

KAMULAŞTIRMASIZ HUKUKİ EL ATMA KAVRAMININ İNCELENMESİ VE MUHTEMEL ÇÖZÜM YAKLAŞIMLARININ GELİŞTİRİLMESİ

Investigation of Disappling Zoning Plan comes from Legal Confiscating without Expropriating and Developing the Possible Solutions for Them

Doç. Dr. Yakup Emre ÇORUHLU* - Prof. Dr. Bayram UZUN
Dr. Öğr. Üyesi Okan YILDIZ*****

Geliş Tarihi: 12.12.2018 Kabul Tarihi: 01.07.2019

ÖZET

Kamulaştırmaz el atma kavramı Türk Hukuk Sistemi'ne 1956'da girmiştir. 1983 tarihli Kamulaştırma Kanunu'nun 38.maddesi ile düzenlenmiş tek kamulaştırmaz el atmaya dayanak yasa metni, 2003'de Anayasa Mahkemesi kararıyla iptal edilmiştir. Buna karşın, kamulaştırmaz el koyma sebebiyle tazmin ifadesi kamulaştırma kanununa eklenerek yasal kimlik kazanmıştır. Ayrıca bu olgunun varlığı 2026 tarihine kadar da ötelenmiştir. Daha sonraki düzenleme ile bu tarih sınırlaması da kaldırılmıştır. Yani kamulaştırmaz el atmanın ilerleyen yıllarda devam etmesi hukuki bir kimlik kazanmıştır. Ardından, 6475 sayılı Yasa ile kamulaştırmaz hukuki el atma davalarında 07.09.2021'e kadar hüküm vermek hukuken imkânsız hale gelmiştir. Anayasa Mahkemesi, bu kanun maddesini Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesi ile iptal etmiştir. Şu anda hukuki el atmaya ilişkin dava açmak için yasal bir engel kalmamıştır. Bunun yanında, hukuki el atmaya ilişkin bazı kavram yanlışları da mevcuttur. Bazı parseller; sit alanı, jeolojik sakıncalı alan, tarımsal niteliği korunacak alan sınırları içinde kalabilir.

ABSTRACT

The term of "Legal Confiscating without Expropriating" was first introduced to the Turkish Legal System in 1956. The legal text of "Legal Confiscating without Expropriating", regulated by Article 38 of Expropriation Law in 1983, was cancelled by the Constitutional Court in 2003. However, the term compensation for "Legal Confiscating without Expropriating" was added to the expropriation law, so this term gained legal statue. In addition, the existence of this phenomenon was postponed till 2026. This date limitation was also abolished by the later amendment. In other words, it has become legal for the following years. Because of subsequent law numbered 6475, it was legally impossible to give a court decision for Legal Confiscating without Expropriation until 7 September 2021. The Constitutional Court cancelled this article on the ground that it was against the Turkish Constitution. Therefore, there is no barriers to go to court assertion with about "Legal Confiscating without Expropriating" since that time. In addition, there are some misconceptions about the topic. Some parcels are located in the border of natural or artificial site area, geological objectionable area or agricultural protected area.

* Karadeniz Teknik Üniversitesi Harita Mühendisliği Bölümü Kamu Ölçmeleri(Arazi Yönetimi) ABD, KTÜ Fen Bilimleri Enstitüsü Taşınmaz Değerleme & Geliştirme ABD, Trabzon, yecoruhlu@ktu.edu.tr, Sorumlu Yazar, ORCID ID: 0000-0002-8673-603X

** Karadeniz Teknik Üniversitesi Harita Mühendisliği Bölümü Kamu Ölçmeleri(Arazi Yönetimi) ABD, KTÜ Fen Bilimleri Enstitüsü Taşınmaz Değerleme & Geliştirme ABD, Trabzon, buzun@ktu.edu.tr, ORCID ID: 0000-0001-6492-6820

*** Karadeniz Teknik Üniversitesi Harita Mühendisliği Bölümü Kamu Ölçmeleri(Arazi Yönetimi) ABD, KTÜ Fen Bilimleri Enstitüsü Taşınmaz Değerleme & Geliştirme ABD, Trabzon, okan.yildiz@ktu.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-7664-5361

Bu tip parseller, buldukları konum veya özellikleri nedeniyle imar planında DOP/KOP donatılarına tahsis edilebilir. Bu durumda hukuki el atma varlığından söz etmek pek mümkün gözükmemektedir. Bu konuda uygulamada bazı yanlış uygulamalar ve kavram yanlışları da mevcuttur. Ayrıca, hukuki el atmanın olduğu alanlarda da bir takım önlemlerin alınması elzemdir. Uygulama imar planı olan alanlarda ivedi olarak arsa ve arazi düzenlemelerinin re'sen yapılması en kalıcı çözüm olarak bilinmektedir. Konuya ilişkin daha geniş perspektifli kalıcı çözümler getirmek de gerekmektedir. Aksi takdirde, kamu kurumları ciddi maddi yükler altında kalacaktır. DOP/KOP donatısına isabet eden kadastro parsellerine, sit sertifikası benzeri imar hakkı verilmesi veya plandaki tüm kadastro parsellerine 12,5 metreye kadar yapılaşma hakkı verilmesi ve imar hakkı transferi sisteminin geliştirilmesi önerilerin bir tanesidir. Bu konuda araştırma yapacak araştırmacılara, alternatif yöntemlerin geliştirilmesi ve uygulanması adına uygulama ve hukuki araçları içeren alanlarda çalışma yapmaları önerilmektedir.

Due to their location or features, these type of parcels can be allocated to public areas such as park, road, green area, school area etc. in zoning plan. In this case, it is not possible to put up with an idea about the existence of "Legal Confiscating without Expropriating". There are also some wrong implementations and misconceptions. In addition, it is essential to take some measures in areas where there is "Legal Confiscating without Expropriating". Land Readjustment is legally known known as the most permanent solution for "Legal Confiscating without Expropriating" in case of being zoning plan in such areas. It is also necessary to bring permanent solutions with a wider perspective to the subject. Otherwise, public institutions will be subject to substantial financial burdens. It should be discussed to put into practice some solutions for those parcels in public areas in zoning plan, such as granting up to construction right to all cadastral parcels up to 12,5 metre in height, and granting up some right just like abolished "Natural Site Certificate" and also development of zoning right transfer system. It is recommended that those researchers, who want to study in these type of areas, should be taken practice and legal instruments into account in the name of development and implementation of alternative methods.

Anahtar kelimeler: Mülkiyet hakkı, kamulaştırma, hukuki el atma, uygulama imar planı

Keywords: land ownership, expropriation, legal confiscating without expropriation, zoning plan

GİRİŞ

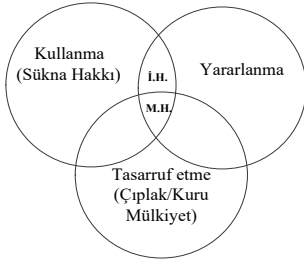
Türk Dil Kurumu mülkiyeti; "sahiplik" olarak, sahipliği de "kendisinin olan bir şeyi yasa çerçevesinde istediği gibi kullanabilme hakkı, iyelik" olarak tanımlar¹. Bir başka tanımda mülkiyet; hem bir şeyin kendisini, hem de o şeyin üzerindeki hak ve sorumlulukları anlatmakta kullanılır². Mülkiyet; elinde bulunduranın özelliğine göre özel ve kamu mülkiyeti olmak üzere ikiye ayrılmaktadır³. Ayrıca mülkiyet hakkı Anayasası'nın 35. Maddesi ve Türk Medeni Kanunu'nun 683.

¹ URL-1, Güncel Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu, Resmi İnternet Sitesi, <http://www.tdk.gov.tr>. 02.01.2018.

² Leonard, R. ve Longbottom, J., 2000. Land Tenure Lexicon, A Glossary of Terms from English and French Speaking West Africa, International Institute for Environment and Development, London, 75s.

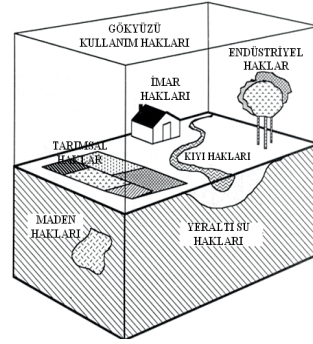
³ Bruce, J. W., 1998. Tenure Brief, Review of Tenure Terminology, Land Tenure Center, An Institute for Research and Education on Social Structure, Rural Institutions, Resource Use, and Development, University of Wisconsin, 8 pages,, Madison.

Maddesi ile güvence altına alınmıştır. Diğer taraftan uluslararası hukuk^{4,5} mülkiyet hakkını temel insan hakkı olarak dikkate almıştır. Sınırsız bir aynı hak olan ve anayasal normlara göre sadece kamu yararı ile kısıtlanabilen⁶ mülkiyet hakkı; sahibine “kullanma”, “yararlanma” ve dilediği gibi “tasarruf etme” yetkilerinin hepsini birden verir. Şekil 1’de sunulan bu üç yetkiden bir veya ikisini birden elinde bulunduran kişi, sınırlı aynı hak (intifa, sükna vb.) sahibi olarak ifade edilir.



Mülkiyet Hakkı: M.H.
Intifa Hakkı: I.H.

Şekil 1. Mülkiyet Hakkının Bileşenleri



Şekil 2. Mülkiyet Hakkının Boyutu¹

Mülkiyet hakkının, kadastro yoluyla, sınırlandırılması sonucu oluşan taşınmaz mallar (teknik olarak kadastro parseli) kadastro haritasında iki boyutlu olarak gösterilmektedir. Oysa gerçekte, taşınmaz mal mülkiyeti şekil 2 ile gösterildiği üzere üç boyutlu bir kavramdır. İlk olarak Dale ve McLaughlin tarafından 1988⁷ yılında ortaya atılan, Uluslararası Haritacılar Birliği (FIG) tarafından benimsenen bu kavram arazi nesnesi (land object) olarak ifade edilir. Buna göre mülkiyet hakkı, şekil 1 ve 2’de sunulan, 3 boyutlu kübik bölgede, medeni kanunda tanımlanan kullanma-yararlanma-tasarrufta bulunma yetkisinin kullanılmasıdır⁸. Mülkiyet hakkı hukuk düzeninin eşya üzerinde kurulmasına izin verdiği en geniş, en kapsamlı, en mutlak bir hâkimiyet hakkıdır⁹. Mülkiyet hakkı “Hak” kavramsal modelinde sınırsız aynı hak olarak tanımlanmaktadır (Şekil 3). Ancak sınırsız bir aynı hak olmasına

⁴ URL-2, Universal Declaration of Human Rights, All Human Rights for All, Fiftieth Anniversary of the Universal Declaration of Human Rights (1948-1998), <http://www.un.org>. 05.01.2018.

⁵ URL-3, Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Council of Europe, Registry of the European Court of Human Rights, Rome, 39s. 04.01.2018.

⁶ Ayaydın Cem, 1982 Anayasası Çerçevesinde Kamu Yararı Kavramı ve Anayasa Mahkemesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Kasım 2010.

⁷ Dale, P. ve McLaughlin, J. D., 1988, *Land Information Management*, Clarendon Press, Oxford.

⁸ Çoruhlu Y.E., Demir O., Yıldız O., «3B Kadaströ Nesnesi: Hava Hakkı ve Kat Mülkiyetine Yönelik Gelişim Süreci Analizi», Ankara Barosu Dergisi, cilt.73, ss.397-420, 2015

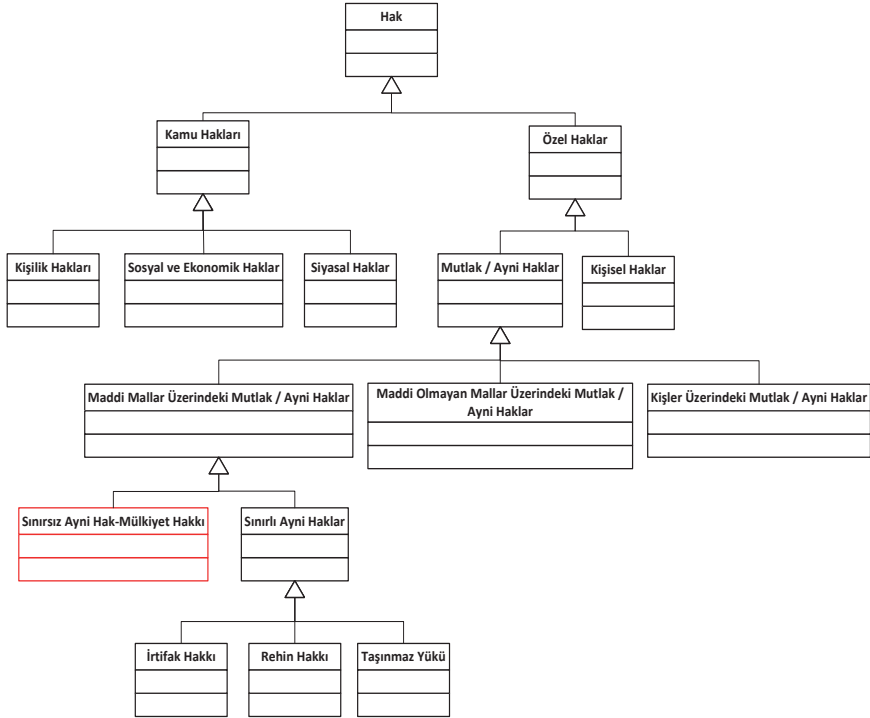
⁹ Eren F., 2012. Mülkiyet Hukuku, Yetkin Yayınları, 2. Baskı, Sayfa.4, Ankara

rağmen, Anayasa ve Medeni Kanun hükümleri doğrultusunda, malikine bazı sorumluluklar ve ödevler yüklenmiştir. Malik, eşya üzerinde dilediği gibi tasarruf edebilme imkânına sahiptir. Aktif yetki olarak bilinen bu yetki ile malik eşya üzerinde, yasaların öngördüğü biçimde olmak üzere, dilediği gibi tasarruf eder.

Mülkiyet hakkının sınırlanması konusunda ise üç önemli ilke bulunmaktadır.

- Mülkiyet hakkının kullanılmasının toplum yararına aykırı olmaması,
- Bu hakkın kullanılmasında dürüstlük kurallarına uyma zorunluluğu,
- Özel kanunların getirdiği diğer sınırlayıcı hükümler (3194, 2863 vb.).

Şekil 3. Hak kavramı ve Mülkiyet Hakkının Sınıfsal Gösterimi



Yasalar mülkiyet hakkını koruma altına almak için malike bazı yetkiler tanımıştır ki bunlara koruyucu yetkiler denir. Bu yetkiler malike istihkak davası, müdahalenin men'i gibi davalar açma imkânı verir. Bu davalar aynî niteliktedir ve zamanaşımına uğramazlar¹⁰. Normlar Hiyerarşisini benimseyen ülkemizde günümüzde taraf olduğu yazılı hukuk kurallarına uygun olarak mülkiyet ve kamu yararı ilişkisine dayalı iş ve işlemleri yürütülmektedir.

Yürütme organı temsilcilerinin (Merkezi İdareler, Belediye, Özel İdare vs.) faaliyetlerinde kuşkusuz hukuk kurallarına uygunluk ve kazanılmış haklara saygı esastır. Bu ilke, hukukun genel ilkeleri ve hukuk devleti kavramı içerisinde yer alır¹¹. Toplumsal yarar gözetilerek alınan idari karar ve eylemlerle, kişilerin mülkiyet hakkının kullanılmasına engel olmak malike ölçüsüz şekilde ödev yüklenmesi anlamına gelir. Zira ödevin haktan fazla olması, mülkiyetin niteliğine, tarifine ve tarihi gelişimine aykırıdır¹². Nitekim Avrupa Adalet Divanı 1 nolu Ek Sözleşmenin 1. maddesinin ihlaline ilişkin davalarda karar verilirken, önce bu bölüm kapsamına giren bir mülkiyet hakkının (bir mal ve mülkün) mevcut olup olmadığı, daha sonra mülkiyete bir müdahalenin gerçekleşip gerçekleşmediği ve son adım da bu müdahalenin hukuka uygunluğu incelenmektedir¹³. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kamulaştırmaz el atma iddiasının olduğu bir davada öncelikle müdahalenin varlığını tespit eder. Daha sonra da bu müdahalenin meşruiyetini inceler. Eğer müdahalenin meşru olmadığını tespit ederse mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar verebilmektedir¹⁴.

Kamu Yararı ve Kamulaştırma

Bilindiği gibi mülkiyet hakkı kamu yararı ile kısıtlanabilmekte, hatta tazminat karşılığında ortadan kaldırılabilmektedir. Bunun yöntemlerinden biri kamulaştırmadır. Kamulaştırma kelimesinin sözlük anlamı; istimlâk, kamu yararı gözetilerek şahsa ait taşınmazların belli bir proje amacına göre yol, okul, hastane ve bunun gibi kamunun ortak kullanımı ihtiyacına hizmet verme

¹⁰ URL-4, 2018. Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü, Tapu Sicili Uygulamaları, Ankara, 113s. https://www.google.com.tr/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjCwLrSr77YAhVBoBQKHUXKAccQFggpMAA&url=https%3A%2F%2Ftkgm.gov.tr%2Fsites%2Fdefault%2Ffiles%2Ficerik%2Ftapu_sicili_uygulamari_2014_0.pdf&usg=AOvVaw2hKo8Co1 AOiVbStn_slcOe

¹¹ Başpınar Veysel, Mülkiyet Hakkını İhlal Eden Müdahaleler, Syf 101.

¹² Tezcan, M. 2013. Arkeolojik Sit Alanlarında Kamulaştırmaz El Atma, Ankara Barosu Dergisi, 2013/2, s.402.

¹³ Sever, Ö. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Kamulaştırmaz El Atma, Akademik Bakış Dergisi, Sayı: 32 Eylül – Ekim 2012, 1-19.

¹⁴ Yücel, Ö. 2010. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Göre Kamulaştırmaz El Atma. *Adalet Yayınevi, Ankara*.S. 2.

amacıyla ilgili kanun hükümlerinin uygulanması işlemidir^{15,16}. Kamulaştırmanın yapılabilmesi için “*kamu yararı*” bulunması gerekir. Başka bir deyişle, kamulaştırmayı meşrulaştıran durum kamu yararadır. Sıkça kamuoyunun gündemini meşgul eden kamu yararı, mevzuat ve doktrinde tanımı tam olarak yapılmamış, zamana ve mekâna göre içeriği değişebilen bir kavramdır¹⁷. Günümüzde kamu yararı, kesin olarak tanımlanamaz bir hale dönüşmüş, hatta zaman zaman çoğunluğun çıkarlarına uygun düşen bir öneriye¹⁸ kılıf olma özeliğine bürünebilmektedir. Kamu yararı kavramı, “dar ve geniş anlamda kamu yararı”,¹⁹ “hukuki ve siyasi anlamda kamu yararı”²⁰ şeklinde yaklaşıma tabi tutularak içeriği belirlenmeye çalışılmaktadır. Kamu yararı kavramını şu alt başlıklarla sınıflandırmak mümkündür²¹ :

- Genel ve kapsayıcıdır
- Toplum yararı ile uyumludur.
- Kamu hizmeti de kamu yararadır.
- Sınırlama nedenidir.
- Toplum yararadır, üstündür, değişkendir.
- Nesnel ve zorunlu bir neden-sonuç bağı gerektirir.

Kamu yararı; öğretilerde, mevzuatta ve içtihatla bulunduğu yer ve anlam bakımından farklı şekillerde değerlendirilmektedir²². Anayasa’da “...*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir.*” şeklinde bir düzenlemeye sahip olup, “*kamu yararı*” söz konusu olduğunda temel hak ve hürriyetlerin kısıtlanabileceği hükmü mevcuttur. Bu kavramın yargı tarafından açıklanması gerektiğine ilişkin şu ifadeler yer vermiştir²³. Kamu yararı, 1789 Fransız Devriminden sonra “*ortak iyilik*” kavramının yerini almıştır. İngiltere’de “*public interest*” olarak yer bulmuş bir kavramdır. Türk Anayasa Mahkemesi, kamu yararını, “*kişinin ve toplumun huzur ve refahını sağlamak*”²⁴ olarak

¹⁵ URL-1, Güncel Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu, Resmi İnternet Sitesi, <http://www.tdk.gov.tr>. 02.01.2018.

¹⁶ URL-5, Haritacılık Sözlüğü, Harita Genel Komutanlığı Resmi İnternet Sitesi, http://www.hgk.msb.gov.tr/sozluk/turkce_sorgu.asp. 05.01.2018.

¹⁷ Göven, Y. (2015). Kamulaştırma İşlemlerinde “Kamu Yararı”. *Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 1(1), 247-262.

¹⁸ Hayek Fredrich A.: Kanun, Yasama Faaliyeti ve Özgürlük., C.2, Çev. M. Erdoğan, Ankara 1995.

¹⁹ Kutlu M. İdari Bir İşlim Olarak Kamulaştırma ve İptal Davası, Ankara 1992.

²⁰ Nazaroğlu Y., Haşan Ü., Kamulaştırma, Ankara 1975, s.21 vd.; AK1LLIOĞLU, s.4.

²¹ Akıllıoğlu, Tekin, Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler, İHİD, Lütfi DURAN’a Armağan Özel Sayısı, S.1-3, Yıl.9, 1988.

²² Saraç, O. (2002). Kamu yararı kavramı. *Maliye Dergisi*, 139, 1-11.

²³ Gül, İ. (2014). Danıştay Kararlarında Kamu Yararı Kavramı. *Ankara Barosu Dergisi*, 535-550.

²⁴ Tekin A. 1991 “*Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler*”, Amme İdaresi Dergisi, Cilt:24, S:2, 1991, s.11

tanımlaya gelmiştir. Kamu yararı kavramının anayasal yargıda ve akademik ortamda kamu menfaati olarak kullanılması yaygındır. Kamu yararının objektif bir tanımı bulunmamakta, anılan kavram “*zamana ve yere göre farklılık*” göstermektedir²⁵. Çok yönlü ve zaman içinde değişebilen kamu yararı kavramı şöyle de özetlenmiştir²⁶. “...*Kamu yararı kavramı durağan ve içeriği somut bir kavram olmadığından sürekli gelişmekte olan dinamik bir kavramdır.*”

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) ve Kamulaştırma

1987 yılında Türkiye AİHM’e bireysel başvuru hakkını tanımıştır. Bu tarihten sonra insan hakları kavramı önemli aşama kaydetmiştir. 2010 yılında anayasal bireysel başvuru hakkının tanınması bu kapsamda bir öneme sahiptir²⁷.

Bilindiği üzere, mülkiyet hakkının kısıtlanması ile ilgili olarak *Sporrong ve Lönnroth* olayı, AİHM ve ülkemiz yüksek yargı kararlarına dayanak teşkil etmiştir. Bu konu, Adalet Divanı AİHS 1.No Ek Protokolün 1.maddesi çerçevesinde incelenmiş, kamulaştırmazsız el atma ile kamulaştırmanın aynı nitelikte olduğu vurgulanmıştır²⁸.

Başka bir örnek ise Jahn ve Diğerleri olayıdır. Bu örnekte, Doğu Almanya’da 1945 yılında toprak reformu çerçevesinde belirli şartlarda kullanmak üzere kişilere araziler verilmiştir. 1990 da taşınmazlar üzerindeki tüm kısıtlılıklar kaldırılmıştır. Daha sonra taşınmazların, vergi dairelerine bedelsiz devirleri istenmiştir. Bu talebi divana konu eden kişilerin haklarının ihlal edildiği Adalet Divanınca oybirliğiyle karara bağlanmıştır.

Bir başka örnek ise I.R.S. ve diğerleri olayıdır. Bu olayda, resmi bir kamulaştırma yapmaksızın, fiili el atmaya hukuki düzenlemeyle meşruiyet kazandırılmasının, kamulaştırmazsız el atma sayılmasına önemli bir örnek teşkil ettiği bilinmektedir. *Frowein’e göre*, mülkiyete müdahale eden devlet düzenlemelerine karşı sözleşmeden kaynaklanan kapsamlı bir korumanın varlığına dikkat çekmiştir. Kamulaştırmazsız el atma fiili 1. Nolu Ek Protokolünün 1/2. maddesinin kapsamının haricinde tutulması halinde üye devletlerin mülkiyete hukuken müdahalede bulunmaksızın, kullanımı sınırlayan, maliklerin mülkiyet haklarını kullanımlarını fiilen ortadan kaldıracak şekilde idari kararlar

²⁵ Bkn.Lami Bertan Tokuzlu, “*Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü*”, Sibel İnceoğlu (ed.), İnsan hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Ankara, 2013, s,518 Yazar her ne kadar yukarıda alıntı yapılan makalesinde kamu yararı kavramına denk düşen Fransızca “*l’interet general*” kelimesini/karamını kullanmış ise de Fransız İdarî yargılama Kanununun da bu ibare “*l’intérêt public*” olarak kullanılmaktadır. Bkn. “*Code de justice administrative*” <http://legislationline.org/topics/country/30/topic/83>, (Erişim, 14/12/2013).

²⁶ Gül, İ. (2014). Danıştay Kararlarında Kamu Yararı Kavramı. *Ankara Barosu Dergisi*, 535-550.

²⁷ Nalbant, A. 2015. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasal Bireysel Başvuru, Anayasa Yargısı 32 (2015) 423-442

²⁸ Sever, Ö. 2012. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Kamulaştırmazsız El Atma, Akademik Bakış Dergisi, Sayı: 32 Eylül – Ekim 2012, 1-19.

alabilmelerinin yolunun açılması tehlikesinden bahsetmiştir²⁹.

Gelinsky, Fromont's'a göre, sözleşmede sadece normal kamulaştırmanın düzenlendiğinin kabul edilmesi sözleşmenin etkin hukuk koruması sağlaması için uygun olmayacaktır. İdare tarafından hedeflenmiş olsun ya da olmasın, mülkiyet hakkının ihlali tehlikesi ortaya çıktığında Sözleşmenin koruyucu mekanizmasının devreye girmesi gerekir. 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 amacı ise, bireylerin hukuk güvenliğini sağlamasıdır. Genel olarak kamulaştırmasız el atma, idarenin usulüne uygun olarak alınmış bir kamulaştırma kararı olmaksızın ve de geçici işgal koşulları bulunmadığı halde özel mülkiyette bulunan bir taşınmaza el atmasıdır³⁰

Kamulaştırmasız El Atma

Kamulaştırmasız el atma fiili, idarenin -yasal dayanak olmaksızın- taşınmaz üzerinde fiilen tasarrufta bulunması şeklinde olabileceği gibi, bir idari işlemle mülkiyet hakkının tanıdığı yetkilerin kullanılamaması şeklinde de ortaya çıkabilir³¹. Kamulaştırma yetkisine sahip bir idare yasalara aykırı bir şekilde bir kimsenin taşınmaz malına el koyarak³², üzerinde yapı yaparak veya imar planında o taşınmaz malı bir hizmete tahsis ederek mal sahibinin taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkını kısıtlarsa, idare taşınmaz mala kamulaştırmasız el koymuş sayılır³³. El atmanın ortaya çıkabilmesi için bu fiilin kamulaştırma yetkisine sahip bir idare tarafından yapılmasının yanı sıra, sahiplenme kastı ile yapılması, devamlı olması, fiilen veya hukuken yapılmış olması şartlarının da gerçekleşmesi gerekmektedir³⁴.

El atmanın hukuken yapılmasının yöntemlerinden biri de imar planıdır. İmar planı ve kamulaştırma kavramlarını birlikte ele almak gerekmektedir. Zira kamulaştırma planlı alanlarda, planı uygulama araçlarından biridir. İmar planı uygulama yöntemleri zorunlu ve gönüllü olmak üzere sınıflandırılmaktadır (Şekil 4). Gönüllü uygulamalar taşınmaz sahiplerinin talebi ve onayıyla gerçekleştirilirken, zorunlu uygulamalar kamu gücüyle re'sen yapılan uygulamalardır.

²⁹ Sever, Ö. 2012. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Kamulaştırmasız El Atma, Akademik Bakış Dergisi, Sayı: 32 Eylül – Ekim 2012, 1-19.

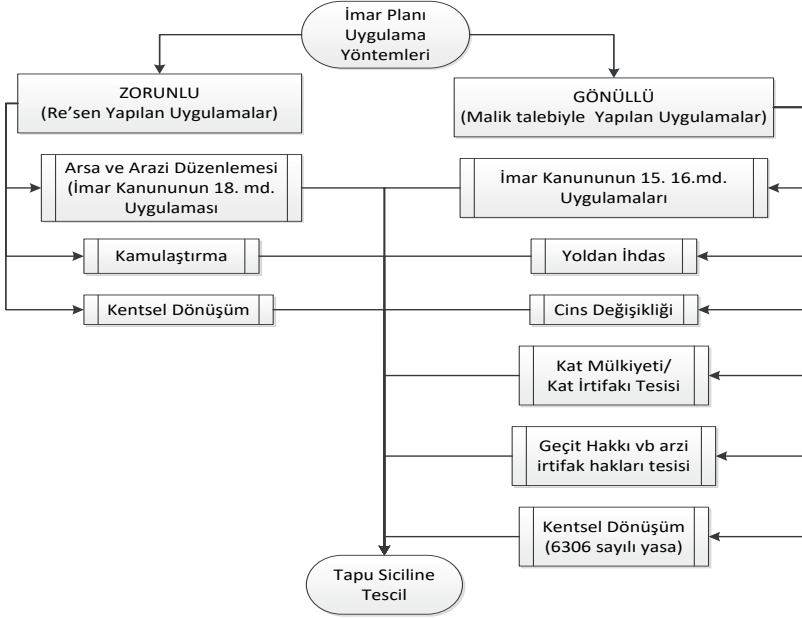
³⁰ Günday, M. 2011. İdare Hukuku, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, Ankara.

³¹ Tezcan M.2013. Arkeolojik Sit Alanlarında Kamulaştırmasız El Atma", Ankara Barosu Dergisi, 2013/2, s.402.

³² Çağlayan Ramazan, İdari Yargılama Hukuku, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, Ocak 2013.

³³ Arcak, A. 1987. Kamulaştırmasız Elkoyma ve Yeni Hükümler, (1987), s. 23.

³⁴ Karademir, D., 2014. Kamulaştırmasız El Atma, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, YUHFD Vol. XI No. 2 (2014), 930-960.



Şekil 4. İmar Planı Uygulama Teknikleri (³⁵den uyarlandı)

Bu yöntemleri uygulamaksızın taşınmaz mal mülkiyetine yapılan müdahaleler kamulaştırmaz el atma, hukuki el atma vb sonuçlar ortaya çıkarmaktadır. Özel mülkiyette bulunan taşınmazların yola dönüştürülmesi sebebiyle ilk olarak ortaya çıkan kamulaştırmaz el atma³⁶16.05.1956 gün 1-6 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararıyla hukuk sistemimize girmiştir. Yargıtay bu kararında; taşınmazına hiçbir kamulaştırma işlemi yapılmadan el atılmışsa malikin men'i müdahale davası açabileceğini vurgulamıştır. Ayrıca malik fiili duruma razı olarak mülkiyet hakkının devrine karşılık taşınmazın bedelini istiyorsa, taşınmaz bedelinin tahsili istemli dava da açabileceğini kabul etmiştir.

Kamulaştırmaz el atma konusunu düzenleyen tek hukuki yazılı kaynak 1983 tarihli Kamulaştırma Kanununun 38. Maddesidir. Bilindiği gibi, Anayasa Mahkemesi tarafından 10 Nisan 2003 tarih ve E.2002/112, K.2003/33 sayılı kararı ile bu madde iptal edilmiştir. Ancak bu konuda da hukuki bir boşluk ortaya çıkmıştır. Bu nedenle, 2010 tarihli 5999 sayılı Kanun, Kamulaştırma Kanunu'na "kamulaştırmaz el koyma sebebiyle tazmin" başlığı altında geçici

³⁵ Uzun B., "Using Land Readjustment Method As An Effective Urban Land Development Tool In Turkey", Survey Review, vol.41, pp.57-70, 2009

³⁶ Giritli İ., Akgüner T., 1987. İdare Hukuku Dersleri II, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1987, s. 63.

6. madde olarak eklenmiştir³⁷. Yapılan değişiklikle tazminat ödenmesini objektif esaslara bağlama, mülkiyet hakları ellerinden alınanların mağduriyetini giderme, idarenin mali yükünü en aza indirme ve uzlaşma yolunu öncelikli kılma hedeflenmiştir³⁸. Buna göre sadece tazminat davası açılabilirken, menî müdahale ve istihkak davası açabilme imkânı ortadan kalkmıştır. Bu konunun gerekçesini şu şekilde ifade etmektedir. *“5999 sayılı kanunun öncelikli amacı; imar planından sonra yasal süre içerisinde planı uygulamayan, takas veya kamulaştırma yoluna gitmeyerek yıllarca eylemsiz kalarak taşınmaz sahibini mağdur eden idarenin, taşınmaza müdahalesinin önlenmesidir. Bu nedenlerle taşınmaz malikleri bu yerin bedelinin tazmin talebinde bulunabileceklerdir. Taşınmaz maliklerinin tazmin talebi var ise; öncelikle idare ile uzlaşma yoluna gidilmesi, teklif edilecek, uzlaşma kabul edilmediği takdirde taşınmaz malikleri dava yoluna gidebilir”*³⁹.

Kamulaştırmazsız el atma sorunsalını çözmek için çıkartılmış yasal düzenlemelerin yetmediği görülmüştür. Zira mevcut bu mevzuat genel geçer kurallar içermek yerine, geçmişteki olayları *“bir defaya mahsus”* olmak üzere yasal bir çözüme kavuşturmakla sınırlı kalmıştır. Eş bir söyleyişle bunlar, bir nevi *“af kanunu”* özelliği taşımaktadırlar. Bu durum, 5999 sayılı Kanun için de geçerlidir. Çünkü bu Kanun’la getirilen düzenlemeler geçmişin yanında geleceği de düzenlemekle birlikte, bunu 2026 yılı ile sınırlandırmış olduğu için bu düzenlemelerin bizatihi kendisi de sorunu kökten halletmek gibi bir iddia içermemektedir. Kesin çözüm, idarelerin kamulaştırmazsız el atma fiillerine tevessül etmemeleridir. Ancak, her nasılsa, ülkemizde kamulaştırmazsız el atma fiilleri hiç eksik olmamıştır ve öyle olmaya da devam edecek gibi görünmektedir. Konuya ilişkin olarak yürürlüğe konulan birtakım özel yasal düzenlemeler de sorunu kökten halletme potansiyeli ve iddiası taşımadıklarına göre yapılması gereken bir çözüm geliştirmektedir⁴⁰.

İmar Planı ve Kamulaştırma

Hukuki el atma konusunu daha ziyade planda tablo 1 ile sunulan DOP ve KOP alanına isabet eden parseller oluşturmaktadır. Dolayısıyla, bu alanlara isabet eden parsel sahipleri açısından bir kısıtlılık söz konusudur. Buna ilişkin olarak İmar Kanunu, planının 3 aylık süre içinde 5 yıllık imar programı ile tatbik edilmesini yani planın re’sen 5 yılda uygulanmasını öngörmektedir. Bunun yanı

³⁷ Tural, E. 2016. Kamulaştırmazsız El Atma Davalarında Yargılama Sürecindeki Son Gelişmeler. *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, (7),1127-1132.

³⁸ Ünlü, U. 2012. Kamulaştırmazsız El Koyma Sebebiyle Tazmine Yönelik Yasal Düzenlemenin Getirdikleri, *Terazi Hukuk Dergisi*Sayı:68|Nisan 2012, 60-63

³⁹ Tural, E. 2016. Kamulaştırmazsız El Atma Davalarında Yargılama Sürecindeki Son Gelişmeler. *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, (7),1127-1132.

⁴⁰ Kaplan, G. 2012. Yeni Yasal Düzenlemelere Göre Kamulaştırmazsız El Koyma Sebebiyle Doğan Tazmin Hakkının Tabi Olduğu Usul ve Esaslar, *TBB Dergisi* 2012 (99) 125-1250.

sıra, Plansız Alanlar İmar Yönetmeliği uyarınca, plansız bir alandaki taşınmaz sahibi de taşınmazı üzerinde dilediği gibi imar ve ihya işlemi yapamamaktadır. Bilindiği üzere, parselin yola cephe oluşu, parsel derinliği ve cephe şartı ile bahçe mesafeleri ve yükseklik şartları, yani kısıtları mevcuttur.

Tablo 1. Tescil Bağlamında DOP ve KOP donatı alanlarının irdelenmesi^{41,42}

	<i>DOP Donatıları</i>	<i>KOP Donatıları (Kamu Tesis Alanları)</i>
MEB	İ.Ö.,O.Ö., Lise	Meslek Yüksekokulu, Üniversite
Yol	İmar Yolları	Otoyol
Park (Yeşil Alan)	Park (Yeşil Alan)	Kent koruluğu, Kent ormanı
Otopark	Açık Otopark	Katlı otopark, Bölge otoparkı
Çocuk Bahçesi	Çocuk Bahçesi	Lunapark
İbadet Yeri	İbadet Yeri	Protokol Camii
Karakol	Karakol	Emniyet Müdürlüğü, Cezaevi
Açık Pazar Alanı	Açık Pazar Alanı	Katlı pazar alanı
Semt Spor Sahası	Semt Spor Sahası	Kapalı spor tesisi, Stadyum

TARTIŞMA

İdarenin taşınmazı uzun süreli kısıtlamasının kamulaştırmaz el atma niteliğinde olabilmesi için mülkiyet hakkının verdiği; kullanma, yararlanma ve tasarruf etme yetkilerinin önemli ölçüde ve sürekli olarak kısıtlanması gerekmektedir. Uygulamada imar planında DOP/KOP donatı alanlarına isabet eden ve uzun süre(5 yılı aşkın) kamu tarafından edinilemeyen taşınmazda, malikin ileriye yönelik tasarruflarda bulunma hakkı olmadığı gibi, mülkünü rayiç bedel üzerinden değerlendirme hakkı da bulunmamakta veya kısıtlanmaktadır. Zira İdare işlemlerini yaparken mülkiyet hakkına halel getirmemesi gerekmektedir. Bu durum imar planı ve uygulamaları için de aynen geçerlidir. *“Özellikle uygulamada ödenek yokluğu bahane edilerek veya idarenin gerekli işlemleri tesis etmemesine bağlı olarak kamulaştırmanın zamanında gerçekleştirilmesi, mülkiyet hakkını belirsiz bir süre için kullanılmaz hale getirerek kişinin hak ve özgürlükleri ile kamu yararı arasında bulunması gereken dengenin bozulmasına yol açmakta ve Anayasa ile güvence altına alınan mülkiyet hakkının vermiş olduğu yetkilerin kısıtlanmasına veya ortadan kaldırılmasına sebep olmaktadır”*. Bundan dolayı, gerek fiili ve gerekse de hukuki el atmalar, sonuçları itibarıyla aynı niteliktedir. Böylece, her iki durumda dahi kamulaştırmaz el atma vardır, denilir.⁴³

⁴¹ Uzun B., Çelik Şimşek N., 2015. Upgrading of illegal settlements in Turkey; the case of North Ankara Entrance Urban Regeneration Project, Habitat International, vol.49, pp.157-164

⁴² Uzun B.,Cete M., Palancıoğlu H.M., 2010. Legalizing And Upgrading Illegal Settlements In Turkey vol.34, pp.204-209

⁴³ Çabri, S. 2011. Kamulaştırmaz El Atma Kavramının Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun

Bilindiği üzere planlı sahalarda DOP/KOP donatı alanlarına isabet eden kadastro parsellerinde, (i) açılmak üzere olan, (ii) açılmış keşif işlemleri tamamlanmış, (iii) bilirkişi raporları yazılmış, (iv) karara çıkmış veya (v) dava konusu edilme potansiyeli olan taşınmazlar bulunmaktadır. Bu davaların hepsinin karara bağlanması durumunda kamu kurumlarının altından kalkması maddi açıdan kolay olmayacak sonuçlara katlanmasına sebebiyet vereceği açıktır. Yapılan yasa değişikliği bu anlamda 5 yıl da olsa sorunu ötelemek yanında, çözüm sunmak adına çok büyük önem arz etmektedir. Taşınmaz malikleri açısından bakıldığında; taşınmaz mülkiyetine yapılan hukuki el atmanın 5 yıl daha ötelenmesi şüphesiz anayasal bu hakkın kısıtlanması olarak yorumlanabilirdi⁴⁴. Nitekim Anayasa Mahkemesine Ankara ve Adana İdare Mahkemelerinin başvurusu ile, 6745 sayılı kanununun 34.maddesi ile 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununa eklenen geçici 11.maddenin iptali istenmiştir. Anayasa Mahkemesinin 2016/196 esas 2018/34 karar sayılı ve 28.03.2018 tarihli kararı, 25.05.2018 tarihli Resmi Gazete’ de yayımlanmış ve söz konusu kanun maddesi Anayasa’ya aykırı olduğu gerekçesi ile iptal edilmiştir.

Hukuki El Atmanın Varlığı ve Husumetin Yönlendirilmesi

Kamulaştırmasız el atma fiili sadece imar planı ile ilgili olmayıp, bazen de 2863 Sayılı Kültür ve Tabiat Varlıkları Koruma Kanunu⁴⁵ gibi özel yasalardan da ortaya çıkabilmektedir. Bir İdarenin herhangi bir taşınmaza, imar planı yoluyla hukuki el atması veya fiili el atması arasında, mülkiyet hakkı ihlali noktasında nitelik açısından bir fark bulunmamaktadır. Her ikisi de kişinin mülkiyet hakkına müdahaledir, özel hukuk anlamında haksız fiildir ve kişiye Medeni Kanun m.683’ün, Borçlar Kanunu m.49’un, 16.5.1956 tarihli ve 1956/1 E. 1956/6 K. sayılı İBK’nın sağladığı ve adli yargı kapsamına giren davaları açma hakkı verir⁴⁶. Oysa imar planı veya koruma amaçlı imar planları ile bazı taşınmazlarda meydana gelen yapılaşma yasağı her zaman hukuki el atma vardır savını desteklemeyebilir. Örnek olarak, jeolojik sakıncalı alan⁴⁷, kültür varlığı, sit alanı⁴⁸, tarımsal niteliği korunacak alan (TNKA)veya riskli alan olarak belirlenen bir bölge eğer imar planında da bu özelliklerinden dolayı

15.12.2010 Tarihli Kararı Doğrultusunda Tanımlanması Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, XV, 1–2 (2011) 77-104.

⁴⁴ Çoruhlu Y.E.,Yildiz O., 2018. İmar Planı Uygulanmamasından Kaynaklı Hukuki El Atma: Alternatif Bir Çözüm Yaklaşımı, ASOS 4.Uluslararası Hukuk Sempozyumu, ANTALYA, TÜRKİYE, 3-5 Mayıs 2018.

⁴⁵ Tezcan, M. 2013. Arkeolojik Sit Alanlarında Kamulaştırmasız El Atma, Ankara Barosu Dergisi, 2013/2, s.401.

⁴⁶ Karademir, D., 2014. Kamulaştırmasız El Atma, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, YUHFD Vol. XI No. 2 (2014), 930-960.

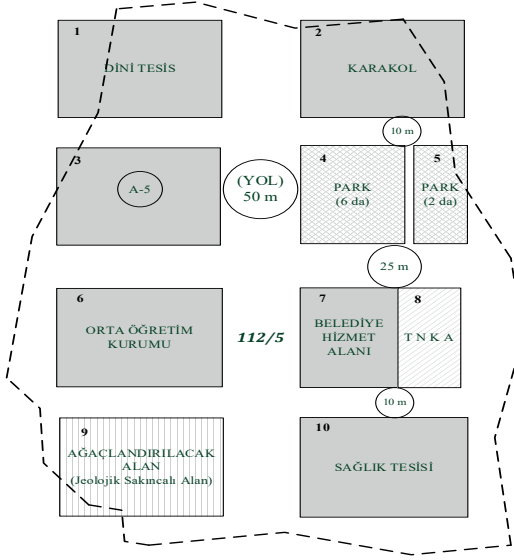
⁴⁷ Yargıtay 5. Hukuk Dairesi’nin E. 2012/19414 K. 2013/133 ve 15.1.2013 tarihli ilamı

⁴⁸ Yargıtay 5. Hukuk Dairesi’nin E. 2011/7655K. 2011/16558 ve 18.10.2011 tarihli ilamı

yapılaşmaya uygun olmayan fonksiyonlara tahsis edilmişse burada hukuki el atma varlığından söz etmek pek mümkün gözükmemektedir. Zira planı yapan idare bu tip taşınmazlara verdiği imar fonksiyonu (DOP vb.) idarenin kendi arzu ve isteği ile değil, taşınmazın veya toprağının doğal özelliğinden dolayıdır. Dolayısıyla idarenin keyfiyeti söz konusu değildir. Burada toprağın veya taşınmazın özel durumu söz konusudur. Eş söyleyişle bu alanda plan yapılmasaydı dahi, yine bu tip taşınmazların özelliklerinden dolayı ne plansız alanlar imar yönetmeliği uyarınca ne de başka bir şekilde yapılaşma yapılması mümkün olmayacaktı. Burada idarenin tasarrufu olan plandan ziyade, taşınmazdan gelen özellik hukuki el atmayı çağrıştırmaktadır. Ancak bu tip özel durumların olduğu taşınmazların hukuki el atma olup olmadığı noktasında daha detaylıca değerlendirilmesi, taşınmazın koruma statüsü kazanma tarihi, koruma statüsünün yapılaşmaya etkisi gibi durumlar tek tek ele alınarak değerlendirildikten sonra hukuki el atma varlığının tartışılması gerekmektedir. Bu anlamda hukuki el atmanın varlığının tespit edilmesi ve husumetin yönlendirilmesi kavramsal bir model ile şekil 5 ile görselleştirilerek detaylar tablo 2 ile açıklanmıştır.

Kavramsal olarak tasarlanan şekilde 112 ada 5 nolu kadastro parselinin edinim tarihi 2005, 1/1000 ölçekli uygulama imar planının yürürlük tarihi ise 2011 olarak kurgulanmıştır. İmar Kanunu uyarınca uygulama imar planının yürürlük tarihinden itibaren beş yıl içinde uygulanması yasal zorunluluktur. Diğer taraftan da taşınmaz malikince hukuki el atma iddiasının oluşması için de edinim tarihinden itibaren beş yıl geçmesi de ayrıca gerekmektedir. Bu gerekçeler göre en erken 2016 yılı itibarıyla hukuki el atma varlığından söz edilebilir. Ancak husumetin kime yönlendirileceği imar fonksiyonlarına göre değişmektedir. Kavramsal şekilde 4 nolu park fonksiyonlu imar adası 6da büyüklüğünde olmasından dolayı husumet Büyük Şehir Belediyesine yönlendirilirken, 5 nolu park fonksiyonlu imar adası 2da büyüklüğünde olmasından dolayı husumet İlçe Belediyesine yönlendirilmelidir. 9 nolu jeolojik sakıncalı alan özelliğinden dolayı ağaçlandırılacak alan fonksiyonlu imar adası için hukuki el atma varlığından söz edilemez. Çünkü bu tip alanlar zemin ve toprak yapısına göre alınan bilimsel raporlar doğrultusunda, uygulayıcı kurumun iradesi dışında, planlanmak zorundadır. Benzer yaklaşım mera, TNKA, arkeolojik sit alanı vb. alanlar için de geçerlidir.

Şekil 5. Hukuki El Atmada Husumetin Yönlendirilmesi Tasarımı



Tablo 2. İmar Fonksiyonlarına Göre Husumetin Yönlendirildiği Kurumlar

İmar Ada No	Fonksiyon	Hukuki El Atma	Husumet
1	Dini Tesis	Var	İlçe Belediyesi
2	Karakol	Var	Maliye Hazinesi
3	Yapı Adası	Yok	Yok
4	Park	Var	Büyükşehir Belediyesi
5	Park	Var	İlçe Belediyesi
6	Orta Öğretim Kurumu (Lise)	Var	Maliye Hazinesi / Özel İdare
7	Belediye Hizmet Alanı	Var	İlçe/Büyükşehir Belediyesi
8	Tarımsal Niteliği Korunacak Alan	Yok	Yok
9	Ağaçlandırılacak Alan (Jeolojik Sakıncalı Alan)	Yok	Yok
10	Sağlık Tesisi	Var	Maliye Hazinesi
	Yol (50 m, Çevre Yolu veya Karayolu Şehir Geçişleri)	Var	Karayolları Genel Müdürlüğü
	Yol (25 m)	Var	Büyükşehir Belediyesi
	Yol (10 m)	Var	İlçe Belediyesi

Bu tip bir dava açılmadan önce husumet yukarıdaki şekil ve tabloda da sunulmak üzere mutlaka araştırılarak ele alınmalıdır. Bazı yargı kararları bu görevin hâkimin görevleri arasında olduğunu vaaz etmektedir. 5216 sayılı Büyükşehir Belediye Kanunu'nda; meydan, bulvar, cadde ve anayolları yapmak, yaptırmak, bakım ve onarımını sağlamak Büyükşehir Belediyelerinin görevleri arasında ifade edilmiştir. 5998 sayılı Yasayla değişik 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 14. maddesinde ise, diğer il ve ilçe belediyelerin görevleri verilmiştir. Öte yandan, Büyükşehir Belediyesinin sorumluluk alanında hangi genişlikte bulvar, cadde ve anayollar ile hangi büyüklükteki (park, yeşil alan, mezarlık, ibadet yeri vb. gibi) kamusal sosyal donatı alanlarının yer alacağı da Büyükşehir Belediye Meclislerince karara bağlanmaktadır, böylece büyükşehir ve ilçe belediyelerinin görev, yetki ve sorumlulukları da belirlenmektedir. Buna ilişkin Yargıtay 5. Hukuk Dairesi'nin E. 2015/14645 K. 2016/264 sayılı kararında; ... kamulaştırma ve düzenleme yapma yetkisinin 5216 sayılı Büyükşehir Belediye Kanununun 7. maddesinin (g) bendi gereğince ..ilçe Belediyesine verilen yollardan olup olmadığı hususu araştırılarak sorumlu idarenin belirlenmesi gerektiği ... hüküm altına alınmıştır⁴⁹. Bu nedenle, böylesine bir kamusal donatı alanı ile ilgili olarak önce husumetin yönlendirileceği belediye belirlenmelidir. Öte yandan imar planı ile özgülünmüş diğer kamusal alanlara ilişkin sorumlu idarelerin belirlenmesi bağlamında da husumetin yönlendirilmesi açısından ilgili kamusal donatı ile ilgili olası kurumun kuruluş ve teşkilatları hakkındaki yasal mevzuatın irdelenmesine ihtiyaç vardır. Nitekim imar planında sağlığa ilişkin hastane, dispanser, sağlık ocağı gibi kullanımlara ilişkin tasarruflarda yetkinin Sağlık Bakanlığında bulunduğu; eğitim kurumlarına ilişkin ise yetkinin Milli Eğitim Bakanlığına ait olduğu bilinmektedir.

Planlı Alanlarda Düzenleme Ortaklık Payı Kavramı ve Hukuki El Atma İlişkisi

Mülkiyet hakkı, günümüz modern anayasalarında ve ulusalüstü insan hakları hukukunda kendine bir insan hakkı olarak yer bulmuştur⁵⁰. Gerek İslam hukuku, gerekse Osmanlı ve Türk hukukuna göre taşınmaz mülkiyeti, malikin

⁴⁹ 40 mt'lik ana arter niteliğinde imar yoluna ilişkin kamulaştırma davasında husumetin araştırılmasına ilişkin Yargıtay 5. Hukuk Dairesi'nin E. 2009/2716 K. 2009/5449 sayılı kararına bakınız.

16 metre genişliğindeki imar yoluna ilişkin kamulaştırma davasında husumetin araştırılmasına ilişkin Yargıtay 5. Hukuk Dairesi'nin 2012/27003 K. K. 2013/4535 sayılı kararına bakınız.

1/1000 ölçekli imar planında "kent park" alanı kamulaştırma davasında husumetin araştırılmasına ilişkin Yargıtay 5. Hukuk Dairesi'nin E. 2017/5122 K. 2017/10306 sayılı kararına bakınız.

⁵⁰ Gemalmaz Burak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Mülkiyet Hakkının Sınırlanmasında "Adil Denge" İlkesi İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 69, S.1-2, 2011.

kullanmasında yarar olduğu ölçüde, altındaki arz ve üstündeki hava tabakasını kapsar. Dolayısıyla malikin, kullanmasında yarar olmayan kısımlar açısından herhangi bir mülkiyeti söz konusu değildir. Buna göre, arazi üzerine yapılacak tesisler, malikin kullanımını engellemiyorsa ya da maliki veya taşınmazı etkileyerek taşınmazın değerinde herhangi bir azalış meydana getirmiyorsa malike tazminat ödenmesi gerekmez. Bunun aksine, yapılan tesisler nedeniyle malikin kullanımının engellenmesi ya da malikin veya taşınmazın etkilenecek taşınmazın değerinde herhangi bir azalış meydana gelmesi durumunda tazminat konusu gündeme gelmelidir⁵¹. Bu hakkın kullanılması kanunla sınırlanabilmektedir. Bu kanunların başında ve en önemlisi şüphesiz kamulaştırma kanunu olup, çalışma özelinde ele alınan İmar Kanunu'dur. Bunun dışında Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu, Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu, Vakıflar Kanunu, Kıyı Kanunu, Afet Riskli Alanların Dönüştürülmesi Hakkındaki Kanun, Belediye Kanunu/73md.vb.mülkiyeti kısıtlayan diğer mevzuatlar olarak dikkati çekmektedir. Ancak Anayasada kamu yararı ile mülkiyet hakkının sınırlanabileceği ilkesine karşın, bazı yazarlar bu konuda farklı fikirlere sahiptir. Örnek olarak, *“Düzenleme ortaklık payı gibi İmar Kanunu’ndan kaynaklanan hukukî kamulaştırmasız el atmaların da aslında hukukî olduğunu söylemek çok doğru bir yaklaşım olmayacaktır. Dolayısıyla İmar Kanunu’nun idareye görev ve yetki veren bu konudaki düzenlemelerinin kaldırılması ve idarenin imar uygulamaları neticesinde ihtiyaç duyduğu özel mülkiyetteki gayrimenkulleri de kamulaştırma yoluyla mülkiyetine geçirmesi hukuka uygun olacaktır”*⁵². ifadesi verilebilir. Oysa imar kanununda ifade edilen ve üst limiti %40 olan DOP oranı, düzenlemeye giren taşınmazların, düzenleme sonrası oluşacak değer artışı karşılığında⁵³; altyapı ve üstyapı hizmetlerinden yararlanamayan, şekilsiz, yapılaşma izni olmayan kadastro parsellerinin, altyapı ve üstyapı hizmetlerinden yararlanan, imar mevzuatına uygun, biçimli imar parselleri olmasına imkân vermektedir⁵⁴. Dünyada birçok gelişmiş ülkede uygulanan bu yöntemi hukuki el atma olarak nitelemek, gerektirdiği özel ve teknik bilgi açısından pek mümkün gözükmemektedir. Buna karşın Gözler’in vurguladığı üzere *“men’i müdahale kararı neticesinde, yolun trafiğe kapanması, köprü, viyadük, tünel yahut bir*

⁵¹ Şimşek, S. 2015. Taşınmaz Mülkiyetinin Dikey Kapsamı: Anayasa Mahkemesinin Kamulaştırma Kanunu ile İlgili K. 2015/49 Sayılı İptal Kararının Eleştirisi, Terazi Hukuk Dergisi, 10, 109, 67-73

⁵² Avcı, M. 2015. Türk Hukukunda Kamulaştırmasız El Atma Sorununa Kısa Bir Bakış, İzmir Barosu Dergisi • Ocak 2015, 57-76.

⁵³ Yomralıoğlu T., Uzun B., Nişancı R., “Land ReadjustmentNaTurquia (Türkiye Arsa Arazi Düzenlemesi)”, in: Metodos De PlanejamentoUrbano: Projects de Land Readjustment e RedesenvolvimentoUrbano, MarioMachadoVieiraFilho, Eds., Paulo’sComunicação e ArtesGraficasLtda, Sao-Paulo, pp.205-210, 2009

⁵⁴ Uzun B., “Using Land Readjustment Method As An Effective Urban Land Development Tool In Turkey”, SURVEY REVIEW, vol.41, pp.57-70, 2009

hizmet binasının yıktırılması gibi, kamu hizmetini kesintiye uğratacak ve milli servetin zarar görmesine yol açabilecek durumlar ortaya çıkacaktır. Mülkiyet hakkının korunması adına bunların görmezden gelinmesi doğru değildir⁵⁵. hususları da ayrıca irdelenmelidir. Bu tip durumda olan taşınmazlar özelinde kamulaştırmasız el atma fiiline karşı taşınmaz malikinin mülkiyet hakkını korurken, oluşan kamu yararı ve toplum yararını da akamete uğratmadan veya maliyetini arttırmadan bir çözüm yolu araştırılması tartışılmalıdır.

Plansız Alanlarda Hukuki El Atma

Ülkemizde parsel bazında 60 milyona dayanmış bir taşınmaz stoku, ya planlı veya da plansız alanda yer almaktadır. Yeni Büyükşehir Kanunu ile birlikte İstanbul ve Kocaeli illerinde olduğu gibi il sınırları bütünüyle belediye sınırı olmuştur. Böylece, bu illerde köy kalmamış, her köy mahalle olmuştur. Yasa gereği tüm birimler belediyelere bağlandıklarından hepsinin belediye hizmetlerini alması gerekliliği hâsıl olmuştur. Başka bir deyişle, yol ve su hizmeti alan ve belediye hizmetlerinden yararlanan, bu 30 ildeki taşınmazların hepsi arsa sayılabilecek taşınmaz statüsüne kavuşmuştur, ifadesi teorik olarak yanlış olmaz. Elbette burada Toprak Koruma ve Arazi Kullanım Kanunu uyarınca; tanımlanmış tarım arazileri arazi vasıflarını korumaktadırlar⁵⁶. Nitekim planlı alanlarda da Tarımsal Niteliği Korunacak Alanlar olabilmektedir⁵⁷. Yine plansız alanlardaki taşınmazlardan olup da, yoğun yerleşim alanında olmayan ve belediye hizmetlerinden yararlanmayanlar arazi vasfında taşınmazlar olarak nitelenmektedir. Tüm bunlar ışığında plansız alanlardaki imar faaliyetlerinin Plansız Alanlar İmar Yönetmeliği hükümlerine⁵⁸ göre yürütüldüğü de bilinmektedir.

Yukarıda belirtilen uluslararası ve ulusal mevzuatların mülkiyet hakkı ile ilgili hükümlerine bakıldığında kamu yararıyla veya kanunla bu hakkın sınırlandırabileceği hususu göze çarpmaktadır. O zaman; plansız bir alanda yer alan taşınmazlardan gerek “yerleşik alan” içinde gerekse de dışında yer alan, yola cephe şartı yanında, parsel cephe genişliği ve derinliği şartlarını taşımayan taşınmaz malikleri açısından hukuki el atma olgusundan bahsetmek pek mümkün gözükmemektedir. Zira hukuki el atma ile ilgili olarak verilen yargı kararları, uygulama imar planı olması yanında bu planının zaman çizelgesine (imar programına) bağlanmamış olması nedeniyle mülkiyet hakkının idarenin keyfiyetine bırakılması sonucunda hükme bağlanmıştır.

⁵⁵ Gözler, K., İdare Hukuku, Cilt: II, 2. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, 2009, 996s.

⁵⁶ Çoruhlu Y.E.,Yildiz O., 2017. Geographical database for object-oriented land division modelling in Turkey, Land Use Policy, vol.68, pp.212-221, 2017

⁵⁷ Yıldiz O., Çoruhlu Y.E., Biyik C., “Registration of agricultural areas towards the development of a future Turkish cadastral system”, LAND USE POLICY, vol.78, pp.207-218, 2018

⁵⁸ Resmi Gazete, 1985. Plansız Alanlar İmar Yönetmeliği, Tarih: 02.11.1985, Sayı: 18916

Ancak bilindiği üzere, Plansız Alanlar İmar Yönetmeliği belediye ve mücavir alan sınırları içinde ve dışında kalan ve plâni bulunmayan alanlardaki yapılaşmalar ile ilgilenmektedir. Bu yönetmeliğin ilgilendiği alanların onaylı Çevre Düzeni Planı (ÇDP) kapsamında kalması halinde, çevre düzeni planı kararlarına uyulur⁵⁹. Yani, plansız alanlarda ÇDP ile de mülkiyet hakkı kısıtlanabilmektedir. Ancak, bilindiği gibi 1/100000 ölçekten başlayan ÇDP'ler 1/25000 ölçeğe kadar büyütülebilmektedir. Taşınmaz mülkiyetine etki edebilmesi için planının uygulama imar planı niteliğinde olması Kamulaştırma Kanunu hükümleri ve yargı kararları uyarınca hüküm altına alınmıştır.

Üst Ölçekli İmar Planlarında Hukuki El Atmanın Varlığı

Diğer bir soru konusu ise 1/25000'den 1/5000'e kadar hazırlanabilen nazım imar planının⁶⁰ mülkiyet hakkını kısıtlar nitelikte olup olmamasıdır. Uygulama imar planı niteliğinde olmayan 1/5000 ve daha küçük ölçekli planlarla da taşınmaza hukuki olarak el atılabilir mi? Bu soru son derece önemli ve yanıtlanması gereken bir soru olarak tartışılmalıdır. 1/5000 ve daha küçük ölçekli bu planlar uygulama kabiliyeti çoğu zaman olmayan ve mülkiyete ilişkin parsel sınırlarını içermeyen planlardır. Ancak buna rağmen, dere, yol, şev, tepe gibi bazı coğrafi işaretlerin kesişim ve veya bitişinde olan taşınmazların bu tip planlardan çıkartımı mümkündür. Ayrıca, 1/5000 ölçekli plana bakarak bazı taşınmazların DOP veya KOP donatı alanlarında kaldığı çok rahat söylenebilir. Ancak bu zamana kadar 1/5000 ve daha küçük ölçekli planlara dayanılarak, uygulama imar planı olmaksızın, taşınmaza hukuki el atma vardır iddiası ile açılmış bir dava örneğine de rastlanılamamıştır. Bu durum, Kamulaştırma Kanununun 41.maddesine 6745 sayılı yasanın 33.maddesi ile eklenen hükümden de anlaşılmaktadır.

Planın Uygulanması, Gecekondu-İmar Barışı ve Muvakkat İnşaat Şerhi Çözümleri

Bilindiği üzere özellikle kent merkezlerinde uygulanmayan imar planları nedeniyle açılan davalardaki kıymet takdirleri piyasa şartları uyarınca çok yüksek rakamları bulmaktadır. Bu fiyatların ödenmesi sadece planın tatbikini sağlamakta, kişilerin mülkiyet hakkına yapılan hukuki el atmayı sonlandırmaktadır. Ancak, kamu yararı ve toplum yararı açısından ele alındığında, ödenen bu bedellere göre efektif bir kullanım kamu yararı veya toplum yararı sağlanmakta mıdır? Eş bir söyleyişle hukuki el atılan taşınmazın kamu yararı ve/veya toplum yararı uyarınca kullanımının elzem olması durumunda zaten ilgili kurumca ya re'sen yapılan uygulama ile taşınmaz edinilir, ya da fiili el atma ile taşınmaz üzerinde tasarrufla bulunulurdu.

⁵⁹ Resmi Gazete, 1985. Plansız Alanlar İmar Yönetmeliği, Tarih: 02.11.1985, Sayı: 18916

⁶⁰ Ersoy, M. 2007. İmar Mevzuatımızda Planlama Kademeleri ve Üst Ölçek Planlama Sorunu. Bölgesel Kalkınma ve Yönetişim Sempozyumu, TEPAV, ODTÜ Mimarlık Fakültesi Yayını ss. 215-231.

Oysa kamu adına işlem yapan kurumlarca bu iki yolunda tüketilmemesi bu tip taşınmazların her ne kadar imar planı ile DOP/KOP donatı alanı olarak tahsis edilmiş olsa da bu taşınmazlara elzem bir şekilde ihtiyaç hâsıl olmadığı sonucunu akla getirir. Ancak, mülkiyet hakkını fiili veya hukuki el atmaya maruz bırakmadan korumak yanında, kamu kaynaklarını da kullanırken kamu yararı ve toplum yararını da son derece hassas bir şekilde gözeterek işlem tesis etmek, kamu kurumlarından beklenmektedir.

Danıştay 6.Dairesinin kararı⁶¹ ile gecekondulu alanlarında 12,5 metre yüksekliğe yani 3 Kat'a kadar gecekondulu olabileceğine dikkat çekilmiştir. 12,5 m.yi aşan durumlarla ilgili haksız zenginleşme olgusunun olabileceğine işaret edilmiştir⁶². Geçmişten günümüze gelen imar affı kanunları ve son olarak yürürlüğe konulan imar barışı dikkate alındığında, taşınmaz maliklerinin kendi parsellerine inşa ettikleri yapılar dışındaki yapılarına dahi yapı kayıt belgesi alabildikleri bilinmektedir. Hal böyle iken kendi taşınmazına yapı yapma izni verilmeyen ve bu taşınmazından dolayı bir hak elde edemeyen veya bu hakkı ötelenen taşınmaz maliklerinin durumunun farklı alternatiflerle ele alınması tartışılmalıdır.

Tartışılması gereken diğer bir husus ise İmar Kanunu'nun Umumi hizmetlere ayrılan yerlerde muvakkat yapılar başlıklı 33.maddesi uyarınca re'sen planının tatbik edilmediği taşınmaz maliklerine taşınmazları üzerinde geçici ruhsat ile muvakkat inşaat izni verilmesidir. Bilindiği gibi bu durum sadece belli alanlara tahsis edilmiş taşınmazlar için 10 yıl ile sınırlıdır. Bu tip taşınmazlar için taşınmaz malikine alternatif bir değerlendirme şekli olarak bu mevzuat hükmünün de sunulması malikin mülkiyet hakkını kullanması adına tartışılabilir kılınmalıdır.

Kamulaştırmasız El Atmada Yasal Süreç

Bilindiği gibi 18.06.2010 tarihli ve 5999 sayılı Kanun ile Kamulaştırma Kanununa eklenen geçici altıncı madde ve 25.02.2011 tarihli ve 6111 sayılı Kanunun geçici ikinci maddesi⁶³ ile eklenen hükümlerle 09.10.1956-25.02.2026⁶⁴ tarihleri arasında fiilen kamu hizmetine ayrılan veya kamu yararına ilişkin bir ihtiyaca tahsis edilerek üzerinde tesis yapılan taşınmazlara veya kaynaklara kısmen veya tamamen veyahut irtifak hakkı tesis etmek suretiyle malikin rızası olmaksızın fiili olarak konulması sebebiyle, mülkiyet hakkından doğan talepler, bedel talep edilmesi halinde bedel tespiti ve diğer işlemler bu madde (geçici 6. madde) hükümlerine göre yapılır. Bu maddeye göre yapılacak işlemlerde

⁶¹ Danıştay 6.Dairesinin 2004/ 4546 esas ve 2006 / 4296 karar sayılı ve 03.10.2006 tarihli kararı

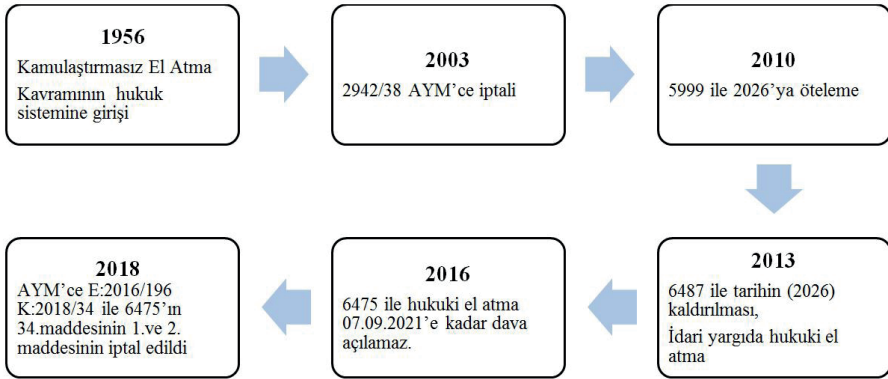
⁶² Danıştay 6.Dairesinin 2004/ 4546 esas ve 2006 / 4296 karar sayılı ve 03.10.2006 tarihli kararı

⁶³ Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edildi. Ancak benzer hükümler 6487 sayılı yasa ile yürürlüğe konuldu.

⁶⁴ 6487 sayılı yasa ile bu 25.02.2026 tarihi kaldırılarak ki bu tarihin ucu açık bırakıldı.

öncelikle uzlaşma usulünün uygulanması dava şartıdır. Kamu idarelerine ait taşınmazlar açısından ele alındığında; bir vakıf taşınmaza herhangi bir kamu kurumunca İdare izni ve bilgisi dışında kamulaştırmasız el atılması durumunda 5999 ve 6487 sayılı kanunlardan önce olduğu gibi tespit yapılarak ilgili idare aleyhine kamulaştırmasız el atma nedeniyle tazminat davası açılması imkânı artık bulunmamaktadır. Kamu idarelerine ait taşınmazlar açısından; 5999 ve 6487 sayılı kanunlardan sonra açılması hedeflenen kamulaştırmasız el atma davalarında öncelikli olarak anlaşma İdareler arası uzlaşma usulü getirilmiştir. Böylece idarelerin 6 aylık bir süre içinde uzlaşma görüşmelerine davet edilmesi, daha sonra da yine 6 aylık bir süre içinde de uzlaşma görüşmelerinin olumlu ya da olumsuz bir şekilde sonuçlandırılarak sürecin yazılı bir tutanağa bağlanması ilkesi benimsenmiştir⁶⁵.

20.08.2016'da kabul edilen ve 07.09.2016 tarihli ve 29824 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 6475 sayılı Kanunla, Kamulaştırma Kanununa eklenen ek madde 1 uyarınca, imar planı yoluyla taşınmaz mülkiyetine yapılan hukuki el atmalara karşı 07.09.2021 tarihine kadar hüküm vermek hukuken imkânsız hale getirilmişti. Ancak, Anayasa Mahkemesine Ankara ve Adana İdare Mahkemelerinin başvurusu ile 6745 sayılı kanunun 34.maddesi ile 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununa eklenen geçici 11.maddenin iptali istenmiştir. Anayasa Mahkemesinin 2016/196 esas 2018/34 karar sayılı ve 28.03.2018 tarihli kararı, 25.05.2018 tarihli Resmi Gazetede yayımlanmış ve söz konusu kanun maddesinin Anayasa'ya aykırı⁶⁶ olduğu gerekçesi ile iptal edilmiştir. Tüm bu bilgiler birlikte ele alındığında kamulaştırmasız el atma kavramı ile ilgili aşağıdaki şekil 6 konunun geçmişten günümüze süregelen hayat hikâyesini ortaya koymaktadır.



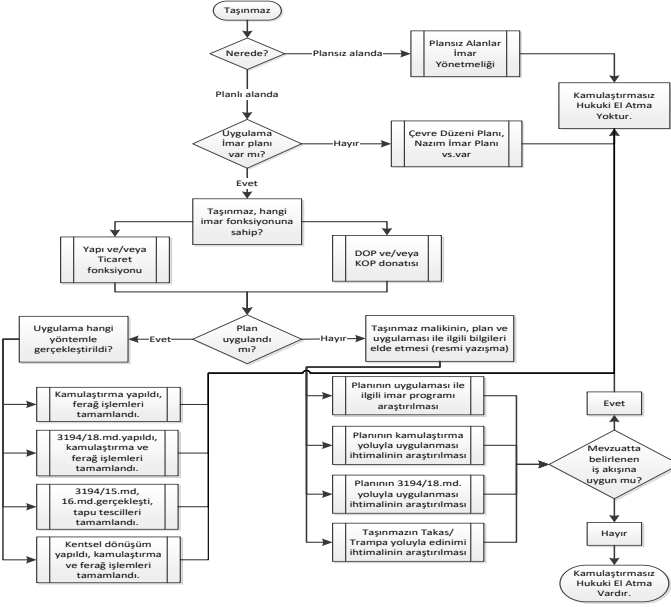
Şekil. 6 Türkiye kamulaştırmasız el atma kavramının kronolojik süreci

⁶⁵ Çoruhlu Y.E., Demir O., "Vakıflarda Kamulaştırma Süreçlerinin Araştırılması", Ankara Barosu Dergisi, cilt.72, ss.20-54, 2014.

⁶⁶ Çoruhlu Y.E.,Yıldız O., "İmar Planı Uygulanmamasından Kaynaklı Hukuki El Atma: Alternatif Bir Çözüm Yaklaşımı", ASOS 4.Uluslararası Hukuk Sempozyumu, Antalya, Türkiye, 3-5 Mayıs 2018.

Kamulaştırmasız Hukuki El Atmanın Tespit Edilmesi İş Akış Süreci

Bir taşınmaz yönelik hukuki el atmanın varlığı tespit edilirken hangi incelemeler yapılmalıdır? Bu tespite yönelik hazırlanan iş akış şeması şekil 7'de sunulmuştur.



Şekil 7. Hukuki el atma varlığının metodolojik olarak irdelenmesi

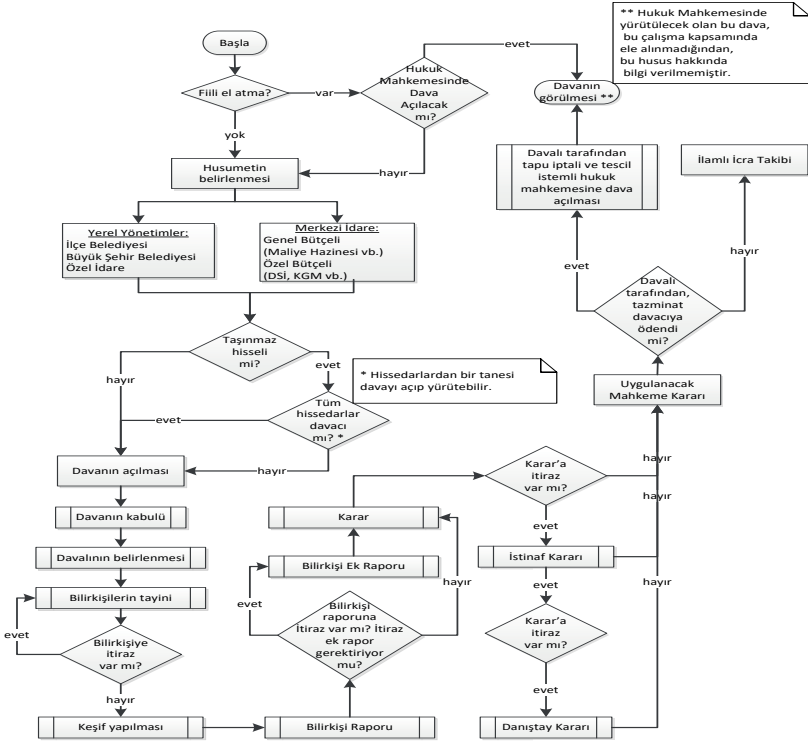
Bundan sonraki süreçte hukuki el atmaya ilişkin olarak yürütülecek olan işleyiş ise merak konusudur. Zira hukuki el atma konusunda verilen idare mahkeme kararı tek başına yeterli midir? Bu karar ile ne yapılabilir? Ne yapılamaz? Ayrıca ele alınarak tartışılmalıdır. Hukuki el atmanın varlığı yanında taşınmaza eğer bir fiili el atma varsa bu durumda taşınmaz maliki önce fiili el atmadan kaynaklı kamulaştırmasız el atma nedeniyle tazminat istemli davayı hukuk mahkemesinde açabilir. Bu durumda proje bütünlüğü ilkesi uyarınca hukuki el atılan taşınmaz bölümü de dava kapsamına alınacağından bu dava ile hem fiili ve hem de hukuki el atma sorununu yargıya taşıyabilir. Hukuki el atma olarak konu idari yargıya taşınmadığında, olası iş akışı şekil 8 olarak sunulmuştur.

Hukuki El Atmada Yargılama Süreci

Taşınmazı hisseli veya müstakil (tekil) mülkiyette olması bu tip davaları etkilememektedir. Davanın açılmasında dikkat edilmesi gereken diğer bir husus idari yolların tüketilmesidir. İdarenin tüm alternatif çözüm yollarına-kamulaştırma, trampa, arsa ve arazi düzenlemesi- kapısını kapamış olduğunun

ispatı davanın ön şartı olarak elzemdir. Bu durumda dava açmadan önce ilgili kuruma tüm bu alternatifleri içerecek şekilde uygulama yapılması yönünde yazı yazıldığı, ardından alınan olumsuz yanıtlara dayanılarak davaların açıldığı görülmektedir. Bilirkişi olarak; konunun özünde uygulama imar planı ve bu planı anlayarak yorumlayacak olan şehir plancısı ile bu planı kadastro ve tapu bilgileri ile birlikte tatbik ederek uygulayacak olan harita mühendisleri mutlaka belirlenmelidir. Bunun dışında bilirkişi, taşınmazın ve imar fonksiyonunun özelliğine göre diğer mesleki disiplinlerden seçilebilir. Ancak Kamulaştırma Kanunu'nda belirtildiği üzere bu bilirkişilerden bir tanesi yine taşınmaz değerlendirme konusunda yüksek lisans veya doktora yapmış uzman veya SPK lisanslı değerlendirme uzmanı olmalıdır.

Mahkeme kararı eğer hukuki el atmaya ve buna ilişkin tazminata hükmetmişse bu kararın tatbiki gerekmektedir. Bu noktada davalı kurum bedeli ödemişse ödediği bedele karşı ilgili taşınmazın kendi adına tescili için hukuk mahkemesinde tescil davası açmaktadır. Ancak bedeli ödemediği takdirde, davacı sadece ilamlı icra takibi yapabilmektedir. Bundan sonraki süreçte davacının hakkını nasıl alacağı veya alması gerektiği yönünde bir tartışma yapılması da gereklidir. Bu konu salt hukuk konusu olduğundan bu araştırma ve tartışmayı konunun uzmanları olan hukukçular yapmalıdır.



Şekil 8. Hukuki El atmada İdare Mahkeme Süreci

SONUÇLAR VE ÖNERİLER

Çalışma konusu olan “hukuki el atma”ya en temel sebep, uygulama imar planlarının re’sen veya talebe bağlı (gönüllü) olarak tatbik edilmemesidir. Eğer, bu planlar tatbik edilmiş olsaydı, kadastro parsellerinin sınırları evirilerek imar adası içinde imar parsel sınırlarına dönüşmüş olurlardı. Bu durumda da DOP/KOP donatı alanları oluşturulmuş olur, DOP alanları zaten planının tatbiki ile kamu kurumları adına tescil edilir veya tescil harici bırakılarak devletin hüküm ve tasarrufu altında kalır ve bu alanlarda hukuki el atmadan söz etmek imkânsız hale gelirdi. KOP alanları ise kamulaştırılmak üzere imar parsellerine dönüşürdü. Bu durumda sadece KOP alanları için hukuki el atma varlığından söz edilebilirdi.

Diğer bir husus ise, hazırlanan planların uygulanmasında planı ortaya koyan kamu otoritesinin yani devletin planın getirdiği katma değerden hiç yararlanamamasıdır. Şöyle ki, ham bir kadastro parseli maliki, taşınmazının plansız bir alanda olması durumunda plansız alanlar imar yönetmeliği şartlarını taşıması sonucu kısıtlı da olsa bir yapı yapabilmektedir. Buna karşın aynı kadastro parseli planlı bir alandaysa, plan uyarınca DOP/KOP donatı alanında da kalabilmektedir. Diğer bir senaryo ise yapılaşmaya uygun bir imar adasına da taşınmazının isabet etmiş olmasıdır. Bu iradeyi ortaya koyan hiç şüphesiz kamu otoritesidir. Kamu otoritesi ortaya koyduğu bu iradeden en azından taşınmaz maliki kadar yararlanamıyor sorusu şu an cevapsız durumdadır. Burada ele alınması ve üzerinde araştırma yapılması gereken diğer bir konuda hiç şüphesiz bu olgudur.

Yasal Kısıtlılıklar başlığı altında verilen birçok yasa metni ile düzenlenen ve mülkiyet hakkını kısıtlayan hüküm Anayasa’da yer etmiştir. Mülkiyet hakkı her ne kadar sınırsız bir aynı hak olsa da, buradaki sınırsızlıktan kasıt kullanma-yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkilerinin malik tarafından kullanılmasıdır. Bunu yaparken de kamu yararına uygun şekildeki, yani kanunla getirilen kısıtlamalara uymak zorunda olup, toplum yararına aykırı durumlara da sebebiyet vermemesi malikten beklenmektedir. Taşınmaz maliklerinin taşınmazını kullanırken kendilerine tanınan mülkiyet hakkı ve taşınmazlarından istifadelerine ilişkin kişi yararı her zaman kamu yararından ve toplum yararından küçük ve önemsizdir. O zaman, kanun koyucu kamu yararı ile ve kanunla her zaman taşınmazın kullanımını kısıtlayabilir. İmar planının uygulayıcının keyfiyetine göre tatbik edilmesi, malikin taşınmazı ile ilgili geleceğe yönelik tasarruflarını öngörememesi hukuki el atmaya dayanak olarak değerlendirilmektedir. Ancak, taşınmazın yani toprağın cins ve özelliğinden dolayı özel yasaları uyarınca sit alanı, jeolojik sakıncalı alan vb. kısıtlılıklara sahip olması ve bunlara bağlı olarak planda DOP/KOP donatılarına tahsis edilmesi de hukuki el atmaya sebep olmaz. Yani, bir tarım toprağı olan kadastro parselleri üzerine tahsis edilmiş Tarım Niteliği Korunacak Alan fonksiyonu ile jeolojik açıdan sakıncalı bir kadastro parseli üzerine tahsis

edilmiş ve işlenmiş Ağaçlandırılacak Alan fonksiyonu ifadesi hukuki el atma sebebi olamaz.

Bir kamulaştırma işleminde kamu yararı var mıdır? Yok mudur? Noktasında idare mahkemesinin yaptığı işlem kamu yararı vardır veya yoktur demekle sınırlıdır. Hukuki el atma olgusunda ise idare mahkeme hukuki el atma vardır, dedikten sonra taşınmaz kıymet takdirine kadar uzun bir yolu takip etmektedir. Ancak idare mahkeme kararının uygulaması yine hukuk mahkemesi ile mümkün olabilmektedir. Hal böyle iken neden idare mahkeme uzun süren ve sonuç olarak kendi başına tapu siciline varıncaya kadar tüm adımlarını tamamlatamayacağı bir süreç ile karşı karşıya bırakılıyor. Bu süreç tıpkı kamulaştırma işleminde kamu yararı kararı ile kısıtlı kalınması gibi, hukuki el atma varlığı ile sınırlandırılmalıdır. Hukuki el atma varlığının sadece idare mahkemesine bırakılması da bir öneri olarak sunulmaktadır.

Sonuç söz, hukuki el atmaya ilişkin Anayasa Mahkemesince verilen iptal kararından sonra hukuki el atma kavramına yargı makamlarının nasıl bakacağı merak konusudur. Ancak, diğer bir merak konusu olgu ise bu tip durumlara karşın başta belediyeler olmak üzere kurumların izleyeceği tutumdur. Yukarıda getirilen genel çözüm yaklaşımlarından sonra, uygulayıcı kurumların ivedi olarak planları tatbik ederek hukuki el atma sorununu bertaraf etmeleri beklenmektedir. Aksi takdirde telafisi güç ve belki de imkânsız sonuçlar, kamu adına ortaya çıkabilir. Zira Cumhuriyetin başlarında kent-kır nüfus dengesi tam tersine dönmüş, yani ülkenin neredeyse tamamı kentsel topraklara dönüşmüştür. Buna bir de büyükşehir düzenlemeleri eklenince kentsel toprakların gelecek yıllarda daha da artması kaçınılmaz olacaktır. Kentsel toprakların artması ile uygulama imar planlarının kapsamının da genişleyeceği açıktır. Eğer, hukuki el atma sorunu benzer şekilde devam ederse bu senaryoya göre problemler de daha da artacaktır. Bu nedenle, yasa koyucu tarafından da uygulama imar planı olan birimlerde bunların bir an önce tatbik edilmesi adına birtakım yasal düzenlemeler yapılması beklenmektedir.

Eğer bir hukuki el atma varsa, idare taşınmaz maliklerine farklı alternatifler sunulmalıdır. Plandaki her bir taşınmaz malikine detayları yukarıda sunulduğu üzere 3 kat imar hakkı verilmesi, imar haklarının belirlenen bölgeler özelinde başka parsellere (jeolojik sakınca olmaması kaydıyla) transferi imkânının sağlanması, mülga sit sertifikası gibi uygulama ile imar hakkı havuzu oluşturulması ve bu havuzun kamu tarafından belirli bölgelerde kullanılması ve ihale mevzuatı ile imar hakkı satışı, bu tip alanlarda kanuni ipotek yürürlüğe alınması gibi alternatifler önerilmelidir. Gerekirse DOP'un artırılması, DOP ve KOP alanlarının yeniden ele alınması gibi açılımlarla planların tatbiki önündeki engellerin bertaraf edilmesi de ele alınmalıdır. Bu konuda araştırma yapacak araştırmacılara, alternatif yöntemlerin geliştirilmesi ve uygulanması adına uygulama ve hukuki araçları içeren alanlarda çalışma yapmaları önerilmektedir.

KAYNAKLAR

- Akıllıoğlu, Tekin, Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler, İHİD, Lütü DURAN'a Armağan Özel Sayısı, S.1-3, Yıl.9, 1988.
- Arcak, A. 1987. Kamulaştırmaz Elkoyma ve Yeni Hükümler, (1987).
- Avcı, M. 2015. Türk Hukukunda Kamulaştırmaz El Atma Sorununa Kısa Bir Bakış, İzmir Barosu Dergisi • Ocak 2015, 57-76.
- Ayaydın Cem, 1982 Anayasası Çerçevesinde Kamu Yararı Kavramı ve Anayasa Mahkemesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Kasım 2010.
- Başpınar Veysel, Mülkiyet Hakkını İhlal Eden Müdahaleler.
- Bruce, J. W., 1998. Tenure Brief, Review of Tenure Terminology, Land Tenure Center, An Institute for Research and Education on Social Structure, Rural Institutions, Resource Use, and Development, University of Wisconsin, 8 pages,, Madison.
- Çabri, S. 2011. Kamulaştırmaz El Atma Kavramının Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 15.12.2010 Tarihli Kararı Doğrultusunda Tanımlanması Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, XV, 1–2 (2011) 77-104.
- Çağlayan Ramazan, İdari Yargılama Hukuku, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, Ocak 2013.
- Çoruhlu Y.E., Demir O., "Vakıflarda Kamulaştırma Süreçlerinin Araştırılması", Ankara Barosu Dergisi, cilt.72, ss.20-54, 2014
- Çoruhlu Y.E., Demir O., Yıldız O., 2015. 3B Kadastro Nesnesi: Hava Hakkı ve Kat Mülkiyetine Yönelik Gelişim Süreci Analizi, Ankara Barosu Dergisi, cilt.73, ss.397-420.
- Çoruhlu Y.E., Yıldız O., 2017. Geographical database for object-oriented land division modelling in Turkey, Land Use Policy, vol.68, pp.212-221, 2017
- Çoruhlu Y.E., Yıldız O., "İmar Planı Uygulanmamasından Kaynaklı Hukuki El Atma: Alternatif Bir Çözüm Yaklaşımı", ASOS 4.Uluslararası Hukuk Sempozyumu, Antalya, Türkiye, 3-5 Mayıs 2018.
- Dale, P. ve McLaughlin, J. D., 1988, Land Information Management, Clarendon Press, Oxford.
- Eren F., 2012. Mülkiyet Hukuku, Yetkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara.
- Ersoy, M. 2007. İmar Mevzuatımızda Planlama Kademeleri ve Üst Ölçek Planlama Sorunu. Bölgesel Kalkınma ve Yönetişim Sempozyumu, TEPAV, ODTÜ Mimarlık Fakültesi Yayını ss. 215-231.
- Giritli İ., Akgüner T., 1987. İdare Hukuku Dersleri II, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1987.
- Göven, Y. (2015). Kamulaştırma İşlemlerinde "Kamu Yararı". Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 1(1), 247-262.

- Gemalmaz Burak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Mülkiyet Hakkının Sınırlanmasında “Adil Denge” İlkesi İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 69, S.1-2, 2011.
- Gözler, K., İdare Hukuku, Cilt: II, 2. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, 2009
- Gül, İ. (2014). Danıştay Kararlarında Kamu Yararı Kavramı, Ankara Barosu Dergisi, 535-550.
- Günday, M. 2011. İdare Hukuku, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, Ankara.
- Hayek Fredrich A.: Kanun, Yasama Faaliyeti ve Özgürlük., C.2, Çev. M. Erdoğan, Ankara 1995.
- Kaplan, G. 2012. Yeni Yasal Düzenlemelere Göre Kamulaştırmasız El Koyma Sebebiyle Doğan Tazmin Hakkının Tabi Olduğu Usul ve Esaslar, TBB Dergisi 2012 (99) 125-1250.
- Karademir, D., 2014. Kamulaştırmasız El Atma, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, YUHFD Vol. XI No. 2 (2014), 930-960.
- Kelsen, Hans, “Saf Hukuk Kuramı: Devlet ve Hukuk Özdeşliği”, Devlet Kuramı İçinde (Der. Cemal Bali Akal), Dost yy, Ankara, 2000.
- Kuluçlu E., 2008. Türk Hukuk Sisteminde Normlar Hiyerarşisi ve Sayıştay Denetimine Etkileri, Sayıştay Dergisi, Sayı: 71 (Ekim-Aralık 2008), 3-22.
- Kutlu M. İdari Bir İşlim Olarak Kamulaştırma ve İptal Davası, Ankara 1992.
- Leonard, R. ve Longbottom, J., 2000. Land Tenure Lexicon, A Glossary of Terms from English and French Speaking West Africa, International Institute for Environment and Development, London.
- Nalbant, A. 2015. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasal Bireysel Başvuru, Anayasa Yargısı 32 (2015) 423-442.
- Nazaroğlu Y., Haşan Ü., Kamulaştırma, Ankara 1975, s.21 vd.; AK1LLIOĞLU, s.4.
- Saraç, O. (2002). Kamu yararı kavramı, Maliye Dergisi, 139, 1-11.
- Sever, Ö. 2012. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Kamulaştırmasız El Atma, Akademik Bakış Dergisi, Sayı: 32 Eylül – Ekim 2012, 1-19.
- Şimşek, S. 2015. Taşınmaz Mülkiyetinin Dikey Kapsamı: Anayasa Mahkemesinin Kamulaştırma Kanunu ile İlgili K. 2015/49 Sayılı İptal Kararının Eleştirisi, Terazi Hukuk Dergisi, 10, 109, 67-73
- Tekin A. 1991 “Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler”, Amme İdaresi Dergisi, Cilt:24, S:2, 1991, s.11
- Tezcan, M. 2013. Arkeolojik Sit Alanlarında Kamulaştırmasız El Atma, Ankara Barosu Dergisi, 2013/2, s.402.

Total, E. 2016. Kamulaştırmasız El Atma Davalarında Yargılama Sürecindeki Son Gelişmeler. *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, (7),1127-1132.

URL–1, Güncel Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu, Resmi İnternet Sitesi, <http://www.tdk.gov.tr>. 02.01.2018.

URL–2, Universal Declaration of Human Rights, All Human Rights for All, Fiftieth Anniversary of the Universal Declaration of Human Rights (1948-1998), <http://www.un.org>. 05.01.2018.

URL–3, Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Council of Europe, Registry of the European Court of Human Rights, Rome, 39s. 04.01.2018.

URL - 4 , 2 0 1 7 . T a p u v e K a d a s t r o G e n e l M ü d ü r l ü ğ ü , T a p u S i c i l i U y g u l a m a l a r ı , A n k a r a , 1 1 3 s . https://www.google.com.tr/url?sa=t&rc=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjCwLrSr77YAhVB0BQKHUXKAaccQFggpMAA&url=https%3A%2F%2Ftkgm.gov.tr%2Fsites%2Fdefault%2Ffiles%2Ficerik%2Fekleri%2Ftapu_sicili_uygulamari_2014_0.pdf&usg=AOvVaw2hKo8Co1AOiVbStn_slcOe

URL–5, Haritacılık Sözlüğü, Harita Genel Komutanlığı Resmi İnternet Sitesi, http://www.hgk.msb.gov.tr/sozluk/turkce_sorgu.asp. 05.01.2018.

Uzun B., 2009. Using Land Readjustment Method As An Effective Urban Land Development Tool In Turkey, *Survey Review*, vol.41, pp.57-70

Uzun B., Çelik Şimşek N., Upgrading of illegal settlements in Turkey; the case of North Ankara Entrance Urban Regeneration Project, *Habitat International*, vol.49, pp.157-164

Uzun B., Cete M., Palancıoğlu H.M., 2010. Legalizing And Upgrading Illegal Settlements In Turkey, *Habitat International*, vol.34, pp.204-209

Ünlü, U. 2012. Kamulaştırmasız El Koyma Sebebiyle Tazmine Yönelik Yasal Düzenlemenin Getirdikleri, *Terazi Hukuk Dergisi*, Sayı:68|Nisan 2012, 60-63

Yıldız O., Çoruhlu Y.E., Biyik C., “Registration of agricultural are a stowards the development of a future Turkish cadastral system”, *Land Use Policy*, vol.78, pp.207-218, 2018

Yomralioğlu T., Uzun B., Nişancı R., “Land Readjustment Na Turquia (Türkiye Arsa Arazi Düzenlemesi)”, in: *Metodos De Planejamen to Urbano: Projects de Land Readjustment e Redesevolvimento Urbano*, Mario Machado Vieira Filho, Eds., Paulo’s Comunicação e Artes Gráficas Ltda, Sao-Paulo, pp.205-210, 2009

Yücel, Ö. 2010. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Göre Kamulaştırmasız El Atma. *Adalet Yayınevi*, Ankara.

(Footnotes)1 Dale, P. ve McLaughlin, J. D.,1988, *Land Information Management*, Clarendon Press, Oxford.