gerektiği kadar dikkate alınması esasına dayandığını hatırlatmıştır.

AİHM ayrıca bir başvuru yolunun kullanımının uygulamada aynı amaca hizmet eden başka bir başvuru yolunun kullanımını zorunlu kılmadığını belirtmiştir.

Yukarıda dile getirilen hususlar ışığında AİHM, Hükümetin ön itirazlarını reddetmiştir.

Hükümet mülkiyetten yoksun bırakma gibi bir durumun söz konusu olmadığını ve başvuranın arazisini kullanmaya ve fidanlık olarak ekip biçmeye devam edebileceğini savunmuştur.

AİHM'ye göre başvuranın mülkiyet hakkına yönelik bir müdahale söz konusudur. 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, bunun yanı sıra mülkiyetin transferinin gerçekleşmemiş olduğu, bu bağlamda, başvuran tarafından öne sürülen durumun etkilerinin mülkiyet hakkına yönelik kısıtlamalardan ileri geldiğini, gayrimenkulün değeri ile ilintili olduğunu ve

sonucu itibarıyla bütün olarak taşınmazın kullanılabilirliğini azalttığını anımsatır.

AİHM buna karşın, özüne yönelik kayba uğrasa da mezkûr hakkın kaybolmadığını not etmektedir. Dile getirilen bütün bu tedbirlerden başvuranın mülkiyet hakkından yoksun bırakıldığı gibi bir çıkarımda bulunulmamaktadır. Başvuran ne taşınmazına erişim hakkını ne de onun maliki olmayı kaybetmiş, esasen taşınmazın satışı konusunda sıkıntı yaşamıştır. Bu şartlar çerçevesinde AİHM, Ek 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesinin ilk bendinin ikinci cümlesinin mevcut başvuruya uygulanamayacağına itibar etmektedir

AİHM yine de başvuran tarafından dile getirilen durumun Ek 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesinin ilk cümlesi kapsamına girdiğini ifade etmektedir.

AİHM kamu yararının gerekleri ile başvuranın temel haklarının korunması arasında hüküm sürmesi gereken adil dengenin gözetilip gözetilmediğini incelemeye almaktadır.

AİHM, başvuranın hakkına yönelik müdahalede genel kamu menfaatlerine riayet edildiği kanısındadır. Ancak bütün bu dönem boyunca mülkiyetinin akıbeti konusunda bir belirsizliğe itildiğini gözlemlemektedir. İlk etapta idari bütçe kaynaklarının yetersizliği nedeniyle mezkûr arazi kamulaştırılamamış olmaktan etkilenmiştir.

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

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 etmiştir.

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

A. Maddi tazminat

Başvuran taşınmazın güncel değerine karşılık geldiğini öne sürerek maddi tazminat ödenmesini ve ayrıca yasal faiz oranının uygulanmasını talep etmiştir.

AİHM bu başvuruda söz konusu müdahalenin genel kamu yararını gözettiğini, yasaya aykırı bir durumun ya da keyfi bir tutumun sergilenmediğini hatırlatır.

Sonuç itibarıyla, mevcut başvuruda tespit edilecek tazminat miktarı bahse konu müdahalenin sonuçlarını tümüyle ortadan kaldıracak nitelikte olmayacaktır. Başka bir ifadeyle söz konusu dava koşulları net bir maddi tazminatın belirlenmesine olanak tanımamaktadır. Uğranılan zarar, telafisi için gerekli meblağların hesaplanmasını olanaksız kılan, özü itibarıyla sonucu şüpheli bir yapıdadır.

AİHM hakkaniyete uygun bir tazminatın belirlenmesinde başvuranın taşınmazından yararlanmasının olanaksız hale geldiği 2002 yılını dikkate almaktadır.

AİHM makul çıkış noktasının taşınmazın o dönemdeki olası değerini karşılaması gerektiğine itibar etmekte, başvuran tarafından arazinin güncel veya güncelleştirilmiş haline ilişkin öne sürdüğü göreceli tahminleri de bertaraf etmektedir.

Taşınmazın değerinin tespitinde AİHM dosyada sunulan bilirkişi incelemesi sonuçlarından yararlanacağını ifade etmektedir.

AİHM taşınmazın değeri bir kez tespit edildiğinde, diğer unsurların yokluğunda, taşınmazdan istifade edilemeyen dönemden ileri gelen zararın ilgili bütün dönem için taşınmazın değerine karşılık gelecek şekilde ödenecek yasal faiz oranıyla giderileceği kanısındadır.

AİHM, yukarıda dile getirilenler ışığında, AİHS'nin 41. maddesi gereğince başvurana hakkaniyete uygun olarak maddi tazminat ödenmesini kararlaştırmaktadır.

B. Manevi tazminat

Başvuran yasal faiz oranıyla birlikte manevi tazminat da talep etmiştir.

AİHM davanın koşulları dikkate alındığında AİHS'nin ihlali sonucunda sözü edilen dava süreçteki belirsizlik nedeniyle başvuranın manevi açıdan belirli bir ölçüde haksızlığa uğradığını kabul etmektedir ve hakkaniyete uygun olarak bir miktar manevi tazminat ödenmesini uygun görmektedir.

2- Ziya Çevik/Türkiye Davası (Başvuru No: 19145/08)¹⁷

Ziya Çevik adlı şahsa ait Ankara ili, Çankaya ilçesinde bulunan gayrimenkulü 1973 tasdik tarihli imar planında çocuk parkı (oyun alanı) olarak belirlenmiş ve tapuya şerh edilmiştir.

2005 yılına kadar plan değiştirilerek yapılaşma imkânı getirilmediği gibi taşınmaz kamulaştırılarak bedeli de verilmediğinden Adli Yargı'da tazminat davası açılmış; ancak araziye fiilen el konulmadığından dava reddedilmiştir.

2009 yılında taşınmazın sahibi, ya imar izni verilmesi ya da kamulaştırma yapılması istemiyle yaptığı başvurular da idarece reddedilmiştir. İdare kamulaştırmamaya bütçe yetersizliğini gerekçe göstermiştir.

Bu nedenlerle malik, AIHM ne başvurması üzerine Mahkeme, vermiş olduğu kararda şu hususlara değinmektedir:

- Belediyelerce (idarelerce) yapılan (5 yıllık) imar planları kabul edilmesine rağmen uygulanmadığı hallerde, mağdur olanların tazminat alabilmeleri için Türk Hukukunda hiçbir düzenlemenin bulunmadığı;
- Olayda 30 yıldan fazla bir süre geçmesine rağmen taşınmazın kamulaştırılmaması ve sahibine imar izni verilmemesi, taşınmazın kullanılabilirliğini kısıtladığını, bu durumun mülkiyet hakkından yararlanmanın önünde engel teşkil ettiğini ve taşınmazın değerini önemli ölçüde azalttığını;
- Bunun da, kamu yararı ile mülkiyet hakkı arasında gözetilmesi gereken adil dengeyi bozmuş ve malik üzerine orantısız bir yük bindirdiği sonucuna varılmıştır.

Türkiye'de de yüksek mahkemelerin benzer yönde kararlar vermeye başladıklarını görmekteyiz.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, taşınmaz 18.04.1978 tarihli 1/5000 ölçekli nazım ve 26.05.1992 tarihli 1/1000 ölçekli uygulama imar planında ilkokul alanı iken

¹⁷

Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü İnsan Hakları Daire Başkanlığı tarafından 15-17 Kasım 2011 tarihinde yapılan AIHM nin Türkiye Kararları ... konulu konferans bildirgesinden özetlenerek alıntı yapılmıştır. (M. S. Çelik)

1/5000 ölçekli 16.04.2005 onay tarihli planda da Temel Eğitim alanına ayrılmış olması nedeniyle açılan bir tazminat davasında;

Dava tarihine kadar yirmi yılı geçen süreç içerisinde imar planının fiilen hayata geçirilememesi nedeniyle kamulaştırma ya da takas cihetine gitmeyen idarece, işlem tesis edilmemek suretiyle taşınmaza müdahale edildiği; bu haliyle idarenin eyleminin, mülkiyet hakkının özüne dokunan ve onu ortadan kaldıran bir niteliğe sahip bulunan kamulaştırmaz el koyma olgusunun varlığı için yeterli bulunduğu, bu itibarla, kamulaştırmaz el koyma olgusunun varlığının doğal sonucu olarak da, idarenin hukuka aykırı eylemiyle mülkiyet hakkı engellenen taşınmaz mal sahibinin, dava yoluyla kamulaştırmaz el koyma hükümleri doğrultusunda mülkiyetin bedele çevrilmesini idareden isteyebileceğine karar vermiştir.¹⁸

Nitekim Danıştay Altıncı Dairesi, içtihat değişikliğine gitmiş ve imar planında sosyal donatı alanında kalan taşınmazların, imar programına alınması veya kamulaştırılması istemli başvuruların reddi yolunda tesisi edilen işlemlerin iptali istemiyle açılan davaların esastan incelenerek, hukuka aykırılığının saptanması halinde iptali gerektiği yönünde karar vermektedir.

Danıştay örnek bir kararında, imar planı yapıldığı tarihten itibaren dört yıl geçmesine rağmen ağaçlandıracak alanda kalan taşınmazın kamulaştırılmamış olması nedeniyle bu yönde işlem tesis edilmesi istemiyle yapılan başvurunun reddedilmesinin hukuka aykırı olduğu sonucuna varılmıştır.¹⁹

Bu içtihat değişikliğinden sonra parselasyon yapılması istemli başvuruların reddine dair işlemlere karşı açılan iptal veya tazminat talepli davalarda verilen idare mahkemesi kararları henüz temyizen incelenmediğinden; Dairenin bu konuda yeni bir kararı bulunmamakla beraber içtihadının imar programı veya kamulaştırma meselesinde benimsediği içtihat doğrultusunda olacağı tahmin edilmektedir.

Bütün bu açıklamalar gösteriyor ki asıl harekete geçmesi gereken idari mercilerdir. Tabii idareyi harekete geçirecek yasal düzenlemelerin de yapılması bu işi çözmede etkili olacaktır.

¹⁸ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 15.12.2010 günlü, E:2010/5-662, K:2010/651 sayılı kararı
¹⁹ D.6.D. 14.09.2011 günlü, E:2009/3923, K:2011/3186

Anayasa mahkemesi kararında da belirtilen doğrultuda mevcut boşluğun yargı kararlarıyla doldurulması da mümkün olabilir. Ama daha kesin bir yöntem ise meselenin yasal bir düzenleme ile çözülmesidir.

3- Yasal düzenlemeler

Yargı kararlarıyla, sadece uyuşmazlık çıkan konularda karar alınıyor olması, aynı zamanda yukarıda da değinildiği üzere genel itibariyle idareleri işlem yapmaya zorlayacak tarzda kararlarla çözüm bulunmaya çalışılması karşısında, bu konuda bütün şahıslara eşit uygulama yapma imkânını sağlayacak ve temel hakları ihlal etmeyi önleyecek en etkin yolun yasal düzenlemeler vasıtasıyla idareleri harekete geçirmek olduğu anlaşılmaktadır.

Bu sonuca varmak için başta yürürlükteki yasal hükümlerin yetersiz olduğunu belirtmek gerekir. Bu cümleden hareketle;

Yeni yasal düzenlemenin gerekliliğini ortaya koyan sebepleri şöyle özetlemek mümkündür;

Öncelikle şunu belirtmekte yarar var; hukuk devletinin temel ilkelerinden biri “belirlilik”tir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup birey, yasadan, belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal sonucun bağlandığını bilmelidir. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, ilgili kişilerin mevcut şartlar altında belirli bir işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini makul bir düzeyde öngörmelerini mümkün kılacak şekilde düzenlenmiş olmasını gerektirir. “Öngörülebilirlik şartı” olarak da nitelendirilen bu ilkeye göre yasanın uygulanmasında takdirin kapsamı ve uygulama yönteminin bilinebilir olmasını ifade eder. Belirlilik, kişilerin hukuk güvenliğini korumakla birlikte idarede de istikrarı sağlayacağı gibi aynı durumda olanlara eşit uygulamayı beraberinde getireceğinden keyfiliği de önleyecektir.

Yukarıda değindiğimiz dava örneklerinden de anlaşılacağı üzere bu konuda yasal bir belirsizliğin olduğu açıktır. Şöyle ki;

a) İmar planları 25–30 belki daha fazla yıllık perspektiflerle hazırlandığından, her tür ve ölçekteki planın tümünün aynı zamanda uygulanmasına ihtiyaç olmadığı gibi özellikle yerleşme alanlarından uzaklaştıkça uygulanma ihtiyacının azaldığını

hatta ortadan kalktığını belirtmek mümkündür. Diğer bir yönüyle bakıldığında, planın esnekliği gereğince planın değiştirilme zorunluluğunun ortaya çıktığı durumlarda kullanım amacının değiştirilmesinin güncel ihtiyaçlara ve bu yolla kamu yararına daha uygun olacağını söylemek de mümkündür.

Bu itibarla, bir yandan planlamanın yapılması kamu yararı açısından bir zorunluluk olduğunun kabul edilmesi, diğer yandan yapılan her tür planın hemen uygulanmasının akılcı olmayabileceği göz önüne alınarak bir usul ve sıralama dairesinde planların uygulamaya konulmasını benimsemek gerekir. Bu bağlamda özellikle uygulama imar planı ile üst ölçekli planların farklı değerlendirilmesi, üst ölçekli planı olsa bile henüz uygulama imar planı olmayan yerlerde imar uygulamalarının yapılmasının alt ölçekli plan yapılıncaya kadar geri bırakılması gerekir. Ve bu kapsamda idarelere de yetki verilmesi gerekir. Oysa mevcut 3194 sayılı İmar Kanunu'nda böyle bir ayırım yapılmaksızın hem nazım imar planı hem de uygulama imar planını tanımlayan bir kavram olan imar planının yürürlüğe girmesinden sonra 3 ay içinde programın yapılarak uygulamanın yapılmasını zorunlu kılmaktadır.

b) Mer'i mevzuatta plan yapma konusunda genel yetkili idareler belediye ve il özel idareleri olmasına rağmen, 3194 sayılı İmar Kanununun 10. maddesinde imar programı yapmada sadece belediyelere yükümlülük yüklendiğini görmekteyiz. Böylece imar bakımından belediyelerin kontrolünde olmayan yerlere ilişkin imar planlarının uygulama programlarını yapma hususunda yasal boşluk söz konusudur.

c) İmar programının uygulamaya konulmasının en önemli safhası olan arsa ve arazi düzenleme işlemlerinin tamamlanmasının zorunluluğu ile süresi düzenlenmemiştir. Bu eksiklik nedeniyle uygulamada ifraz (ayırma) ve tevhit (birleştirme) uygulamaları veya belli oranlarda yola bedelsiz terkler yapılarak inşaat yapılmakta, bunun sonucunda da planın uygulamaya konulmasının güçleştiğini görmekteyiz.

d) Arsa ve arazi düzenleme işlemleri tamamlanmış olan yerler veya fiilen bu işlemleri yapma imkânı kalmamış olan bölgeler veyahut plan değişikliği nedeniyle umumi hizmetlere ayrılan alanların oluşması ya da daha önce yargıya intikal etmiş ve idari işlem niteliğinde yargı kararı verilemeyeceği gerekçesiyle dava reddedilmiş olması

hallerinde nasıl bir yöntemin benimseneceği hususunda ayrı bir düzenleme bulunmamaktadır.

e) Son olarak görevli ve yetkili idarelerin imar planları kapsamındaki yükümlülüklerini hiç veya zamanında yerine getirmemeleri halinde yaptırımı düzenleyen bir kanuni hüküm bulunmamaktadır. Böyle bir durumda gündeme gelebilecek tazminat davalarında da somut zararın ispatının çok zor olması karşısında tatmin edici bir neticenin alınması mümkün gözükmemektedir.

Yukarıda da belirtildiği gibi kısıtlılık hali karşısında, mülkiyet hakkının nasıl korunacağı sorununu çözmeye en etkili yolun yasal bir düzenleme olduğu ortaya çıkmaktadır.

Bu konuda yapılacak düzenlemede, öncelikle imar planı ile belirlenen kullanım kararlarının uygulanmasındaki belirsizliğin kaldırılması gerekmektedir. Bu belirsizlik planın ne kadarlık kısmının uygulanacağı ve hangi sürede uygulanacağından kaynaklanmaktadır. Diğer bir husus da idareyi bu planı uygulamaya zorlayacak yaptırımlar öngörülmalıdır. Ancak yaptırımlar öngörülürken bir taraftan da kamu kurumlarının karşılaşacağı mali külfetler konusunda da gerekli olanaklar sağlanarak planın tamamen uygulanmasında kolaylık sağlayıcı tedbirler alınmalıdır.

Bayındırlık ve İskân Bakanlığınca Mayıs-2005 tarihinde hazırlanan imar kanunu tasarısı taslağında kısıtlılık halinin nasıl giderileceğine ilişkin düzenlemeler yapılmıştır.

Bu tasarı taslağına göre, idareler uygulama imar planlarının kabulü sonrasında dört ay içerisinde bütün planın uygulanmasını sağlayacak şekilde imar programı hazırlar ve 3 yıl içerisinde bütün parsellasyonların yapılması ve kamu hizmetine ayrılan taşınmazların kamu eline geçirilmesi zorunludur. Kamulaştırmalar bu sürede yapılır, gerekli ödenek bütçeye konulur. Bu süre içerisinde kamulaştırma yapılmaması halinde taşınmaz malikleri tarafından tazminat talep etme hakkı doğar. Aynı zamanda imar programına alınan taşınmazların emlak vergisi ödemeleri durdurulur.

Görüldüğü üzere söz konusu taslakta bu konuda sorun teşkil eden hususlar ele alınarak çözüm yolu sunulmuştur.

Yasalaşması ve uygulanması halinde mülkiyet hakkı ihlalden kaynaklanan tazminat davalarının önüne geçileceği ve her şeyden önce kişilerin mülkiyet haklarının korunmasına yönelik bir düzenleme olacağı kuşkusuzdur.

Sertifika düzenlenmesi

Kısıtlılık hali mevcut taşınmazların kamulaştırma maliyetleri konusunda yerel yönetimlere yardımcı olarak 2863 sayılı Kanun uyarınca sit alanı olarak belirlenen bölgelerde kalan taşınmazlar için uygulanmış olan (2009 yılı itibariyle bu uygulama kaldırılmıştır.) 4706 sayılı Kanun uyarınca taşınmaz bedeli karşılığında sertifika düzenlenmesi müessesesine benzer bir uygulamadan yararlanılabilir. Bu sertifika ile sit alanı belirlenene kısıtlılık hali mevcut taşınmazlar için taşınmazın rayiç bedeli karşılığında sertifika düzenlenmekteydi. Bu sertifika ile bazı ayrıcalıklar taşınmakta, örneğin sertifika kamu ihalelerinde kullanılabilir. Aynı husus yerel yönetimler için de öngörülebilir. Planlamada kısıtlılık hali mevcut olan taşınmazlara yönelik olarak düzenleme yetkisi tanınabilir. Bu durum özellikle taşınmazda yapılaşma bulunması halinde çözüm adına idarelere kolaylık sağlayacaktır.

Yine Bakanlıkça hazırlanan taslakta bu konuya yönelik olarak belediyelere ve il özel idarelerine menkul değer çıkarma yetkisi verilmesi öngörülmüştür. Taslağın 26. maddesinde “İdare, geliri teknik altyapı ve sosyal donatı projelerinde kullanılmak üzere, kaynakları ve düzenli gelirleri karşılığında değerli kağıt çıkarabilir.

Bu maddenin uygulanmasına dair usul ve esaslar Bakanlık görüşü alınarak Maliye Bakanlığı'nca yayımlanacak Yönetmelikle belirlenir.” hükmü yer almaktadır.

Yine belediye ve il özel idareleri için bu müesseseden yararlanma yolunun açılması maliyetlerin karşılanmasını kolaylaştıracak ve planların en kısa sürede uygulamaya geçirilmesini sağlayacaktır. Örneğin okul alanı olan bir bölgede yer alan taşınmazlara yönelik olarak Milli Eğitim Bakanlığınca veya sağlık tesisi öngörülen bir bölgede yer alan taşınmazlara yönelik olarak Sağlık Bakanlığınca ya da her türlü devlet tüzel kişiliği adına Maliye Bakanlığı tarafından sertifika uygulaması yapılabilir.

Ancak burada sertifikanın daha işlevsel hale getirilmesi sağlanmalıdır. Sertifika sahibi kişiler bu sertifikayı birçok alanda rahat bir şekilde kullanabilmelidirler. Her türlü kamuya yapılacak ödemeler gözden geçirilerek bu işlevsellik kapsamlı bir şekilde sağlanmalıdır.

Takas imkânı

Yine kısıtlılık hali oluşan taşınmazların kamu taşınmazlarıyla takas imkanı sağlanabilir. Bu konuda mevzuatımızda dayanaklarımız da mevcuttur. Bu yolun aktif bir şekilde kullanımını sağlayacak mevzuat düzenlemeleri yapılabilir.

Sonuç olarak kısıtlılık hali mevcut imar hukukumuzda kişilere yönelik olarak oluşturduğu zararlar açısından en acil çözüm bekleyen sorunlarımızdandır. Her planlama bölgesinde birçok taşınmaz maliki bu sorunla karşı karşıyadır. Ve mülkiyet hakkı ihlal edilmektedir. Bu konuda taşınmaz maliklerinin yukarıda da belirtildiği üzere AİHM yoluna başvurmaları halinde sonuçları açısından ciddi tazminat kayıpları ortaya çıkacaktır. Bu anlamda sorun daha da büyümeden yasal çözümler üretilmelidir. Yasal düzenlemenin diğer bir gerekliliği de planlamanın belediye ve il özel idarelerin keyfi uygulamalarına bırakılması sonucunda yıllar geçmesine rağmen uygulanmayan plan kararlarına neden olunmasıdır. Bu da yaşanabilir bir çevre ve kent yaşamının, doğru planlamayla kalkınmış bir şehir beklentisinin karşılanamamasını beraberinde getirmektedir. Bu anlamda daha gerçekçi uygulanabilir planlar öngörmek ve en kısa sürede uygulanmasını sağlamak adına gerekli yasal düzenlemelerin gerçekleştirilmesi ülkemiz imar hukukunun öncelikli bir ihtiyacıdır.

Plan değişikliği sonucunda kısıtlılığın oluşması

Buraya kadar aktardığımız çözümler normal bir planlama ve parselasyon sürecinin işleme ile rahat uygulanabilecek çözümlerdir. Ancak bir de imar planlarının değişkenlik göstermeleri, plan değişikliği ile kısıtlılık halinin oluşması da söz konusu olabilir. Tabii bu durumda çözümler daha karmaşık bir hal alacaktır. Plan değişikliği yapılan taşınmazlarda yapılaşma bulunması kamulaştırma maliyetlerini arttıracığından işin çözümünü zorlaştıracaktır. Diğer taraftan daha önce taşınmazı kapsayan alanda parselasyon yapılmış olması, düzenleme ortaklık payı alımını da kanun gereği ortadan kaldıracaktır.

Böyle bir durumda sorunun çözümü adına öncelikle plan değişikliklerini belirli şartlara bağlamak gerekir. Tabii ki bu plan değişikliği yapılmasını engelleyecek mahiyette olmamalıdır. Planlamada esneklik ilkesi gereği zamanla mevcut ihtiyaçların karşılanamaması sonucunda plan değişikliğine gidilebilir. Ancak bu değişiklik gereği oluşacak kısıtlılık alanına yönelik olarak kesin bir süre öngörülerek ilgili kamu

idarelerince kamulaştırılması zorunluluğu getirilmelidir. Plan değişikliği sonrasında kanunen öngörülecek sürede kamulaştırma yapılmaması halinde yine yaptırımlar öngörölmelidir.

Sonuç Olarak

Kamu yararı düşünceyle taşınmazın amme hizmetine özgülenmesi devam ederken kamulaştırma yapılmaması ve bu durumun makul bir süreyi aşması, örneğin malikin yaşamı boyunca sürmesi halinde, mülkiyet hakkının sahibine tanıdığı kullanma, yararlanma ve tasarruf etme-tüketme haklarından bir bütün olarak istifade edememe sonucunu doğurur ki bu da bireysel yararın, kamu yararı karşısında yok sayılması, kamu yararına feda edilmesiyle eşdeğerde olduğu söylene abartı yapılmış olmaz.

Öte yandan, üst norm olan yürürlükteki 1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında, mülkiyet hakkı temel hak ve hürriyetler arasında sayılmış, ancak kamu yararı amacıyla sınırlandırılabilceği ve bu sınırlamanın da bazı koşullara bağlı olduğu kabul edilmiştir. Yani sınırlamanın da sınırları olduğu vurgulanmıştır. Bunu da, iki ilkeyle özetlemek mümkündür. Bu iki ilkenin ilki, hakkın özüne dokunmama, ikincisi ise, ölçölölüktür.