

**T.C.
ERCIYES ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**

İDARİ İRTİFAKLAR

**Tezi Hazırlayan
Aynur CİDECİGİLLER**

**Tezi Yöneten
Yrd. Doç. Dr. Hayrettin EREN**

**Kamu Hukuku Anabilim Dalı
Yüksek Lisans Tezi**

**Haziran-2010
KAYSERİ**

**T.C.
ERCIYES ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**

İDARİ İRTİFAKLAR

**Tezi Hazırlayan
Aynur CİDECİGİLLER**

**Tezi Yöneten
Yrd. Doç. Dr. Hayrettin EREN**

**Kamu Hukuku Anabilim Dalı
Yüksek Lisans Tezi**

**Haziran-2010
KAYSERİ**

Yrd. Doç. Dr. Hayrettin EREN danışmanlığında Aynur CİDECİGİLLER tarafından hazırlanan “İdari İrtifaklar” adlı bu çalışma jürimiz tarafından Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim dalında **Yüksek Lisans** tezi olarak kabul edilmiştir.

07/06/2010

JÜRİ:

Danışman : Yrd. Doç. Dr. Hayrettin EREN

Üye : Prof. Dr. Halil KALABALIK

Üye : Doç. Dr. Murat Döğen

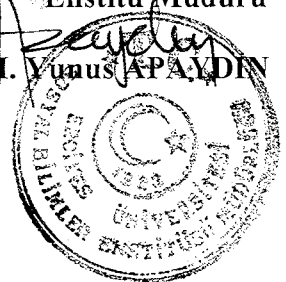
(Handwritten signatures of the jury members)

ONAY:

Bu tezin kabulü Enstitü Yönetim Kurulu' nun 26/06/2010 tarih ve 16 Sayılı kararı ile onaylanmıştır.

26/06/2010

Enstitü Müdürü
Prof. Dr. H. Yunus APAYDIN



İDARİ İRTİFAKLAR

Aynur CİDECİGİLLER

ÖZET

İdare üstlendiği kamu hizmetlerini yerine getirebilmek için yürüttüğü faaliyetler kapsamında taşınır veya taşınmaz mallara ihtiyaç duyabilir. Bu sebeple ihtiyaç duyduğu malları edinebilir. Bir takım mallar nitelikleri gereği idarenin tasarrufunda iken, bazıları sonradan farklı yollarla idarenin tasarrufu altına girmektedirler. Bazı mallar üzerinde de idare, malı tasarrufu altına almaksızın yararlanma hakkına sahip olmaktadır. İdarenin ihtiyaç duyduğu taşınmaz mallar üzerinde sahip olduğu bu yararlanma hakkı uygulamada genel olarak idari irtifak kavramı ile ifade edilmektedir.

İdari irtifak kavramı genel olarak idarenin özel kişilere ait taşınmazlar üzerinde sahip olduğu kullanma ve yararlanma hakkı olarak tanımlanabilir.

Mevzuatımızda idarenin özel kişilerin sahibi olduğu taşınmazlar üzerinde irtifak hakkı tesisine izin veren birçok hüküm bulunmaktadır. Bunlardan en önemlisi “Devlet ve kamu tüzel kişileri; kamu yararının gerektirdiği hallerde, gerçek karşılıklarını peşin ödemek şartıyla, özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların tamamını veya bir kısmını, kanunla gösterilen esas ve usullere göre, kamulaştırmaya ve bunlar üzerinde idarî irtifaklar kurmaya yetkilidir.” düzenlemesini içeren Anayasamızın ‘kamulaştırma’ başlıklı 46. maddesi hükmüdür. Bu hüküm dışında Kamulaştırma Kanununda, İmar Kanununda ve kamu hukuku ağırlıklı bazı kanunlarda da İdare lehine özel kişilere ait taşınmazlar üzerinde irtifak hakkı kurulmasını sağlayan birçok hüküm bulunmaktadır. Bu sebeple çalışmamızda ilk olarak irtifak hakkı kavramı Medeni Hukuk ve İdare Hukuku açısından incelenecek, ikinci bölümde kamulaştırma yolu ile kurulan irtifaklar, üçüncü bölümde imar irtifakları ve son bölümde diğer kanunlardaki idari irtifak kurmaya imkân tanıyan düzenlemeler ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler; İrtifak Hakkı, İdari İrtifak, Kamulaştırma Yolu ile Kurulan İrtifaklar, İmar İrtifakları

ADMINISTRATIVE EASEMENTS

Aynur CİDECİGİLLER

ABSTRACT

Administrative needs movable or immovable properties about It's field of activity for fulfill public service It's assumed. For this reason, It obtain properties that need. Administrative possesses some properties by It's nature and some of them possesses by different types afterwards. Also some groups of properties are not possessed by administrative but administrative has right of use on them. This right of use, administrative have on properties, is generally expressed in administrative easement.

The basic of the administrative easement is generally defined, rights of use and benefit that administrative have privately owned on immovable properties.

There are many provisions that administrative have rights use and benefit on privately owned immovable properties. Most important of them is article 46, "expropriation" entitled, of the Turkish Constitution. Furthermore, there are many provision that administrative have rights of use and benefit on privately owned immovable properties, like Expropriation Act, Development Law and some other codes of public law. For this reason, In our study that consist of four section, we take in hand the administrative easements, perspective of the Civil Law and Administrative Law, easements establish by expropriation in second section, zonnig easement in third section and provisions in the other codes that allow to establish the administrative easement in the last section.

Key Words; Rights of Easement, Administrative Easement, Easement Establish by Expropriation, Zoning Easement

İÇİNDEKİLER

ONAY	I
ÖZET.....	II
ABSTRACT	III
İÇİNDEKİLER.....	IV
KISALTMALAR	X
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

İDARİ İRTİFAKLARA İLİŞKİN GENEL BİLGİLER

1.1.AYNI HAK KAVRAMI	4
1.2. MÜLKİYET HAKKI	5
1.2.1.Genel Olarak Mülkiyet Kavramı ve Mülkiyet Hakkı	5
1.2.2.Mülkiyet Hakkının Başlıca Özellikleri.....	6
1.2.3.Mülkiyet Hakkının Hukukumuzda Düzenlenişi	7
1.2.4.Mülkiyet Hakkının Sınırlandırılması	10
1.2.4.1.Genel Olarak Sınırlama Kavramı.....	10
1.2.4.2.Mülkiyet Hakkının Sınırlanmasının Çeşitleri	10
1.2.4.3.Sınırlama Konusundaki Düzenlemeler	12
1.2.4.4.Mülkiyet Hakkının Sınırlandırılmasının Koşulları	14
1.2.4.4.1.Sınırlama Kanunla Yapılmalı.....	14
1.2.4.4.2.Sınırlama Laik Cumhuriyetin Gereklerine ve Demokratik Toplum Düzeninin Gereklerine Aykırı Olmamalı	14
1.2.4.4.3.Sınırlama Ölçülülük İlkesine Uygun Olarak Yapılmalı	15
1.2.4.4.4.Sınırlama Anayasanın Sözüne ve Ruhuna Uygun Olarak Yapılmalı.....	16
1.2.4.4.5.Sınırlama Mülkiyet Hakkının Özüne Dokunmamalı.....	16
1.2.4.4.6.Sınırlama Anayasanın 35. Maddesindeki Özel Sınırlandırma Sebeplerine Uygun Olarak Yapılmalı	17
1.3. İRTİFAK HAKKI	20
1.3.1.İrtifak ve İrtifak Hakkı Kavramları	20
1.3.2.Kapsamı	21
1.3.3. Konusu.....	22
1.3.4.Özellikleri	23

1.3.5.Çeşitleri.....	23
1.4.İDARİ İRTİFAK.....	25
1.4.1.İdari İrtifaklarda Amaç ve Özel Olarak Koruma Amaçlı İrtifak (Conservation Easements) Kavramı.....	28
1.4.1.1.İdari İrtifaklarda Amaç	28
1.4.1.2.Koruma Amaçlı İrtifaklar	30
1.4.2. İdari İrtifak Hakkı Kurulmasının Şartları	31
1.4.3.İdari İrtifakların Özellikleri	31
1.4.4.İdari İrtifak Çeşitleri.....	32
1.4.4.1.Kamu Malları Üzerinde Özel Hukuk Kişileri Lehine İrtifak Hakkı Tesis ve Sonuçları	32
1.4.4.1.1.Genel Olarak Kamu Malı Kavramı	33
1.4.4.1.2.Kamu Malları Üzerinde Ayni Hak Tesis Edilip Edilmeyeceği Sorunu ve Özel Olarak Özel Hukuk Kişileri Lehine Ayni Hak Tesis	34
1.4.3.İdari İrtifakların Elde Edilmesinde Bedel Sorunu.....	37
1.4.3.1.İdare Lehine Özel Hukuk Kişilerine Ait Taşınmazlar Üzerinde Kurulan İrtifaklarda Bedel Sorunu	37
1.4.3.2.Kamu Malları Üzerinde Özel Hukuk Kişileri Lehine Tesis Edilen İrtifak Haklarında Bedel Sorunu	39
1.4.4.İdari İrtifakların Kurulma Yolları	39
1.4.5.İdari İrtifakların Sona Ermesi	40
1.4.6.İdari İrtifaklardan Doğan Uyuşmazlıklarda Görevli Yargı Yeri	43
1.5.MEDENİ HUKUK İRTİFAKLARI VE İDARİ İRTİFAKLAR ARASINDAKİ FARKLAR.....	43

İKİNCİ BÖLÜM

KAMULAŞTIRMA YOLUYLA KURULAN İRTİFAKLAR

2.1.GENEL OLARAK KAMULAŞTIRMA YOLUYLA KURULAN İRTİFAK HAKKI KAVRAMI.....	46
2.2.KAMULAŞTIRMA YOLUYLA KURULAN İRTİFAK HAKLARININ ANAYASAL VE YASAL DAYANAKLARI	48
2.3.KAMULAŞTIRMA YOLUYLA KURULAN İRTİFAK HAKLARININ HUKUKİ NİTELİKLERİ.....	48

2.4.KAMULAŞTIRMA YOLUYLA KURULAN İRTİFAK	
HAKLARININ KURULMA USULÜ	50
2.4.1.Kamulaştırma Yolu ile Kurulan İrtifaklarda İdari Aşama.....	51
2.4.1.1.Kamulaştırma Bedeli İçin Yeterli Ödenek Temin Edilmesi.....	52
2.4.1.2.Kamu Yararı Kararının Alınması.....	52
2.4.1.3.Kamulaştırılacak Taşınmazın Belirlenmesi.....	56
2.4.1.4.Kamulaştırma Kararının Alınması ve Tapu Siciline Şerh Verilmesi.....	56
2.4.1.5.Satın Alma Usulünün Denenmesi	57
2.4.2.Adli Aşama	57
2.5.KAMULAŞTIRMA İŞLEMİNİN TAMAMLANMASININ SONUÇLARI	59
2.5.1. Taşınmaz Mal, Kaynak veya İrtifak Hakkı İdareye Geçer	59
2.5.2. Malikin Bazı Hakları Kısıtlanır	60
2.5.3. Dava Açma Hakkı Başlar	60
2.5.4. Kamulaştırma Konusu Üzerindeki Ayni Haklar Sona Erer.....	60
2.5.5. Kamulaştırmaya Konu Olan Taşınmaz Malın Boşaltılması	61
2.5.6. Malikin Geri Alma Hakkı Süresi Başlar.....	61
2.5.7. Kamulaştırma İşleminde Vazgeçilmesi	62
2.5.7.1.İdarenin Tek Taraflı Olarak Vazgeçmesi	62
2.5.7.2. Tarafların Anlaşması İle Vazgeçme	63
2.6.KAMULAŞTIRMA YOLUYLA KURULAN İRTİFAK HAKLARININ	
İDARİ İŞLEMİN UNSURLARI AÇISINDAN ELE ALINMASI	63
2.6.1. Yetki	64
2.6.2. Şekil ve Usul.....	66
2.6.3. Sebep	66
2.6.4. Konu	67
2.6.5. Amaç	68
2.7.KAMULAŞTIRMA YOLUYLA KURULAN İRTİFAK	
HAKLARININ ÖZELLİKLERİ.....	68
2.8.KAMULAŞTIRMA YOLUYLA KURULAN İRTİFAK HAKLARINDA	
MALİKE ÖDENECEK BEDEL.....	70
2.9.KAMULAŞTIRMA YOLUYLA KURULAN İRTİFAK HAKLARININ	
TAPUYA TESCİLİ.....	73

2.10.ÜZERLERİNDE İDARE LEHİNE KAMULAŞTIRMA YOLU İLE	
İRTİFAK HAKKI TESİS EDİLEN TAŞINMAZLARIN HUKUKİ NİTELİĞİ	73
2.11.KAMULAŞTIRMA YOLUYLA KURULAN İRTİFAK	
HAKLARINDAN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARIN YARGISAL DENETİMİ	74
2.11.1. Kamulaştırma İşleminin İptali Davası.....	74
2.11.2. Maddi Hatalara Karşı Adli Yargıda Açılan Düzeltim Davası	76

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İMAR İRTİFAKLARI

3.1.TERİM OLARAK İMAR İRTİFAKI KAVRAMI.....	78
3.2.İMAR İRTİFAKLARININ YASAL DAYANAKLARI	80
3.3.İMAR İRTİFAKLARININ KURULMASI İŞLEMİNİN İDARİ	
İŞLEMİN UNSURLARI AÇISINDAN ELE ALINMASI	82
3.3.1.Yetki.....	82
3.3.2.Şekil.....	83
3.3.3.Usul	83
3.3.4.Sebeup	83
3.3.5.Konu	84
3.3.6.Amaç	84
3.4.İMAR İRTİFAKLARININ KURULMASI USULÜ	84
3.5.İMAR İRTİFAKLARININ KURULMASININ ŞARTLARI	85
3.5.1.Amaç	85
3.5.2.Mevzuata Dayanma.....	86
3.5.3.İmar İrtifakı Kurma Yetkisi	86
3.5.4.İmar İrtifaklarının Onaylı İmar Planlarına Dayanması Zorunluluğu	87
3.5.4.1. İmar Planı Kavramı ve İmar Planlarının Hukuki Niteliği	87
3.5.4.2. İmar Planlarının Amacı	89
3.5.4.3.İmar Planlarının Çeşitleri.....	90
3.5.4.4. İmar Planlarının Yapılması	91
3.5.4.5. İmar İrtifaklarının Onaylı İmar Planlarına Dayanması Zorunluluğu	91
3.5.5.İmar İrtifaklarının Kurulmasının İmar Planının Uygulanması Açısından	
Zorunlu Olması	92

VIII

3.5.6.İmar İrtifakının Kurulmasından Sonra Taşınmazın Geri Kalan Kısımında	
Mülkiyet Hakkının Kullanılması İmkânsız Hale Gelmemelidir	93
3.6.İMAR İRTİFAKLARININ ÇEŞİTLERİ VE ÖZEL OLARAK	
BEDELSİZ İRTİFAK HAKKI TESİSİ	93
3.6.1. İmar İrtifaklarının Çeşitleri.....	93
3.6.1. Bedelsiz İrtifak Hakkı Tesisi	94
3.6.1.1. Bedelsiz İrtifak Hakkı Kavramı	94
3.6.2.2.Bedelsiz İrtifak Hakkı Kurulmasının Şartları	95
3.7.İMAR İRTİFAKLARININ ÖZELLİKLERİ.....	97
3.8.İMAR İRTİFAKLARINDA MALİKE BEDEL ÖDENİP	
ÖDENMEYECEĞİ SORUNU	99
3.9.İMAR İRTİFAKLARININ TAPUYA TESCİLİ SORUNU.....	100
3.10.İMAR İRTİFAKLARININ SONA ERMESİ	101
3.11.İMAR İRTİFAKLARINDAN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARDA	
GÖREVLİ YARGI YERİ.....	103

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

ÇEŞİTLİ KANUNLARDA ÖNGÖRÜLMÜŞ OLAN DİĞER İDARİ İRTİFAKLAR

4.1.ANAYASAMIZIN 169. MADDESİ ve 6831 SAYILI ORMAN	
KANUNU KAPSAMINDA KURULAN İDARİ İRTİFAKLAR	108
4.2.2863 SAYILI KÜLTÜR VE TABİAT VARLIKLARINI KORUMA	
KANUNU KAPSAMINDA KURULAN İDARİ İRTİFAKLAR.....	110
4.3.2873 SAYILI MİLLÎ PARKLAR KANUNU KAPSAMINDA KURULAN	
İDARİ İRTİFAKLAR	111
4.4.2960 SAYILI BOĞAZİÇİ KANUNU KAPSAMINDA KURULAN	
İDARİ İRTİFAKLAR.....	113
4.5.2634 SAYILI TURİZMİ TEŞVİK KANUNU KAPSAMINDA KURULAN	
İDARİ İRTİFAKLAR	114
4.6.7478 SAYILI KÖY İÇME SULARI HAKKINDA KANUN	
KAPSAMINDA KURULAN İDARİ İRTİFAKLAR.....	115
4.7. 3213 SAYILI MADEN KANUNU KAPSAMINDA KURULAN	
İDARİ İRTİFAKLAR	116

SONUÇ	119
KAYNAKÇA	123
ÖZGEÇMİŞ	129

KISALTMALAR

a.g.e.	: adı geçen eser
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AMKD	: Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi
Any. Mahk.	: Anayasa Mahkemesi
AÜHF	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHFY	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları
b.	: bası
BOTAŞ	: Boru Hatları ile Petrol Taşıma Anonim Şirketi
bkz	: bakınız
C.	: Cilt
D.	: Daire
Dan.	: Danıştay
Dan. Der.	: Danıştay Dergisi
DEÜY	: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları
DSİ	: Devlet Su İşleri
E.	: Esas
HD	:Hukuk Dairesi
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İBK	: İçtihadı Birleştirme Kararı
İHİD	: İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi
İKÜSBE	: İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
İYUK	: İdari Yargılama Usulü Kanunu
K.	: Karar

KK	: Kamulaştırma Kanunu
kt	: Karar tarihi
KTÜFBE	: Karadeniz Teknik Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü
md.	: madde
MÜHFD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
No	: Numara
R.G.	:Resmi Gazete
S.	: Sayı
s.	: sayfa
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TEDAŞ	: Türkiye Elektrik Dağıtım Anonim Şirketi
TODAİE	: Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TTK	: Turizmi Teşvik Kanunu
vd.	: ve devamı
Yarg.	: Yargıtay
Y.	: Yıl
Yay.	: Yayın
Yen.	: Yenilenmiş

GİRİŞ

Mülkiyet hakkı sahibine konusu olan eşya üzerinde doğrudan doğruya kullanma, yararlanma ve tasarruf etme yetkilerinin tamamını veren ve herkese karşı ileri sürülebilen tam, mutlak, kutsal ve vazgeçilmez bir ayni haktır¹. 1982 Anayasamızda ‘temel haklar ve ödevler’ kapsamında düzenlenen mülkiyet hakkı çeşitli sebeplerle ancak kanunla ve kamu yararı amacı ile sınırlandırılabilir. Mülkiyet hakkının sınırlandırılması sebeplerinden biri de taşınmaz üzerinde irtifak hakkının tesis edilmesidir.

İrtifak hakkı bir eşya üzerinde hak sahibine eşyadan yararlanma yetkisi sağlayan bir ayni haktır². “İrtifak hakkı, hakkın konusu olan taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkından doğan kullanma ve/veya yararlanma ile ilgili yetkilerin bir kısmını veya tümünü veya taşınmaz malikinin mülkiyetten doğan yetkilerinden bazılarını kullanmasını hak sahibine sağlayan veya taşınmaz malikinin mülkiyetten doğan yetkilerden bazılarını kullanmasını hak sahibi yararına yasaklayan sınırlı bir ayni hak olduğuna göre, böyle bir hakkın idare lehine bir idari işlem ile ve zorla kurulması halinde idari irtifaklardan söz edilmektedir.”³ İdari irtifaklar kamu yararı amacı ile özel kişilere ait taşınmazlar üzerinde malikin mülkiyet hakkından doğan haklarını kısmen idare lehine kısıtlayan ve bununla beraber idareye ait taşınmazlar üzerinde idarenin sahip olduğu taşınmazdan yararlanmasını özel hukuk kişileri lehine, tahsis amacı ile bağdaştığı ölçüde sınırlayan ve ancak kanunla getirilebilen sınırlamalardır. İdare lehine özel mülkiyet altındaki taşınmazlar üzerinde konulacak bu tarz özel nitelikli sınırlandırmalar malikin mülkiyet hakkının kullanımını sınırlandıracığı için Anayasanın 35. maddesi hükmü, “Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir.”, gereğince ancak kanunla öngörülen durumlarda ve kamu yararı amacı

¹ Mehmet Ünal, Ferdi (Özel) Mülkiyetin Tarihi, Dini ve Beşeri Kökenleri, Prof. Dr. Fikret EREN’e Armağan, Yetkin Yayınları, Ankara 2006, s. 903.

² Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Özdemir, Eşya Hukuku, Filiz Yayınevi, İstanbul 2009, s. 623.

³ Metin Günday, İdare Hukuku, 9. b., İmaj Yayınları, Ankara 2004, s. 246.

ile kurulabilecektir

İdare üstlendiği kamu hizmetlerini yerine getirebilmek için yürüttüğü faaliyetler kapsamında taşınır veya taşınmaz mallara ihtiyaç duyabilir. Bu sebeple ihtiyaç duyduğu malları edinebilir. Bir takım mallar nitelikleri gereği idarenin tasarrufunda iken, bazıları sonradan farklı yollarla idarenin tasarrufu altına girmektedirler. Bazı mallar üzerinde de idare, malı tasarrufu altına almaksızın yararlanma hakkına sahip olmaktadır. İşte idarenin ihtiyaç duyduğu taşınmaz mallar üzerinde sahip olduğu bu yararlanma hakkı uygulamada genel olarak idari irtifak kavramı ile ifade edilmektedir.

İdari irtifaklar idari işlem ile tesis edilirler. İdari irtifak kurulması şeklindeki idari işlemde taşınmazın mülkiyeti malikte kalmakta, malik irtifak hakkına zarar vermeksizin taşınmazdan yaralanmaya devam etmektedir. Taşınmazın tamamı elde edilmeksizin sadece idarenin ihtiyaç duyduğu kadar ki kısmı üzerinde idare lehine irtifak hakkı tesis edildiğinden, idare taşınmazın mülkiyetinin elde edilmesine oranla az bir masrafla kamu hizmetinin yerine getirilmesini sağlamaktadır. Bu açıdan bakıldığında idari irtifak hakkı tesisi hem idare hem de taşınmaz maliki açısından oldukça faydalı bir yöntem olmaktadır. Kamu malları üzerinde özel kişiler lehine kurulan idari irtifaklarda ise kamu hizmetlerine özel kişilerin katılımı sağlanmakta ve çeşitli sebeplerle idarenin gerçekleştiremediği bir takım faaliyetlerin özel kişiler tarafından yerine getirilmesi ve dolayısı ile kamu hizmetlerinin sağlıklı bir şekilde yürütülmesine katkı sağlanmaktadır. Ancak Türk İdare Hukukunda idari irtifak kavramı yeterince incelenmemiştir. Gerek İdare Hukuku kaynaklarında gerekse yargı mercileri tarafından verilen kararlarda bu kavrama ilişkin yeterli bir bilgi bulunmamaktadır. Bu konudaki eksikliği az da olsa giderebilmek amacı ile hazırladığımız bu çalışma dört bölümden oluşmaktadır;

İlk bölümde genel esasları ile birer ayni hak olarak mülkiyet ve irtifak hakkı kavramları üzerinde durulmuştur. Mülkiyet hakkının hukukumuzda düzenleniş şekli ve sınırlandırılmasının tabi olduğu koşullar ile irtifak hakkının Medeni Hukuk irtifakları ve idari irtifaklar ayrımına uyularak tabi olduğu esaslar ayrıntılı biçimde ele alınmıştır.

İkinci bölümde kamulaştırma yolu ile kurulan irtifaklar incelenmiştir. Kamulaştırma Kanununun 4. maddesinde belirtildiği üzere “taşınmaz malın mülkiyetinin kamulaştırılması yerine, amaç için yeterli olduğu takdirde taşınmaz malın belirli kesimi, yüksekliği, derinliği veya kaynak üzerinde kamulaştırma yoluyla irtifak hakkı kurulabilir.” Kamulaştırma yoluyla irtifak hakkı tesis edilmesi konusundaki bu hüküm

genel hüküm niteliğindedir. Bu sebeple kamulaştırma yoluyla kurulan irtifak hakları önemine binaen belli başlı özellikleri ile bu başlık altında ele alınacaktır.

Çalışmanın üçüncü bölümünde imar irtifakları konusu incelenmiştir. İmar Hukuku kaynaklı olarak idare lehine kurulan idari irtifak haklarına imar irtifakı denilmektedir. İmar irtifakları da genel olarak kamulaştırma yolu ile kurulan irtifak haklarının tabi olduğu hükümlere göre kurulurlar. Bu sebeple bu başlık altında imar irtifaklarının kamulaştırma yoluyla kurulan irtifak hakları ile olan benzer yönleri belirtilmekle yetinilmiş, kamulaştırma yoluyla kurulan irtifak haklarından ayrılan yönlerinin üzerinde ise ayrıntılı bir şekilde durulmuştur.

Çalışmanın dördüncü ve son bölümünde ise özel hukuk kişileri lehine tahsis amaçları ile bağdaştığı ölçüde kamu malları üzerinde irtifak hakkı tesis edilebilmesine imkan tanıyan düzenlemeler incelenmiştir. Çalışmamız yaptığımız araştırmalar neticesindeki genel bir değerlendirmemizi içeren sonuç kısmı ile sona ermektedir.

Çalışmamızdaki temel amacımız mevcut düzenlemeler kapsamında idari irtifak kavramını genel esasları itibari ile ortaya koyabilmektedir. Bu amaçla çalışmada yeri geldikçe Anayasa Mahkemesi, Danıştay, Yargıtay ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına da yer verilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

İDARİ İRTİFAKLARA İLİŞKİN GENEL BİLGİLER

1.1.AYNI HAK KAVRAMI

Ayni haklar kişilerin eşya üzerinde doğrudan doğruya hâkimiyetini sağlayan ve herkese karşı ileri sürülebilen haklardır. Ayni hak üç unsurdan oluşur⁴;

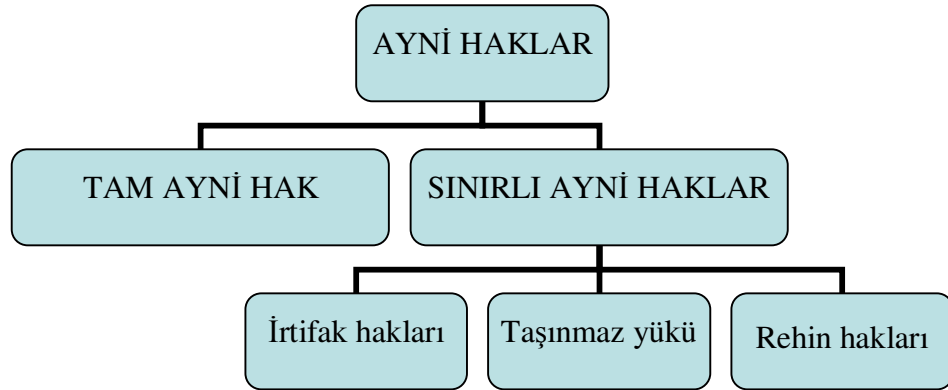
- Ayni hak eşya üzerindedir.
- Ayni hak sahibine o eşya üzerinde doğrudan doğruya hâkimiyet sağlar.
- Ayni hak herkese karşı ileri sürülebilir.

Ayni haklar sahiplerine kullanma, yararlanma ve tasarruf yetkileri sağlar. Ayni hakların sahibine tanıdığı yetkiler bakımından çeşitlere ayrılması mümkündür; bunlar sahibine kullanma, yararlanma ve tasarruf yetkilerinin üçünü birden sağlayan tam ayni hak olarak da ifade edilen mülkiyet hakkı ve sahibine eşya üzerinde sınırlı yetkiler sağlayıp, irtifak, rehin ve taşınmaz yükü olarak üç gruba ayrılabilen sınırlı ayni haklardır⁵.

Bu hakları şu şekilde şematize edebiliriz.

⁴ Bilge Öztan, Medeni Hukukun Temel Kavramları, Turhan Yayınevi, Ankara 2008, 27. b., s. 658.

⁵ Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Özdemir, Eşya Hukuku, s. 18.



Şekil: 1.1. Ayni Hakların Türleri

Konumuzla bağlantısı dikkate alınarak çalışmamızda sadece bir ayni hak çeşidi olarak mülkiyet hakkı ve irtifak hakkı kavramları üzerinde durulacak, rehin hakkı ve taşınmaz yükü kavramlarına ise yer verilmeyecektir.

1.2. MÜLKİYET HAKKI

1.2.1.Genel Olarak Mülkiyet Kavramı ve Mülkiyet Hakkı

Mülkiyet, kelimesi Arapça ‘mulk’ sözcüğünden türemiştir. Mulk ‘hüküm ile bir şeyin zapt ve tasarrufu’ olarak tanımlanmakta azim, azamet, şevket, saltanat anlamlarına gelmektedir⁶.

Mülkiyet kavramı malik ile sahip olunmaya elverişli her çeşit şey arasındaki ilişkiyi belirtir⁷. Mülkiyet hakkı, malikine hakkın konusu olan eşya üzerinde kanunların belirlediği sınırlar dâhilinde kullanma, yararlanma ve istenildiği gibi tasarruf etme yetkisi veren bir haktır⁸.

Eren’e göre mülkiyet, kişiyle eşya arasında doğrudan doğruya kurulan ilişkinin diğer

⁶ Adnan Güriz, Teorik Açıdan Mülkiyet Sorunu, AÜHFY, No: 253, Ankara 1969, s. XI.

⁷ Esin Örcü, Taşınmaz Mülkiyetine Bir Kamu Hukuku Yaklaşımı Mülkiyet Hakkının Sınırlandırılması, Çağdaş Yayınevi, İstanbul 1976, s. 3-6.

⁸ Nihat Kartal, “Mülkiyet hakkı”, Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü, İstanbul Bölge Müdürlüğü I. Mülkiyet Sempozyumu, İstanbul, 1998, s. 5.

kişilere karşı hukuken korunup düzenlenmesidir.⁹

Tam ayni hak olarak da ifade edilen mülkiyet; bir mal üzerinde kullanma, yararlanma ve o malı sarf etme, başka bir deyişle onu her bakımdan tasarruf etme yetkisini kapsayan en geniş ayni haktır.¹⁰ Burada kullanma yetkisi; sahibine mülkiyet konusu eşyayı dilediği şekilde kullanma imkânı, yararlanma yetkisi, sahibine mülkiyet konusu eşyadan dilediği şekilde semereler elde etme ve semereler üzerinde dilediği gibi yararlanma imkânı, tasarruf yetkisi ise mülkiyet konusu eşyayı başkasına devretme, terk etme, ayni haklarla sınırlama imkânı verir.¹¹

En geniş ve kapsamlı şekilde mülkiyet hakkı şu şekilde tarif edilebilir. “Bir kimsenin başkasının hakkına ve toplum yararına zarar vermeden, Anayasa ve yasaların getirdiği esaslara uymak koşuluyla, kendisine ait olan bir şeyi dilediği gibi kullanma, kendisinden ve ürünlerinden yararlanma, tasarruf etme ve olan müdahaleleri önleme ve defetme yetkilerini kapsayan en geniş ayni haktır.”¹²

Anayasa Mahkemesi de vermiş olduğu bir kararında mülkiyet hakkını şu şekilde tanımlamıştır. “...Kişinin bir şey üzerindeki hâkimiyetini ifade eden mülkiyet hakkı, malike dilediği gibi tasarruf olanağı verdiği ve ona özgü olduğundan mutlak haklar arasındadır.”¹³

1.2.2.Mülkiyet Hakkının Başlıca Özellikleri

Türk Hukukunda mülkiyet hakkının en temel özellikleri ve diğer ayni haklardan ayrılan yönleri şunlardır¹⁴;

- Diğer ayni haklar mülkiyet hakkının sağladığı yetkilerin sadece bir kısmını sağlarken mülkiyet hakkı sahibine en geniş yetkiler tanıyan ayni haktır. Ancak sahibine en geniş ayni yetkiler sağlayan hak olması onun mutlak ve sınırsız bir hak olduğu anlamına da gelmez. Mülkiyet hakkı malike toplum yararına ödevler yükler.

⁹ Fikret Eren, “Mülkiyet Kavramı” A. Recai SEÇKİN’ e Armağan, AÜHFY, Ankara 1974, s. 766.

¹⁰ Necip Bilge, Hukuk Başlangıcı, 6. b., Ankara 1987, s. 207-208.

¹¹ Bilge Öztan, Medeni Hukukun..., s. 758.

¹² Saim, Tuğrul, Kamu Hukuku Açısından Mülkiyet Hakkı ve Sınırlandırılması, Kazancı Yayınları, İstanbul 2004, s. 7.

¹³ Any. Mahk. E. 1999/33, K. 1999/51, kt, 29.12.1999

(<http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1999/K1999-51.htm>), (Erişim Tarihi: 03.08.2009).

¹⁴ Selahattin Tekinay, Sulhi Akman, Sermet Burcuoğlu, Haluk Altop, Eşya Hukuku (Zilyetlik, Tapu Sicili, Mülkiyet) C. I, 5. b., İstanbul 1989; Akın Düren, İdare Malları, Ankara 1975, s. 87.

- Mülkiyet hakkı devamlıdır. Malik ölse, eşyayı başkasına temlik etse ya da aynı kalsa dahi mülkiyet üzerindeki devamlılık sürer. Mülkiyet ancak kanunla ve kamu yararı amacıyla sınırlanabilir.
- Mülkiyet hakkı sahibi malik, hakkını kullanırken bağımsızdır ve bu hakkını herkese karşı ileri sürebilir. Ancak malik bu hakkını toplum yararına aykırı olarak kullanamaz.

1.2.3.Mülkiyet Hakkının Hukukumuzda Düzenlenişi

Mülkiyet hakkının konusu, kişilerin yaşamının devamını ve gelişimini sağlayan her türlü eşya olduğundan, bunlar üzerinde kişilerin sahip olabileceği mülkiyet hakkının sınırlarını çizmek, aynı zamanda kamu hukukunun da görev alanına girmektedir¹⁵.

Türk hukukunda mülkiyet hakkının malike tanıdığı yetkileri ve sınırlarını Anayasanın 35. maddesi ve Medeni Kanununun 683. maddesi belirlemektedir.

Sosyal devlet anlayışının¹⁶ benimsendiği 1982 Anayasası mülkiyet hakkını ikinci kısmında “Temel Haklar ve Ödevler” başlıklı 35. maddesinde düzenlemiştir. Madde şu şekildedir;

“Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir.

Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir.

Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz.”

Anayasa mülkiyet hakkını temel bir anayasal hak olarak kabul etmiş, ancak kullanılmasının toplum yararına aykırı olamayacağını ve sadece kamu yararı amacı ile sınırlanabileceğini açıklayarak mülkiyet hakkının anayasal çerçevesini çizmiştir¹⁷.

¹⁵ Şeref Ertaş, Eşya Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara 2006, 7. b., s. 233.

¹⁶ Sosyal devlet anlayışına göre devlet, vatandaşlarının ekonomik ve sosyal açıdan insanca yaşayabilmeleri ve yaşam koşullarının yükseltilebilmesi için belli görevler üstlenir, ekonomik ve sosyal hayata aktif olarak müdahalede bulunabilir. Sosyal devlet ilkesi, devletin görevlerini sadece savunma, güvenlik ve adalet hizmetlerinden ibaret gören jandarma devlet anlayışının tam tersidir. Sosyal devlet anlayışına göre mülkiyet hakkı sınırlı bir nispi hak niteliğindedir. Malik hakkını ancak toplum ve kamu yararına kullanılmalıdır, dilediği gibi değil. (Erdoğan Teziç, Anayasa Hukuku, 9. b., Siyasal Kitabevi, İstanbul 2004, s. 314; Kemal Gözler, Anayasa Hukukuna Giriş, 4. b., Bursa 2004, s. 206; Ayferi Göze, Liberal, Marksist ve Sosyal Devlet, İstanbul 1995, s. 120.)

¹⁷ Şeref Ertaş Eşya Hukuku,.... s. 233.

Anayasa mülkiyet hakkına yeni bir bakış açısı da kazandırmıştır. Maddenin birinci fıkrası ile özel mülkiyeti garanti altına alarak Marksist mülkiyet anlayışı¹⁸ reddedilmiştir¹⁹. Ayrıca mülkiyet hakkıyla doğrudan bağlantılı olarak miras hakkı da kabul edilmiştir.

Maddenin ikinci fıkrası ile mülkiyet hakkının nasıl sınırlanacağı, üçüncü fıkrası ile de bu hakkın kullanımının toplum yararına aykırı olamayacağı belirtilmiştir.

Anayasa mülkiyet hakkını ‘kişinin hakları ve ödevleri’ başlıklı ikinci bölümünde düzenlemişken, mülkiyet hakkının sınırlandırılması ile ilgili kamulaştırma, kıyılardan yararlanma, devletleştirme gibi hakları ‘sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler’ başlıklı üçüncü bölümünde düzenlemiştir²⁰.

Hukukumuzda mülkiyet hakkını düzenleyen ikinci kaynak 4721 sayılı Türk Medeni Kanunudur. Medeni Kanunda da tıpkı Anayasa gibi mülkiyet kavramının bir tanımını yapmamıştır. Ancak Kanun tanım yapmamakla beraber 683. maddesinde mülkiyet hakkının içeriğini belirtmiştir.

MK 683. md.’ si “Bir şeye malik olan kimse, hukuk düzeninin sınırları içinde, o şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisine sahiptir. Malik, malını haksız olarak elinde bulunduran kimseye karşı istihkak davası açabileceği gibi, her türlü haksız el atmanın önlenmesini de dava edebilir.” hükmünü içermektedir.

Bu hükümden yola çıkarak mülkiyet hakkını sahibine o şey üzerinde kullanma (usus), yararlanma (fructus) ve tasarrufta bulunma (abusus) yetkilerini veren bir hak olarak tanımlayabiliriz. Kısaca mülkiyet hakkı, kişiye eşya üzerinde en geniş yetkiler sağlayan aynı haktır diyebiliriz²¹.

Medeni kanunun 683. md.’ sinin düzenlemesinden yola çıkarak malikin mülkiyet hakkını ancak hukuk düzeninin sınırları içinde kullanması gerektiğini söylemek de mümkündür.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi de Anayasamızın 90. md. si gereğince yasa hükmünde

¹⁸ Marksist mülkiyet anlayışına göre özel mülkiyet insanın insan tarafından sömürülmesini sağladığından toplumsallaştırılmalıdır. Bu sistemde tüm devletçi bir iktisat düzeni hâkimdir. Marksist sistem ile özel mülkiyetin bağdaştırılması ilke olarak mümkün değildir (Fikret Eren, Mülkiyet Kavramı, s. 772.).

¹⁹ Fikret Eren, Mülkiyet Kavramı..., s. 765.

²⁰ İsmet Güvenç, Anayasa Mahkemesi Kararlarında Mülkiyet Hakkı (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2008, s. 79. (www.yok.gov.tr Erişim Tarihi; 20.07.2009).

²¹ Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Özdemir, Eşya Hukuku..., s. 234.

olup iç hukukumuzun bir parçası olduğundan Sözleşmedeki mülkiyet hakkı ile ilgili düzenlemeye de bakmak mülkiyet kavramının daha iyi anlaşılması açısından yerinde olacaktır. Sözleşmenin ilk halinde mülkiyet hakkını doğrudan koruyan herhangi bir düzenleme bulunmamakta²² mülkiyet hakkı sadece temel insan haklarından biri olarak zikredilmişti. Sözleşmede mülkiyet hakkını koruyan bir düzenleme bulunmamakla beraber 1954 yılında yürürlüğe giren “İnsan Hakları ve Ana Hürriyetleri Korumaya İlişkin Ek Protokol” ün kabul edilmesiyle mülkiyet hakkı, eğitim ve öğretim hakkı ve serbest seçim yapma hakkı ile birlikte sözleşmedeki yerini almış oldu²³. Ülkemizde de 19 Mart 1954 yılında protokolün kabul edilmesi ile mülkiyet hakkı uluslar arası alanda güvence altına alındı.

Mülkiyet hakkı, Ek Protokolün “mülkiyetin korunması” başlıklı 1. md. sinde şu şekilde düzenlenmiştir: “Her gerçek ve tüzel kişinin, mal ve mülk dokunulmazlığına riayet edilmesini isteme hakkı vardır. Herhangi bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslar arası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir.

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

Sözleşmede öncelikle mülkiyet hakkı tanınarak bu hakka genel bir koruma getirilmiştir. Sözleşmeye göre mülkiyet hakkı mutlak bir hak olmayıp genel yarar amacına yönelik bazı kısıtlamalara konu olabilecektir. Yine sözleşmeye göre mülkiyet hakkından yoksun bırakma ancak kanunla ve milletler arası hukukun genel ilkelerine uygun olarak yapılabilir. Hakkın kullanımını düzenleme ise ancak kanunla yapılabilir²⁴.

²² Sözleşmenin ilk halinde mülkiyet hakkını koruyan herhangi bir düzenlemenin bulunmamasının nedeni, bu hakkın tanınmaması veya tanınmasında tereddüde düşülmüş olması değil, 2. Dünya Savaşının getirdiği çöküntü ve o dönemde mevcut bulunan zıt, doğu ve batı blokları arasında uzlaşma sağlanması amacıdır. (Şeref Gözübüyük, Feyyaz Gölcüklü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 6. b. Turhan Kitabevi, Ankara 2005, s. 417.)

²³ Güney Dinç, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Malvarlığı Hakları, TBB Yayınları, Ankara 2007, s. 4-5.

²⁴ Said Vakkas Gözlügöl, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukukumuz Etkisi, 2. b., Ankara 2002, s. 228.

1.2.4.Mülkiyet Hakkının Sınırlandırılması

1.2.4.1.Genel Olarak Sınırlama Kavramı

Sınırlamak, bir şeyin sınırını çizmek, sınırını belirtmek veya belirlemek, belli bir sınır içinde bırakmak anlamına gelmektedir²⁵. Bir hakka ilişkin olarak sınırlama ise hakkı ve haktan doğan yetkileri kullanmamak, kullanımının koşullarını belirlemek, yani belli koşullarla kullanmak demektir.²⁶

ÖRÜCÜ' ye göre sınırlama kişiye, yapma, nasıl yapacağını belirtme demektir. Genel olarak "sınırlama bir hakkın kullanılmasını açıkça yasaklayıcı ve ya örtülü şekilde kullanılmaz hale koyucu ya da ciddi surette güçleştirici ve amacına ulaşmasını önleyici ve etkisini ortadan kaldırıcı nitelikte olmamalıdır".²⁷

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Ek Protokolünün 1. maddesine göre bir temel hak ve özgürlüğün sınırlandırılmasının Sözleşmeye uygun olabilmesi için sınırlama kanuni bir temele dayanarak milletlerarası hukukun genel ilkelerine uygun olmalı, ölçülülük ilkesine uyulmalı ve son olarak sınırlama karşılığında malike mutlaka makul bir tazminat ödenmelidir.²⁸

1.2.4.2.Mülkiyet Hakkının Sınırlanmasının Çeşitleri

Daha önce de ifade ettiğimiz gibi mülkiyet hakkı, sahibine hukuk düzeninin sınırları içinde maliki olduğu eşya üzerinde kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkileri vermektedir. Ancak hak sahibine en geniş yetkiler sağlayan ayni hak olarak mülkiyet hakkı bir takım kısıtlamalara konu olmaktadır. Taşınmaz mülkiyetinin kısıtlamaları ya kanundan ya da malikin hukuki işlemlerinden doğmaktadır²⁹.

Malikin hukuki işlemlerinden doğan kısıtlamalarda taşınmaz maliki kendi isteği ile yaptığı hukuki muamelelerle mülkiyet hakkının kendisine sağladığı yetkileri üçüncü kişiler lehine kısıtlayabilir. Malikin taşınmazı üzerinde başkasına tanıdığı sınırlı ayni hakların hepsi mülkiyet hakkına birer kısıtlama teşkil ederler. Ayrıca malik kendi tasarrufu ile temlik yetkisini de kısıtlayabilir. Önalım, geri alım ve alım haklarının hepsi

²⁵ www.tdkterim.gov.tr (Erişim Tarihi; 07.08.2009).

²⁶ Saim Tuğrul, Kamu Hukuku Açısından..., s. 14.

²⁷ Esin Örücü, Taşınmaz Mülkiyetine..., s. 31.

²⁸ Veysel Başpınar, Mülkiyet Hakkını İhlal Eden Müdahaleler, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s. 237.

²⁹ Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Özdemir, Eşya Hukuku, s. 431; Şeref Ertaş, Eşya Hukuku, s. 369; Bilge Öztan, Medeni Hukukun..., s. 824.

malikin mülkiyet hakkını kendi tasarrufu ile kısıtlaması halleridir³⁰. Konumuzla bağlantısı göz önünde bulundurularak malikin mülkiyet hakkını kendi tasarrufu ile kısıtlamaları konusuna daha fazla yer verilmeyecektir.

Mülkiyet hakkının kanundan doğan kısıtlamalarının yer aldığı düzenlemelerin başında ise her şeyden önce daha evvel ele aldığımız Anayasanın 35. md.’ si hükmü yer almaktadır. Bu hüküm dışında çeşitli kanun maddeleri ile de malikin mülkiyet hakkı bir takım kısıtlamalara konu olabilmektedir.

Taşınmaz mülkiyetine getirilen sınırlamaların bir kısmı kamu yararını korumak amaçlıdır. Bunlara “taşınmaz mülkiyetinin kamu hukukundan doğan kısıtlamaları” denir. Diğer bir kısım kısıtlama ise özel kişilerin çıkarlarını korumak içindir. Bunlara da “taşınmaz mülkiyetinin özel hukuk kısıtlamaları” denir.³¹

Her iki tür kısıtlamada bir kanun hükmüne dayanarak ve tapu siciline tescil edilmeden kurulurlar. Ancak kamu hukuku kısıtlamaları kişiler arası antlaşmalarla kaldırılamazken, özel hukuk kısıtlamalarının özel tasarruflarla ortadan kaldırılmaları ve değiştirilmeleri mümkündür. Ayrıca kamu hukukuna dayanan kısıtlamalar esas itibariyle kişilere malike karşı dava açma hakkı vermez, sadece kişiler malikin kısıtlamalara uymasını sağlamak için idareye başvurarak kanunun uygulanması isteyebilirler. Özel hukuk kısıtlamaları ise bu kısıtlamalar ile menfaatleri korunan kişilere malike karşı ileri sürebilecekleri hakka ve bunu koruyan dava hakkına sahiptirler.³²

Konumuz mülkiyet hakkının kamu hukukundan doğan kısıtlamaları olduğundan ve mülkiyetin özel hukuk kısıtlamaları konumuzun tamamen dışında yer aldığından incelenmeyecektir.

Medeni Kanunun 754. md.’ si mülkiyet hakkının kamu hukukundan doğan kısıtlamalarını düzenlemektedir. Madde şu şekildedir; “Taşınmaz mülkiyeti hakkının kamu yararı için kısıtlanması, özellikle yapı, yangın, doğal afetler ve sağlıkla ilgili kolluk hizmetlerine; orman ve yollara, deniz ve göl kıyılarındaki ana ve tali yollara sınır işaretleri ve nirengi noktaları konulmasına; toprağın iyileştirilmesine veya bölünmesine, tarım topraklarının veya yapıya özgü arsaların birleştirilmesine; eski

³⁰ Bilge Öztan, Medeni Hukukun..., s. 824.

³¹ Şeref Ertuş, Eşya Hukuku..., s. 376.

³² Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Özdemir, Eşya Hukuku, ...s. 447.

eserler, doğal güzellikler, manzaralar, seyirlik noktaları ve ender doğa anıtları ile içmeler, ılıcalar, maden ve kaynak sularının korunmasına ilişkin mülkiyet kısıtlamaları, özel kanun hükümlerine tâbidir.” Bu mülkiyet kısıtlamaları uygulamada geniş anlamda idari irtifak hakkı³³ olarak değerlendirilmektedir. Bu konudaki tartışmalara ileride ayrıntılı olarak değinilecektir.

Mülkiyet hakkının kamu hukuku kısıtlamalarını da ikiye ayırmak mümkündür: Kamu hukuku kısıtlamalarının bir kısmı doğrudan Medeni Kanunda belirtilmiştir. Bunlar 739. md. de belirtilen kazı ve kazı yaparken uyulacak kurallar, 741. md. deki dikilecek şeylerde uyulacak kurallar, 749. md. deki araziye sınırlık koyma mecburiyeti ve 755. md. de belirtilen toprağın iyileştirilmesi ile ilgili hükümlerdir.

Mülkiyet hakkının kamu hukuku kısıtlamalarının ikinci kısmı ise özel kanunlarda yer almaktadır. Bu düzenlemelerin en önemlilerini yeri geldikçe ele alacağız.

1.2.4.3.Sınırlama Konusundaki Düzenlemeler

Türk hukukunda temel hak ve özgürlüklerin, doğrudan Anayasa ve kanunlar ile sınırlandırıldığı görülmektedir. Anayasanın doğrudan sınırlandırması, temel hak ve özgürlüklerin belirtildiği maddelere konulan, soyut ya da somut, özel sınırlamalar getiren hükümlerle belirtilmiştir. Kanunla sınırlama ise temel hak ve özgürlüklerin yürütme organı tarafından, yürütme organı işlemleri ile sınırlandırılması anlamına gelir³⁴. Temel hak ve özgürlüklerin kanunla sınırlandırılması konusunda Anayasanın 13. md.’ sindeki düzenleme şu şekildedir:

“Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlandırılabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.” Bu maddeye göre temel hak ve hürriyetler

- Özlerine dokunulmaksızın
- Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplerle
- Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak

³³Sıdık Sami Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. II, 3. b., Hak Kitabevi, İstanbul 1966, s. 1352.

³⁴Zehra Odyakmaz, İsmail Ercan, Ümit Kaymak, Anayasa Hukuku – İdare Hukuku, 8. b., İkincisayfa Yayınları, Ankara 2008, s. 58.

- Ölçülülük ilkesine uygun
- Demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmadan
- Laik Cumhuriyetin gereklerine aykırı olmadan
- Ancak kanunla sınırlanabilir.

1982 Anayasasında 4709 sayılı Kanunla 2001 yılında değişiklik yapılmadan önce mülkiyet hakkı 35. md.' deki özel sınırlandırma sebepleri ve 13. md.' deki genel sınırlandırma sebeplerine uygun olarak sınırlandırılabilirdi. Değişiklikten önce genel sınırlandırma sebepleri 13. md.' de sayılmıştı ve bu sınırlandırma sebeplerinin bütün temel hak ve özgürlükler için uygulanacağı belirtilmişti. 4709 sayılı Anayasa değişikliğinden sonra genel sınırlandırma sebepleri kaldırıldı, temel hak ve özgürlüklerin yalnızca ilgili maddelerde belirtilen özel sınırlandırma sebepleri ile sınırlandırılabilirdi esası ile öze dokunma yasağı getirildi ve son olarak sınırlandırmaların ölçülülük ilkesine aykırılık teşkil etmeyeceği hükmü getirildi³⁵.

Anayasamızın 13. md.' sinin değiştirilmesi ile bu maddenin genel hüküm olma niteliğinin ortadan kalkması sonucu artık bir temel hak ve özgürlüğün sınırlandırılması konusunda onunla ilgili özel hüküm dikkate alınacaktır. Yani bir temel hak ve özgürlükle ilgili olarak onun madde metnindeki sınırlandırma sebepleri göz önünde tutulacaktır. Örneğin; Anayasanın 23. md.' sindeki “Yerleşme hürriyeti... sağlıklı ve düzenli kentleşmeyi gerçekleştirmek... amaçlarıyla sınırlandırılabilir.” hükmündeki sağlıklı ve düzenli kentleşmeyi sağlamak özel bir sınırlandırma sebebidir ve bu sebebe dayanarak sadece yerleşme hürriyeti sınırlandırılabilir.³⁶ 4709 sayılı kanunla yapılan Anayasa değişikliğinden sonra mülkiyet hakkı da dâhil temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması, özlerine dokunulmaksızın, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine uygun bir şekilde, Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplerle ve ancak kanunla yapılabilir.

Konumuz mülkiyet hakkının sınırlandırılması olduğundan, Anayasanın 13. md.' sine

³⁵ İsmet Güvenç, Anayasa Mahkemesi Kararlarında..., s. 91.

³⁶ Kemal Gözler, “Anayasa Değişikliğinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri: Anayasanın 13' üncü Maddesinin Yeni Şekli Hakkında Bir İnceleme”, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl 59, S., 2001/4, s.53-67. www.anayasa.gen.tr/madde13.html (Erişim Tarihi; 04.08.2009).

göre özel hüküm niteliğinde olan ‘mülkiyet hakkı’ başlıklı 35. md.’ sine bakıp bu hükümden yola çıkarak bir takım özellikleri sıralamak daha yerinde olacaktır. Zira kamu hukukundan kaynaklanan bazı nedenlerle mülkiyet hakkının, daha doğrusu özel mülkiyet altındaki taşınmaz mallar üzerindeki mülkiyet hakkının, kamu yararı amacıyla zaman zaman sınırlandırıldığı görülmektedir. Mülkiyet hakkından kaynaklanan bazı yetkilerin sınırlandırılması sebepleri arasında kamulaştırma, askeri alanlarda yasak bölgelerin oluşturulması ve imar hukukundan kaynaklanan bir takım kısıtlamalar örnek olarak gösterilebilir. Bu kısıtlamalar, genel olarak, ileri de ayrıntılı bir şekilde inceleneceği üzere, idari irtifak kavramı ile ifade edilir.³⁷

1.2.4.4.Mülkiyet Hakkının Sınırlandırılmasının Koşulları

Mülkiyet hakkının sınırlandırılmasının koşulları şu şekilde belirlenebilir:

1.2.4.4.1.Sınırlama Kanunla Yapılmalı

1982 Anayasamızın 91. md.’ sine göre “....sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile, dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemez.” Bu hüküm kişinin hakları ve ödevleri arasında yer alan mülkiyet hakkının Anayasamızın 35. md.’ sindeki özel düzenlemesi ile birlikte değerlendirildiğinde mülkiyet hakkının olağan dönemlerde kanunla düzenlenip ve ancak kanunla sınırlandırılabilceğini söyleyebiliriz. Yani temel hak ve hürriyetlerde olduğu gibi mülkiyet hakkı da kanun hükmünde kararnameyle, tüzükle, yönetmelikle veya diğer düzenleyici işlemlerle sınırlandırılmaz. Ancak yürütme organı bir kanuna dayanarak kanunun öngördüğü sınırlamaların ayrıntılarına ilişkin düzenlemeler yapabilir.³⁸

1.2.4.4.2.Sınırlama Laik Cumhuriyetin Gereklerine ve Demokratik Toplum Düzeninin Gereklerine Aykırı Olmamalı

Mülkiyet hakkı da dâhil olmak üzere bütün temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması ancak laik Cumhuriyetin gereklerine uygun bir sınırlandırma ile mümkündür. Peki, laik Cumhuriyetin gereklerinden anlaşılması gereken nedir?

Devlet resmi bir dine dayanmıyor, ülkede din ve vicdan özgürlüğü mevcut, devlet yapısı

³⁷ Esin Özücü, Taşınmaz Mülkiyetine..., s. 43.

³⁸ Kemal Gözler, Anayasa Hukukuna Giriş..., s. 220.

içinde din kurumları bulunmuyor ve hukuk kurallarının temelini din kuralları oluşturmuyor ise o devlet laik bir devlettir.³⁹ Laik Cumhuriyetin gerekleri kavramından ne anlaşılması gerektiği ise açık değildir. Burada dikkat edilmesi gereken husus bu kavramın sınırlama nedeni değil, sınırlamanın sınırını gösteren bir ölçü olduğudur⁴⁰. Bu sebeple de sınırlamanın laik Cumhuriyetin gereklerine uygun olup olmadığını tespit edip karar verecek olan makam yargı mercii yani Anayasa Mahkemesidir.

Demokratik toplum düzeninin gerekleri kavramını ise Anayasa Mahkemesi kararlarından hareketle şu şekilde tespit edebiliriz. Anayasa Mahkememiz vermiş olduğu bir kararında “...Temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunup onları büyük ölçüde kısıtlayan veya tümüyle kullanılamaz hale koyan sınırlamaların demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaştığı kabul edilemez... Bu nedenle getirilen sınırlamaların ölçüsü değil, koşulları, nedeni, yöntemi kısıtlamaya karşı öngörülen kanun yolları hep demokratik toplum düzeni kavramı içinde değerlendirilmelidir”⁴¹.

1.2.4.4.3.Sınırlama Ölçülülük İlkesine Uygun Olarak Yapılmalı

Mülkiyet hakkı da dâhil olmak üzere bütün temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasındaki amaç ile kullanılan araç arasında bir oran bulunması gerekmektedir. “Ölçülülük ilkesi, bir hak ve hürriyeti sınırlandırmak için kullanılan aracın sınırlama amacı için elverişli olmasını, öngörülen amacı gerçekleştirmek için sınırlamanın gerekli olmasını, amaç ile aracın birbirlerine karşı orantılı olmasını ifade eder”⁴².

AİHM vermiş olduğu bir kararında “... bireyin mülkiyet hakkını sınırlayan önlemin yasalarla korunan kamu yararına yönelmiş olması yeterli değildir. Aynı zamanda başvurulmuş amaç ile izlenen yöntem arasında adaletli bir dengenin kurulmuş olması gerekir.” diyerek sınırlamanın orantılı olması gerektiğini belirtmiştir⁴³. Bu konuda Alman Hukukunda geliştirilen ölçüte göre malik aleyhine konan sınırlama aynı koşullarda bulunan diğer maliklere göre eşitlik ilkesine aykırı bir durum oluşturuyor ise ya da toplum yararı ile kişinin zararı arasında büyük oransızlık söz konusu ise

³⁹ Mehmet Akad, Bihterin Vural Dinçkol, Genel Kamu Hukuku, 3. B., Der yayınları, İstanbul 2004, s. 426.

⁴⁰ Saim Tuğrul, Kamu Hukuku Açısından..., s. 113.

⁴¹ Any. Mahk. E. 1999/33, K. 1999/51, kt. 29.12.1999, AMKD, S. 36, C. 2, s. 651,

⁴² İsmet Güvenç, Anayasa Mahkemesi Kararlarında..., s. 107; Saim Tuğrul, Kamu Hukuku Açısından, s. 115.

⁴³ AİHM Ashingdane-İngiltere kararı, 1985 (Güney Dinç, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi..... s. 61).

taşınmazın maliki bu oransızlığa katlanmak zorunda değildir.⁴⁴

1.2.4.4.Sınırlama Anayasanın Sözüne ve Ruhuna Uygun Olarak Yapılmalı

Mülkiyet hakkının sınırlandırılmasının Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak yapılması gerekmektedir. Anayasanın sözü kavramı ile anlaşılması gereken Anayasa metnidir. Anayasanın ruhu kavramı ise doktrinde üzerinde uzlaşılammış bir ifadedir. ÖZBUDUN' a göre Anayasanın ruhu kavramı ile anlatılmak istenen Anayasanın tamamı ve ondan çıkarılacak olan anlamdır.⁴⁵ GÖZLER' e göre ise Anayasanın ruhu kavramı hukuk-dışı bir kavram olup Anayasanın ayrı bir maddesinde açıkça bu kavram tanımlanıp sınırları belli edilmedikçe bu şarta herhangi bir anlam vermek mümkün değildir.⁴⁶

1.2.4.4.5.Sınırlama Mülkiyet Hakkının Özüne Dokunmamalı

Anayasamızda 2001 yılında yapılan değişiklik ile hakkın özüne dokunmama kriterine yeniden geri dönmüştür. Öncelikle ele alınması gereken konu hakkın özü kavramı ile ne ifade edilmek istendiğidir.

Gerek mülkiyet hakkı ve gerekse diğer hak ve özgürlüklerde Anayasa Mahkemesi hakkın özü kavramının tanımını yapmamıştır. Ancak tanım yapmamakla beraber vermiş olduğu kararlarında bu kavrama sıkça başvurmuştur. Mahkeme vermiş olduğu bir kararda hakkın özü kavramına şu şekilde vurgu yapmaktadır: “Bir hakkın ya da hürriyetin kullanılmasını açıkça yasaklayıcı veya örtülü bir şekilde yapılamaz hale koyucu veya ciddi surette güçleştirici ve amacına ulaşmasını önleyici ve etkisini ortadan kaldırııcı nitelikte olmadıklarından, hürriyetin özüne dokunulmadığı meydandadır. ...neyi ifade ettiği açıkça anlaşılmayan ve her türlü yoruma elverişli bulunan terimlerle belirtilen hükümler, kişinin temel haklarından olan toplantı ve gösteri yürüyüşünün belli şekilde konularını kökünden kaldırmakta ve bu sebeple de hak ve hürriyetin özüne dokunmaktadır.”⁴⁷ Genel olarak her hak ve hürriyet için genel bir hakkın özü kavramı kullanmaktansa her bir temel hak ve hürriyetin kendi içeriğine uygun hakkın özü tanımı yapmak daha doğrudur. Örneğin mülkiyet hakkının özü kavramı gibi. Bu yüzden

⁴⁴ Şeref Ertaş, Eşya Hukuku,... s. 301.

⁴⁵ Ergün Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, 7. b., Yetkin Yayınevi, Ankara 2002, s. 105.

⁴⁶ Kemal Gözler, Anayasa Hukukuna Giriş,... s, 222.

⁴⁷ Any. Mahk. E. 1962/208, K. 1963/1, kt; 04.01.1963.

(<http://www.anayasa.gov.tr/eskisine/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1963/K1963-001.html>, Erişim Tarihi; 11.08.2009).

Anayasa Mahkemesinin doğrudan mülkiyet hakkının özü ile ilgili vermiş olduğu kararlara bakmak daha uygun olacaktır.

“Mülkiyet hakkının özü nerede başlamaktadır? Mülkiyet hakları mülkiyetleri icabı olarak eşya ile kişiler arasındaki münasebettir; maddî değeri haiz muayyen objelere sahip olabilmelidir. Bir şeyin muayyen bir şahsa tabiiyet ve ihtisası, hukukî manasını bu sahip olabilmeye bulur... Bu sahip olabilmek, hukukî münasebet olarak, mülkiyetin özünü teşkil eder. Bundan dolayıdır ki mülkiyetin müessese olarak bertaraf edilip, onun yerine bir malsızlık rejiminin yahut devlet mülkiyetinin veyahut kolektif mülkiyetin ikamesi, mülkiyetin özüne dokunmak olduğu kadar, muayyen şeylerde mülkiyetin tazminatsız ref'i ve nez'i özüne dokunmak olur ve 36. maddeye (1982 Anayasamızın 35. maddesi) aykırı ve münafidir... Anayasa Mahkemesince şey ile sahibi arasındaki ihtisası büsbütün ortadan kaldırmak, sahibinin şeyden Adalet ölçülerinde istifadesini engellemek dahi Anayasa Mahkememizce hakkın özünü zedeleyen bir tutum olarak kabul ve ilân edilmiştir.”⁴⁸

Anayasa Mahkemesi'nin vermiş olduğu kararlardan yola çıkılarak hakkın özü kavramı şu şekilde tanımlanabilir: “Bir hak ve hürriyetin gayesine uygun şekilde kullanılmasını son derece zorlaştıran, onu kullanılamaz duruma düşürücü kayıtlara tabi tutan, açıkça yasaklayan, örtülü şekilde yapılamaz hale koyan, ciddi surette güçleştiren, amacına ulaşmayı önleyici, yararlanmayı genel surette izin alınmasına bağlı tutan, ne anlama geldiği belirli olmayan terimlerle sınırlayan, yararlanmayı yok edecek derecede önleyici veya engelleyici biçimde sınırlayan düzenlemeler o hak ve hürriyetin özüne dokunur olarak değerlendirilebilir.”⁴⁹

ÖZBUDUN tarafından yapılan ve katıldığımız hakkın özü tanımı ise şöyledir: “Bir hak ve hürriyetin özü, onun vazgeçilmez unsuru, dokunulduğu takdirde söz konusu hürriyeti anlamsız kılacak olan asli çekirdeğidir.”⁵⁰

1.2.4.4.6.Sınırlama Anayasanın 35. Maddesindeki Özel Sınırlandırma Sebeplerine Uygun Olarak Yapılmalı

35. maddeye göre mülkiyet hakkı ancak kamu yararı amacıyla ve toplum yararına

⁴⁸ Any. Mahk. E. 1967/10, K. 1967/49, kt; 28.11.1967

(<http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1967/K1967-49.html>, Erişim Tarihi; 11.08.2009).

⁴⁹ Saim Tuğrul, Kamu Hukuku Açısından....., s. 87.

⁵⁰ Ergün Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, ...s. 105.

uygun olarak sınırlandırılabilir. Keza Anayasa Mahkemesine göre de mülkiyet hakkı Anayasamızda sınırsız bir hak olarak tanınmamıştır. Fert yararı ile toplum yararı çatıştığında toplum yararına üstünlük tanınarak mülkiyet hakkını sınırlandırmak mümkündür⁵¹.

Anayasamızın 35. md.' si mülkiyet hakkının ancak kamu yararı amacıyla ve toplum yararına uygun olarak sınırlandırılabilirliğini söylemektedir. Peki, kamu yararı ve toplum yararı kavramları ile ifade edilmek istenen nedir?

Bir kısım yazarlar bu iki kavram arasında bir fark olmadığını ifade ederek zaman zaman bu iki kavramı birbirini yerine kullanmakta⁵², bazıları da iki kavram arasında niteliksel bir fark olduğunu ileri sürmektedirler⁵³.

Anayasa Mahkemesine göre kamu yararı ve toplum yararı kavramları birbirleri yerine kullanılan ve bireysel çıkarı aşan durumları ifade etmektedir⁵⁴.

ÖRÜCÜ, kamu yararı ve toplum yararı kavramları arasındaki ilişkiyi şu şekilde ifade ediyor: “Mülkiyet hakkının sınırlanışı kamu yararınadır, hakkın kullanılmasının sınırı ise toplum yararınadır.”⁵⁵

Bir görüşe göre kamu yararı, toplumun belli bir grubu için değil, bütün üyeleri için geçerli olan ortak çıkardır⁵⁶.

Başka bir görüşe göre sınırlamanın topluma sağlayacağı yararın, kişiler için getireceği zarara ağır basması durumunda kamu yararı vardır⁵⁷.

DOĞANAY' a göre geniş anlamda kamu yararı bireylerin çıkarı ile aynı anlamdadır. Toplum yararı ise ülkede yaşayan tüm insanların ortak çıkarlarını ifade eder⁵⁸.

ÖRÜCÜ' ye göre kamu yararı düzenleme ve sınırlama ölçüsü, kriteri ve amacıdır. Dar anlamda bir İdare Hukuku kavramı olarak değerlendirilebilecek olan kamu yararı

⁵¹ Any. Mahk. E. 1966/3, K. 1966/23, kt; 28.04.1966.

(<http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1966/K1966-23.htm>) (Erişim Tarihi; 04.08.2009).

⁵² Örneğin; Esin Örüçü, Taşınmaz Mülkiyetine..., s. 41; Veysel Başpınar, Mülkiyet Hakkını..., s. 244.

⁵³ Örneğin; Osman Saraç, “Kamu Yararı Kavramı”, *Maliye Dergisi*, S.139, Ocak-Haziran, 2002, s. 1; Ümit Doğanay, “Toplum Yararı ve Kamu Yararı Kavramları” *Mimarlık Dergisi*, S. 129, Temmuz 1974, s. 5

⁵⁴ Anayasa Mahkemesinin 1992/13 Esas, 1992/50 Karar Sayılı ve 02/10/1992 tarihli kararı. (30.06.1993 tarih ve 21623 sayılı R.G.)

⁵⁵ Esin Örüçü, Taşınmaz Mülkiyetine..., s. 41.

⁵⁶ Mustafa Erdoğan, Anayasal Demokrasi, 7. b., Ankara 2005, s. 364.

⁵⁷ Mehmet Akad, Bihterin Vural Dinçkol, Genel Kamu Hukuku, ...s. 346.

⁵⁸ Ümit Doğanay, “Toplum Yararı...”, s. 5.

kavramı, geniş anlamda toplum yararı ile aynı anlamda kullanılmaktadır⁵⁹.

“İdarenin görevlerini yerine getirebilmek için teker teker fertler dışında bütün toplumun veya yerine ve görevine göre belirli halk topluluklarının göz önüne alınması mecburiyetidir.”⁶⁰

Başka bir görüşe göre ise, kamu yararı devletin temel hakların sınırlandırılmasında başvurduğu bir neden, yaptıklarını doğrulamak için kullandığı bir araç ve kamusal işlerin hukuka uygunluğunu belirlemek için kullandığı bir ölçüdür. Yine bu görüşe göre toplum yararı ile kamu yararı kavramları arasında en başta anlamsal olarak farklılık vardır. Kamu yararı, kurulu düzenin korunmasındaki çıkar iken, toplum yararı ülkede yaşayan tüm insanların ortak çıkarıdır. Alınacak bir tedbir kamu yararına olduğu halde toplum yararına olmayabilir.⁶¹

Kamu yararı ve toplum yararı konusunda sonuç olarak belirtebileceğimiz ve katıldığımız görüş ise şudur: Dar anlamda kamu yararı kamu hizmetlerinin toplumsal ihtiyaçları görecektir şekilde eşitlik ve genellik ilkelerine uygun olarak yerine getirilmesi iken, geniş anlamda kamu yararı ise ülkede yaşayan bütün insanların ortak çıkarı, yani toplum yararadır⁶².

Kamu yararı kavramını toplum yararı kavramı ile bağlantılı olarak ve beraber düşünerek özelliklerine göre şu şekilde tasniflendirebiliriz⁶³.

- Kamu yararı kavramı geneldir.
- Kamu yararı toplum yararı ile uyumludur.
- Kamu hizmeti kamu yararı amacı ile yapılan bir faaliyettir.
- Anayasamıza göre kamu yararı mülkiyet hakkının sınırlandırılmasının nedenidir.
- Kamu yararı, değişkendir.
- Kamu yararı nesnel ve zorunlu bir neden - sonuç bağı gerektirir.

⁵⁹ Esin Örüçü, Taşınmaz Mülkiyetine..., s. 66.

⁶⁰ Mehmet Ali Hayta, Kamulaştırma Davaları, Adalet Yayınları, Ankara 2007, s. 90.

⁶¹ Osman Saraç, “Kamu Yararı...”, s. 1.

⁶² Halil Kalabalık, İmar Hukuku, 2. b., Seçkin Kitabevi, Ankara 2005, s. 110.

⁶³ Tekin Akıllıoğlu, “İnsan Hakları Kavramı Üzerine Düşünceler” *İHİD*, Lütfi Duran’a Armağan, S. 1-3, s. 16; Osman Saraç, “Kamu Yararı Kavramı”..., s. 7.

Özel mülkiyet kapsamındaki taşınmazların kullanımına toplum yararı amacıyla getirilen en önemli sınırlandırmalardan biri de idari irtifaklardır⁶⁴. Ancak bir kısım yazarlar bu tür kısıtlamaların Medeni Kanun anlamında irtifak olduğunu ve medeni hukuk hükümlerine tabi olduğunu belirtirken diğer bir kısım yazarlar bunların mülkiyet hakkının kamu hukukundan doğan kısıtlamaları olduğunu belirtmekte, bazı yazarlar ise bu tür kısıtlamaların idari irtifak olarak adlandırıldığını ve kendilerine has bir takım düzenlemelere tabi olduklarını belirtmektedirler. İlgili kısımda irtifak hakları ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

1.3. İRTİFAK HAKKI

1.3.1.İrtifak ve İrtifak Hakkı Kavramları

İrtifak kelimesi Arapça kökenli bir kelimedir. Kendisinden istifade olunan şey, faydalandırmak, yumuşaklık ve kolaylık göstermek manalarına gelen ‘rifk’ kelimesinden türetilmiştir.⁶⁵

İrtifak kelimesinin sözlük anlamı, bir yere dayanma, arkadaşlık etme ve faydalanmadır. İrtifak kelimesine hak kavramı açısından bakıldığında ve Medeni Hukuk terimleri sözlüğüne göre ise irtifak hakkı bir katlandırım ve yükümlendirme hakkıdır⁶⁶.

Medeni Kanunumuzun 779. md.’ sinde “Taşınmaz lehine irtifak hakkı, bir taşınmaz üzerinde diğer bir taşınmaz lehine konulmuş bir yük olup, yüklü taşınmazın malikini mülkiyet hakkının sağladığı bazı yetkileri kullanmaktan kaçınmaya veya yararlanan taşınmaz malikinin yüklü taşınmazı belirli şekilde kullanmasına katlanmaya mecbur kılar.” şeklinde bir düzenleme yer almıştır. Bu düzenlemeden de yola çıkılarak uygulamada birçok irtifak hakkı tanımı yapılmıştır. Bunlardan bazıları şu şekildedir:

İrtifak hakkı (servitude, easement), bir eşya üzerinde hak sahibine o eşyadan yararlanma yetkisi sağlayan aynı bir haktır.⁶⁷

İrtifak hakları, bir nesne üzerindeki kullanma ve yararlanma ile ilgili yetkilerin bir bölümünü veya tümünü hak sahibine sağlayan veya nesne malikinin mülkiyetle ilgili yetkilerinden bir bölümünün kullanılmasını hak sahibinin yararına yasaklayan sınırlı

⁶⁴ Ramazan Yıldırım, İdare Hukuku Dersleri I, 3. b., Mimoza Yayınları, Konya 2009, s. 312.

⁶⁵ Sabri Şakir Ansay, Hukuk Bilimine Başlangıç, 7. b., AÜHFY, Ankara 1958, s. 163.

⁶⁶ www.tdkterim.gov.tr (Erişim Tarihi: 27.07.2009).

⁶⁷ Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Özdemir, Eşya Hukuku..., s. 623.

ayni haktır.⁶⁸

İrtifak hakları, sahibine konusu olan eşyayı doğrudan doğruya kullanma veya ondan yararlanma veya her ikisine birden sahip olma yetkisini veren veya malike bir çekinme (içtinap - geri durma) borcu yükleyen sınırlı bir ayni haktır⁶⁹. Bu sınırlama muhtevaya ilişkin olabileceği gibi süreye ilişkin de olabilir.⁷⁰

Bir taşınmaz üzerinde, kullanma ve yararlanmaya rıza göstermeyi veya mülkiyete özgü bazı hakların kullanılmasından kaçınmayı gerektiren irtifak hakkı diğer bir taşınmaz veya kişi yararına ayni hak olarak kurulan bir hukuki işlemdir. Örneğin bir taşınmaz altından geçirilen petrol boru hattı veya üstünden yüksek gerilimli elektrik hattı tesisatı için tanınan ve taşınmaz malikinin mülkiyet hakkını sınırlayan hak bir irtifak hakkıdır⁷¹.

İrtifak hakkı menkul veya gayrimenkul bir mal üzerinde tesis edilebilir. İrtifak hakkı; bir şey üzerine ve özellikle bir taşınmaza yükletilmiş bir külfettir ki, yükümlü taşınmaz malikinin diğer bir şahsa veya başka bir taşınmaz malikine karşı mülkiyet hakkına ilişkin yetkilerden bazısını kullanmaktan çekinmesi veya bu yetkilerden bir bölümünün irtifak hakkına sahip olan kimse tarafından kullanılmasına izin vermesi zorunluluğudur⁷².

Bu tanımlardan hareketle irtifak hakkı şu şekilde tanımlanabilir: İrtifak hakkı, sahibine hakkın konusu olan eşya üzerinde kullanma ve yararlanma yetkilerinden birini ya da her ikisini birden sağlayan sınırlı bir ayni haktır.

1.3.2.Kapsamı

Diğer sınırlı ayni haklarda olduğu gibi, irtifak hakkının muhtevasından hak sahibinin bu hakkın konusu olan eşya üzerindeki yetkileri anlaşılmalıdır.⁷³

İrtifakın içeriği yalnız eşyadan veya eşyanın özünden elde edilebilecek menfaatlerden yararlanma imkânından ibarettir.⁷⁴ Bu sınırlı hâkimiyet, eşyayı kullanma, ondan yararlanma ya da hem kullanma ve hem de onun semerelerinden yararlanma biçiminde

⁶⁸ Bülent Köprülü, Selim Kaneti, Sınırlı Ayni Haklar, 2. b., AÜHFY, İstanbul 1982-1983, s.41.

⁶⁹ Şeref Ertaş, Eşya Hukuku.... s.468.

⁷⁰ Bilge Öztan, Medeni Hukukun..., s. 863.

⁷¹ Ejder Yılmaz, Hukuk Sözlüğü, Yen. 9. b., Yetkin Yayınları, Ankara 2005, s. 481.

⁷² Muhittin Abacıoğlu, Açıklamalı ve Uygulamalı İmar Kanunu Mevzuatı ve Uygulaması, 7. b. Seçkin Yayınları, Ankara 2001, s. 284; Galip Esmer, Mevzuatımızda Gayrimenkul Hükümleri ve Tapu Sicili, Ankara 1969, Olgaç Matbaası, s. 521.

⁷³ Jale Akipek, Türk Eşya Hukuku, 3. kitap (Mahdut Ayni Haklar), AÜHFY, Ankara 1974, s. 39.

⁷⁴ Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Özdemir, Eşya Hukuku,.... s. 623.

olur. İrtifak hakkının muhtevasını oluşturan bu yetkiler, kural olarak, sınırlı mahiyetteki yetkililerdir. Bu muhteva içinde kalmak şartıyla, taraflar bu kullanmanın ya da semerelerden yararlanmanın ne biçimde olacağını serbestçe tayin edebilirler.⁷⁵

İrtifak hakkının kapsamı çok dar veya çok geniş olabilir. Örneğin; yola çıkabilmek için bir taşınmazın üzerinde kurulmuş geçit irtifakında çok dar kapsamlı irtifak hakkı varken kullanma ve yararlanma ile ilgili bütün yetkileri hak sahibine tanıyan ve aşağıda değineceğimiz üzere, intifa hakkında ise çok geniş kapsamlı bir irtifak hakkı söz konusudur.⁷⁶

İrtifak hakkının (özellikle taşınmaz üzerinde kurulan irtifak hakkının) muhtevasını şu alt başlıklar altında belirlemek faydalı olacaktır⁷⁷:

- İrtifak hakkı, malike ya katlanma ya da kaçınma borcu yükler. İrtifak hakkı malike katlanma borcu yüklüyor ise olumlu, kaçınma borcu yüklüyor ise olumsuz irtifak adını alır. Bir irtifak hakkı malike katlanma ve kaçınma borçlarını birlikte de yükleyebilir.
- İrtifak hakkının konusu, eşyadan yararlanma veya bu taşınmazı kullanmadır. Yani irtifak hakkının verdiği yetkiler ancak kullanma ve yararlanma ile sınırlıdır.
- Yapma borçları başlı başına irtifak hakkının konusu olamaz, ancak yan edim olarak ona bağlanabilir (TMK md. 779/2).
- İrtifak hakkı taşınmaza ilişkin bir yararlanma yetkisi verse de, yararlanmanın mutlaka yüklü taşınmazdan olması zorunlu değildir. Örneğin; bir taşınmaz üzerine kurulu tesislerden yararlanmak üzere de irtifak hakkı kurulmuş olabilir.

1.3.3. Konusu

Nasıl ki diğer aynı hakların konusunu kural olarak eşyalar oluşturuyor ise yine kural olarak irtifak haklarının konusunu da eşyalar oluşturur. Ancak irtifak hakları konusu itibari ile şu özellikleri taşırlar: Kural olarak irtifak hakları sadece gayrimenkuller üzerinde kurulurlar. İntifa hakkı dışında, menkuller irtifak haklarının konusunu

⁷⁵ Jale Akipek Türk Eşya Hukuku, ...s. 36.

⁷⁶ Sezer Çabri, İmar Kanunu Uyarınca Kamulaştırma, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2005, s. 118.

⁷⁷ Kemal Gürsoy, Fikret Eren, Erol Cansel, Türk Eşya Hukuku, AÜHFY, Ankara 1989, 2. b., s. 753.

oluşturmazlar. İstisnai olarak gayrimenkuller dışında haklar ve malvarlığı üzerinde de irtifak hakkı oluşturulması mümkündür.⁷⁸

1.3.4.Özellikleri

İrtifak hakkı sahibinin eşya üzerinde sahip olduğu yararlanma yetkisi doğrudan doğrudur. Başka bir deyişle; irtifak hakkı mutlak bir haktır.⁷⁹

İrtifak hakları, kural olarak taşınmazlar üzerinde kurulurlar. Taşınır irtifak hakkının konusunu teşkil etmezler. Bu kuralın tek istisnası intifa hakkıdır. İntifa hakkı hem taşınır hem taşınmaz hem de haklar üzerinde kurulabilir.⁸⁰

1.3.5.Çeşitleri

İrtifak haklarını genel olarak özel hukuk ile düzenlenen irtifaklar ve kamu hukuku ile düzenlenen irtifaklar olarak ikiye ayırabiliriz. Özel hukuk ta düzenlenen irtifaklar Türk Medeni Kanununun Eşya Hukuku (ayni haklar) başlıklı bölümünde düzenlenmiş olan Medeni Hukuk irtifaklarıdır. Kamu hukuku irtifakları ise İmar Kanunu, Kamulaştırma Kanunu ve diğer kamusal nitelikli kanunlar ile düzenlenen irtifaklardır. Kamu Hukuku irtifakları idari irtifaklar olarak da adlandırılmaktadır.⁸¹

Medeni hukuk irtifakları Türk Medeni Kanununun eşya hukuku başlıklı bölümünde düzenlenen ve ihtilaf halinde özel hukuk –Medeni Hukuk- hükümlerine tabi olan irtifaklardır. Medeni Hukuk irtifaklarını da çeşitli açılardan sınıflandırmak mümkündür.

a. Yararlanma yetkisinin kapsamı açısından; irtifak hakkı hak sahibine ya tam bir yararlanma hakkı sağlar ya da sınırlı bir yararlanma hakkı sağlar.

Tam yararlanma hakkı sağlayan irtifak hakkına intifa hakkı denir. İntifa hakkına sahip olan sınırlı hak sahibi, eşyadan tam olarak yararlanır. İntifa hakkına sahip olan kişi eşya üzerinde kullanma ve eşyanın semerelerinden istifade etme yetkilerine sahiptir.⁸²

İntifa hakkı dışındaki bütün irtifaklarda yararlanma yetkisi sınırlıdır. Bazıları sağladığı yararlanmanın niteliğine göre kanunda ayrıca adlandırılmışlardır. Oturma hakkı, üst hakkı, kaynak irtifakı, geçit irtifakı gibi⁸³.

⁷⁸ Jale Akipek, Eşya Hukuku, ...s. 45.

⁷⁹ Feyzi Feyzioğlu, Ümit Doğanay, Aydın Aybay, Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul 1968, s. 189.

⁸⁰ Bilge Öztan Medeni Hukukun..., s. 867.

⁸¹ Celal Karavelioğlu, İmar Hukuku, C. I..., s. 512.

⁸² Bilge Öztan, Medeni Hukukun..., s.869.

⁸³ Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Özdemir, Eşya Hukuku,.... s. 613.

b. Yararlanma yetkisinin tarzı açısından irtifaklar; olumlu irtifaklar ve olumsuz irtifaklar olarak ikiye ayırmak mümkündür.

Olumlu (müspet) irtifaklar hak sahibine genel olarak bir taşınmaz malikine ait hakları kullanma yetkisi verir.⁸⁴ Hak sahibinin yetkisinin karşısında malik, hak sahibinin eşyayı kullanmasına, kullanmak için üzerinde zilyetlik kurmasına ve kullanma ile ilgili eylemlerde bulunmasına katlanma yükümlülüğü altındadır.⁸⁵

Olumsuz (menfi irtifaklar) irtifaklarda ise hak sahibine dolaylı bir menfaat sağlanmıştır. Üzerinde olumsuz irtifak kurulan malın malikine, mülkiyetin sağladığı bazı yetkilerin belirli bir biçimde kullanılması yasaklanmıştır.⁸⁶ İrtifakla malike yükletilen yük, örnek olarak manzarayı kapatmama, belirli yükseklikten fazla bina inşa etmeme örneklerinde olduğu gibi çeşitli şekillerde olabilir.

c. Hak sahibinin tayini açısından irtifaklar; İrtifak hakları ismen belirlenmiş belirli bir kişiye yükletilmişse kişisel (şahsi) irtifaklardan bahsedilir, intifa ve oturma hakkı gibi. Kanunda mutlaka kişiye bağlı olarak kurulmaları gerekenler dışında kalan irtifak hakları ise bir taşınmaz üzerinde diğer bir taşınmaz lehine kurulabilirler. Bunlara da eşyaya bağlı irtifak (ayni irtifak) hakları denir.⁸⁷ Eşyaya bağlı irtifaklarda iki taşınmaz söz konusudur. Hakkın konusu olan gayrimenkule yüklü gayrimenkul, hadim gayrimenkulden yararlanma veya onu kullanma yetkisine sahip gayrimenkule de yararlanan gayrimenkul denir.⁸⁸

d. Kanunda öngörülen ayırma göre irtifak hakları; taşınmaza ilişkin irtifak hakkı, intifa hakkı, oturma hakkı, üst hakkı, kaynak hakkı ve diğer irtifaklar olarak gruplandırılabilir.

e. Kaynaklarına göre irtifaklar; kanuni ve iradi irtifak hakları olarak ikiye ayrılabilir. Kanun tarafından taşınmaz malikine, belli bir durumda bulunan kişilerin taşınmazını kullanmasını veya ondan yararlanmasına katlanmak ödevi yüklüyor ise bu irtifak hakkı tarafların iradesinden değil de kanundan kaynaklandığı için kanuni irtifak hakkı olarak adlandırılır⁸⁹. Aranan şartların gerçekleşmesi ve yetki sahibinin iradesi söz konusu

⁸⁴ Bilge Öztan, Medeni Hukukun..., s.869.

⁸⁵ Jale Akipek, Türk Eşya Hukuku, s. 45.

⁸⁶ Lale Sirmen, Eşya Hukuku Ders Notları, AÜHFY, Ankara 2007–2008, s. 321.

⁸⁷ Bilge Öztan, Medeni Hukukun..., s. 870.

⁸⁸ Jale Akipek, Türk Eşya Hukuku..., s. 47.

⁸⁹ Jale Akipek a.g.e. s. 51.

irtifak haklarının doğumu için yeterli sayılmaktadır.⁹⁰ Bunlara örnek olarak zorunlu mecra hakkı (bir taşınmaz malikinin irtifak hakkına ihtiyaç duyduğu ve bu irtifak hakkını elde edemez ise zor durumda kalacağı durumlarda kurulan irtifak haklarına zorunlu irtifak hakları denir.⁹¹) gösterilebilir. İçerik olarak kanuni irtifak hakları ile iradi irtifak hakları arasında bir fark yoktur.

Kamu hukuku kaynaklı irtifak hakları ise idari irtifak olarak ifade edilmektedir. Çalışmamızda ki önemine binaen idari irtifaklar ayrı bir başlık altında ele alınacaktır.

1.4.İDARİ İRTİFAK

İdare üstlendiği kamu hizmetlerini yerine getirebilmek için yürüttüğü faaliyetler kapsamında taşınır veya taşınmaz mallara ihtiyaç duyabilir. Bu sebeple ihtiyaç duyduğu malları edinebilir. Bir takım mallar nitelikleri gereği idarenin tasarrufunda iken, bazıları sonradan farklı yollarla idarenin tasarrufu altına girmektedirler. Bazı bir takım mallar üzerinde de idare, malı tasarrufu altına almaksızın yararlanma hakkına sahip olmaktadır. İdarenin ihtiyaç duyduğu taşınmaz mallar üzerinde sahip olduğu bu yararlanma hakkı genel olarak idari irtifak kavramı ile ifade edilmektedir.⁹²

İdari irtifak terimi konusunda uygulamada tam bir birlik bulunmamaktadır. İdari irtifak teriminin kaynağı Anayasamızın “Kamulaştırma” başlıklı 46. md.’ sidir. Maddenin ilk fıkrası “Devlet ve kamu tüzel kişileri; kamu yararının gerektirdiği hallerde, gerçek karşılıklarını peşin ödemek şartıyla, özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların tamamını veya bir kısmını, kanunla gösterilen esas ve usullere göre, kamulaştırmaya ve bunlar üzerinde idarî irtifaklar kurmaya yetkilidir.” şeklindedir. Maddenin başlığı kamulaştırma olmasına rağmen madde içerisinde idari irtifak ifadesine yer vermesi, uygulamada idari irtifak kavramını açıklayan çeşitli görüşlerin ortaya çıkmasını sağlamıştır.⁹³

Bir görüşe göre idari irtifak, kamu emlaki lehine özel mülkiyet konusu taşınmazlar üzerinde kanun hükmü ile veya idari bir tasarrufla kurulan bir çeşit arazi irtifaktır.⁹⁴

Başka bir görüşe göre idari irtifaklar “Kamu yararı amacıyla veya kamu emlaki yararına özel kişilerin maliki olduğu taşınmaz mallar üzerine kanunla konulan sınırlamalar olup

⁹⁰ Cumhur Özakman, Türk Hukukunda Mecra İrtifakları, İstanbul 1978, s. 20.

⁹¹ Çiğdem Kırca, “Zorunlu İrtifakların Hukuki Niteliği”, *AÜHFD*, Yıl 2005, s. 65.

⁹² Melikşah Yasin, “İdari İrtifaklar”, *MÜHFD*, Yayın No: 7, S. 2005/2, İstanbul 2005, s. 165.

⁹³ Sezer Çabri, İmar Kanunu Uyarınca..., s. 118.

⁹⁴ Mukbil Özyörük, İdare Hukuku Dersleri, AÜHF 1972 – 1973, s.207.

malikin mülkiyet hakkından doğan bazı haklarını kısmen kısıtlar.”⁹⁵

ÖRÜCÜ’ ye göre ise idari irtifaklar “Kamunun ya da kamu mallarının yararı için özel mülkiyetteki taşınmazlar üzerine konan takyitlerdir.”⁹⁶

Başka bir görüşe göre idari irtifaklar “Yönetimin kamu yararı adına kişilere ait bazı mallar üzerinde bir ödense karşılığı olmadan kurduğu yükümlülüktür.”⁹⁷

GÜNDAY’ ın idari irtifak tanımı ise şöyledir: “İrtifak hakkı, hakkın konusu olan taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkından doğan kullanma ve/veya yararlanma ile ilgili yetkilerin bir kısmını veya tümünü hak sahibine sağlayan veya taşınmaz malikin mülkiyetten doğan yetkilerinden bazılarını kullanmasını hak sahibine sağlayan veya taşınmaz malikin mülkiyetten doğan yetkilerden bazılarını kullanmasını hak sahibi yararına yasaklayan sınırlı bir ayni hak olduğuna göre, böyle bir hakkın idare lehine bir idari işlem ile ve zorla kurulması halinde idari irtifaklardan söz edilmektedir.”⁹⁸

Anayasa Mahkemesi de vermiş olduğu birçok kararında özel mülkiyet üzerinde kamu yararı amacıyla idari irtifak tesis edilebileceğini hükme bağlamıştır.⁹⁹

İdari irtifak kurulması sonucunda taşınmazın mülkiyeti idareye geçmez, mülkiyeti hakkından doğan sadece bazı yetkiler idareye geçer ya da malikin bu yetkilerini kullanması idare lehine sınırlandırılır.¹⁰⁰

İdari irtifaklarda malikin kullanma ve yararlanma yetkisi, kamu lehine olmak üzere sınırlanmakta ve bu surette o mülk üzerinde idarenin bir irtifak hakkı doğmuş olmaktadır. Bu hakların tipik biçimlerine imar hukuku alanında rastlanır. Bunun için idari irtifaklara uygulamada imar irtifakları adı da verilmektedir¹⁰¹. Bu irtifaklar bazı durumlarda yapı yapma yasağı şeklinde olabileceği gibi, yapının belli şekilde yapılmasının zorunlu olması veya yapı yapılmasına zorlanması şeklinde de olabilmektedir¹⁰². Ancak bilindiği üzere, idare çok geniş bir alanda faaliyet

⁹⁵ Pertev Bilgen, İdare Hukuku Ders Notları – İdare Malları, İ.Ü.S.B.F. yay., İstanbul 1995, s.135; Sıdık Sami ONAR, İdare Hukuku..., C. II, s. 1356; Sadık Artukmaç, Türk İmar Hukuku, Ankara 1979, Turhan Yayınevi, s. 363; Kemal Gözler, İdare Hukuku, C. II, 2.b., Bursa 2009, s. 985.

⁹⁶ Esin Örücü, Taşınmaz Mülkiyetine..., s.46; Celal Karavelioğlu, İmar Hukuku, C. I, s. 513.

⁹⁷ Erol Ünal, Feridun Duygulu, Ersin Bolat, İmar Terimleri, TODAİE yay., Ankara 1998, s. 50.

⁹⁸ Metin Günday, İdare Hukuku, s. 246.

⁹⁹ Örneğin Anayasa Mahkemesinin 1993/9 Esas, 1993/21 Karar sayılı 10.06.1993 tarihli kararı (10.06.1993 tarih ve 21789 sayılı R.G.)

¹⁰⁰ Metin Günday, İdare Hukuku, ...s. 181.

¹⁰¹ Sadık Artukmaç, İmar Hukuku, ...s. 328.

¹⁰² Sıdık Sami Onar, İdare Hukukunun ..., C. II, s. 1352.

göstermektedir. Bu sebeple yani idari irtifakların sadece imar hukukundan değil, idarenin yürüttüğü çok çeşitli faaliyetlerden doğması sebebi ile ‘imar irtifakları’ kavramı uygulamada eleştirilmektedir.¹⁰³

Bütün tanımlardan da anlaşılacağı üzere, idari irtifakların ortak özelliği özel mülkiyet altındaki taşınmazlara sınırlamalar getirmesidir. Ancak özel mülkiyete kamu yararı amacıyla getirilen her türlü kısıtlama idari irtifak olarak kabul edilecek midir? Bu konuda da uygulamada görüş birliği bulunmamaktadır.

ÖRÜCÜ’ ye göre belli kamu malı ya da bayındırlık işi için, belli taşınmaz ya da taşınmazlar üzerine konan sınırlamalara idari irtifak denmektedir. Taşınmazlar üzerine getirilen bütün sınırlamalar idari irtifak kapsamına alınmamalıdır. Mülkiyet hakkına genel düzenlemeler ile getirilen sınırlamalar idari irtifak kapsamında değil, Anayasanın 35. md. si (1961 Anayasanın 36. md. si) kapsamında değerlendirilmelidir.¹⁰⁴

Bir diğer görüş ise idari irtifakların özel mülkiyete getirilen genel bir sınırlama veya genel bir ödev olarak kabul edilmesi gerektiği şeklindedir.¹⁰⁵ Bu konuda YASİN özel mülkiyet üzerine getirilen her türlü kısıtlamanın idari irtifak olarak sayılmayacağını belirttiikten sonra ikili bir ayırıma gidip mülkiyet hakkı üzerine getirilen genel ve objektif sınırlamaların ancak geniş anlamda idari irtifak olarak ifade edilebileceğini belirtiyor. Bu tür sınırlamaların Anayasanın 35. md.’ si gereğince mülkiyet hakkının kamu yararı amacıyla kanunla sınırlanması kapsamında değerlendirilmesi gerektiğinin daha doğru bir yaklaşım olacağını belirten YASİN’ in konuyu daha iyi açıklamak için vermiş olduğu örneği ise şöyle: Bir şehirdeki tüm yapıların en fazla iki katlı olmasına yönelik bir sınırlama ile bir kişiye ait arazi üzerinde idari bir faaliyet için konulan sınırlandırma aynı niteliklere sahip olmadıkları gibi, hukuki sonuçları itibariyle de birbirinden farklıdır.¹⁰⁶

BERTAN ise Kamulaştırma Kanunu’ nun irtifak hakkı kurulmasına imkân tanıyan hükmünün Medeni Hukuk sistematğinde değerlendirilmesi gerektiğini söylüyor. Yani ona göre bir taşınmaz üzerinde kamulaştırma yapıldığında mülkiyet hakkı özel hukuka tabi kalır ve Medeni Kanuna uygun olarak kurulmuş irtifak hakkı idareye geçer. Diğer

¹⁰³ İmar İrtifakı kavramının eleştirisi için bkz; Melikşah Yasin, “İdari İrtifaklar”, s. 168.

¹⁰⁴ Esin Örucü, Taşınmaz Mülkiyetine..., s. 309.

¹⁰⁵ İsmet Giritli, Pertev Bilgen, Tayfun Akgüner, İdare Hukuku, 3. b., Der Yayınları, İstanbul 2008, s. 837.

¹⁰⁶ Melikşah Yasin, “İdari İrtifaklar”..., s. 168.

bir ifade ile kamu yararı amacı ile kurulmuş olan kamulaştırma yoluyla kurulan irtifaklar özel hukuk (Medeni Kanun) hükümlerine tabidir. İdari irtifak kavramı ile medeni irtifak kavramı arasında idari irtifakların kamu tüzel kişisi lehine kurulması dışında bir fark bulunmamaktadır.¹⁰⁷ Aynı görüşte olan GÖZLER' e göre idari irtifaklar taşınmaz mülkiyetine bir sınırlama teşkil ettiğinden kamu yararı amacıyla ve ancak kanunla tesis edilebilir. Kanunun öngörmediği bir idari irtifak hakkı tesis edilemez. Kamulaştırma yoluyla kurulan irtifaklarda kurulmaları itibariyle farklı olsalar da bir kez kurulduktan sonra hukuki rejim bakımından Medeni Hukuk irtifaklarından farklı değildirlir.¹⁰⁸

ÇABRİ' nin görüşü ise şöyledir: Kamulaştırma yoluyla kurulan irtifak hakkının aleniyeti sağlamak için tapu kütüğüne tescil edilmesi gerekir ve taşınmaz maliki ile idare, ilişkilerinde özel hukuka tabi olup aralarında çıkacak uyuşmazlıklar adli yargıda çözümlenir. İdarenin irtifak hakkında hak sahibi olması kurulan irtifak hakkı ilişkisinin de idare hukukuna ve dolayısıyla idari yargıya tabi olmasını gerektirmez. Bu yüzden de ona göre idari irtifak şeklinde bir kavrama ihtiyaç bulunmamaktadır.¹⁰⁹

Bu konuda katıldığımız görüş ise şudur: Özel mülkiyet üzerine getirilen her türlü sınırlandırma idari irtifak olarak kabul edilemez. Mülkiyet hakkı üzerine getirilen özel ve bireysel nitelikli sınırlamalar idari irtifak olarak kabul edilmeli, genel ve objektif nitelikli sınırlandırmalar ancak Anayasanın 35. md.' si kapsamında değerlendirilmelidirler. Bu sebeple Medeni Hukuk anlamındaki irtifaklarından farklı olarak idari irtifak kavramının sınırlarının çizilmesi önemlidir.

1.4.1.İdari İrtifaklarda Amaç ve Özel Olarak Koruma Amaçlı İrtifak (Conservation Easements) Kavramı

1.4.1.1.İdari İrtifaklarda Amaç

İdari irtifaklar genel olarak kamu yararı amacıyla özel mülkiyet üzerindeki taşınmazlara idare lehine konulan sınırlandırmalardır. İdari irtifakların konulmasındaki genel amaç kamu yararını gerçekleştirmekken bu amaca bağlı kalınarak çok çeşitli amaç ve işlevlerle idari irtifak tesis edildiği görülmektedir.

İrtifak tesisi her şeyden önce taşınmazın tamamının kamulaştırması yapılmaksızın

¹⁰⁷ Suat Bertan, Ayni Haklar, C. II, AÜHFY, Ankara 1976, s. 1098–1099.

¹⁰⁸ Kemal Gözler, İdare Hukuku, C. II,... s. 986.

¹⁰⁹ Sezer Çabri, İmar Kanunu Uyarınca..., s. 120.

idareye taşınmazdan yararlanma hakkı sağladığından diğer yöntemlere göre daha ekonomiktir. Üstelik taşınmazın sahibi üçüncü kişi bakımından da taşınmazın mülkiyeti kendilerinde kaldığı için tercih edilebilirliği yüksek bir yöntemdir.¹¹⁰

Yüksek gerilimli enerji nakil hattı geçirilmesinde taşınmazın üst kısmı, doğalgaz boru hatlarının geçirilmesi şeklindeki kamu hizmetinin yerine getirilmesi örneğinde ise taşınmazın sadece alt kısmı kullanılacaktır. İşte bu gibi bir takım kamu hizmetlerinin yerine getirilmesinde sadece taşınmazın söz konusu hizmetin niteliğine göre yüksekliği veya sadece derinliği kullanılmaktadır. Bu sebeple taşınmazın tamamını kamulaştırmak gereksiz olmaktadır. Bu yönüyle irtifak hakkı tesisi hem idare hem de taşınmaz maliki açısından oldukça faydalı bir yöntemdir.

İdare çeşitli amaçlarla irtifak hakkı tesis etmektedir. Örneğin imar mevzuatı gereğince yola belli bir metreden daha yakın bina yapmanın yasak olması şehir planlaması amacı ile getirilmiş bir idari irtifaktır. Yine arazinin belli bölgelerinin konut alanları olarak belirlenmesi de şehir planlaması amacı ile getirilmiş irtifaklara örnek olarak gösterilebilir.

Kamu güvenliği amacı ile getirilen irtifak haklarına örnek olarak askeri güvenlik bölgelerinin yakınlarındaki özel mülkiyetteki taşınmazlara getirilen yapı yasaklarını gösterebiliriz. Yine karayollarının dışında, kenarında ya da karayolu sınırında trafik işaretlerinin görülmesini zorlaştıracak, anlamını farklılaştıracak veya imkansızlaştıracak şekilde ağaç, çeşme veyahut parmaklıkların dikilmesi veya bulundurulmasının yasak olması¹¹¹ da yine kamu güvenliği amacı ile getirilen irtifak haklarındandır.

Bunların dışında enerji nakil hatlarının ve özellikle petrol boru hatlarının geçirilmesi gibi kamu hizmetlerinin görülmesi amacı ile irtifak hakkı tesis edilebileceği gibi, ekonomik ve sosyal amaçlarla da idari irtifak hakkı kurulabilir. Ancak irtifak hakkı tesisi konusunda yetkili idareler ancak kendi görev ve yetkileri ile ilgili olarak irtifak hakkı tesis edebilirler. Kendi görev ve yetkileri dışında her hangi bir amaçla idari irtifak tesis edilmesi mümkün değildir¹¹².

¹¹⁰ Melikşah Yasin, “İdari irtifaklar”..., s. 181.

¹¹¹ 18.10.1983 tarih ve 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun 16. maddesi.

¹¹² Melikşah Yasin, “İdari irtifaklar”..., s. 181.

1.4.1.2.Koruma Amaçlı İrtifaklar

İdari irtifakların yukarıda belirttiğimiz amaçlarına benzer bir uygulama olarak karşımıza “koruma amaçlı irtifaklar - conservation easements” kavramı çıkmaktadır. ABD, Almanya, İsviçre gibi ülkelerde yaygın olarak uygulanan koruma amaçlı irtifaklarda özel hukuk kişilerinin özellikle kültür ve tabiat varlıklarının korunmasına etkin olarak katılması amaçlanmaktadır.¹¹³

Koruma amaçlı irtifaklar taşınmazın mülkiyeti kendilerinde kalmak şartıyla maliklerin taşınmazları üzerinde taşınmazın korunması amaçlı olarak gelecekteki faaliyetlerini devretmeleri ya da bu faaliyetlerinden tamamen vazgeçmeleri esasına dayanmaktadır. Böylece malikin mülkiyet hakkı sınırlandırılır ve malik taşınmazın mülkiyetine sahip olmasına rağmen mülkiyet hakkı üzerinde belli hareketlerde bulunmama taahhüdünü üstlenmiş olur.¹¹⁴ Bu sebeple koruma amaçlı irtifaklar için kullanılan bir başka terimde “conservation restrict, yani koruma sınırlaması” kavramıdır. Ancak isim olarak nasıl adlandırılrsa adlandırılсын içerik ve kapsam olarak koruma amaçlı irtifaklar ile aynıdır. Koruma amaçlı irtifaklar özel olarak doğal hayatın, tarihi ve kültürel alanların, tarım alanları ve ormanların korunması amacı ile getirilmiş olan irtifaklardır.¹¹⁵

Koruma amaçlı irtifaklarda normal irtifaklardan farklı olarak irtifak konusu taşınmazın korunması amacı ile taşınmaz üzerindeki hakkın, ülkemizdeki idari irtifaklarda olduğu gibi, sadece belediyeye, federal birime, devlete yani idareye değil land trust adı verilen ve arazileri korumakla görevli olup kar amacı gütmeyen kuruluşlarla doğal ve çevresel güzellikleri korumakla görevli kuruluşlara devredilmesi söz konusudur.¹¹⁶

Koruma amaçlı irtifakların kurulmasının sadece devlete değil, bu alanda faaliyet gösteren özel hukuk kişilerine de tanınması ile devletin çeşitli şekillerde maddi imkânsızlıklar sebebiyle yerine getiremediği doğal, kültürel ve tarihi güzelliklerin korunması faaliyetlerinin yerine getirilmesi etkin şekilde sağlanmış olmaktadır.¹¹⁷

¹¹³ Melikşah Yasin, “İdari irtifaklar”..., s. 182.

¹¹⁴ Joe Stinson, “Preserving Open Space with Land Trusts and Conservation Easements” (www.law.pace.edu/library/tocprot.html, Erişim Tarihi; 15.07.2009).

¹¹⁵ “Conservation Easements with the Conservancy of Montgomery County”, (<http://www.conservemontco.org/conservation.html> Erişim Tarihi; 18.08.2009).

¹¹⁶ Conservation Easements, (http://en.wikipedia.org/wiki/Conservation_easement, Erişim Tarihi; 17.08.2009); Melikşah Yasin, s.182-183.

¹¹⁷ Melikşah Yasin, “İdari irtifaklar”.... s. 184.

1.4.2. İdari İrtifak Hakkı Kurulmasının Şartları

Hukuken geçerli bir şekilde idari irtifak kurulabilmesi için genel olarak şu koşullara uyulması gerekmektedir:¹¹⁸

- Özel mülkiyet altındaki taşınmazlar üzerinde kamu tüzel kişilerinin ve kamu kurumlarının lehine kurulabilir.
- İrtifak hakkı tesisi, kamu yararı amacıyla kurulabilir. Bu amaçla idari irtifak kurulmasını isteyen kamu tüzel kişisi öncelikle kamu yararı kararı almalıdır.
- İrtifak hakkı tesisi için buna yetki (ya da daha doğru bir ifade ile izin) veren bir kanun bulunmalıdır.
- İrtifak hakkı tesisi, taşınmazın, kamu hizmetinin gerektirdiği kadar ki kısmı üzerinde kurulmalıdır.
- Kamulaştırma Kanununda öngörülen usuller, diğer irtifak hakkı tesislerinde de aynen uygulanmalıdır.
- İdari irtifak bedeli peşin ödenmelidir.
- Bedelsiz irtifak hakkı tesisinde mal sahibinin muvafakati alınmaksızın irtifak hakkı tesisi mümkün değildir.

1.4.3.İdari İrtifakların Özellikleri

Özel hukuk kişilerinin sahip olduğu taşınmaz mallar üzerinde, kamu yararı amacıyla idare lehine konulan ve taşınmaz üzerinde idareye yararlanma hakkı tanıyan sınırlamaların idari irtifak olarak adlandırıldığını söylemiştik. Daha önce belirttiğimiz tanımlardan da yola çıkarak idari irtifak kavramının birtakım özelliklerini şöyle sıralayabiliriz:

- İdarenin bütün işlemlerinde olduğu gibi idari irtifak tesisinin amacı da kamu yararını gerçekleştirmektir. Başka bir amaçla idari irtifak tesis edilemez. Özellikle taşınmaz malikinin mülkiyet hakkını ihlal edecek şekilde başka bir amaçla irtifak hakkı kurulmaması gerekir. Bu amaçla irtifak hakkının uygulanması sırasında ortaya çıkabilecek sorunların çözümü için tarafların hak

¹¹⁸ Celal Karavelioğlu, İmar Hukuku, C. I, s. 514; Akın Düren, İdare Hukuku Dersleri, AÜHFY, Ankara 1979, s. 254.

ve yükümlülükleri açıkça tespit edilmeli, kurulacak irtifak hakkının sınırları, içeriği ve kapsamı açıkça belirlenmelidir.¹¹⁹

- Kamulaştırma yapılması gerektiği durumlarda idari irtifak kurulması hukuka aykırıdır. Kamulaştırma Kanununun 4. maddesinin açık hükmü gereği öngörülen amacın gerçekleştirilmesi için irtifak hakkı kurulmasının yeterli olduğu durumlarda, kamulaştırma yapılarak taşınmaz üzerinde özel mülkiyetin sona erdirilmesi sonucunu doğuran bir işlem tesis edilmez. Böyle bir işlemin tesis edilmesi işlemi konu yönünden sakatlar ve idari yargıda açılan dava sonucunda iptal edilmesi sonucunu doğurur.¹²⁰

Danıştay da vermiş olduğu bir kararda¹²¹ kamu hizmetinin görülmesi için taşınmaz üzerinde tesis edilecek irtifak hakkının, malike taşınmaz üzerinde mülkiyet hakkı dolayısıyla tanınan hakları bütünüyle kaldıramayacağını ve hatta hakların kullanılmasını tamamen durduramayacağını belirtmiştir. Dava konusu olayda irtifak hakkı tesis edilmek suretiyle enerji nakil hatlarının malikin arazisinin tam ortasından geçirilerek malikin mülkiyet hakkından doğan yetkilerini kullanması tamamen engellenmiştir. Belirtilen sebeplerle mahkeme irtifak hakkı tesisi yerine dava konusu taşınmazın mülkiyetinin kamulaştırılmasının gerektiğine karar vermiştir.

- İrtifak hakkı tesisinde ayrıca kamu yararı ile özel yarar arasında dengenin sağlanması gerekir. Bu dengede ancak amaç için yeterli olacak şekilde işlem tesis etmekten geçer.¹²²

1.4.4.İdari İrtifak Çeşitleri

1.4.4.1.Kamu Malları Üzerinde Özel Hukuk Kişileri Lehine İrtifak Hakkı Tesisi ve Sonuçları

İdare lehine özel hukuk kişilerine ait taşınmaz mallar üzerine kamu yararı amacıyla bir takım kısıtlamalar konulabileceğini ve bu kısıtlamaların idari irtifak olarak

¹¹⁹ Melikşah Yasin, “İdari irtifaklar”...., s. 178.

¹²⁰ İleride kamulaştırma yoluyla kurulan irtifaklar başlığı altında ayrıntıları ile göreceğimiz üzere, bu şekilde yapılan idari işlemin konusu amaçla sınırlı olarak mülkiyet hakkının sınırlandırılması veya kamulaştırmada olduğu gibi sona erdirilmesidir. İrtifak hakkı kurularak mülkiyet hakkının sınırlandırılması imkanı bulunurken, taşınmazın kamulaştırılarak üzerindeki özel mülkiyetin sona erdirilmesi hukuka uygun kabul edilemez. Yine ileride göreceğimiz üzere, kamulaştırma işleminin konu yönünden sakat olması idari aşamaya ilişkin bir sorundur ve bu soruna ilişkin dava idari yargıda açılır.

¹²¹ Dan. 6. D., E. 1970/3078, K. 1971/3206, karar tarihi; 3.11.1971, Dan. Der., S. 6-7, s. 259 - 261

¹²² Melikşah Yasin, “İdari irtifaklar”...., s. 179.

adlandırıldığını daha önceden söylemiştik. Özel mülkiyet üzerinde idare lehine kurulan irtifaklar kurulabilirliği karşısında kamu malları üzerinde özel hukuk kişileri lehine irtifak hakkı tesis edilip edilmeyeceği konusu uygulamada tartışmalıdır. Yüksek mahkeme kararlarında da kamu malı üzerinde özel hukuk kişileri lehine irtifak hakkı tesisi konusunu aydınlatacak derecede içtihat yoktur. Bu yüzden konu hakkında uygulamadaki yazarların görüşleri doğrultusundaki tartışmalardan hareketle bir takım değerlendirmelerde bulunmak doğru olacaktır. Ama öncelikle kamu malı kavramının neyi ifade ettiğine kısaca bakmak gerekir.

1.4.4.1.1.Genel Olarak Kamu Malı Kavramı

Mevzuatımızda herhangi bir kamu malı tanımı bulunmadığı gibi uygulamada da kamu malları tanımı konusunda bir birlik bulunmamaktadır. Kamusal mallar kamu hukuku kurallarına ve dolayısıyla uyumsuzluk halinde idare hukuku rejimi olan idari yargıya tabi olacaklarından kamu malı kavramının kapsamının belirlenmesi her açıdan önemlidir.

En kısa ve aynı zamanda en geniş şekliyle Devletin malı, Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki mallar olarak tanımlanabilecek kamu malları, uygulamada amme emlakı, hazine malı gibi isimlerle de anılmaktadır. “Kamu malları idare ve kurumlarının, gerek kamunun doğrudan kullanımına ayrılmış gerekse nitelikleri gereği veya hizmetin amacına uygun düzenlenmiş olmak koşulu ile kamu hizmetine özgülenmiş mallarının tümü”¹²³ olarak tanımlanabilir.

Anayasa Mahkemesi ise kamu malı tanımını kamu mallarının niteliklerinden yola çıkarak daha ayrıntılı bir şekilde yapmıştır. Mahkemenin tanımı şu şekildedir: “...Doğal nitelikleri gereği herkesin ortak yararlanmasına açık olan sahipsiz mallar ile kamu tüzel kişileri tarafından herkesin ya da halkın bir kısmının yararlanmasına ayrılan orta malları ve kamu hizmeti niteliğindeki etkinliklerin konusu ve aracı olan mallar kamu malı olarak tanımlanabilir...”¹²⁴.

Bütün bu tanımlardan yola çıkarak bir malın kamu malı sayılabilmesi için iki koşulun bir arada bulunması gerektiğini söyleyebiliriz:¹²⁵

¹²³ Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, İdare Hukuku, C.I, Genel Esaslar, 6. b., Turhan Yayınevi, Ankara 2008, s. 1072-1073.

¹²⁴ Any. Mahk.E. 96/66, K. 97/7, kt. 28.10.1997.

(<http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1997/K1997-07.html>, (Erişim Tarihi; 19.08.2009).

¹²⁵ Kemal Gözler, İdare Hukuku, C. II, s. 820-825; Şeref Gözübüyük / Turgut Tan, İdare Hukuku, s.

- Organik Şart; bir malın kamusal mal sayılabilmesi için malın bir kamu tüzel kişinin mülkiyetinde bulunması, yani malın devlet tüzel kişiliğine, mahalli idarelere ya da kamu kurumlarından birine ait olması gerekmektedir.
- Maddi Şart; bir malın kamusal mal sayılabilmesi için organik şarta ek olarak kamu yararı amacı ile kamunun ortak kullanımına ya da belli bir kamu hizmetine tahsis edilmiş olması gerekir.

Burada değinilmesi gereken bir diğer husus da tahsis kavramının ne anlama geldiğidir. Tahsis kelimesi, sözlük anlamı olarak bir şeyi veya bir yeri bir kimseye ayırma, özgüleme anlamlarına gelmektedir.¹²⁶ İdare Hukuku kavramı olarak tahsis ise, kamu malının kamunun faydalanmasına ya da kamu hizmetinin yerine getirilmesine sunulmasını, özel malın kamu malı haline getirilmesi ya da kamu hizmetinin yerine getirilmesine sunulmasını sağlayan bir idari işlemdir.¹²⁷ Başka bir deyişle tahsis, idarenin kamu malı niteliğinde olmayan özel mallarının veya hüküm ve tasarrufu altında bulunan kamu mallarının belli bir kamu hizmetinin yürütülmesine özgülenmesi anlamına gelir.¹²⁸ Fransız doktrininde de mülkiyete kamu niteliğini veren unsurun tahsis olduğu görüşü hâkimdir.¹²⁹

1.4.4.1.2.Kamu Malları Üzerinde Ayni Hak Tesis Edilip Edilmeyeceği Sorunu ve Özel Olarak Özel Hukuk Kişileri Lehine Ayni Hak Tesisi

“İdare Hukuku ilkelerine göre, kamunun kullanma ve yararlanmasına ait olan veya bu amaca tahsis edilen eşya ve mallarla bir kamu hizmetinin unsuru ve ayrılmaz parçası sayılabilecek olan mallar kamu malları olarak kabul edilmektedir.”¹³⁰

Genel olarak kamu mallarının sınırlarını bu şekilde belirledikten sonra kamusal mallar üzerinde özel hukuk kişileri lehine ayni hak ve özel olarak irtifak hakkı tanınıp tanınmayacağı sorununa uygulamadan örneklerle bakmak gerekir.

1073.

¹²⁶ Türk Dil Kurumu, Büyük Türkçe Sözlüğü,

(<http://tdkterim.gov.tr/bts/?kategori=verilst&kelime=tahsis&ayn=tam>, Erişim Tarihi; 09.10.2009).

¹²⁷ Sıdık Sami ONAR, İdare Hukukunun..., C.II, s. 1340.

¹²⁸ Şeref Gözübüyük / Turgut Tan, İdare Hukuku, ...s. 1087.

¹²⁹ André de Laubadere, Domanialité publique, propriété administrative et affectation, s. 93 (Aydın Gülan, Kamu Mallarından Yararlanma Usullerinin Tabi Olduğu Hukuki Rejim, Alfa Yayınları, Ankara 1999, s. 90’ dan naklen)

¹³⁰ Dan. 3. D., E. 980/157, K. 980/181, kt., 13.10.1980, Dan. Der. S. 44/45, s. 54.

Önceleri kamu malları üzerinde özel kişiler lehine ayni haklar kurulamayacağı ilkesi kabul edilmekteydi. Çünkü kamu malı üzerinde tesis edilen ayni hakların kamu malının kullanımını sınırlayacağı ve tahsis ile gerçekleştirilmek istenen amacı engelleyeceği düşünülüyordu¹³¹. Ancak mevcut hukuk kurallarımızda kamu malları üzerinde irtifak hakkı tesisini yasaklayan bir hüküm bulunmamaktadır. Aksine kamu malları üzerinde de irtifak hakkı kurulmasına olanak tanıyan hükümler çeşitli kanunlarımız da vardır. Örneğin Anayasamızın 169. maddesinin 2. fıkrası “Devlet ormanlarının mülkiyeti devrolunamaz. Devlet ormanları kanuna göre, Devletçe yönetilir ve işletilir. Bu ormanlar zamanaşımı ile mülk edinilemez ve kamu yararı dışında irtifak hakkına konu olamaz.” hükmünü içermektedir. Maddede Devlet ormanlarının mülkiyetinin devri açıkça yasaklanmakla birlikte, Devlet ormanlarının irtifak hakkına konu edinebileceği belirtilmiştir. Kamu malları üzerinde irtifak hakkı kurulabilmesine imkân tanıyan bir başka örnek de Köy İçme Suları Kanununun¹³² 12. md.’ sidir. Bu hükme göre kanunun uygulanmasını sağlamak üzere taşınmaz mallar üzerinde Devlet adına Devlet Su İşleri irtifak hakkı kurabilecektir.

Duruma hem Türk hem de Fransız uygulamasından karşılaştırmalı olarak bakan YAYLA’ ya göre Türk doktrininde, kamu malları üzerinde özel hukuk kişileri lehine irtifak hakkı tesisinin mümkün olmadığı şeklinde genel bir görüş bulunmaktadır. Fransız uygulamasından hareketle bir malın kamu malı haline gelmeden önce irtifak konusu olabileceği, kamu malı haline gelmeden önceki irtifakların da kamu malı haline geldikten sonra kamu malının tahsis amacı ile bağdaşmaları ve tahsis amacıyla ters düşmemeleri şartıyla devam edeceğini söyleyen YAYLA’ ya göre, Türk hukukunda da durumun bu şekilde değerlendirilebileceği kabul edilebilir.¹³³

GÖZLER’ e göre de kamu malları üzerinde irtifak hakkı tesis edilmesi mümkün değildir. Çünkü taşınmaz üzerinde irtifak hakkı tesis edilmesi, o taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkının sınırlandırılması anlamına gelmektedir. Ancak kamu malları üzerinde üçüncü kişiler lehine irtifak hakkı tesis edilmeyeceğine ilişkin hükme kanunla istisnalar getirilebilir. Yine Fransız uygulamasından yola çıkarak değerlendirmelerde bulunan GÖZLER’ e ve bizim de katıldığımız görüşe göre bir malın kamu malı haline

¹³¹ Şeref Gözübüyük / Turgut Tan, idare Hukuku,.... s. 1103.

¹³² 9/5/1960 Tarih ve 7478 Sayılı Köy İçme Suları Kanunu.

¹³³ Yıldızhan Yayla, “Kamu Malı Üzerinde İrtifak Tesisi”, *İHİD*, Lütfi Duran’ a Armağan, S. 1-3, Y. 9, 1988, s. 363.

gelmesinden önce o mal üzerinde kurulmuş olan irtifak hakkı, kamu malının tahsis gayesiyle bağdaştığı ölçüde devam eder, bir bağdaşmazlık söz konusu ise irtifak hakkı sona erer ve idarenin, irtifak hakkı sahibinin zararını tazmin mükellefiyeti başlar¹³⁴.

Bu konuda son olarak değerlendirilmesi gereken nokta, kamu malları üzerinde kamu hukuku tüzel kişileri lehine irtifak hakkı tesis edilip edilmeyeceği hususudur. Kamulaştırma Kanunun 30. maddesi gereğince kamu tüzel kişilerinin taşınmazlarının başka kamu tüzel kişileri tarafından kamulaştırılması ve yine kamu tüzel kişilerine ait irtifak haklarının kamulaştırılarak elde edilmesi mümkün değildir. Ancak Taşınmaz mala; kaynak veya irtifak hakkına ihtiyaç duyulması halinde, ihtiyaç duyan kamu tüzel kişinin izlemesi gereken usul Kamulaştırma Kanununun 30. md.' sinin 2. ve devamı fıkralarında açıklanmıştır. Başka bir idarenin irtifak hakkına ve yahut başka bir idareye ait taşınmaz mal üzerinde tesis edilecek irtifak hakkına ihtiyacı olan idare, Kamulaştırma Kanunu md. 8 gereğince bedeli tespit eder. Bu bedel esas alınarak ödeyeceği bedeli de belirterek mal sahibi idareye yazılı olarak başvurur. Mal sahibi idare devire muvafakat etmez veya altmış gün içinde cevap vermez ise anlaşmazlık, alıcı idarenin başvurusu üzerine Danıştay ilgili idari dairesince (Danıştay Birinci Dairesi) incelenerek iki ay içinde kesin karara bağlanır. Bu şekilde elde edilen irtifak hakkı, kamulaştırma yoluyla alınmış sayılır, kamusal herhangi bir amaçla olsa dahi, devir amacı veya devreden idarenin izni olmaksızın başka bir amaçla kullanılması mümkün değildir.

Danıştay idari dairesince bir kamu tüzel kişisine ait taşınmazın diğer bir kamu tüzel kişisine devri konusunda karar verilirken o taşınmaza hangi idarenin daha fazla ihtiyacı olduğu araştırılmakta, bu doğrultuda bir karar verilmektedir¹³⁵. Yine taşınmazın maliki olan idarenin irtifak hakkı, konusu olan taşınmazdan yararlanmasını zorlaştıracak veya idarenin üstlendiği kamu hizmetini yerine getirmesini engelleyecek derecede olur ise başka bir kamu tüzel kişisi lehine irtifak hakkı tesis edilmesi mümkün değildir.¹³⁶

Kamu malları üzerinde irtifak hakkı tesis edilip edilmeyeceği sorunu genel olarak tartışıldıktan sonra kamu malları üzerinde tesis edilen irtifak haklarının ne şekilde nitelendirileceği sorununa da kısaca bakmak yerinde olacaktır. Bu şekilde tesis edilen irtifak haklarının nitelik ve içerik bakımından Medeni Kanun hükümlerine mi yoksa

¹³⁴ Kemal Gözler, İdare Hukuku, C. II..., s. 884-885.

¹³⁵ Kemal Gözler, İdare Hukuku Dersleri,.... s. 717.

¹³⁶ Melikşah Yasin, "İdari İrtifaklar", ...s. 188.

İdare Hukuku hükümlerine mi tabi olacağı hususu da uygulamada tartışılan konulardan biridir.

ONAR özel hukuk kişilerinin kamu mallarından yararlanmalarını sağlayan hakları “idari ayni hak” olarak tanımlamaktadır. İdari ayni hak kavramı geçici işgal olarak adlandırılan ve idarenin vereceği tek taraflı izinler ile sağlanabileceği gibi, imtiyaz olarak adlandırılan ve özel hukuk kişisi lehine belirli bir süreyle idarenin belli bir yükümlülükte bulunmayı üstlenmesini sağlayan izinler şeklinde de olabilir.¹³⁷ Bir görüşe göre bu haklar nitelik, kapsam, içerik ve sonuçları itibarıyla Medeni Hukuk anlamındaki irtifak haklarından farklıdır¹³⁸. Bu konudaki diğer bir görüşe göre ise kamulaştırma yoluyla kurulan irtifaklar kurulmaları açısından farklı hükümlere tabi tutulsalar da kurulduktan sonra Medeni Hukuk hükümlerine tabi olurlar¹³⁹.

1.4.3.İdari İrtifakların Elde Edilmesinde Bedel Sorunu

İdari irtifaklar konusunda üzerinde durulması gereken önemli konulardan biri de idarenin elde ettiği idari irtifaklar karşılığında taşınmaz malikine bir bedel ödenip ödenmeyeceği sorunudur. Tesis edilmeleri farklı esaslara tabi olduklarından konuyu, idare lehine özel mülkiyet üzerindeki taşınmazlar üzerinde kurulan irtifak haklarında ve kamu malları üzerinde kurulmuş olan irtifak haklarında malike tazminat ödenip ödenmeyeceği, yani bedel sorunu olarak ikiye ayırıp incelemek daha uygun olacaktır.

1.4.3.1.İdare Lehine Özel Hukuk Kişilerine Ait Taşınmazlar Üzerinde Kurulan İrtifaklarda Bedel Sorunu

Anayasanın 35. md.’ si gereğince kamu yararı amacıyla ve toplum yararına uygun olarak kanunla mülkiyet hakkına getirilen sınırlamalar için taşınmaz maliklerine herhangi bir tazminat ödenmeyeceği açıktır. Zira bu tür sınırlamalar genel nitelikteki sınırlamalar olup, genellik ve eşitlik ilkelerine uygun olarak mülkiyet hakkını sınırlamaktadırlar. Bu sınırlamalar için taşınmaz malikine herhangi bir bedel ödenmeyeceği uygulamada da genel olarak kabul edilmektedir.¹⁴⁰ Ancak bu sınırlamalar genel ve objektif nitelikte olmaz, yani malikin taşınmazındaki mülkiyet

¹³⁷ Sıdık Sami Onar, İdare Hukukunun..., C. II, s. 1335-1336; Melikşah Yasin, “İdari İrtifaklar”, s. 174; Mehmet Ünal, Orman Hukuku, Ankara 2003, Nobel Yayınları, s. 64.

¹³⁸ Melikşah Yasin, “İdari İrtifaklar”..., s. 174 -175

¹³⁹ Pertev Bilgen, İdare Malları, s. 136, Kemal Gözler, İdare Hukuku, C.II..., s. 986.

¹⁴⁰ Aynı görüş için bkz; Sezer Çabri, İmar Kanunu Uyarınca..., s. 120; Melikşah Yasin, “İdari İrtifaklar”..., s. 198.

hakkı üzerinde bireysel ve somut nitelikte bir sınırlama oluşturur ise veya taşınmazdan yararlanma hakkını tamamen ortadan kaldırır veyahut aşırı ölçüde zorlaştırır ise taşınmazın kamulaştırılması ve dolayısıyla malike taşınmazın tam ve gerçek bedelinin tespit edilerek ödenmesi gerekir.¹⁴¹

Bir görüşe göre, idari irtifak kurulması sonucu malikin taşınmaz üzerindeki kullanım hakkı ortadan kalkmadığından malike tazminat verilmesi gerekmemektedir. Diğer bir görüşe göre ise genel nitelikteki sınırlamalar için malike herhangi bir bedel ödenmesi gerekmezken, özel ve bireysel nitelikteki sınırlamalar için malike bir tazminat ödenmesi gerektiği kabul edilmektedir¹⁴². Bu görüşte olanlara göre idari irtifaklar karşılığında bir bedel ödenmesinin gerekmesi, idari irtifakları mülkiyet hakkına getirilen genel nitelikteki sınırlamalardan ayıran en önemli farklılıktır.¹⁴³

Kamulaştırma yoluyla kurulan irtifak haklarında ise, daha ileride kendi bölümünde ayrıntıları ile göreceğimiz üzere, irtifak hakkı bedeli Kamulaştırma Kanununda belirtilen esaslara göre tespit edilecektir. Kamulaştırma Kanunun 11. maddesinin son fıkrasında kamulaştırma yoluyla kurulan irtifak haklarındaki bedelin nasıl tespit edileceği belirtilmiştir. Maddeye göre “Kamulaştırma yoluyla irtifak hakkı tesisinde, bu kamulaştırma sebebiyle taşınmaz mal veya kaynakta meydana gelecek kıymet düşüklüğü gerekçeleriyle belirtilir. Bu kıymet düşüklüğü kamulaştırma bedelidir.” Madde hükmüne göre kamulaştırma yoluyla kurulan irtifak hakkının bedeli, taşınmazın değerinde meydana gelen azalma sonucu belirlenecektir. Böylece Kanun, kamulaştırma yoluyla kurulan irtifak haklarında bedel ödeneceğini ve bu bedelin nasıl belirleneceğini kendi içinde belirterek kamulaştırma yoluyla kurulan irtifaklar açısından sorunu çözmüştür.

Yargıtay’ da vermiş olduğu bir çok kararında irtifak hakkı kurulması dolayısıyla malike bir bedel ödenmesi gerektiğini belirterek ödenecek bu bedelin nasıl hesaplanacağını da göstermiştir. Örneğin Yargıtay bir kararında, öncelikle irtifak hakkı kurulması yoluyla taşınmazın tamamında meydana gelecek değer düşüklüğünün irtifak hakkı bedeli olarak belirleneceğini belirtmiş ve dava konusu olayda taşınmaz üzerinde irtifak hakkı kurulmasından önceki değer tespit edilmesi, bundan sonra da enerji nakil hattı

¹⁴¹ Esin Örucü, Taşınmaz Mülkiyetine..., s. 46.

¹⁴² Ramazan Yıldırım, İdare Hukuku Dersleri, s. 313-314; İsmet Giritli, Pertev Bilgen, Tayfun Akgüner, İdare Hukuku, s. 837-838.

¹⁴³ Akın Düren, İdare Hukuku Dersleri, ...s. 255.

geçirilmesi yoluyla taşınmazın tamamında meydana gelen değer düşüklüğünün belirlenmesi gerektiğini, aradaki farkın irtifak kamulaştırılması yolundan doğan bedel olacağını tespit etmiştir.¹⁴⁴

1.4.3.2.Kamu Malları Üzerinde Özel Hukuk Kişileri Lehine Tesis Edilen İrtifak Haklarında Bedel Sorunu

Kamu malları üzerinde kurulan irtifak haklarının da, genel olarak idare lehine özel hukuk kişilerine ait taşınmazlar üzerinde kurulan irtifak haklarında olduğu gibi, bedel karşılığında tesis edilecekleri kabul edilmektedir. Hazineye ait olan ve Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki taşınmazlar üzerinde tesis edilecek irtifak haklarının karşılığında ödenecek olan bedel, 19.07.2007 tarih ve 26557 sayılı Resmi Gazetede yayımlanıp yürürlüğe giren Hazine Taşınmazlarının İdaresi Hakkında Yönetmeliği hükümleri gereğince tespit edilecektir. Yönetmeliğe göre irtifak hakkı istekliler arasından seçilecek birisi üzerine bırakılmak üzere, yani ihale usulü ile tesis edilecektir. İrtifak hakkı bedeli ise Yönetmeliğin 13. maddesinde belirtilen hükümler gereğince peşin olarak ödenecektir.

1.4.4.İdari İrtifakların Kurulma Yolları

İdare lehine özel kişilere ait taşınmaz mallar üzerinde kurulacak olan idari irtifaklar birçok farklı yoldan kurulabilmektedir.¹⁴⁵ Her şeyden önce taşınmaz mal üzerinde idari irtifaklar kamulaştırma yöntemi ile kurulabilir. Anayasamızın 46. maddesinin ilk fıkrası “Devlet ve kamu tüzel kişileri; kamu yararının gerektirdiği hallerde, gerçek karşılıklarını peşin ödemek şartıyla, özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların tamamını veya bir kısmını, kanunla gösterilen esas ve usullere göre, kamulaştırmaya ve bunlar üzerinde idarî irtifaklar kurmaya yetkilidir.” şeklindeki hükmü ve 2942 Sayılı Kamulaştırma Kanunun 4. maddesindeki “Taşınmaz malın mülkiyetinin kamulaştırılması yerine, amaç için yeterli olduğu takdirde taşınmaz malın belirli kesimi, yüksekliği, derinliği veya kaynak üzerinde kamulaştırma yoluyla irtifak hakkı kurulabilir.” hükmü kamulaştırma yoluyla kurulabilen irtifak haklarının yasal dayanaklarıdır. Ancak daha önce kısaca değindiğimiz ve ileride kendi bölümünde ayrıntıları ile inceleyeceğimiz üzere kamulaştırma yoluyla kurulan irtifakların idari

¹⁴⁴ Yarg. 5. HD, E. 2005/7284, K. 2005/8991, T. 20.07.2005 (Mehmet Ali Hayta, Kamulaştırma Davaları, s. 89)

¹⁴⁵ İleride uygulamada kurulan irtifak haklarının en önemlilerini ayrıntılı olarak göreceğimizden bu başlık altında en genel haliyle idari irtifak çeşitlerini belirtmekle yetineceğiz.

irtifak niteliğinde olup olmadığı tartışmalıdır. Bu irtifakları bir kez kurulduktan sonra Medeni Hukuk irtifakları olarak değerlendirenler¹⁴⁶ olduğu gibi, idari irtifak olarak değerlendirip Medeni Hukuk irtifaklarından farklı esaslara tabi tutanlar¹⁴⁷ da bulunmaktadır. Bu konudaki diğer bir görüş ise, bu irtifakların gerçek anlamda irtifak hakkı olmadığı, sadece Anayasal anlamda “malike yükletilen bir ödev” şeklinde nitelendirilmesi gerektiğidir.¹⁴⁸

Kamulaştırma yoluyla kurulan irtifaklardan başka uygulamada idari irtifakların en belirgin örneklerine İmar Hukuku kaynaklı imar irtifaklarında rastlanır. En genel olarak imar irtifakları, beldenin genel yararı için taşınmaz mülkiyeti üzerine konulan inşaat ve imar sınırlamalarıdır.¹⁴⁹ 3194 sayılı İmar Kanunun 14. maddesi “Belediye veya valilikler, imar planlarının uygulanması sırasında, bir gayrimenkulün tamamını kamulaştırmadan o yerin muayyen saha, yükseklikte ve derinliğindeki kısmı üzerinde kamu yararı amacıyla irtifak hakkı tesis edebilir.” şeklindeki hüküm ile imar irtifaklarının kim tarafından ve nasıl uygulanacağını da çözüme kavuşturmuştur.

İdari irtifakların en bilinen bu iki örneği dışında çok çeşitli kanunlarda idari irtifakların değişik türleri bulunmaktadır. Örneğin 3621 sayılı Kıyı Kanunu gereğince kıyı kenar çizgisinden başlayarak karaya doğru belli bir mesafe dâhilinde yapı yapmak yasaktır. 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununa göre ise karayolları boyunca belli bir uzaklık dâhilinde bina yapmanın yasak olması da bariz biçimde idari irtifak kavramına örnek olarak gösterilebilir.

1.4.5.İdari İrtifakların Sona Ermesi

Genel olarak bir taşınmazdan belli bir amaçla yararlanılması için kurulan irtifak hakları çeşitli nedenlerle ve çeşitli şekillerde sona ermektedirler.

Medeni Hukuk irtifakları ya tapu sicilindeki kaydın silinmesi, yani terkin ile ya da terkin dışında belli sebeplerin gerçekleşmesi ile sona ermektedirler. Bu sebepler; taşınmazın yok olması, irtifak hakkının süreye bağlı olarak kurulduğu durumlarda sürenin dolması, taşınmazın kamulaştırılması gibi bir sebeple artık irtifak hakkının gereğini yerine getirmeyecek hale gelmesi ve son olarak yararlanan malikin terkinden

¹⁴⁶ Örneğin; Kemal Gözler, İdare Hukuku, C. II, s. 986; Pertev Bilgen, İdare Malları,... s. 136.

¹⁴⁷ Örneğin; Sıdık Sami Onar, İdare Hukukunun..., C.II, s. 1336; Melikşah Yasin, “İdari İrtifaklar”, s. 177.

¹⁴⁸ Sıdık Sami Onar, İdare Hukukunun..., C.III, s. 1352.

¹⁴⁹ Sadık Artukmaç, İmar Hukuku, ...s. 328.

kaçınması üzerine mahkeme kararı ile sona ermesi durumlarıdır.¹⁵⁰

İdari irtifaklar kendi iç bünyelerine uygun olarak ve yine kurulmalarında olduğu gibi Medeni Hukuk irtifaklarına benzer şekillerde sona erdirilebilir. İdari irtifakların sona erme sebepleri şunlardır:

İrtifak hakkının amacının sona ermesi: İdari irtifakların kuruluş amaçlarının sona ermesi üzerine irtifak hakkı kendiliğinden sona erebilir. Bu sona erme bazı durumlarda idarenin herhangi bir işlemine ihtiyaç duymaksızın gerçekleşebileceği gibi, bazı durumlarda idari irtifak tesisinin amacı sona erse bile idarenin bir takım işlemler yapmasını gerektirmektedir. Örneğin; Askeri güvenlik bölgelerinin yakınlarında bulunan araziler için bir takım kısıtlamalar getirilerek idari irtifaklar kurulmaktadır. O bölgedeki askeri güvenlik bölgesinin kaldırılması ile bölge yakınındaki arazilerde kurulmuş bulunan irtifak hakları kendiliğinden, idare tarafından herhangi bir işlem tesisine gerek olmaksızın sona erer.¹⁵¹ Ancak idare tarafından irtifak hakkının kullanılması veya kurulmasına ilişkin bir düzenleyici işlem yapılmış ise irtifak hakkı kurulmasını sağlayan amacın sona ermesi halinde dahi bu irtifak hakkı kendiliğinden sona ermez, idarenin bu düzenleyici işlemde değişiklik yapması gerekir.

Kamu mallarının tahsis amacının değişmesi: Kamu malları üzerinde kurulan irtifak haklarının ancak kamu malının tahsis amacı ile bağdaştığı ölçüde devam edeceğini söylemiştik. Taşınmazın tahsis amacının değişmesi halinde taşınmaz üzerinde kurulmuş bulunan irtifak hakkı da sona erer.

İrtifak konusu olan taşınmazın ortadan kalkması ya da artık irtifak hakkının gereklerini yerine getiremeyecek hale gelmesi: İrtifak konusu olan taşınmazın herhangi bir şekilde ortadan kalkması ile idari irtifak hakkı fiilen ortadan kalkacağı gibi, irtifak konusunun artık irtifak hakkının gereklerini yerine getiremeyecek derecede değişikliğe uğramış olması durumu da irtifak konusu taşınmaz üzerindeki irtifak hakkının sona erdirilmesi sonucunu doğurur. Örneğin bir araziden petrol boru hattı geçirilmesi için arazi üzerinde kurulan irtifak hakkı, arazinin büyük kısmının heyelan sonucu yok olmasıyla, arazi artık irtifak hakkının gereğini yerine getiremeyecek derecede değişikliğe uğradığından, sona erecektir.

¹⁵⁰ Şeref Ertaş, Eşya Hukuku, s. 472; Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Özdemir, Eşya Hukuku, s. 652.

¹⁵¹ Melikşah Yasin, “İdari İrtifaklar”..., s. 194.

Sürelî olarak kurulan irtifak haklarında sürenin dolması: Sürelî olarak kurulan irtifak haklarında sürenin dolması ile taşınmaz üzerinde kurulan idari irtifak hakları kendiliğinden sona ermektedir. Ancak bir kısım irtifak hakları nitelikleri gereği süresiz ya da belirli sürelî olarak kurulmaktadır. Örneğin kaynak irtifak gibi. Bu kaynak var olduğu sürece üzerinde kurulan irtifak hakkı başka şekilde sona erdirilmedikçe devam edecektir.

Kamusal mallar üzerinde özel hukuk kişileri lehine kurulan irtifak hakları ise nitelikleri gereği belli bir süreye tabi olarak kurulmak zorundadırlar. Bu süreler genellikle kamusal mal üzerinde irtifak hakkı kurulmasını düzenleyip belli koşullara bağlayan düzenleyici işlemlerle belirlenmektedir. Kanunlarla belirlenen bu süreler kurulacak olan irtifak hakkının üst sınırıdır. İdare özel hukuk kişilerinin çıkarları ile kamu yararı arasındaki dengeyi sağlayarak süreyi üst sınıra tabi kalarak tespit edebilecektir.¹⁵²

Malikin geri alma hakkı: Kamulaştırma yoluyla irtifak hakkı tesis edilmesi durumunda da olağan kamulaştırmalarda olduğu gibi Kamulaştırma Kanununun 23. maddesi gereğince malik geri alma hakkını kullanabilir. Yani kamulaştırma yoluyla kurulan irtifak hakkında, irtifak hakkının kurulmasından itibaren, idarece kamulaştırma ve devir amacına uygun hiç bir işlem veya tesisat yapılmaz veya kamu yararına yönelik bir ihtiyaca tahsis edilmeyerek taşınmaz mal olduğu gibi bırakılırsa, malik geri alma hakkını kullanarak irtifak hakkını sona erdirebilir.

Malikin geri alma hakkını kullanabilmesi için şu şartların gerçekleşmesi gerekmektedir:

- Kamulaştırma yoluyla irtifak hakkı kurma işlemi kesinleşmiş olmalıdır.
- Kamulaştırma amacına uygun hiçbir işlem veya tesisat yapılmamış olmalıdır.
- Kamulaştırma bedelinin kesinleşmesinden itibaren beş yıl içinde başvurulmalı, ancak bu hak, hakkın doğumundan itibaren bir yıllık süre içinde kullanılmalıdır.
- Kamulaştırma bedeli idareye bedelin alındığı tarihten itibaren işleyecek kanuni faizi ile birlikte iade edilmelidir.

¹⁵² Melikşah Yasin, “İdari İrtifaklar” ..., s. 197.

1.4.6.İdari İrtifaklardan Doğan Uyuşmazlıklarda Görevli Yargı Yeri

Kamu yararı amacıyla mülkiyet hakkından doğan bazı yetkilerin idareye geçmesi sonucunu doğuran idari irtifakların kurulması konusunda düzenleme getiren düzenleyici işlemde irtifak hakkının kullanılmasından doğan uyuşmazlıkların hangi görevli yargı kolunda çözüme kavuşturulacağı belirtilmiş olabilir. Bu yüzden öncelikle bu konuda o düzenleyici işlemde bir çözümün öngörülüp öngörülmediğine bakılır. Düzenleyici işlemde konu ile ilgili bir çözüm öngörülmüş ise bu çözüm yolunun uygulanması gerekir. Örneğin Kamulaştırma Kanunu bu konudaki, yani kamulaştırma yoluyla kurulan irtifak haklarından doğacak olan uyuşmazlıkların çözümü için gerekli olan yargısal süreci kendi bünyesinde çözüme kavuşturmuştur. Kamulaştırma Kanununun ilgili maddeleri bir bütün olarak incelendiğinde, olağan kamulaştırma uygulamasında olduğu gibi, kamulaştırma yoluyla kurulan irtifak haklarında da idari aşamada ortaya çıkan uyuşmazlıklar idari yargıda, adli aşamada ortaya çıkan uyuşmazlıklar ise adli yargıda çözümlenecektir.

Uygulamadaki önemli irtifak hakları kendi bölümlerinde ayrıca ve daha kapsamlı olarak inceleneceğinden bu bölümde bu kadar açıklamanın yeterli olacağı kanaatindeyiz.

1.5.MEDENİ HUKUK İRTİFAKLARI VE İDARİ İRTİFAKLAR ARASINDAKİ FARKLAR

Medeni Hukuk anlamındaki irtifak hakları ve idari irtifaklar mahiyetleri gereği mülkiyet hakkının kullanımını irtifak hakkı sahibi lehine sınırlayan aynı haklardır. Her iki tür irtifak hakkında da üzerinde irtifak hakkı kurulan taşınmaz malikin mülkiyet hakkını, kurulan irtifak hakkının içeriğine uygun olarak ve irtifak hakkına zarar vermeksizin kullanması gerekir.¹⁵³ Medeni Hukuk irtifakları ve idari irtifaklar arasında hem kuruluşları hem de tabi oldukları hükümler bakımından bir takım farklılıklar bulunmaktadır. Ancak bir görüşe göre medeni ve idari irtifaklar arasında sadece zorla kurulmaları açısından bir farklılık vardır. Bu görüşe göre idari irtifaklar malikin rıza ve muvafakati olmaksızın zorla kurulurlar ve bir kez zorla kurulduktan sonra da nitelik yönünden medeni hukuk irtifaklarından hiçbir açıdan farklı değildirler. Aynı şekilde idari irtifakların kurulması ile Medeni Hukuk irtifaklarında da olduğu gibi taşınmaz malikin mülkiyet hakkından doğan yetkilerinin bir kısmının kullanımı idare lehine

¹⁵³ Melikşah Yasin, “İdari İrtifaklar”..., s. 198.

sınırlandırılır.¹⁵⁴

Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise, medeni hukuk irtifakları ve idari irtifaklar arasında gerek nitelik ve gerekse de tabi oldukları hükümler açısından birçok farklılık bulunmaktadır. Her şeyden önce kişisel irtifaklar dışında Medeni Kanuna tabi olarak kurulan irtifaklar bir gayrimenkul lehine diğer bir gayrimenkul üzerinde kurulmalarına karşın, idari irtifaklarda sadece üzerinde irtifak hakkı kurulan taşınmaz vardır ve bu taşınmaz üzerindeki irtifak hakkı idare lehine kurulmaktadır.¹⁵⁵ Her iki tür irtifak arasındaki farklılıkların başlıcaları şöyle sıralanabilir;¹⁵⁶

- İdari irtifaklar kamu yararı amacı ile kurulduklarından kamu hukukuna tabidirler medeni hukuk irtifakları ise özel hukuka tabidirler.
- İdari irtifaklar idari tasarruf mahiyetinde olduklarından, idari irtifaklarla ilgili her hangi bir uyuşmazlık durumunda kural olarak idari yargı yerlerine başvurulacaktır. Ancak irtifak hakkının kurulmasını sağlayan kanunda farklı bir hüküm var ise elbette uygulanacak olan bu hükümdür. Oysa kural olarak medeni hukuk irtifakları aynı bir hak olduğundan, bu hakların ihlali halinde adli kaza mercilerine başvurulur.
- Medeni hukuk irtifakları, malik ile lehine irtifak hakkı tesis edilecek kişi arasında yapılan sözleşmeden doğmakta, yani taraflar arasındaki rızaya dayanmakta iken, idari irtifakların malikin iradesi olmaksızın doğrudan mevzuattan doğduğu söylenmektedir. Ancak medeni hukuk irtifaklarının kanundan doğan ayırımının alt türü olan kanuni irtifaklar mülkiyet hakkının kanundan doğan sınırlamalarını teşkil etmektedir. Dolayısıyla bu özellik sadece iradi irtifaklar ve kanuni irtifaklar dışındaki Medeni hukuk irtifakları arasında geçerli olacaktır. Ayrıca idari irtifakların da bazı durumlarda taşınmaz malikin rızası ile kuruldukları da görülmektedir.
- Kural olarak taşınır mallar da medeni hukuk irtifaklarının konusunu oluşturabilirken idari irtifakların konusunu sadece taşınmaz mallar oluşturur. İdare olağanüstü durumlarda ihtiyaç duyduğu taşınır malları istimval yoluyla temin eder.
- Medeni irtifakların tapuya tescil edilmeleri gerekirken, idari irtifaklar doğrudan

¹⁵⁴Metin Günday, İdare Hukuku, ...s. 181.

¹⁵⁵ Zeki Akar, Kamulaştırma ve Kamulaştırmaz El Atma Davaları, C. I, Ankara 2007, Turhan Kitabevi, s. 120.

¹⁵⁶ Muhittin Abacıoğlu, Açıklamalı Uygulamalı İmar Kanunu Mevzuatı ve Uygulaması, 7. b., Ankara 2001, s. 285; Sadık Artukmaç, İmar Hukuku, s. 329; Celal Karavelioğlu, C. I, s. 513 – 514; Melikşah Yasin, “İdari İrtifaklar”, s. 177.

doğruya bir kanun hükmü ile kurulduklarından kural olarak tapuya tescil edilmeleri gerekmemektedir.¹⁵⁷

¹⁵⁷ Bu kural kamulaştırma yoluyla kurulan irtifak haklarında geçerli değildir. İstenilen amacın gerçekleşmesi için gayrimenkulün tamamını kamulaştırılmaksızın belli bir kısmı üzerinde kurulan irtifak haklarının kurulması için tapu kütüğüne tescil edilmeleri gerekir.

İKİNCİ BÖLÜM

KAMULAŞTIRMA YOLUYLA KURULAN İRTİFAKLAR

2.1.GENEL OLARAK KAMULAŞTIRMA YOLUYLA KURULAN İRTİFAK HAKKI KAVRAMI

İdari birimler yapmakla yükümlü oldukları hizmetleri yerine getirebilmek için bir takım taşınmaz mallara ihtiyaç duymaktadırlar. Bazı durumlarda kamu hizmetinin yapılması için taşınmaz malın mülkiyetine ihtiyaç duyulurken, bazı durumlarda taşınmazın mülkiyetine ihtiyaç duyulmaz ve kamu hizmetinin yerine getirilebilmesi için - taşınmaz malın mülkiyeti malik üzerinde kalarak - idare lehine taşınmaz üzerinde tesis edilecek irtifak hakkı da yeterli olur.¹⁵⁸

İdarenin ihtiyaç duyduğu taşınmaz malın mülkiyetine sahip olmasını sağlayan idari yollardan biri de kamulaştırma yöntemidir. Devlet veya kamu tüzel kişileri tarafından kamu yararı için gerekli olan ve özel kişilere ait taşınmaz malların kanunla gösterilen esas ve usuller uyarınca, idare tüzel kişiliğinin yetkili organlarınca alınan karar doğrultusunda karşılığı peşin ödenerek zorla mülkiyetin tüzel kişiliğe geçirilmesini sağlayan yöntem kamulaştırma denir.¹⁵⁹

İdarenin mal edinme usullerinden biri olarak kamulaştırma Danıştay kararlarında şu şekilde tanımlanmaktadır: “Mal sahibinin istekli olup olmamasına bakılmaksızın, özel mülkiyet içinde bulunan bir gayrimenkulün veya irtifakın yahut kaynağın kamu malları arasında yer almasını sağlayan idari yoldur”¹⁶⁰. Ancak kamu tüzel kişileri her zaman görecekları hizmetin yerine getirilmesi için taşınmazın mülkiyetine ihtiyaç duymazlar. Taşınmazın tamamı idarenin mülkiyetine alınmaksızın yani mülkiyet kamulaştırması yapmaksızın taşınmazın belirli bir kesimi, yüksekliği veya derinliğinde idare lehine

¹⁵⁸ Sait Rezaki, Muzaffer Tutar, Tahsin Murat PULAK, Ümmühan Aras, Kamulaştırma Davaları, C.I, Ankara 1999, s. 53.

¹⁵⁹ Oktay Akaya, Kamulaştırma ve Kamulaştırmaz El Atma Davaları, Ankara 1998, s. 2.

¹⁶⁰ Dan. İdari İşler Kurulu, E. 2006/13, K. 2006/13, (Ramazan Yıldırım, İdare Hukuku Dersleri..., s. 333).

kamulaştırma usulleri doğrultusunda kurulacak bir irtifak hakkı da bazı durumlarda idarenin kamu hizmetini görebilmesi için yeterli olabilecektir. Bu yöntemle ‘kamulaştırma yöntemi ile irtifak tesisi’ adı da verilmektedir¹⁶¹.

TEDAŞ’nin yüksek gerilimli elektrik hatlarının geçirilmesi işleminde taşınmazın belli bir yüksekliği, BOTAS’nin petrol boru hatlarının kurulması işleminde ise toprağın belli bir derinliği kullanılmaktadır. Bu örneklerde olduğu gibi ve hizmetin yerine getirilmesi için mülkiyetin kamulaştırmasına gerek bulunmayıp, taşınmaz üzerinde kurulacak irtifak tesisinin görülecek hizmet için yeterli olduğu takdirde idareler kamulaştırma yerine taşınmaz malın belirli kesimi, yüksekliği, derinliği veya kaynak üzerinde kamulaştırma yolu ile irtifak hakkı kurabilirler¹⁶².

Kamulaştırma Kanunun ‘irtifak hakkı kurulması’ başlıklı 4. maddesine göre, “Taşınmaz malın mülkiyetinin kamulaştırılması yerine, amaç için yeterli olduğu takdirde taşınmaz malın belirli kesimi, yüksekliği, derinliği veya kaynak üzerinde kamulaştırma yoluyla irtifak hakkı kurulabilir.”

Kamulaştırma yolu ile kurulan irtifak haklarında taşınmazın mülkiyeti malikte kalmakta, malik irtifak hakkına zarar vermeksizin taşınmazdan yararlanmaya devam etmektedir. Diğer yandan da taşınmazın tamamı kamulaştırılmadığı için idare daha az masraf ile kamu hizmetinin yerine getirilmesini sağlayabilmektedir¹⁶³. Bütün bu açılardan bakıldığında, kamulaştırma yolu ile kurulan irtifak haklarının oldukça işlevsel olduğunu söylemek mümkündür. Bu husus Kamulaştırma Kanununun 4. maddesinin gerekçesinde de açık bir şekilde belirtilmiştir.

Kamulaştırma Kanununun 4. maddesinin gerekçesi şu şekildedir: “Bu maddede kamulaştırma ile güdülen amacın yerine getirilmesi için, taşınmaz malın mülkiyetinin kamulaştırılması yerine, yeterli olduğu takdirde taşınmaz malın belirli kesimi, yüksekliği, derinliği veya kaynaklar üzerinde kamulaştırma yoluyla irtifak hakkı kurulabileceği belirtilmiştir. Kamu yararının yerine getirilmesi anında taşınmaz malın mülkiyetinin kamulaştırılması şart olmadığı, yeterli görüldüğü takdirde belirli kesimi, yüksekliği, derinliği veya kaynaklar üzerinde kamulaştırma yoluyla irtifak hakkı kurulabilecektir. Böylece idare daha az bedel ödeyecek, malik de taşınmaz malı

¹⁶¹ Pertev Bilgen, İdare Malları..., s. 123.

¹⁶² Turan Çınar, Kamulaştırma ve Kamulaştırmaz El Atma Davaları, Adalet Kitabevi, Ankara 2005, s. 50.

¹⁶³ Turan Çınar, Kamulaştırma.... s. 50 -51.

üzerinde ayrıca tasarrufta bulunabilecektir.”¹⁶⁴

2.2.KAMULAŞTIRMA YOLUYLA KURULAN İRTİFAK HAKLARININ ANAYASAL VE YASAL DAYANAKLARI

Anayasamızın 35. maddesi gereğince mülkiyet hakkına getirilen her sınırlama kanuna dayanmak zorundadır. İrtifak hakları da mülkiyet hakkına bir sınırlama teşkil ettiği için kanuna dayanmak zorundadır. Kamulaştırma yoluyla kurulan irtifak haklarının yasal dayanaklarını da başta Anayasamızın 46. maddesi hükmü ve Kamulaştırma Kanunumuz oluşturur.

Anayasamızın ‘kamulaştırma’ başlıklı 46. maddesinin ilk fıkrasına göre “Devlet ve kamu tüzel kişileri; kamu yararının gerektirdiği hallerde, gerçek karşılıklarını peşin ödemek şartıyla, özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların tamamını veya bir kısmını, kanunla gösterilen esas ve usullere göre, kamulaştırmaya ve bunlar üzerinde idarî irtifaklar kurmaya yetkilidir.”

Kamulaştırma Kanunumuz genel olarak kamulaştırma yolu ile kurulan irtifak haklarının yasal dayanağını oluşturur. Kamulaştırma Kanununun ‘irtifak hakkı kurulması’ başlıklı 4. maddesi özel olarak kamulaştırma yolu ile kurulan irtifak haklarını düzenlemiştir. “Taşınmaz malın mülkiyetinin kamulaştırılması yerine, amaç için yeterli olduğu takdirde taşınmaz malın belirli kesimi, yüksekliği, derinliği veya kaynak üzerinde kamulaştırma yoluyla irtifak hakkı kurulabilir.” Bu madde dışında mülkiyet kamulaştırmasında geçerli olan ilkeler mahiyetine uygun olduğu takdirde kamulaştırma yolu ile kurulan irtifak haklarında da uygulanacaktır¹⁶⁵.

2.3.KAMULAŞTIRMA YOLUYLA KURULAN İRTİFAK HAKLARININ HUKUKİ NİTELİKLERİ

Kamulaştırma yolu ile kurulan irtifak haklarının hukuki niteliği tartışmalıdır. Daha önce idari irtifakların hukuki niteliğinin tartışmalı olduğunu ve bir grup yazarın bu tarz irtifakların nitelik itibariyle medeni hukuk anlamında kurulan irtifak haklarından hiçbir farkları olmadığını belirttiklerini söylemiştik. Benzer şekilde kamulaştırma yolu ile kurulan irtifak haklarının idari irtifak olma nitelikleri de uygulamada tartışmalıdır.

¹⁶⁴ Sait Rezaki, Muzaffer Tutar, Tahsin Murat PULAK, Ümmühan Aras, Kamulaştırma Davaları, C. I, s. 53.

¹⁶⁵Metin Günday, İdare Hukuku..., s. 181.

Bir görüşe göre¹⁶⁶ kamulaştırma yolu ile kurulan irtifak haklarının hukuki niteliği medeni hukuk anlamında kurulan irtifak haklarının hukuki niteliğinden farklı değildir. Bu görüşe göre bu iki irtifak türü arasındaki tek fark kurulmaları bakımındandır. Kamulaştırma yolu ile kurulan irtifak hakları, kurulmaları bakımından özel hukuk hükümlerinden farklı hükümlere tabi olsalar da, bir kez kurulduktan sonra tabi oldukları hukuki rejim bakımından medeni hukuk irtifaklarından farklı değildirler. Dolayısı ile bu görüşe göre kamulaştırma yolu ile kurulan irtifaklar, kurulmaları bakımından Kamulaştırma Kanunu hükümlerine, kurulduktan sonra ise Türk Medeni Kanununun 779 - 849. maddeleri hükümlerine tabi olacaklardır.

GÜRZUMAR, kamu malları üzerinde kurulan irtifak haklarını Medeni Hukuk açısından inceleyerek, kamulaştırma yolu ile kurulan irtifak haklarında irtifak tesisine kadar geçen aşamanın idari işlemlerden oluşan bir süreç olduğu ve bu süreçten sonraki aşamada Medeni Kanunun Eşya Hukukuna ilişkin kurallarının uygulanması gerektiği kanısındadır.¹⁶⁷

Katıldığımız diğer bir görüşe göre¹⁶⁸ ise kamulaştırma yolu ile kurulan irtifaklar da idari irtifaklardır ve bu irtifak hakları gerek kuruluşları gerekse sahip oldukları nitelikleri açısından Medeni Hukuk irtifaklarından farklıdır. Taşınmaz üzerinde idare lehine irtifak hakkı kurulduktan sonra da idarenin kamusal nitelikli yetkileri devam eder ve dolayısıyla bu irtifakın idari irtifak olarak kabul edilmesi gerekir. Dolayısı ile bu irtifakların idari irtifak olarak kabul edilmeleri sadece idare lehine kurulmalarından değil, aynı zamanda kurulduktan sonra idarenin sahip olduğu, ileri de göreceğimiz gibi, bir takım yetkilerden de kaynaklanmaktadır.

Her şeyden önce Medeni Hukuk anlamındaki irtifak hakları ile kamulaştırma yolu ile kurulan irtifak hakları arasında birçok fark bulunmaktadır. Örneğin; Medeni hukuk anlamındaki eşyaya bağlı bir irtifak hakkının kurulabilmesi için iki ayrı taşınmazın bulunması ve bu iki taşınmazdan biri lehine irtifak hakkı kurulması gerekmektedir. Aksine, kamulaştırma yolu ile kurulan irtifak haklarında ise bu tarz bir sınırlama bulunmamaktadır.¹⁶⁹ Kamulaştırma yolu ile kurulan irtifak haklarında genelde tek bir

¹⁶⁶ Pertev Bilgen, İdare Malları, s. 136; Kemal Gözler, İdare Hukuku, C. II..., s. 986-987.

¹⁶⁷ Osman Berat Gürzumar, Türk Medeni Hukuku'nda Üst Hakkı, Bata Yayınları, İstanbul 1998, s. 193-197.

¹⁶⁸ Melikşah Yasin, "İdari İrtifaklar"..., s. 177.

¹⁶⁹ Meltem Kutlu, İdari Bir İşlem Olarak Kamulaştırma ve İptal Davası, DEÜY, Ankara 1992, s. 63.

taşınmaz bulunmakta ve kurulan irtifak hakkı idare lehine olmaktadır. İstisnai olarak kamulaştırma yolu ile kurulan irtifak haklarında da iki ayrı taşınmazın olduğu durumlarda söz konusu olabilmektedir. Örneğin idareye ait bir taşınmaza geçit hakkı sağlamak amacı ile idare lehine komşu taşınmaz üzerinde geçit hakkı sağlanmasında olduğu gibi.

2.4.KAMULAŞTIRMA YOLUYLA KURULAN İRTİFAK HAKLARININ KURULMA USULÜ

Kamulaştırma işlemlerinde izlenecek olan usul Anayasamızın 46. maddesi hükmü doğrultusunda Kamulaştırma Kanununda öngörülmüş olan usuldür.

Peki kamulaştırma yolu ile kurulan irtifak haklarında da kamulaştırmaya ilişkin usul mü uygulanacaktır? Bu konuda Kamulaştırma Kanununda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Kamulaştırma Kanununun bazı maddelerinde taşınmaz mal, kaynak ve irtifak hakkı kavramları bir arada kullanılmış (örneğin ‘kamulaştırmadan önce yapılacak işler ve idari şerh’ başlıklı 7. maddesi), bazı maddelerinde (örneğin ‘satın alma’ başlıklı 8. maddesi) ise sadece taşınmaz kavramına yer verilmiştir. Ancak Kanunun amaç ve kapsamının belirlendiği 1. maddesindeki “Bu Kanun; kamu yararının gerektirdiği hallerde gerçek ve özel hukuk tüzelkişilerinin mülkiyetinde bulunan taşınmaz malların, Devlet ve kamu tüzelkişilerince kamulaştırılmasında yapılacak işlemleri, kamulaştırma bedelinin hesaplanmasını, taşınmaz malın ve irtifak hakkının idare adına tescilini, kullanılmayan taşınmaz malın geri alınmasını, idareler arasında taşınmaz malların devir işlemlerini, karşılıklı hak ve yükümlülükler ile bunlara dayalı uyuşmazlıkların çözüm usul ve yöntemlerini düzenler.” hükmü ve kamulaştırma şartlarının belirlendiği 2. maddesinde idarelerin, kanunlarla yapmak yükümlülüğünde bulundukları kamu hizmetlerinin veya teşebbüslerinin yürütülmesi için gerekli olan taşınmaz malları, kaynakları ve irtifak haklarını kamulaştırabileceklerini belirten hükümler birlikte değerlendirildiğinde, kamulaştırma yoluyla kurulacak olan irtifak haklarının tesis edilmesinde de kamulaştırma usulünün uygulanması mümkün olan ilgili hükümlerinin uygulanabileceğini söyleyebiliriz.¹⁷⁰

Kamulaştırma Kanununun 2. maddesinde idarelerin kanunlarla yapmak yükümlülüğünde bulundukları kamu hizmetlerinin veya teşebbüslerinin yürütülmesi

¹⁷⁰ Melikşah Yasin, “İdari İrtifaklar”, s. 186.

için gerekli olan taşınmaz malları, kaynakları veya irtifak haklarını kamulaştırabilecekleri belirtilmiştir.

Kamulaştırma Kanununun 4. maddesine göre ise “Taşınmaz malın mülkiyetinin kamulaştırılması yerine, amaç için yeterli olduğu takdirde taşınmaz malın belirli kesimi, yüksekliği, derinliği veya kaynak üzerinde kamulaştırma yoluyla irtifak hakkı kurulabilir.”

Her iki madde hükmünden de yola çıkarak Kamulaştırma Kanununa göre iki farklı idari irtifak tesisi usulü benimsendiğini söyleyebiliriz:

Birincisi; bir taşınmaz üzerinde daha önceden kurulmuş olan mevcut bir irtifak hakkının kamulaştırılması, (Burada idare lehine yeni bir irtifak hakkı tesis edilmemekte, taşınmaz üzerinde üçüncü kişi veya taşınmaz lehine olan irtifak hakkı kamulaştırılmaktadır.)

İkincisi ise taşınmaz üzerinde kamulaştırma yolu ile doğrudan doğruya irtifak hakkı tesis edilmesidir. Burada özel kişiye ait taşınmaz üzerinde idare lehine ilk defa irtifak hakkı tesis edilmektedir.

Gerek irtifak haklarının kamulaştırılmasında gerekse, ilk defa idari irtifak tesis edilmesinde uygulanacak olan usul ise Kamulaştırma Kanununda öngörülen kamulaştırma işleminin gerçekleştirilmesindeki usul ile aynı usul olacaktır.

Kamulaştırma işleminin şartları ve genel esasları, Kamulaştırma Kanununun ‘kamulaştırmanın esasları’ başlıklı ikinci bölümünün 3. md.’ sinde şu şekilde düzenleme bulmuştur: “İdareler, kanunlarla yapmak yükümlülüğünde bulundukları kamu hizmetlerinin veya teşebbüslerinin yürütülmesi için gerekli olan taşınmaz malları, kaynakları ve irtifak haklarını; bedellerini nakden ve peşin olarak veya... belirtilen hallerde eşit taksitlerle ödemek suretiyle kamulaştırma yapabilirler.”

Kamulaştırma işlemi ya da daha doğru bir deyişle kamulaştırma süreci idari ve adli olmak üzere iki aşamadan oluşmaktadır. İdari aşama adli aşamadan daha önce geldiği için burada önce idari aşama ele alınacaktır.

2.4.1.Kamulaştırma Yolu ile Kurulan İrtifaklarda İdari Aşama

İdari ve icrai nitelikte bir işlem olan kamulaştırma işleminin idari aşaması kamulaştırma bedeli için yeterli ödeneğin temin edilmesi, kamu yararı kararının

alınması, kamulaştırılacak taşınmazın, kaynağın veya irtifakın belirlenmesi, kamulaştırma kararının alınması ve bu kararın tapu siciline şerh verilmesi, kamulaştırılacak şeyin değerinin belirlenmesi ve satın alma usulünün denenmesi gibi kamulaştırma işlemine hazırlık diyebileceğimiz birçok aşamadan oluşmaktadır.¹⁷¹ Bu aşamaları sırasıyla ve daha ayrıntılı bir şekilde ele alalım.

2.4.1.1.Kamulaştırma bedeli için yeterli ödenek temin edilmesi

Kamulaştırma işleminin ilk aşaması kamulaştırma bedeli için yeterli ödeneğin temin edilmesidir.

Kamulaştırma Kanununun 3. md.’ sine 2001 yılında eklenen son fıkraya¹⁷² göre “İdarelerce yeterli ödenek temin edilmeden kamulaştırma işlemine başlanılamaz.” Bu değişiklikten sonra kamulaştırma bedeli için yeterli ödenek temin edilmeksizin idari aşamanın diğer safhalarına geçilemeyecektir. Dolayısıyla bir sonraki aşama olan kamu yararı kararı alınamayacağı gibi, kamulaştırılacak taşınmaz malın belirlenip kamu yararı kararı alınması da mümkün olmayacaktır.¹⁷³

Kamulaştırma Kanununun 3. md.’ sinde geçen ve kamulaştırma işleminin idari sürecinin ilk aşamasını oluşturan, temin edilmesi gerekli “yeterli ödenek” kavramından anlaşılması gereken ise kamulaştırılacak taşınmaz, kaynak veya irtifakların tahmini değerleri kadar olan para miktarıdır¹⁷⁴.

2.4.1.2.Kamu yararı kararının alınması

Anayasamızın 46. md.’ si, Kamulaştırma Kanununun genel sistematığı ve İmar Kanunun 14. md.’ sinde benzer şekilde belirtildiği üzere, kamulaştırma işlemi kamu yararı amacı ile yapılır ve bu işlemin gerçekleştirilmesi için kamu yararı kararının alınması gerekmektedir.

Soyut nitelikte olan ve idarenin yaptığı veyahut yapacağı hizmetin genel olarak kamunun yararına olduğunu saptayan bir karar olan kamu yararı kararı ile somut nitelikte olan ve kamulaştırılacak taşınmazın türü, sınırları, maliki gibi konularda

¹⁷¹ İsmet Giritli, Pertev Bilgen, Tayfun Akgüner, İdare Hukuku..., s. 853.

¹⁷² 4 Kasım 1983 tarih ve 2942 Sayılı Kamulaştırma Kanunun 3. maddesine 24 Nisan 2001 tarih ve 4650 sayılı Kanunun 1. maddesi ile son fıkra olarak eklenmiştir.

¹⁷³ Kemal Gözler, İdare Hukuku Dersleri..., s. 700.

¹⁷⁴ Ramazan Yıldırım, İdare Hukuku Dersleri..., s. 335.

nitelendirmeler yapan kamulaştırma kararı birbirinden farklı kavramlardır¹⁷⁵. Ancak bu iki kavram her ne kadar nitelik itibarı ile birbirinden farklı olsa da kamu yararı kararı olmaz ise kamulaştırma işlemi başlatılamayacağından, kamu yararı kararının kamulaştırma kararı açısından bir ön koşul olduğunu söylemek mümkündür.¹⁷⁶

Kamu yararı kararı ile kamulaştırma işleminde, kamu yararının bulunduğu ortaya konulması amaçlanmaktadır. Kamulaştırma işleminin gerçekleştirilebilmesi için usulüne uygun bir şekilde kamu yararı kararının alınması ve bu kararın yetkili mercii tarafından onaylanması gerekmektedir. Kamulaştırma Kanununun ‘kamu yararı kararı verecek makamlar’ başlıklı 5. md.’ sinde kamulaştırmanın yapılabilmesi için kamu yararı kararı almaya yetkili makamlar ve aynı Kanunun ‘onay mercii’ başlıklı 6. md.’ sinde de bazı durumlarda¹⁷⁷ kamu yararı kararını onaylayacak olan makamlar ayrıntılı bir şekilde belirtilmiştir.

Kamulaştırma Kanununun 5. maddesine göre kamulaştırma kararı verecek olan merciler üç grupta toplanabilir.

a.) Kamu İdareleri ve Kamu Tüzel Kişileri

Kamu idareleri ve kamu tüzel kişilerin şu durumlarda kamu yararı kararı verilir.

-Bakanlar Kurulu’nca kabul olunan, büyük enerji ve sulama projelerinin gerçekleştirilmesi, yeni ormanların yetiştirilmesi, kıyıların korunması ve turizm amaçlı yapılacak kamulaştırmalarda ilgili bakanlık,

-Köy yararına yapılacak olan kamulaştırmalarda köy ihtiyar kurulu,

-Belediye yararına yapılacak kamulaştırmalarda belediye encümeni,

-İl özel idaresi yararına kamulaştırmalarda il daimi encümeni,

-Devlet yararına kamulaştırmalarda il idare kurulu,

-Yükseköğretim Kurulu yararına kamulaştırmalarda Yükseköğretim Kurulu¹⁷⁸,

¹⁷⁵ İsmet Giritli, Pertev Bilgen, Tayfun Akgüner, İdare Hukuku..., s. 853.

¹⁷⁶ Kemal Gözler, İdare Hukuku, C. II..., s. 966.

¹⁷⁷ Kamulaştırma Kanunu md. 6/2’ ye göre Bakanlıklar ve Bakanlar Kurulu tarafından verilen kamu yararı kararlarının ayrıca onaylanmasına gerek bulunmamaktadır.

¹⁷⁸ Danıştay vermiş olduğu bir kararında “2547 sayılı Kanunla Yüksek Öğretim Kurulunun yüksek öğretime yön veren, Yüksek Öğretim Kurumlarının faaliyetlerine yön veren belli bir özerkliğe ve kamu tüzel kişiliğine sahip olan bir kuruluş olduğu belirtilerek görevleri sayılmış, ancak bu görevleri arasında kavşak ve üst geçit yapma şeklinde bir görevi bulunmamaktadır. Bu nedenle Yüksek Öğretim Kurulu’nun görevleri arasında yer almayan Ankara-Eskişehir Devlet Karayolu üzerinde üst geçit ve

-Üniversite, Türkiye Radyo – Televizyon Kurumu, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu yararına kamulaştırmalarda yönetim kurulları,

-Aynı ilçe sınırları içinde birden çok köy ve belediye yararına kamulaştırmalarda ilçe idare kurulu,

-Bir il sınırları içindeki birden çok ilçeye bağlı köyler ve belediyeler yararına kamulaştırmalarda il idare kurulu,

-Ayrı illere bağlı birden çok kamu tüzel kişileri yararına kamulaştırmalarda Bakanlar Kurulu,

-Birden çok il sınırları içindeki Devlet yararına kamulaştırmalarda Bakanlar Kurulu kamu yararı kararı vermeye yetkilidir.

b.) Kamu kurumları yararına kamulaştırmalarda yönetim kurulu veya idare meclisi, bunların olmaması halinde yetkili idare organları kamu yararı kararı vermeye yetkilidirler.

c.) Gerçek kişiler yararına kamulaştırmalarda bu kişilerin, özel hukuk tüzel kişileri yararına kamulaştırmalarda ise; yönetim kurulları veya idare meclislerinin, yoksa yetkili yönetim organlarının başvuruları üzerine gördükleri hizmet bakımından denetimine bağlı oldukları köy, belediye, özel idare veya bakanlık kamu yararı kararı vermeye yetkilidir.

Kamulaştırma Kanununun 6. maddesinde belirtildiği üzere, açıkça istisna tutulan durumlar dışında kamu yararı kararının hukuken geçerli olarak sonuçlarını doğurabilmesi için alınan kamu yararı kararının maddede belirtilen mercilerce onaylanması gerekir. Eğer belirtilen mercilerce onaylama yapılmaz ise kamulaştırma işlemi, yetki yönünden iptal edilebilecektir.¹⁷⁹

Danıştay’ a göre onaylama işlemi kamu yararı kararının tamamlayıcısı niteliğinde bir işlemdir. Zira Danıştay vermiş olduğu bir kararında bu niteliği şu şekilde belirtmiştir. “Onay ile tekemmül etmiş icrai nitelik kazanmış bir işlem, ya bu işleme karşı açılan dava sonucunda yargı mercii tarafından iptal edilmek suretiyle ortadan kaldırılabilir

kavşak yapma konusunda kamulaştırma tesis etme yetkisinin bulunmadığı açıktır.” diyerek kamu tüzel kişilerinin kendi görev alanlarını ilgilendiren konularla ilgili olarak kamulaştırma yapabileceklerini belirtmiştir. (Dan. 6. D. E. 1982/2936, K.1984/2994, karar tarihi; 13.11.1984; Ömer Köroğlu, Kamulaştırma, Seçkin yayınları, Ankara 1995, s. 68).

¹⁷⁹ Meltem Kutlu, İdari Bir İşlem... s. 75.

veya işlemi tesis eden idare tarafından işlemin uygulanmasından vazgeçilebilir. Kaymakamın onayı ile tamamlanıp tekemmül etmiş bir işlemi, onayı geri almak sureti ile ortadan kaldırmak yetkisi bulunmamaktadır. Çünkü onay hukuk âleminde başlı başına bir işlem olmayıp, işlemi tamamlayan bir unsurdur.”¹⁸⁰

Kamulaştırma Kanununun 6. maddesine göre kamu yararı kararını onaylayacak olan merciler şunlardır;

- Köy ihtiyar kurulları ve belediye encümenleri kararları, ilçelerde kaymakamın, il merkezlerinde valinin,
- İlçe idare kurulları, il daimi encümenleri ve il idare kurulları kararları, valinin,
- Üniversite yönetim kurulu kararları, rektörün,
- Yükseköğretim Kurulu kararları, Kurul başkanının,
- Türkiye Radyo - Televizyon Kurumu yönetim kurulu kararları, genel müdürün,
- Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Yönetim Kurulu kararları, Yüksek Kurum Başkanının,
- Kamu kurumları yönetim kurulu veya idare meclisleri veya yetkili idare organları kararları, denetimine bağlı oldukları bakanın,
- Gerçek kişiler veya özel hukuk tüzelkişileri yararına; köy, belediye veya özel idarece verilen kararlar, valinin, onayı ile tamamlanır.

Kamulaştırma Kanununun 6. maddesine göre Bakanlıklar veya Bakanlar Kurulu tarafından verilen kamu yararı kararlarının ayrıca onaylanmasına gerek bulunmamaktadır. Onaylı imar planına veya ilgili bakanlıklarca onaylı plan ve projesine göre yapılacak hizmetler için de ayrıca kamu yararı kararı alınmasına gerek olmadığı gibi ayrıca bir onaylama işlemine de gerek bulunmamaktadır.

Kamulaştırma işlemi en temel özelliği açısından bir taşınmaz malın özel mülkiyetten çıkarılarak kamunun malı durumuna geçmesi sonucunu doğurduğundan kamu yararı kararı, objektif ve soyut bir nitelik taşımasına rağmen özel mülkiyet kapsamında bulunan bir malın statüsünde değişiklik yapılmasını sağlayan, idareye kamulaştırma

¹⁸⁰ Dan. 6. D., E. 1982/11, K. 1982/4377, karar tarihi; 27.12.1982, Dan. Der., 1983, s. 50/51, s. 275.

usulünü uygulama, yani kamulaştırmanın sonraki aşamalarına geçme konusunda yetki veren idari bir işlem olduğundan aynı zamanda koşul işlem niteliği de taşır.¹⁸¹

2.4.1.3.Kamulaştırılacak Taşınmazın Belirlenmesi

Olağan kamulaştırma işlemlerinde kamu yararı kararı alınması ile imar planlarına dayalı olarak yapılacak olan imar irtifaklarında ise yeterli ödeneğin temin edilmesinden sonra sıradaki aşama olan kamulaştırılacak taşınmazın, irtifakın veya kaynağın belirlenmesi aşamasına geçilir. Taşınmazın, kaynağın veya irtifakın seçimi ve onlarla ilgili bilgi ve belgelerin saptanması işlemi İdare tarafından yapılmakla beraber, kamu yararı kararının alınmasından sonra gerçekleşmesi açısından önemlidir¹⁸².

Taşınmaz, kaynak veya irtifakın belirlenmesinde kamulaştırma işlemi ile kurulacak hizmetin özelliği ve belirlenecek taşınmazın, kaynağın veya irtifak hakkının kurulacak hizmet açısından yeterli olup olmadığı dikkate alınarak bir değerlendirme yapılır¹⁸³.

Kamulaştırma Kanununun 7'nci maddesine göre kamulaştırmayı yapacak idare kamulaştırma yolu ile üzerinde irtifak hakkı kurulacak olan taşınmaz malların sınırını, yüzölçümünü ve cinsini gösterir ölçekli planını yapar veya yaptırır. Diğer yandan idare taşınmazın sahiplerini, tapu kaydı yoksa zilyetlerini ve bunların adreslerini, tapu, vergi ve nüfus kayıtları üzerinden veya ayrıca dışarıdan yaptıracığı araştırma ile belgelere dayanmak suretiyle tespit ettirir. İlgili vergi dairesinden taşınmazın beyan değerini, böyle bir değer yok ise beyan yerine geçecek takdir edilecek değeri en geç bir ay içinde belirleyip kamulaştırmayı yapacak idareye bildirmesini ister. Daha önceden kadastrosu yapılmamış yerlerdeki kamulaştırılacak taşınmazların belirlenmesi Kamulaştırma Kanununun 9. maddesi hükümlerine göre yapılır.

2.4.1.4.Kamulaştırma Kararının Alınması ve Tapu Siciline Şerh Verilmesi

Kamulaştırılacak taşınmazın, kaynağın veya irtifakın ve sahiplerinin belirlenmesinden ve kıymeti (değeri) tespit edildikten sonra bir diğer aşamaya yani kamulaştırma kararının alınması aşamasına geçilir. İdare kamulaştırma kararını aldıktan sonra bu kararın tapu siciline şerh verilmesi için, kamulaştırmaya konu taşınmaz malın kayıtlı bulunduğu tapu idaresine bildirir.¹⁸⁴

¹⁸¹ Ömer Köroğlu, Kamulaştırma Davaları..., s. 82.

¹⁸² Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, İdare Hukuku..., s. 1152.

¹⁸³ Ramazan Yıldırım, İdare Hukuku Dersleri..., s. 337.

¹⁸⁴ Verilecek bu şerh altı aylık bir süre için kurulmaktadır. İdare tarafından, şerhin verilmesinden itibaren

2.4.1.5.Satın Alma Usulünün Denenmesi

Kamulaştırma Kanununun 8' inci maddesinde 4650 sayılı Kanun¹⁸⁵la yapılan değişiklikle, kamulaştırma işlemini gerçekleştirecek olan idarelerin kamulaştırma kararının alınmasından sonra satın alma usulünün denenmesi zorunluluğu getirilmiştir. Buna göre kamulaştırma kararının alınmasından sonra kamulaştırmayı yapacak olan idare, Kamulaştırma Kanununun 11' inci maddesi gereğince taşınmaz mal, kaynak veya irtifak hakkının tahmini bedelini tespit etmek üzere ilgili komisyonları oluşturur. Kıymet takdir komisyonları olarak adlandırılan bu komisyonlar, kamulaştırılacak malın tahmini olarak bedelini tespit ederken malın cinsini, yüzölçümünü, kıymetini etkileyecek bütün vasıflarını, varsa vergi beyanlarını, kamulaştırma tarihindeki resmi makamlarca yapılmış kıymet takdirlerini, bedelin tespitinde etkili olacak bütün diğer objektif ölçüleri dikkate alarak bir tespit yapmak zorundadır. Bu şekilde tespit edilen bedel bildirilmeksizin kamulaştırma konusu malın satın alınmak istendiği resmi taahhütlü bir yazı ile malike bildirilir. Bu yazının malike tebliğinden itibaren on beş gün içerisinde malikin idareye olumlu bir karar ile başvurusu üzerine bedel tahmin edilen değeri geçmeyecek şekilde anlaşmaya varılır.¹⁸⁶

Satın alma yolunun denenmesi ve malik ile anlaşmaya varılması durumunda yapılan işlem kamulaştırma işleminin doğurduğu bütün sonuçları doğurur. Bu şekilde satın alınan taşınmaz mal, kaynak veya irtifak hakkı sahibinden kamulaştırma yolu ile alınmış sayılır. Ancak bu şekilde yapılan kamulaştırma işlemine veya kamulaştırma bedeline karşı adli yargıda itiraz davası açılması mümkün değildir (Kamulaştırma Kanunu md. 8).

Satın alma usulünün denenmesi, ancak anlaşmanın sağlanamaması durumunda, Kamulaştırma Kanununun 10' uncu maddesine göre işlem yapılır.

2.4.2.Adli Aşama

İdari aşamanın tamamlanması ile taşınmaz mal, kaynak veya irtifak idareye kendiliğinden geçmez. Satın alma usulündeki malikin tapu sicilinde taşınmaz mal, kaynak veya irtifakın devrine rıza göstermesi hali hariç, taşınmaz mal, kaynak veya

altı ay içerisinde 10' uncu maddeye göre kamulaştırma bedelinin tespiti ile idare adına tescil isteğinde bulunulduğuna dair mahkemeden alınacak belge tapu idaresine ibraz edilmediği takdirde, bu şerh tapu idaresince re'sen sicilden silinir.

¹⁸⁵ 24.4.2001 tarih ve 4650 sayılı Kanun.

¹⁸⁶ Kemal Gözler, İdare Hukuku, C. II, s. 970; Ramazan Yıldırım, İdare Hukuku Dersleri, s. 338.

irtifakın idareye geçmesi için mahkemenin idare adına tescil kararı vermesi gerekir. Bu aşamadaki işlemler asliye hukuk mahkemesi¹⁸⁷ tarafından veya mahkeme huzurunda yapıldıkları için bu aşamaya “adli aşama” denilmektedir.¹⁸⁸

Kamulaştırma işleminin adli aşaması asliye hukuk mahkemesine idarenin müracaatı, mahkemenin taraflara tebliğ veya ilan yoluyla meşruhatlı davetiye göndermesi, kamulaştırma bedelinin duruşmada tarafların anlaşması ile tespiti, kamulaştırma bedelinin bilirkişi raporlarından yararlanarak mahkeme tarafından tespiti, kamulaştırma bedelinin bankaya yatırılması, taşınmaz malın idare adına tescil ve bedelin hak sahibine ödenmesine karar verilmesi ve tebligat gibi çok çeşitli aşamalardan oluşur.

Kamulaştırma işleminin adli aşaması, satın alma usulünün denenmesi sonucunda tarafların anlaşamamaları durumunda kamulaştırmayı gerçekleştirmek isteyen idarenin asliye hukuk mahkemesine başvurusu ile başlar. Satın alma usulünden sonuç alamayan idare, topladığı bilgi ve belgelerle yaptırmış olduğu bedel tespitine ilişkin tutanakları kamulaştırılacak malın bulunduğu yer asliye hukuk mahkemesine müracaat ederek malın kamulaştırma bedelinin tespiti ile bedelin peşin veya Kamulaştırma Kanunu md. 3/2 gereğince taksitle ödenmesi karşılığında idare adına tesciline karar verilmesini talep eder.

Mahkeme, idarenin başvurusu üzerine başvuru tarihinden itibaren en geç otuz gün içinde belirleyeceği duruşma gününü, kamulaştırma konusu malın sahibine, Kamulaştırma Kanunu md. 10/3’ de içeriği ayrıntılı olarak belirlenen meşruhatlı davetiye ile veya yapılan bütün araştırmalara rağmen adresleri tespit edilemeyenlere ilan yolu ile bildirir. Mahkemenin belirlediği günde hâkim tarafları öncelikle taşınmaz malın bedeli konusunda uzlaşmaya davet eder. Tarafların bedel konusunda anlaşmaları durumunda hâkim bu bedeli kamulaştırma bedeli olarak kabul eder. Duruşmada tarafların bedel konusunda anlaşamamaları halinde kamulaştırma bedeli hâkim tarafından tespit edilir. Hâkim en geç on gün içinde keşif ve otuz gün sonrası için duruşma günü belirleyerek Kamulaştırma Kanunu md. 15’ de belirtilen bilirkişiler vasıtasıyla ve tüm ilgililerin huzurunda yerinde keşif yaptırır. Bilirkişiler, ilgililerin ve tarafların beyanlarını da dikkate alarak keşif sonucu belirledikleri kamulaştırma

¹⁸⁷ Kamulaştırma Kanununun 37’ nci maddesine göre “Bu Kanundan doğan tüm uyuşmazlıkların adli yargıda çözümlenmesi gerekenleri, taşınmaz malın bulunduğu yer asliye hukuk mahkemelerinde basit yargılama usulü ile görülür.”

¹⁸⁸ Kemal Gözler, İdare Hukuku..., C. I, s. 893.

bedeline ilişkin raporlarını mahkemeye sunarlar. Mahkeme bilirkişi raporlarını taraflara tebliğ eder ve yapılacak duruşmaya tarafları ve bilirkişileri davet ederek rapora ilişkin itirazları ve bunların cevaplarını alır. Bunun üzerine hâkim tarafların rapor ve beyanlarından yararlanarak adil ve hakkaniyete uygun bir şekilde bedeli tespit eder. Mahkemece tespit edilen bu miktar kamulaştırılan taşınmaz mal, kaynak veya irtifak hakkının kamulaştırma bedelidir.

Tarafların anlaşması veya anlaşamamaları halinde hâkim tarafından, kamulaştırma bedeli olarak bilirkişilere tespit ettirilen miktarın peşin ve nakit olarak veya kamulaştırma, Kamulaştırma Kanunu md. 3/2' ye göre yapılıyor ise ilk taksitin yine peşin ve nakit olarak hak sahibi adına, hak sahibi tespit edilememiş ise ileri de ortaya çıkacak hak sahibine verilmek üzere 10' uncu maddeye göre mahkemece yapılacak davetiye ve ilanda belirtilen bankaya yatırılması ve yatırıldığına dair makbuzun ibraz edilmesi için idareye on beş günlük süre verilir. Gereken hallerde bu süre bir defaya mahsus olmak üzere mahkemece uzatılabilir.

İdarece kamulaştırma bedelinin hak sahibi adına yatırıldığına veya hak sahibinin tespit edilemediği hallerde, ileride ortaya çıkacak hak sahibine verilmek üzere bloke edildiğine dair makbuzun ibrazı halinde mahkemece, kamulaştırma konusu malın idare adına tesciline ve kamulaştırma bedelinin hak sahibine ödenmesine karar verilir. Bu karar tapu idaresine ve paranın yattığı bankaya bildirilir.

2.5.KAMULAŞTIRMA İŞLEMİNİN TAMAMLANMASININ SONUÇLARI

Kamulaştırma işlemi de bir idari işlem olduğundan bütün idari işlemlerde olduğu gibi tamamlanması ile bir takım sonuçlar ortaya çıkmaktadır¹⁸⁹. Bunları şöyle sıralayabiliriz:

2.5.1. Taşınmaz Mal, Kaynak veya İrtifak Hakkı İdareye Geçer

Kamulaştırma işleminin ilk ve en olağan sonucu kamulaştırma konusu taşınmaz mal, kaynak veya irtifak hakkının özel mülkiyetten çıkıp idarenin hâkimiyetine geçmesidir.

Kamulaştırma Kanununda 4650 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle 25. maddenin ilk fıkrasında da bu husus açıkça belirtilmiştir. “Mülkiyetin idareye geçmesi, mahkemece verilen tescil kararı ile olur.” Dolayısıyla kamulaştırma işleminin hukuksal açıdan kesinleşmesi ile değil, mahkemenin verdiği karar ile idare, irtifak hakkının sahibi

¹⁸⁹ Halil Kalabalık, İmar Hukuku....., s. 331.

olacaktır. İdare irtifak hakkını kararın verilmesi ile kazanacağından, gerektiği hallerde tapu siciline yapılan tesciller açıklayıcı (beyan edici) nitelikte olacaktır.

2.5.2. Malikin Bazı Hakları Kısıtlanır

Kamulaştırma süreci sonunda idarenin irtifak hakkını kazanmasıyla, malikin mülkiyet hakkından doğan kullanma yetkilerinden bir kısmı, kurulan irtifak hakkının niteliği doğrultusunda kısıtlanır. Malik her şeyden önce bir taraftan kullanma hakkının bir kısmının kurulan irtifak hakkının niteliğine göre idareye geçmesine, diğer yandan da malikin kurulan irtifak hakkı doğrultusunda hareket etmesine katlanmak zorundadır.¹⁹⁰

Malik, örneğin taşınmazının altından petrol boru hattı geçirilmesi şeklinde bir irtifak hakkı tesis edildi ise, taşınmaz üzerinde tarım işlerini yürütmeye devam edecek, ancak aynı zamanda toprağın altından geçen boru hattına zarar vermeme yükümlülüğü altına girecektir.

2.5.3. Dava Açma Hakkı Başlar

Kamulaştırma işleminin yapılması ile tarafların dava açma hakkı doğar. Kamulaştırma Kanununun 14. maddesinin 4650 sayılı Kanunla değişik ilk fıkrasına göre “Kamulaştırmaya konu taşınmaz malın maliki tarafından 10’ uncu madde gereğince mahkemece yapılan tebligat gününden, kendilerine tebligat yapılamayanlara tebligat yerine geçmek üzere mahkemece gazete ile yapılan ilan tarihinden itibaren otuz gün içinde, kamulaştırma işlemine karşı idari yargıda iptal ve maddi hatalara karşı da adli yargıda düzeltim davası açılabilir.”

2.5.4. Kamulaştırma Konusu Üzerindeki Ayni Haklar Sona Erer

İdarenin kamulaştırma yolu ile irtifak hakkını kazanması aslen kazanma yöntemlerinden biridir.¹⁹¹ Aslen kazanmada hakkın başka haklarla bir ilgisi olmadığı için, kamulaştırma konusu mal üzerindeki önalım, ipotek gibi ayni haklar kamulaştırmanın yapılmasıyla beraber ortadan kalkar¹⁹². Ancak bu kişilerin kamulaştırma bedeli üzerinde hakları devam eder¹⁹³.

¹⁹⁰ Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay, Eşya Hukuku..., s. 628.

¹⁹¹ Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay, a.g.e. s. 339.

¹⁹² Meltem Kutlu, İdari Bir İşlem Olarak ..., s. 110.

¹⁹³ Sıdık Sami Onar, İdare Hukukunun..., C. III, s. 1563.

2.5.5. Kamulaştırmaya Konu Olan Taşınmaz Malın Boşaltılması

Kamulaştırma Kanununun 20. md.' si hükmü gereğince ve kamulaştırma işleminin diğer aynı haklarla bağdaşmaması nedeni ile kamulaştırma konusu taşınmaz malın kamulaştırma işleminin tamamlanmasından sonra boşaltılması gerekmektedir. Maddeye göre "Bu Kanun uyarınca lehine kamulaştırma yapılan idare adına tapu dairesince tescil edilen taşınmaz malın boşaltılması idarece icra memurundan istenir. İcra memuru taşınmaz malı on beş gün içinde boşaltmalarını içindekilere tebliğ eder. Bu süre içinde taşınmaz mal boşaltılmazsa icracı boşaltılır. İtiraz ve şikayet boşaltmayı durdurmaz ve mahkemece ihtiyati tedbir kararı verilemez."

2.5.6. Malikin Geri Alma Hakkı Süresi Başlar

Kamulaştırma Kanununun 23. maddesi gereğince irtifak hakkının kurulması anından itibaren, beş yıl içinde lehine irtifak hakkı tesis edilen idare tarafından, irtifak konusu taşınmaz üzerinde irtifak hakkı tesisi amacına uygun hiçbir işlem yapılmaz veya tesisat oluşturulmaz veyahut oluşturulur da kamu yararı amacı ile kullanılmaz ise malik tarafından, kurulan bu irtifak hakkının kaldırılması istenebilecektir.¹⁹⁴ Bunun için malik ya da mirasçılar kamulaştırma bedelini aldıkları günden itibaren işleyecek kanuni faizi ile birlikte ödeyerek irtifak hakkının ortadan kaldırılmasını sağlayabilirler. Geri alma hakkı doğumundan itibaren bir yıl içinde kullanılmamakla düşer (KK. md. 23/2).

23. madde hükmünce malikin geri alma hakkını kullanabilmesi için şu koşulların gerçekleşmesi gerekir:

- Kamulaştırma bedelinin kesinleşmesi gerekir.
- Kamulaştırma bedelinin kesinleşmesi tarihinden itibaren beş yıl geçmesine rağmen, kamulaştırmayı yapan idarece veya KK md. 22/2' ye göre devir ve tahsis yapılan idarece taşınmaz üzerinde kamulaştırma veya devir amacına uygun hiçbir işlem veya tesisat yapılmaması veya kamulaştırma konusu malın kamu yararına yönelik olarak başka bir amaca tahsis edilmemesi gerekir.
- Kamulaştırma bedelinin alındığı günden itibaren işleyecek kanuni faizi ile birlikte idareye geri ödenmesi gerekir.
- Geri alma hakkının beş yılın sona ermesinden itibaren bir yıllık süre içinde

¹⁹⁴ Melikşah Yasin, "İdari İrtifaklar" ..., s. 197.

kullanılması gerekir¹⁹⁵

İstisnalar: Özel kanunlarda bu maddenin uygulanmayacağına ilişkin hükümler saklıdır. 1164 sayılı Arsa Ofisi Kanununa dayanılarak yapılan kamulaştırmalarda ve Kamulaştırma Kanununun md. 3/2 de belirtilen kamulaştırmalarda¹⁹⁶ bu madde hükmü uygulanmaz.

2.5.7. Kamulaştırma İşleminde Vazgeçilmesi

Kamulaştırma Kanunu idarenin kamulaştırma işleminden vazgeçmesine ilişkin esasları önemine binaen 21 ve 22. maddelerinde özel olarak düzenlemiştir. Her iki madde hükmünden de yola çıkarak idarenin iki farklı şekilde kamulaştırma işleminden vazgeçebileceğini söyleyebiliriz: İdarenin tek taraflı olarak kamulaştırma işleminden vazgeçmesi ve tarafların anlaşması ile vazgeçme.

2.5.7.1.İdarenin Tek Taraflı Olarak Vazgeçmesi

Kamulaştırma Kanununun 21. maddesine göre, “İdare kamulaştırmanın her safhasında kamulaştırma kararı veren ve onaylayan yetkili merciin kararı ile kamulaştırmadan tek taraflı olarak kısmen veya tamamen vazgeçebilir. Şu kadar ki, dava sırasında vazgeçme halinde dava giderleri ile harç, harcanan emek ve işin önemi gözetilerek mahkemece maktuen takdir olunacak avukatlık ücreti idareye yükletilir.” Madde hükmünde açıkça belirtildiği üzere, idare kamulaştırma işleminin, ister idari isterse adli aşamasında olsun, her aşamasında kamulaştırma işleminden vazgeçebilecektir.

Yargıtay’ a göre 21. madde kapsamında geri alma süreye bağlı olmadığından, kamulaştırma işlemi her zaman geri alınabilecektir¹⁹⁷.

Ancak idarenin böyle bir hakkı kullanabilmesi için kamulaştırma bedelinin kesinleşmemiş olması gerekir. Bedel kesinleşmiş ise vazgeçme ancak 22. md. hükmü gereğince tarafların anlaşması ile olabilecektir.

¹⁹⁵ Bu bir yıllık süre hak düşürücü niteliktedir.

¹⁹⁶ Bu tarz kamulaştırmalar, Bakanlar Kurulunca kabul edilen, büyük enerji ve sulama projeleri ile iskan projelerinin gerçekleştirilmesi, yeni ormanların yetiştirilmesi, kıyıların korunması ve turizm amacı ile yapılacak kamulaştırmalardır.

¹⁹⁷ Yarg. 5. HD, E. 1980/778, K. 8559, karar tarihi; 01.12.1980 (Ali Haydar Karahacıoğlu, Kamulaştırma Kanunu, Ankara 1995, s. 639).

2.5.7.2. Tarafların Anlaşması İle Vazgeçme

Kamulaştırma bedelinin kesinleşmesinden sonra vazgeçme KK md. 22 hükmü gereğince olabilecektir. Maddeye göre “Kamulaştırmanın ve bedelinin kesinleşmesinden sonra taşınmaz malların kamulaştırma amacına veya kamu yararına yönelik herhangi bir ihtiyaca tahsisi lüzumu kalmaması halinde, keyfiyet idarece mal sahibi veya mirasçılarına 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümlerine göre duyurulur. Bu duyurma üzerine mal sahibi veya mirasçıları, aldığı kamulaştırma bedelini üç ay içinde ödeyerek taşınmaz malını geri alabilir.” Bu madde hükmünün uygulanabilmesi için tarafların kamulaştırma işleminden vazgeçmek konusunda anlaşmaları gerekmektedir. Eski malik anlaşmayı kabul etmiyor ise idarenin kamulaştırma bedelinin kesinleşmesinden sonra kamulaştırma işleminden vazgeçmesi mümkün değildir.

Tarafların anlaşması ile kamulaştırma işleminden vazgeçme için şu şartların gerçekleşmesi gerekir;

- Kamulaştırma işleminin ve bedelinin kesinleşmiş olması
- Kamulaştırılan taşınmaz malların kamulaştırma amacına veya kamu yararına yönelik tahsisleri konusunda herhangi bir ihtiyacın kalmaması
- İdare tarafından mal sahibine bu isteğe yönelik talebin duyurulması¹⁹⁸
- Eski malik tarafından talebin kabul edilerek, bedelin ödenmesi¹⁹⁹

Yargıtay’ a göre bu maddenin uygulanması ancak idarenin önerisine bağlıdır ve mal sahibinin 22. maddeye dayanarak taşınmazın iadesi için dava açma yetkisi yoktur²⁰⁰.

2.6.KAMULAŞTIRMA YOLUYLA KURULAN İRTİFAK HAKLARININ İDARİ İŞLEMİN UNSURLARI AÇISINDAN ELE ALINMASI

İdari işlemler idarenin hukuki sonuç doğurmaya yönelik irade açıklamaları olup idarenin iradesini açıklaması ile karşı tarafın iradesini açıklamasına gerek olmaksızın hukuki açıdan sonuçlarını doğururlar.²⁰¹

¹⁹⁸ Yapılacak tebligatta idare, eski malike ‘kamulaştırma ihtiyacı kalmadığını, parası iade edildiği takdirde malı geri alabileceğini’ bildirecektir. (Ali Haydar Karahacıoğlu, Kamulaştırma Davaları, s. 649)

¹⁹⁹ Eski malik tarafından idarenin isteğini duyurmasından itibaren üç ay içinde bu bedelin ödenmesi gerekir. Bu süre hak düşürücü niteliktedir. Üç ay içinde parayı ödemeyen eski malik, idarenin bu isteğini kabul etmiyor sayılır. (Ali Haydar Karahacıoğlu, Kamulaştırma Davaları..., s. 648-649)

²⁰⁰ Yarg. 5. H. D., E. 2909, K.5590, karar tarihi; 18.05.1976 (Kemal Gözler, İdare Hukuku, C. II, s. 984.)

²⁰¹ Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, İdare Hukuku..., s. 437.

İdari işlem, idare veya idare adına hareket eden özel hukuk kişilerince, kamu gücü kullanılarak yapılan ve kişilerin rızaları olsun ya da olmasın kişi veya nesnelerin hukuki durumlarını etkileyen kamusal ve tek yanlı irade açıklamalarıdır.²⁰²

Danıştay' a göre idari işlem şu şekilde tarif edilebilir.²⁰³ “İdari işlem kamu kurum ve kuruluşları tarafından kamu hukuku kuralları uyarınca tek taraflı olarak tesis edilen ve re’ sen uygulanabilir nitelikte olan hukuki tasarruftur.”

Kamulaştırma işlemi de mahiyeti itibariyle bir idari işlemdir. Bu sebeple kamulaştırma işleminin daha iyi anlaşılması açısından unsurları itibari ile ele alınması gerekmektedir. Kamulaştırma işleminin unsurları şu şekildedir:

2.6.1. Yetki

Yetki kamu görevlilerinin bulundukları makama bağlı olarak kullandıkları güç ve otoriteye denir²⁰⁴. Anayasa ve kanunlarla tanınmış karar alabilme gücünü ifade eden²⁰⁵ yetki, idari işlemler açısından idari makamı işgal eden kişi ya da kişilerin kamu tüzel kişisi adına hukuki işlemler yapabilme ehliyeti olarak tanımlanabilir ve yer (idari makamın hangi coğrafi alanda karar almaya yetkili ise orada karar alabilmesi durumu), zaman (idari makamın hangi süre içinde karar alması gerekiyor ise o süre içinde karar alabilmesi), kişi (bir kamu tüzel kişisinden çıkan idari işlemin o kamu tüzel kişisi adına işlem yapmaya yetkili kişi tarafından yapılması) ve konu (bir idari makamın yetkili olduğu konuda karar alabilmesi) yönünden yetki olmak üzere dört farklı anlamda yetki kuralları ele alınabilir.²⁰⁶

Anayasamızın 46’ncı maddesinin ilk fıkrası “Devlet ve kamu tüzel kişileri... kamulaştırmaya ve bunlar üzerinde idari irtifaklar kurmaya yetkilidir.”demektedir. Kamulaştırma Kanununun ilk maddesi de kamulaştırmanın ve kamulaştırma yolu ile kurulan irtifak haklarının Devlet ve kamu tüzel kişilerince yapılacağını belirtmiştir.²⁰⁷

²⁰² Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, Türk İdare Hukuku, Ankara 2009, Seçkin Yayınevi, s. 365.

²⁰³ Dan. 10. D., E. 987/1159, K. 987/1458, karar tarihi; 01.07.1987, R. G. 24.07.1987, S. 19427, s. 3. (Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, İdare Hukuku..., s. 432)

²⁰⁴ Şükrü Karatepe, İdare Hukuku, İzmir 1993, s.72.

²⁰⁵ Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, İdare Hukuku..., s. 379.

²⁰⁶ Kemal Gözler, İdare Hukuku Dersleri..., s. 317 - 320.

²⁰⁷ Kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları Anayasamızın 135. maddesinde belirtildiği üzere kamu tüzel kişisi olmalarına rağmen, Danıştay, Kamulaştırma Kanununda kamu yararı kararı verecek merciler arasında bulunmadıkları gerekçesi ile meslek kuruluşlarının kamulaştırma yapamayacaklarına karar vermiştir. (Dan. 6. D., 26.03.1986 tarih, E. 1986/212, K. 1986/32, Kemal Gözler, İdare Hukuku, C. II, s.941).

Bu iki madde hükmünden yola çıkarak şu sonuçlara ulaşmak mümkündür.

- Kamulaştırma yolu ile irtifak hakkı ancak kamu tüzel kişileri tarafından kurulabilir.
- Özel kişilerce ve kamu tüzel kişiliğine sahip olmayan idari birimlerce kamulaştırma yolu ile irtifak hakkı tesis edilemez.²⁰⁸

Yetki kurallarının konu, kişi, yer ve zaman bakımından yetki kuralları olarak dört farklı anlamda kullanıldıklarını söylemiştik. Anayasanın ve Kamulaştırma Kanununun ilgili hükümleri kişi bakımından yetki kurallarını vermektedir. Diğer yetki kurallarına baktığımızda ise şu sonuçlara ulaşabiliriz.

Konu bakımından yetki unsurunu bulmak için Kamulaştırma Kanununun 3. maddesinin ilk fıkrası hükmüne bakmak gerekir. Madde hükmüne göre idareler, kanunlarla yapmak yükümlülüğünde bulundukları kamu hizmetlerinin veya teşebbüslerinin yürütülmesi için gerekli olan taşınmaz malları kamulaştırabilir veya üzerlerinde irtifak hakkı tesis edebilir. Hükümden çıkarılacak sonuç ise şudur. Bir kamu tüzel kişisi sadece görevli olduğu konularla ilgili olarak kamulaştırma yolu ile irtifak hakkı tesis edebilir²⁰⁹.

Danıştay vermiş olduğu bir kararında²¹⁰ Türkiye Radyo ve Televizyon Kurumunun görevleri arasında turizm amaçlı tesis yapmak gibi bir görevi bulunmadığı gerekçesiyle, bu amaçlarla yapılan kamulaştırma işlemini yetki yönünden hukuka aykırı bularak iptal etmiştir. Ancak Danıştay vermiş olduğu bir başka kararında²¹¹ Köy Kanununda dinlenme parkı yapımı şeklinde bir yetkinin bulunmadığı halde değişen ve gelişen koşullar karşısında, köyün sosyal durumuna ve gereksinimlerine göre dinlenme parkı yapmak için kamulaştırma yapabileceğine karar vermiştir.

Kamu tüzel kişilerinin sahip oldukları yetkiler yer bakımından da sınırlıdır. Devlet ve kamu kurumlarının bütün ülke düzeyinde yetkileri var iken mahalli idarelerin yetkileri

²⁰⁸ Ancak özel kişiler lehine kamulaştırma yapılabilir ve kamulaştırma yolu ile irtifak hakkı kurulabilir. Özel kişilerin yürüttüğü kamu hizmeti niteliği taşıyan bir takım faaliyetlerin yerine getirilmesi için özel kişiler yararına da kamulaştırma yolu ile irtifak hakları kurulabilmektedir. Kamulaştırma Kanununun 1 ve 5. maddeleri hükümleri de buna açıkça izin vermektedir. Özel kişinin faaliyetini düzenleyen yasadaki açık hüküm bu şekilde bir irtifak hakkı tesisine olanak tanımaktadır. Örneğin; 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapıtırılması Hakkında Kanunun 10. maddesi. (Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, İdare Hukuku..., s. 1146.)

²⁰⁹ Kemal Gözler, İdare Hukuku, C. II, s. 941.

²¹⁰ Dan. 6. D., E. 1988/1811, K. 1988/1024, karar tarihi; 28.10.1988

(<http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>) (Erişim Tarihi; 12.01.2010).

²¹¹ Dan. 6. D., E. 1986/1326, K. 1987/537, karar tarihi; 12.05.1987

(<http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>) (Erişim Tarihi; 12.01.2010).

yer bakımından sınırlıdır ve sadece kendi yetki sınırları içinde kalan alanlardaki taşınmazlar üzerinde kamulaştırma yolu ile irtifak kurmaya yetkilidirler.²¹²

2.6.2. Şekil ve Usul

İdarenin yapacağı işlemlerin bir takım şekil kuralları doğrultusunda yapılmaları idari işlemlerde şekil unsuru olarak ifade edilmektedir. Hukuk düzeninde değişiklik meydana getirmek amacı ile açıklanan iradenin aldığı biçim olarak da ifade edilen şekil unsuru hakkında söylenebilecek en önemli şey özel hukukta şekil serbestîsi var iken İdare Hukukunda şekil serbestîsinin bulunmamasıdır.²¹³ İdare Hukukunda kural idari işlemlerin yazılı şekil esas alınarak yapılmasıdır.²¹⁴ Yani idari işlemin kural olarak yazılı biçimde oluşturulması gerekmektedir.

İdari işlemin bir unsuru olarak usul ise idari işlemin yapılmasında izlenecek olan aşamaları ifade eder.²¹⁵

Kamulaştırma yolu ile irtifak hakkının kurulması işlemi mahiyeti itibari ile ve Kamulaştırma Kanununda belirtilen esaslar doğrultusunda birçok özel şekil kuralına bağlı kalınarak yapılmaktadır.²¹⁶ Kamulaştırma işleminin şekil ve usul unsuru yukarıda ayrıntıları ile ele alındığından bu konuya burada ayrıca değinilmeyecektir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için kamulaştırma yolu ile irtifak tesisi kurma usulü başlığına bakılmalıdır.

2.6.3. Sebep

İdari işlemlerin kendilerinden önce gelen ve objektif olarak kurallarla belirlenmiş bulunan bir sebebe dayanmaları gerekmektedir²¹⁷. İdare Hukukunda ve özellikle idari işlem teorisinde sebep unsuru en kısa ve öz haliyle “idareyi belli bir yönde işlem yapmaya sevk eden hukuki veya fiili etkenler²¹⁸” olarak ifade edilebilmektedirler.

Kamulaştırma Kanununda kamulaştırma işleminin ve kamulaştırma yolu ile kurulan irtifak haklarının sebep unsuru belirtilmemiştir. Ancak idarenin kamu yararı amacına uygun olarak çok değişik sebeplerle kamulaştırma işlemi ve irtifak tesisi yapması

²¹² Kemal Gözler, İdare Hukuku..., C. II, s. 943.

²¹³ Kemal Gözler, İdare Hukuku Dersleri..., s. 327.

²¹⁴ Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, İdare Hukuku, s. 473; Kemal Gözler, İdare Hukuku Dersleri..., s. 327; Sıdık Sami Onar, İdare Hukukunun..., C. I, s. 309; Metin Günday, İdare Hukuku..., s.133.

²¹⁵ Kemal Gözler, İdare Hukuku Dersleri..., s. 331.

²¹⁶ Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, Türk İdare Hukuku..., s. 522.

²¹⁷ İlhan Özay, Günışığında Yönetim, Alfa Basım Yayınevi, İstanbul 2002, s. 375.

²¹⁸ Kemal Gözler, İdare Hukuku Dersleri..., s. 343.

mümkündür.²¹⁹ Önceleri bayındırlık işlerinden doğan ihtiyaçları karşılamak amacı ile kamulaştırma yapılabileceği kabul edilirken, günümüzde turizm, spor ve birtakım sosyal nedenlerle de kamulaştırma yapılabileceği kabul edilmektedir.²²⁰

2.6.4. Konu

İdare Hukukunda konu unsuru idari işlemin doğurduğu sonuç veya bu işlemin hukuk âleminde meydana getirdiği değişikliktir.²²¹ İdare organlarının tesis edeceği bütün işlemlerin hukuken geçerli bir şekilde sonuçlarını doğurabilmeleri için gerçekleştirilmeleri konusunda meşru ve mümkün birer konularının bulunması ve bu konunun imkânsız olmaması gerekmektedir.²²²

Kamulaştırma yolu ile kurulan irtifak hakkının konu unsuru, irtifak hakkı tesis edilen taşınmaz üzerinde malikin mülkiyet hakkının kısıtlanması ve taşınmazın irtifak hakkı tesis edilen kısmı üzerindeki kullanım hakkının lehine irtifak hakkı tesis edilen idareye geçmesidir.

Kamulaştırma Kanununun 3. maddesi açıkça kamulaştırma işleminin konusunu belirlemiştir. “İdareler, kanunlarla yapmak yükümlülüğünde bulundukları kamu hizmetlerinin veya teşebbüslerinin yürütülmesi için gerekli olan taşınmaz malları, kaynakları ve irtifak haklarını; bedellerini nakden ve peşin olarak veya aşağıda belirtilen hallerde eşit taksitlerle ödemek suretiyle kamulaştırma yapabilirler.” Yani kamulaştırma işleminin konusu idarelerin yapmak zorunda oldukları kamu hizmetlerinin veya teşebbüslerinin idame ettirilmesi için gerekli olan taşınmaz mal, kaynak veya irtifak haklarının kamulaştırılmasıdır.

Örneğin; BOTAŞ’ın kurduğu kamulaştırma yolu ile irtifak haklarının konusu, taşınmazın altından petrol boru hattının geçirilmesi, malikin mülkiyet hakkından doğan kullanma yetkilerinin bu borulara zarar vermeden olmasına karşın, bu boruları kullanım hakkının BOTAŞ’ a geçmesidir. BOTAŞ’ ın tarlanın altından boru hattı geçirmek suretiyle irtifak hakkı tesis etmesi gerekirken, tarlanın mülkiyetini kamulaştırması şeklindeki bir işlem konu unsuru bakımından hukuka aykırı olacaktır.²²³

²¹⁹ İsmet Giritli, Pertev Bilgen, Tayfun Akgüner, İdare Hukuku..., s. 849.

²²⁰ Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, Türk İdare Hukuku..., s. 522.

²²¹ Metin Günday, İdare Hukuku..., s. 140.

²²² Sıdkı Sami Onar, C. I, İdare Hukukunun..., s. 311.

²²³ Kemal Gözler, İdare Hukuku, C. II..., s. 957.

2.6.5. Amaç

İdari işlem teorisinde maksat veya amaç unsuru ile ifade edilmek istenen, idari işlemlerin yapılması ile ulaşılmak istenen nihai sonuçtur²²⁴. İstisnasız olarak idarenin bütün işlemlerinde ulaşmak istediği amaç kamu yararını gerçekleştirmektir.²²⁵

Anayasamızın ‘kamulaştırma’ başlıklı 46. md. si de “Devlet ve kamu tüzel kişileri, kamu yararının gerektirdiği hallerde... özel mülkiyette bulunan taşınmazlar... üzerinde idari irtifaklar kurmaya yetkilidir.” şeklindeki hükmü ile kamulaştırma yolu ile kurulan irtifak haklarının amaç unsurunun kamu yararı olduğunu açık bir şekilde ortaya koymuştur.

2.7.KAMULAŞTIRMA YOLUYLA KURULAN İRTİFAK HAKLARININ ÖZELLİKLERİ

Anayasamızın ‘kamulaştırma’ başlıklı 46. maddesinin ilk fıkrasına göre “Devlet ve kamu tüzel kişileri; kamu yararının gerektirdiği hallerde, gerçek karşılıklarını peşin ödemek şartıyla, özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların tamamını veya bir kısmını, kanunla gösterilen esas ve usullere göre, kamulaştırmaya ve bunlar üzerinde idarî irtifaklar kurmaya yetkilidir.” Bu maddeden hareketle kamulaştırma ve kamulaştırma yolu ile irtifak kurma işlemleri konusunda bir takım temel ilkelerin çıkarılması mümkün olacaktır.

Öncelikle kamulaştırma işleminin özelliklerine²²⁶ bakalım.

- Kamulaştırma bir kamu hizmetinin yerine getirilmesi için yapılır.
- Kamulaştırma görevli ve yetkili idare tarafından yani Devlet ve kamu tüzel kişilerinca yapılır.
- Kamulaştırma kamu yararının gerektirdiği hallerde yapılır.
- Kamulaştırma, Anayasamızın 46. maddesi ve Kamulaştırma Kanunu hükümlerine uygun biçimde yapılmalıdır.
- Yeterli ödenek temin edilmeden kamulaştırma işlemine başlanılamaz.

²²⁴ Sıdık Sami Onar, C. I, İdare Hukukunun..., 316; Metin Günday, İdare Hukuku, s. 146; Kemal Gözler, İdare Hukuku Dersleri, s. 364; Şükrü Karatepe, İdare Hukuku, ...s. 74.

²²⁵ Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, Türk İdare Hukuku, ...s. 524.

²²⁶ Sadık Artukmaç, Kamulaştırma Hukuku, Ayyıldız Matbaası, Ankara 1977, s. 12; Kemal Gözler, İdare Hukuku Dersleri, s. 713; Ramazan Yıldırım, İdare Hukuku Dersleri,..... s. 334.

- Kamulaştırma ancak özel mülkiyette bulunan taşınmaz mal, kaynak veya irtifaklar üzerinde yapılır.
- Kamulaştırma bedeli Kamulaştırma Kanununda öngörülen hükümler doğrultusunda gerçek karşılığı üzerinden peşin ve nakit olarak ödenmelidir.

Genel olarak kamulaştırma işleminin özelliklerinden yola çıkarak kamulaştırma yolu ile kurulan irtifak haklarının özelliklerini²²⁷ şu şekilde belirleyebiliriz.

Öncelikle kamulaştırma yolu ile irtifak hakkı kurulması işlemi de niteliği gereği kamulaştırma yolu ile gerçekleşeceğinden, kamulaştırma işleminin, irtifak kurulması işleminin mahiyetine uygun düşen özellikleri kamulaştırma yolu ile irtifak kurulması işlemi içinde geçerli olur.

Özel mülkiyette bulunan taşınmazlar üzerinde kamu tüzel kişileri ve kamu kurumları lehine zorla kurulur, kurulmaları için malikin rızası aranmaz.

Kamulaştırma yoluyla kurulan idari irtifaklarda Anayasamızın 35' inci maddesi hükmü gereğince mülkiyet hakkına bir müdahale teşkil ettiklerinden, kurulabilmeleri ancak kurulmalarında kamu yararının bulunduğu ispatlanması ile olur. İrtifak hakkı tesis etmeye yetkili idarelerce kamu yararı kararı alınarak idari irtifak işlemine başlanabilir. (KK md. 5)

Anayasa md. 46/2 hükmü ve Kamulaştırma Kanununun 3. maddesi hükmü gereğince kamulaştırma yolu ile kurulan irtifak haklarında da kamulaştırma bedeli peşin ödenir.

Kamulaştırma yolu ile kurulan irtifak haklarında, Medeni Kanunumuzun 705. maddesi hükmü gereğince, hak tescilsiz olarak kazanılır. Daha sonra yapılacak tescil açıklayıcı niteliktedir.²²⁸

Kamulaştırma yolu ile kurulan irtifak haklarının en bariz özelliği de kendisini mülkiyet kamulaştırması yapılmamasında gösterir. İrtifak hakkı taşınmaz malikin mülkiyet hakkından doğan yetkilerinden bir kısmının kullanımını irtifak hakkı sahibi lehine yasaklayan / sınırlayan sınırlı bir ayni hak olduğuna göre; taşınmaz üzerinde irtifak hakkı kurulması sonucu malikin taşınmazını kullanamayacak durumunda kalması

²²⁷ Ali Haydar Karahacıoğlu, Kamulaştırma Kanunu, s. 160-161; Kemal Gözler, İdare Hukuku, C. II,... s. 984-990.

²²⁸ Meltem Kutlu, İdari Bir İşlem Olarak ..., s. 64.

halinde mülkiyet kamulaştırması yapılması gerekmektedir.²²⁹ Kurulan irtifak hakkı neticesinde taşınmaz mal üzerinde meydana gelen sınırlamalar şayet taşınmazdan kullanım ve yararlanmayı tamamen ortadan kaldırıyor ise veyahut kullanılmasını son derece zorlaştırıyor ise mülkiyet hakkı bütün gücünü kaybetmiş olacağından taşınmaz malikinin bu yeri tamamen idareye bırakarak veya idare tarafından kamulaştırılması yoluna gidilerek bedelin malike verilmesi daha uygun bir sonuç olacaktır.²³⁰

Danıştay da bu konuda birçok karar vermiş ve kamulaştırma yolu ile irtifak hakkı kurulabilmesi için, malikin taşınmazın tamamından yararlanma hakkının, bu hakkın kurulması dolayısı ile ortadan kalkmaması gerektiğini belirtmiştir. Örneğin Danıştay vermiş olduğu bir kararında²³¹ bu esas açıkça ortaya konulmuştur. Dava konusu olayda malikin taşınmazının bir kısmı üzerinde enerji nakil hattı geçirilmek amacı ile kamulaştırma yoluyla irtifak hakkı tesis edilmiştir. İşlemin iptali için açılan davada ilk derece mahkemesi “Mahkemece yaptırılan bilirkişi raporuna dayanılarak irtifak hakkına konu olan yol kullanılıp terk edildikten sonra taşınmazın eski haline getirilmesi mümkün olamayacağından, yol yapımı nedeni ile taşınmazın ikiye bölünmesi yüzünden geriye kalan kısımdan malikin yararlanma imkanı kalmayacağı” gerekçesi ile dava konusu kamulaştırma yolu ile irtifak hakkı tesisi işlemini iptal etmiştir. Kararı temyiz aşamasında inceleyen Danıştay ise “dosyanın incelenmesinden davacının taşınmazda yol geçirilmesinden sonra kalan kısmın yararlanmaya elverişli olmadığı anlaşıldığından ve davacının da dava dilekçesinde taşınmazın tamamının mülkiyetinin kamulaştırılmasını öne sürmesi karşısında, taşınmazın tamamının kamulaştırılması gerekirken, yol ve enerji nakil hattı için irtifak hakkı tesisi yoluna gidilmesinde isabet bulunmadığı” gerekçesi ile ilk derece mahkemesinin kararını onaylayarak mülkiyetin tamamının kamulaştırılması gereken hallerde irtifak hakkı tesisi yolu ile taşınmazın bir kısmında kamulaştırma yapılmasının hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir.

2.8.KAMULAŞTIRMA YOLUYLA KURULAN İRTİFAK HAKLARINDA MALİKE ÖDENECEK BEDEL

İdarelerin yapmakla yükümlü bulundukları kamu hizmetlerinin yerine getirilmesi için Anayasamızın 46. maddesinin açık hükmü gereğince kamulaştırma yolu ile kurulan

²²⁹ Turan Çınar, Kamulaştırma..., s. 51.

²³⁰ Sıdık Sami Onar, İdare Hukukunun..., C. II, s. 1356.

²³¹ Dan. 6. D., 17.12.1986, E. 1986/961, K. 1986/1141, Dan Dergisi, 1987, S. 66/67, s. 273. (Meltem Kutlu, İdari Bir İşlem Olarak..., s. 65.)

irtifak haklarının da karşılığı hesaplanacak ve kurulacak irtifak hakkını karşılayacak oranda uygun bir bedel malike ödenecektir.

İrtifak hakkı tesisi yolu ile kamulaştırma yapılması halinde, kamulaştırma bedelinin nasıl hesaplanacağı hususu Kamulaştırma Kanununun 11. maddesinin son fıkrasında belirtilmiştir. Maddeye göre “kamulaştırma yolu ile irtifak tesisinde bu kamulaştırma sebebiyle taşınmaz mal veya kaynakta meydana gelecek kıymet düşüklüğü gerekçeleriyle belirtilir. Bu kıymet düşüklüğü kamulaştırma bedelidir.” Dolayısıyla madde hükmü gereğince taşınmaz mal veya kaynakta tespit edilecek değer düşüklüğü, irtifak hakkı bedeli olacaktır. Bu değer düşüklüğü de iki şekilde tespit edilecektir;

Öncelikle taşınmazın değeri kurulacak olan irtifak hakkından bağımsız olarak²³², taşınmazın arazi ve arsa olma niteliğine göre, arazilerde gelir metodu ile arsalarda ise emsal kamulaştırması yapılmak sureti ile tespit edilecektir. Taşınmaz üzerinde ağaç ve bina var ise ve kamulaştırma yolu ile irtifak hakkı kurulmasından bu unsurlar da etkileniyor iseler değer tespitinde onların dikkate alınmaları gerekmektedir²³³.

İrtifak hakkının tesis edileceği taşınmazın bütünü itibariyle değeri tespit edildikten sonra irtifak hakkı tesisi nedeniyle taşınmazın bütünüde meydana gelecek değer düşüklüğünün oransal olarak tespit olunması ve buna göre taşınmazın bütünü itibariyle tespit olunan değerinden değer kaybı oranının indirilmesi gerekmektedir. Bu şekilde bulunacak bedel, irtifak kamulaştırma bedeli olarak kabul edilmektedir²³⁴.

Yargıtay da vermiş olduğu kararlarında irtifak kamulaştırmasından önceki değerle irtifak kamulaştırmasından sonraki değer arasındaki farkın irtifak kamulaştırması bedeli olduğuna hükmetmiştir²³⁵. O halde kural olarak kamulaştırma yolu ile kurulan irtifak haklarında irtifak bedeli ‘irtifak kamulaştırmasından önceki değerle sonraki değer arasındaki fark’ olacaktır.

Mesela değeri elli bin lira olan bir taşınmazın değeri, taşınmaz üzerinde kamulaştırma yolu ile irtifak hakkının kurulması sebebiyle kırk bin liraya düşmüş ise burada

²³² Ancak daha önce taşınmazda davacı idare veya başkaca bir idare tarafından irtifak kamulaştırması yapılmış ise bu irtifak nedeni ile taşınmazda meydana gelen değer düşüklüğünün dikkate alınması ve buna göre taşınmazın bütünü itibariyle tespit edilen değerden indirilmesi gerekir.

²³³ Ömer Karagöl, Kamulaştırma Davalarında Bedel Tespiti Esasları, (İKÜSBE - Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi) İstanbul 2009, s. 177.

²³⁴ Ömer Karagöl. A.g.e., s. 178.

²³⁵ Yarg. 5. H. D. E. 1997/14746, K.1997/17678, karar tarihi; 01.12.1997. (Mehmet Ali Hayta, Kamulaştırma Davaları, s. 89)

kamulaştırma yolu ile kurulan irtifak hakkının bedeli on bin lira olacaktır.

İrtifak kamulaştırmasında taşınmaz mülkiyeti sahibinde kalmakta ve malik irtifak hakkı ile sınırlı olarak mülkiyet hakkından kaynaklanan yetkileri kullanmaktadır. Bu nedenle kamulaştırma yolu ile irtifak hakkı kurulmasında mülkiyet kamulaştırması yapılmış gibi, irtifaktan etkilenen alanda mülkiyet kamulaştırılması yapılmış olsaydı malike ödenmesi gereken kamulaştırma bedelinden fazla bir bedeli irtifakla yükümlü taşınmaz malikine irtifak bedeli olarak ödenemez.²³⁶

İrtifak hakkı bedelinin irtifak kurulan kısım üzerinde değil, taşınmazın tamamı üzerinden hesaplanarak tespit edilmesi gerekir.²³⁷

Aynı taşınmaz üzerinde irtifak ve mülkiyet kamulaştırmasının birlikte yapılması durumunda öncelikle mülkiyeti idareye geçen yerin değeri usulünce belirlenir ve daha sonra irtifak değeri ise kıymet düşüklüğü olarak belirlenir.²³⁸

Taşınmazda meydana gelen değer düşüklüğünün tespitinde, taşınmazın niteliği, yüzölçümü, geometrik durumu, irtifak hakkına konu olan tesisin niteliği, irtifak hakkına konu olan tesisin taşınmaz üzerindeki güzergâhı ve irtifak hakkına konu olan bölüm taşınmazın tamamıyla beraber dikkate alınarak irtifak hakkı karşılığının belirlenmesi gerekir.²³⁹

İrtifak hakkına konu tesis nedeniyle taşınmazda meydana gelecek değer kaybı oranına ilişkin kesin bir rakam verebilmek mümkün değildir. Bu nedenle somut koşullar dikkate alınarak bu oran bilimsel yollarla saptanacaktır²⁴⁰. Yargıtay vermiş olduğu bir kararında yukarıdaki kriterler dikkate alınarak hesaplanacak değer düşüklüğü oranının taşınmaz malda irtifak hakkının kurulduğu alanın mülkiyet değerinin arazilerde %35 inden, arsalarda ise %50 sinden fazla olamayacağı şeklinde karar vermiştir²⁴¹. Ancak her taşınmazla ve kurulacak irtifak hakkı ile ilgili özel koşullarında dikkate alınması gerekecektir.

²³⁶ Yarg. 5. H. D. E. 1997/14746, K. 1997/17678, karar tarihi; 01.12.1997. (a.g.e., s. 90.)

²³⁷ Yarg. 5. H. D., E. 1997/6953, K. 1997/10391, karar tarihi; 23.06.1997. (a.g.e., s. 91.)

²³⁸ Sait Rezaki, Muzaffer Tutar, Tahsin Murat Pulak, Ümmühan Aras, Kamulaştırma Davaları, C. I, s. 53 (Örneğin elektrik direklerinin dikildiği plon yerlerinin mülkiyeti idareye geçmektedir. Bu yerlerin mülkiyet değerinin hesaplanıp malike ödenmesi gerekecektir.)

²³⁹ Yarg. 5. H. D., E. 1999/15764, K. 1997/18246, karar tarihi; 18. 11. 1999. (Mehmet Ali Hayta, Kamulaştırma Davaları, s. 89.)

²⁴⁰ Ömer Karagöl, Kamulaştırma Davalarında..., s. 180.

²⁴¹ Yarg. 18. H. D., E. 2005/3448, K. 2005/5588, Karar tarihi; 30.05.2005. (Sait Rezaki, Muzaffer Tutar, Tahsin Murat Pulak, Ümmühan Aras, Kamulaştırma Davaları, C. I, s. 53.)

2.9.KAMULAŞTIRMA YOLUYLA KURULAN İRTİFAK HAKLARININ TAPUYA TESCİLİ

Medeni Kanunumuz 779. ve devamı maddeleri belirtilen irtifak haklarının kurulmaları için tapu kütüğüne tescil edilmeleri gerektiğini belirtmektedir. Gerçekten de TMK md. 780/1 açıkça bu esası şu şekilde düzenlemiştir; “İrtifak hakkının kurulması için tapu kütüğüne tescil şarttır.” Yani Medeni Hukuk anlamında bir irtifak hakkının kurulabilmesi için tapu kütüğüne tescil kurucu şarttır.²⁴²

Kamulaştırma yolu ile irtifak haklarının kurulmasında, kamulaştırma işleminin bütün aşamalarının ve bütün özelliklerinin görüldüğünü daha önce söylemiştik. Kamulaştırma işleminin tamamlanması ile irtifak hakları doğmaktadır. Dolayısıyla kamulaştırma yolu ile kurulan irtifak haklarının kurulmaları için tapu kütüğüne tescil edilmeleri gibi bir şart gerekmemektedir. İrtifak hakkının kurulmasından sonra tapu kütüğüne yapılacak tescil açıklayıcı nitelikte olacaktır.²⁴³ Nasıl ki kamulaştırma işleminde Kamulaştırma Kanunu md. 25 gereğince mülkiyet idareye mahkeme tarafından verilen tescil kararı ile geçmektedir, kamulaştırma yolu ile kurulan irtifak hakları da tapuya tescil edilmeden kurulurlar. İrtifak hakkının tapuya tescil edilmesi işlemi hak tescilden önce doğduğu için açıklayıcı niteliktedir.²⁴⁴

2.10.ÜZERLERİNDE İDARE LEHİNE KAMULAŞTIRMA YOLU İLE İRTİFAK HAKKI TESİS EDİLEN TAŞINMAZLARIN HUKUKİ NİTELİĞİ

Diğer bütün irtifak haklarında olduğu gibi kamulaştırma yolu ile kurulan irtifak hakları da kamu yararı amacı ile kurulmaktadır. Ancak bu irtifakların kamu yararı amacı ile kurulmaları, üzerlerinde kuruldukları ve özel mülkiyet altında bulunan taşınmazların hukuki niteliğini değiştirerek onları özel mülkiyetten çıkarıp kamu malı statüsüne sokar mı?

Özel mülkiyet altındaki taşınmazlar üzerinde idare lehine kurulan irtifak hakları da nitelikleri gereği sınırlı ayni hak olduklarından, malikin mülkiyet hakkını bu sınırlı ayni hakkın içeriğine uygun olarak kullanması gerekmektedir ki bu açıdan idari irtifaklar ve

²⁴² Taşınmazın üzerinde ayni hakkın kazanılması, bu ayni hakkın taşınmaza ait sayfaya tescil edilmesine bağlıdır. Tescilin yapılması işleminin hakkın kurulması açısından zorunlu olması durumunda kurucu tescilden bahsedilir. (Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Özdemir, Eşya Hukuku, s. 136.)

²⁴³ Kurucu unsur olarak tescilin istisnası olarak açıklayıcı tescilden bahsedilir. Hakkın kazanılmasının tescilden önce gerçekleştiği durumlarda hakkın kazanılmasından sonra yapılan tescile açıklayıcı tescil adı verilir. (Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Özdemir, a.g.e., s. 136.)

²⁴⁴ Meltem Kutlu, İdari Bir İşlem Olarak...,s. 64.

Medeni Hukuk anlamındaki irtifaklar arasında bir fark bulunmamaktadır. İdari irtifaka konu olan ve özel mülkiyet altında bulunan bu taşınmazların satım ve kira gibi özel hukuk sözleşmelerine konu olması, ancak irtifak hakkının içeriği ile bağdaştığı oranda mümkündür. Dolayısıyla bu taşınmazların üzerinde idari irtifak tesis edilmiş olması bu malların hukuki statüsünde bir değişiklik yaparak onları kamu malı statüsüne sokmaz ve onları kamu mallarının tabi olduğu hukuki rejime tabi kılmaz.²⁴⁵ Zira ONAR' a göre kamulaştırılan gayrimenkullerin kamu malı statüsüne tabi tutulmalarına gerekte yoktur²⁴⁶. Ancak elbette ki kurulan irtifak hakkının kamu yararına tahsis edilerek²⁴⁷ kamu malı statüsüne tabi tutulmalarının önünde de bir engel yoktur.

2.11.KAMULAŞTIRMA YOLUYLA KURULAN İRTİFAK HAKLARINDAN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARIN YARGISAL DENETİMİ

Kamulaştırma Kanunu gereğince kamulaştırma işlemi üzerinde üç ayrı yargısal denetim yapılması mümkündür. Bunlardan ilki, taşınmazın bulunduğu yer asliye hukuk mahkemesinde kamulaştırmayı yapan idarece açılan bedel tespiti ve taşınmazın idare adına tescili taleplerine ilişkin dava, ikincisi kamulaştırma işleminin iptaline yönelik olarak taşınmazın maliki tarafından idari yargıda açılan iptal davası ve üçüncü olarak maddi hatalara karşı adli yargıda açılacak düzeltim davalarıdır.

Kamulaştırmayı yapan idarenin taşınmazın bulunduğu yer asliye hukuk mahkemesinde açtığı bedel tespiti ve taşınmazın idare adına tescili taleplerini içeren davayı kamulaştırma işleminin aşamaları başlığı altında ayrıntılı olarak ele aldığımız için burada tekrar değinmeyeceğiz.

2.11.1. Kamulaştırma İşleminin İptali Davası

Kamulaştırma işleminin iptaline yönelik olarak idari yargıda iptal davası açılarak hukuka aykırı görülen kamulaştırma işleminin denetiminin yapılabilmesi ve işlemin iptalinin sağlanması mümkündür. Kamulaştırma Kanununun 14. maddesi hükmü bu esası şu şekilde belirtmiştir; “Kamulaştırmaya konu taşınmaz malın maliki tarafından 10 uncu madde gereğince mahkemece yapılan tebligat gününden, kendilerine tebligat yapılamayanlara tebligat yerine geçmek üzere mahkemece gazete ile yapılan ilan tarihinden itibaren otuz gün içinde, kamulaştırma işlemine karşı idari yargıda iptal...

²⁴⁵ Melikşah Yasin, İdari İrtifaklar..., s. 193.

²⁴⁶ Sıdık Sami Onar, İdare Hukukunun ..., C. III, s. 1519.

²⁴⁷ Kemal Gözler, İdare Hukuku Dersleri..., s. 680-682.

davası açılabilir.” Aynı kanunun 10. maddesi ise “14 üncü maddede belirtilen süre içinde, kamulaştırma işlemine karşı hak sahipleri tarafından idari yargıda iptal davası açılması ve idari yargı mahkemelerince de yürütmenin durdurulması kararı verilmesi halinde mahkemece, idari yargıda açılan dava bekletici mesele kabul edilerek bunun sonucuna göre işlem yapılır.” hükmünü içermektedir. Yani idare mahkemesi kamulaştırma kararı hakkında yürütmeyi durdurma kararı verirse, asliye hukuk mahkemesi, idari yargıda açılan davayı bekletici mesele olarak kabul etmek ve davayı iptal davası kesin hükümle sonuçlanana kadar bekletip davanın sonucuna göre karar vermek zorundadır.

Görevli ve Yetkili Mahkeme: Bakanlar Kurulunun aldığı kamulaştırma kararlarına karşı iptal davası ilk derece mahkemesi olarak Danıştay da açılır (Danıştay Kanunu md. 24/1-a). Diğer kamulaştırma kararlarına karşı iptal davası ise idare mahkemesinde açılır (2576 sayılı kanun md. 5).

Yetkili idare mahkeme ise dava konusu olan taşınmazın bulunduğu yer idare mahkemesidir. (İYUK md. 34/1).

Dava Açma Ehliyeti: Kamulaştırma kararının iptali istemiyle dava açma hakkı taşınmazı üzerinde kamulaştırma yolu ile irtifak hakkı kurulan taşınmazın malikine aittir²⁴⁸. Taşınmazında kamulaştırma yolu ile irtifak hakkı kurulan veya taşınmazında mevcut bulunan irtifak hakkı kamulaştırılan malik işlemin iptali için idari yargıda dava açabilecektir. Zaten idari yargıda iptal davaları kural olarak iptali istenen kararı alan ya da alınan kararı yürütmekle sorumlu olan idareye karşı açıldığı için²⁴⁹ kamulaştırma işleminin diğer tarafı olan malikin davacı olması doğaldır. Ancak 2577 sayılı İYUK’ nun 2/1-a maddesinde, iptal davaları, “İdari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan” olarak tanımlanmıştır. Bu hüküm karşısında her ne kadar Kamulaştırma Kanununun 10. maddesinde iptal davası açma hakkı kamulaştırma işlemine konu taşınmaz malın malikine tanınmış olsa da malik dışında, örneğin sınırlı ayni hak sahibi kişiler gibi, menfaatleri ihlal edilen kişilerin de kamulaştırma işlemine karşı dava açma hakkına sahip olduklarını kabul

²⁴⁸ Kemal Gözler, İdare Hukuku....., C. II, s. 971.

²⁴⁹ Şeref Gözübüyük, Yönetmelik Yargısı, 23. b., Turhan Kitabevi, Ankara 2005, s. 199.

etmek gerekir. Buna karşılık kamulaştırılan taşınmazın kiracısının iptal davası açamayacağı kabul edilmektedir.²⁵⁰

Dava Açma Süresi: Kamulaştırma Kanunu md. 14 gereğince kamulaştırma kararına karşı dava açma süresi, kararın tebliğinden itibaren otuz gündür.

Taşınmaz malikinin kamulaştırma işleminin iptali talebi ile kamulaştırma kararının tebliği tarihinden itibaren 30 gün içinde açtığı kamulaştırma işleminin iptaline ilişkin dava iptal kararı ile sonuçlanacak olur ise, bu karar kamulaştırma işleminin yapıldığı tarihe kadar geriye yürür²⁵¹ yani kamulaştırma işleminin yapılmasından önceki duruma dönmüş olur.²⁵²

2.11.2. Maddi Hatalara Karşı Adli Yargıda Açılan Düzeltim Davası

Kamulaştırma işlemine karşı getirilen bir diğer yargısal denetim yolu, işlemin maddi niteliğine yönelik olarak adli yargıda açılabilen düzeltim davalarıdır.

Kamulaştırma işlemi sırasında düzenlenen belgelerde, özellikle Kamulaştırma Kanunu'nun 8 inci maddesi kapsamında düzenlenen kıymet takdir komisyonu raporunda, kamulaştırılan taşınmazın gerçek fiili durumuna aykırı tespitler yapılmış olabilir. Örneğin taşınmaz üzerindeki ağaçlar eksik yazılmış olabilir.²⁵³

Kamulaştırma Kanununun 14. maddesinin ilk fıkrasına göre “Kamulaştırmaya konu taşınmaz malın maliki tarafından 10 uncu madde gereğince mahkemece yapılan tebligat gününden, kendilerine tebligat yapılamayanlara tebligat yerine geçmek üzere mahkemece gazete ile yapılan ilan tarihinden itibaren otuz gün içinde, ...maddi hatalara karşı adli yargıda düzeltim davası açılabilir.” Aynı maddenin IV. fıkrasına göre “İdare kamulaştırma belgelerinin mahkemeye verildiği günden itibaren otuz gün içinde maddi hatalara karşı adli yargıda düzeltim davası açabilir.”

Görevli ve Yetkili Mahkeme: Görevli mahkeme Kamulaştırma Kanununun 14. maddesinin açık hükmü gereğince adli yargı kolundaki asliye hukuk mahkemesidir.

²⁵⁰ Metin Günday, İdare Hukuku..., s. 224.

²⁵¹ Meltem Kutlu, İdari Bir İşlem Olarak..., s. 147.

²⁵² “İptal kararları, kanunen belli, çeşitli sebepler muvacehesinde idari tasarrufu yapıldığı tarihe kadar ortadan kaldıracığı için geçmişe şamil olduğu idare hukukunun temel prensiplerindendir. Bu itibarla iptal davasına konu olan idari işlem ve kararın Danıştay’ ca iptal edildiği tarihten değil, idarece verildiği andan itibaren ortadan kalkmış sayılması gerekir.” (Dan. 09.07.1966 tarih, 65/21 Esas, 66/7 Karar Sayılı İBK, Şeref Gözübüyük, Yönetmelik Yargısı, s. 248.)

²⁵³ Mehmet Ali Hayta, Kamulaştırma Davaları..., s. 117.

Yetkili asliye hukuk mahkemesi ise üzerinde irtifak hakkı tesis olunan gayrimenkulün bulunduğu yer asliye hukuk mahkemesidir (HUMK md. 13/1).

Dava Açma Ehliyeti: Kamulaştırma Kanununun 14. maddesinin ilk fıkrası maddi hatalara karşı adli yargıda – asliye hukuk mahkemesinde açılacak davanın, üzerinde kamulaştırma yolu ile irtifak hakkı tesis olunan taşınmazın maliki tarafından açılacağını belirtmiştir. Aynı maddenin 4. fıkrasında ise maddi hatalara karşı lehine irtifak hakkı tesis olunan idarenin de dava açma hakkı olduğu belirtilmiştir.

Dava Açma Süresi: Kamulaştırma Kanununun md. 14 gereğince kamulaştırma işleminde yapılan maddi hatalar dolayısıyla adli yargıda açılacak davanın dava açma süresi, davayı taşınmazın malikinin ve idarenin açmasına göre iki farklı şekilde düzenlenmiştir. Kamulaştırma Kanununun 14. maddesinin ilk fıkrası gereğince malikin maddi hatalara karşı dava açma süresi kararın tebliği tarihinden itibaren otuz gündür. İdare de, kamulaştırma belgelerinin mahkemeye verildiği günden itibaren otuz gün içinde adli yargıda maddi hatalara karşı düzeltim davası açabilecektir. Ancak her iki dava içinde öngörülen otuz günlük dava süresi farklı olaylarla başlamaktadır. Malikin açacağı davanın süresi, mahkemenin göndereceği meşruhatlı davetiyeyi aldığı günden ya da gazete ile yapılan ilan tarihinden itibaren başlamasına karşılık, idarenin açacağı davanın süresi, kamulaştırmaya ilişkin belgelerin mahkemeye verildiği günden itibaren başlamaktadır. Yani idarenin açacağı davanın dava açma süresi, kamulaştırma bedelinin tespiti ve tescil davasının açıldığı tarihte başlar.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İMAR İRTİFAKLARI

3.1.TERİM OLARAK İMAR İRTİFAKI KAVRAMI

Özel mülkiyette bulunan taşınmazlar üzerinde idare lehine kamu yararı amacı ile konulan ve söz konusu taşınmazlar üzerinde idareye sınırlı bir yararlanma yetkisi tanıyan aynı hakların idari irtifak²⁵⁴ olarak adlandırıldığını daha önce belirtmiştik. Bu tarz sınırlama olarak idari irtifaklar mevzuatımızda değişik şekillerde yer almıştır. Bu düzenlemelerden biri de İmar Kanununda ifadesini bulan ve ‘imar irtifakları’ olarak da adlandırılan irtifaklardır.

İmar Kanununun 14. md. sinin ilk fıkrası “Belediye veya valilikler, imar planlarının uygulanması sırasında, bir gayrimenkulün tamamını kamulaştırmadan o yerin muayyen saha, yükseklikte ve derinliğindeki kısmı üzerinde kamu yararı amacıyla irtifak hakkı tesis edebilir.” şeklindedir. Bu hüküm gereğince belediye ve valiliklere bir taşınmazın mülkiyetini elde etmeksizin, taşınmazın tamamı üzerinde kamulaştırma işlemi tesis etmeksizin o yerin belli bir kısmı, yüksekliği veya derinliğindeki belirli bir kısım üzerinde ve mutlaka kamu yararı amacı ile irtifak hakkı kurabilme imkânı tanınmıştır²⁵⁵.

Ancak 5302 sayılı İl İdaresi Kanunun 49. maddesi ile belediye ve mücavir alan sınırları dışındaki planlama ve imar planlarını uygulama yetkileri il özel idarelerine verilmiştir. Bu sebeple çalışmamızın bu kısmında İmar Kanunundaki imar irtifakı tesisi için yetkili

²⁵⁴ Melikşah Yasin, “İdari İrtifaklar”..., s. 167.

²⁵⁵ Taşınmaz mülkiyetinin kapsamı öğretide iki değişik şekilde değerlendirilmektedir. Taşınmaz mülkiyetinin sadece taşınmazın enini ve boyunu kapsadığı görüşünden hareket eden iki boyutlu kapsam görüşü ile uygulamada hâkim görüş olan ve Medeni Kanunumuza da hâkim olan çok boyutlu kapsam görüşü. Bu ikinci görüşe göre “taşınmazın sadece eninden ve boyundan söz edilmesi mümkün değildir. Taşınmazın aynı zamanda, altındaki ve üstündeki uzantılardan oluşan yatay ve dikey kapsamı da bulunmaktadır.” Nitekim Medeni Kanunumuzun ‘taşınmaz mülkiyetinin konusu – kapsam’ başlıklı 718. maddesinde bu esasa dikkat çekmiştir. “Arazi üzerindeki mülkiyet, kullanılmasında yarar olduğu ölçüde üstündeki hava ve altındaki arz katmanlarını kapsar.” (Halil Kalabalık, İmar Hukuku, s. 601; Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Özdemir, Eşya Hukuku, s. 628.)

olan valilikler il özel idareleri olarak ifade edilecektir.

Böylece imar planlarının uygulanmasını gerçekleştirmek üzere belediye ve il özel idarelerince özel mülkiyetteki taşınmazlar üzerinde genellik ve eşitlik ilkelerine uygun bir şekilde, gerçek ve tam karşılıkları ödenerek kamulaştırma yoluyla irtifaklar kurulabilecektir.²⁵⁶ Ancak bir görüşe göre bu tür sınırlamalar özel mülkiyet üzerine getirilen genel nitelikteki sınırlandırmalar olup, imar planı uygulaması dâhilindeki bütün taşınmazlarla ilgili olduklarından teknik olarak idari irtifak olarak değerlendirilmeleri mümkün değildir.²⁵⁷ Ancak elbette ki bu görüş kabul edildiğinde dahi kamu yararı amacı ile imar planları doğrultusunda belli araziler üzerinde kamu tüzel kişileri lehine irtifak tesis edilmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır. Biz burada sadece kamu yararı amacı ile belediye ve il özel idarelerince İmar Kanunu gereğince kurulan ve özel mülkiyete getirilen özel nitelikli sınırlamaları ele alacağız.

Bütün bu temel açıklamalarımızdan sonra kavramsal olarak imar irtifaklarını incelemeye başlayabiliriz. Daha öncede ifade ettiğimiz gibi idari irtifaklarda malikin kullanma ve yararlanma yetkisi, idare lehine ve kamu yararına uygun olarak sınırlanmaktadır. İdari irtifakların en belirgin örneklerine de İmar Hukuku alanında rastlandığı için genel olarak uygulamada yaygın bir biçimde idari irtifaklara ‘imar irtifakları’ adı verilmektedir.²⁵⁸

Arapça düzenlilik anlamındaki ‘ümran’ kelimesinden gelen imar kavramı kelime olarak fiziki ortamın düzenlenmesi ve bu ortam içindeki yapılaşma çabaları anlamına gelir²⁵⁹. Konumuz açısından baktığımızda ise imar, hazırlanan imar planları doğrultusunda şehirlerin yerleşime elverişli olmayan kısımlarının iyileştirilmesi ve gelişmeye açık bölgelerin her türlü ihtiyaçlarının karşılanacak şekilde oluşmasını amaçlayan ve sağlayan çalışmalar anlamında kullanılmaktadır²⁶⁰. O halde kelime anlamı olarak imar irtifaklarını fiziksel mekânın düzenlenmesi amacı ile mülkiyet hakkından doğan bir takım yetkilerin sınırlandırılması olarak da ifade etmek mümkündür.

İmar mevzuatından doğan ve mülkiyet hakkına getirilen çeşitli kısıtlamalar olarak en basit şekilde ifade edilebilecek olan imar irtifakları bir başka açıdan da şu şekilde

²⁵⁶ Sezer Çabri, İmar Kanunu Uyarınca..., s. 123.

²⁵⁷ Melikşah Yasin, “İdari İrtifaklar”..., s. 186.

²⁵⁸ Sadık Artukmaç, Türk İmar Hukuku..., s. 327.

²⁵⁹ Celal Karavelioğlu, İmar Hukuku, C. I..., s. 54.

²⁶⁰ Hüseyin Koçak, Metin Beyaz, İmar Uygulamaları, Ankara 2007, 3. B., s. 16.

tanımlanabilir; “İmar irtifakları o bölgede yaşayan vatandaşların genel yararı için, taşınmaz mülkiyeti üzerine konulan inşaat ve imar sınırlamalarıdır.”²⁶¹ Bu sınırlamalar çok çeşitli şekillerde söz konusu olabilirler. Her şeyden önce imar irtifakları olumlu ve olumsuz imar irtifakları olarak ikiye ayrılarak incelenebilir. Olumlu imar irtifaklarına bir taşınmaz üzerinde belli bir şekilde inşaat yapma mecburiyeti getiren imar düzenlemelerini, olumsuz imar irtifaklarına ise taşınmaz üzerindeki inşaat yapma yasaklarını örnek olarak verebiliriz. Bu tarz irtifaklar imar mevzuatının hemen her çeşidinde sıklıkla görebileceğimiz türden düzenlemelerdir.²⁶² Bu tarz düzenlemeler az önce belirttiğimiz gibi bazen yapı yapma yasağı, yapı yapma mecburiyeti, yapının belli şekilde yapılması gibi olumsuz nitelikteki borçlar şeklinde olabileceği gibi bazen de şerefiyeler gibi para borcunun doğması sonucunda da ortaya çıkabilirler.²⁶³

İmar irtifaklarının kurulması birçok açıdan hem idare hem vatandaşlar hem de taşınmazı üzerinde irtifak hakkı kurulan malik açısından oldukça yararlıdır. Yolları veya yaya kaldırımlarını genişletmek için binaların bodrum katlarından gerekli olan kısım üzerinde idare lehine irtifak hakkı tesis edilmesi şeklindeki imar irtifakının kurulması örneğinde olduğu gibi, imar irtifaklarının kurulması ile idare hem üstlenmiş olduğu kamu hizmetini gereği gibi yerine getirmiş olacak hem de gayrimenkul sahibinin mülkiyet hakkından doğan haklarını da gereğinden fazla kısıtlamamış ve hatta maliki taşınmazının mülkiyetinden mahrum bırakmamış olacaktır.²⁶⁴ Böylece yapılacak bir tesis için taşınmazın yeterli olan kısmında irtifak hakkının kurulması ile malik taşınmazın kalan kısmı üzerinde mülkiyet hakkını kullanabilecek, dolayısıyla idare malı kamulaştırmadığı için gereksiz yere fazla miktarda tazminat ödemekten kurtulacak diğer yandan da imar planında öngörülen amacın gereği gibi gerçekleştirilmesi sağlanmış olacaktır.²⁶⁵

3.2.İMAR İRTİFAKLARININ YASAL DAYANAKLARI

Anayasamızın “Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz.” diyen 35. maddesi ve “Devlet ve kamu tüzel kişileri; kamu yararının

²⁶¹ Sadık Artukmaç, Türk İmar Hukuku..., s. 328.

²⁶² Muhittin Abacıoğlu, İmar Hukuku..., s. 285.

²⁶³ Sıdık Sami Onar, İdare Hukukunun..., C. II, s. 1352.

²⁶⁴ Sadık Artukmaç, Türk İmar Hukuku..., s. 327.

²⁶⁵ Halil Kalabalık, İmar Hukuku..., s. 602.

gerektirdiği hallerde, gerçek karşılıklarını peşin ödemek şartıyla, özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların tamamını veya bir kısmını, kanunla gösterilen esas ve usullere göre, kamulaştırmaya ve bunlar üzerinde idarî irtifaklar kurmaya yetkilidir.” hükmünü getiren 46. maddesi beraber düşünüldüğünde özel mülkiyetteki taşınmazlar üzerindeki hakların kamu yararı amacıyla ve ancak kanunla sınırlandırılabilceği ve yine kanunda gösterilen esas ve usuller gereğince bu taşınmazları kamulaştırmaya veya üzerlerinde idari irtifaklar kurmaya Devlet ve kamu tüzel kişilerinin yetkili olduklarını söyleyebiliriz.

Kamulaştırma Kanununun 4. maddesi “Taşınmaz malın mülkiyetinin kamulaştırılması yerine, amaç için yeterli olduğu takdirde taşınmaz malın belirli kesimi, yüksekliği, derinliği veya kaynak üzerinde kamulaştırma yoluyla irtifak hakkı kurulabilir.” hükmünü taşımaktadır.

İmar Kanunun ‘irtifak hakları’ başlıklı 14. maddesi şu şekildedir; “Belediye veya valilikler, imar planlarının uygulanması sırasında, bir gayrimenkulün tamamını kamulaştırmadan o yerin muayyen saha, yükseklikte ve derinliğindeki kısmı üzerinde kamu yararı amacıyla irtifak hakkı tesis edebilir. Belediyeler veya valilikler, mümkün olan yer ve hallerde mal sahibinin muvafakatiyle, bedelsiz irtifak hakkı verme karşılığında, bedelsiz irtifak hakkı tesis edebilir.” Bütün bu hükümler imar irtifaklarının yasal dayanaklarıdır ve imar irtifakı kurulabilmesine imkân tanıyan mevzuatımızdaki düzenlemelerdir.

Bütün bu hükümler ile ilgili idarelerin, imar planlarını uygulamak ve yasayla verilen diğer görevleri yerine getirmek ve dolayısıyla kamu yararını gerçekleştirmek için özel mülkiyet üzerindeki taşınmazlarda irtifak hakkı kurmakla yetkili olduklarını açıkça söyleyebiliriz.²⁶⁶

İmar Kanununun 14. maddesinde geçen ‘kamulaştırılmaksızın’ ifadesi yanlış anlaşılmalıdır. Madde hükmünden irtifak hakkının kurulması kamulaştırma işlemi yapılmaksızın gerçekleştiriliyormuş gibi bir durum anlaşılıyorsa da maddeden anlaşılması gereken taşınmaz mülkiyetinin tamamının kamulaştırılması değil taşınmaz üzerinde irtifak kurulması yoluyla kamulaştırılmanın yapılacağı olmasıdır.²⁶⁷

²⁶⁶ Celal Karavelioğlu, İmar Hukuku, C. I..., s. 513.

²⁶⁷ Sezer Çabri, İmar Kanunu Uyarınca..., s. 123 – 124.

İmar irtifaklarının kurulmasında izlenecek usul, daha ileri de ayrıntılı olarak ele alacağımız üzere, kamulaştırma yoluyla irtifak hakkının kurulmasında izlenecek olan usulle aynıdır.

Burada değinilmesi gereken bir noktada yine İmar Kanununun 14. maddesi hükmünde yer alan idare kavramı ile ne ifade edilmek istendiğidir. Madde de geçen ‘idare’ kavramından ne anlaşılması gerektiği hususu İmar Kanununun tanımlar başlıklı 5. maddesinde kanunla ilgili diğer kavramların tanımıyla beraber idare kavramının da tanımı yapılarak açığa kavuşturulmuştur. Bu madde hükmüne göre belediye ve mücavir alan²⁶⁸ sınırları içinde belediye, bu sınırların dışında il özel idaresi ilgili idare olarak kabul edilir ve irtifak tesisine yetkili idare de ilgili belediye ve il özel idaresidir.

3.3.İMAR İRTİFAKLARININ KURULMASI İŞLEMİNİN İDARİ İŞLEMİN UNSURLARI AÇISINDAN ELE ALINMASI

Daha önceden idari işlemin idarenin hukuki sonuç doğurmaya yönelik irade açıklaması olduğunu söylemiştik²⁶⁹. İmar irtifakı kurulması işlemi de idarenin kendi lehine özel mülkiyet altındaki taşınmazlar üzerinde irtifak hakkı kurulması yönündeki bir işlemdir. Yani imar irtifakı kurulması yönündeki bir işlem de idari bir işlem olarak kabul edilir. Bu sebeple diğer idari işlemlerde olduğu gibi imar irtifakı kurulması yönündeki bir idari işlemin de unsurları açısından ele alınması konunun daha iyi anlaşılması açısından faydalı olacaktır. Daha önceden idari işlemin unsurlarını genel olarak açıkladığımız için burada sadece imar irtifakı kurulması şeklindeki idari işlemin unsurları ele alınacaktır.

3.3.1.Yetki

İmar irtifakının kurulması işlemi de mahiyeti itibariyle idari bir işlemdir. İmar irtifakı kurulması şeklindeki idari işlemin yetki unsuru yani imar irtifakı kurulması konusunda yetkili makamın, İmar Kanununun ‘irtifak hakları’ başlıklı 14. md. si ve ‘tanımlar’ başlıklı 5. md. si hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, belediye sınırları ve mücavir alan sınırları içinde belediyelerin, bu sınırların dışında ise il özel idarelerinin olduğunu söyleyebiliriz. Dolayısıyla özel hukuk tüzel kişilerinin imar irtifakı kurulması yönünde

²⁶⁸ İmar Kanununun tanımlar başlıklı 5. md. sinde ‘mücavir alan’ kavramının ne ifade ettiği de belirtilmiştir. Madde hükmüne göre mücavir alan imar mevzuatı bakımından belediyelerin kontrol ve mesuliyeti altına verilmiş olan alanlardır. Dolayısıyla imar irtifakını kuracak olan idare, belediye sınırları ve belediyelerin sorumluluğu altındaki yerlerde belediye idaresi bu alanların dışında valiliktir.

²⁶⁹ Kemal Gözler, İdare Hukuku Dersleri..., s. 249.

herhangi bir yetkileri bulunmadığı gibi diğer kamu tüzel kişilerinin de imar planları doğrultusunda irtifak hakkı tesis etme gibi bir yetkileri bulunmamaktadır.

3.3.2.Şekil

İmar irtifakı kurulması biçimindeki idari işlemdeki şekil unsuru ise çok çeşitli şekillerde karşımıza çıkmaktadır. Daha öncede belirttiğimiz üzere İdare Hukukunda şekil serbestisi yoktur ve kural idari işlemlerin yazılı şekilde yapılmasıdır²⁷⁰. Daha ileri de ayrıntılı olarak göreceğimiz üzere imar irtifaklarının kurulması şeklindeki idari işlem genel olarak Kamulaştırma Kanununda belirtilen ve kamulaştırma yolu ile irtifak hakkı tesis edilmesine ilişkin esaslara göre yapılmaktadır. Kanunun getirdiği düzenlemelerden yola çıkarak imar irtifaklarının kurulması şeklindeki idari işlemin şekil unsurlarından birinin kamulaştırma işlemine başlandığı biçimindeki kararın alınması olarak örneklendirebiliriz.

3.3.3.Usul

İmar irtifakı kurulması şeklindeki idari işlemin yapılmasında izlenecek olan usuller daha önce de belirttiğimiz ve yukarıda da ayrıntıları ile gördüğümüz üzere Kamulaştırma Kanunun’ da belirtilen kamulaştırma işleminin usul unsuru ile aynıdır. Kamulaştırma Kanunu kamulaştırma işleminin usule ilişkin esaslarını ayrıntılı olarak aşama aşama incelemiştir. Bu konuda ayrıntılı açıklama için oraya bakılmalıdır.

3.3.4.Sebep

İmar irtifakı kurulması şeklindeki idari işlemin sebep unsuru ise onaylı imar planlarının uygulanmasını sağlamaktır.²⁷¹ Zira imar irtifakları İmar Kanununun 14. md. sindeki “belediye ve valilikler imar planlarının uygulanması sırasında... kamu yararı amacıyla irtifak hakkı tesis edebilir.” hükmü gereğince imar planlarının uygulanması sırasında ve uygulanmasını sağlamak için kurulmaktadırlar. Yani imar planında taşınmaz, hangi hizmet için ayrılmış ise idare taşınmazı ancak o hizmetin yerine getirilmesi için kamulaştırabilir ve üzerinde o amaçla bir irtifak hakkı tesis edebilir.²⁷² Örneğin imar planında bir arazi otopark olarak ayrılmış ise, idare o araziye ancak otopark yapmak için kamulaştırabilir, başka bir sebeple kamulaştırma yapılması işlemi sebep unsuru

²⁷⁰ Kemal Gözler, İdare Hukuku Dersleri s. 327.

²⁷¹ Halil Kalabalık, İmar Hukuku....s, 603.

²⁷² Kemal Gözler, İdare Hukuku, C. II,..... s. 947.

bakımından hukuka aykırı kılar²⁷³.

3.3.5.Konu

İmar irtifakı kurulması şeklindeki idari işlemin konusu ise özel mülkiyet altında bulunan taşınmaz malikinın taşınmaz üzerindeki kullanım hakkının sınırlandırılması ve bu kullanım hakkının idareye geçmesi yani idare lehine taşınmaz mal üzerinde irtifak hakkı kurulmasıdır.

3.3.6.Amaç

İmar irtifakı kurulması yönündeki idari işlemin amaç unsuru diğer bütün idari işlemler de olduğu gibi kamu yararını gerçekleştirmektir.

3.4.İMAR İRTİFAKLARININ KURULMASI USULÜ

3194 sayılı İmar Kanunumuzun 14. md. si imar irtifaklarının kurulabileceğini belirtmiş ancak bu irtifakların nasıl kurulabileceği konusunda herhangi bir hüküm tesis etmemiştir. İmar irtifakları da nitelikleri gereği birer idari irtifak olduklarından Kamulaştırma Kanununda öngörülen usullerin imar irtifaklarının kurulması konusunda da aynen uygulanacağını söylemek mümkündür.

Kamulaştırma Kanununun ‘irtifak hakkı kurulması’ başlıklı 4. md. si de özel olarak irtifak hakkının kurulabileceğini düzenlemektedir. “Taşınmaz malın mülkiyetinin kamulaştırılması yerine amaç için yeterli olduğu takdirde taşınmaz malın belirli bir kesimi, yüksekliği, derinliği veya kaynak üzerinde kamulaştırma yoluyla irtifak hakkı kurulabilir.”

İmar irtifaklarının kurulmasında izlenecek olan esaslar kamulaştırma yoluyla kurulan irtifak haklarının kurulması açısından Kamulaştırma Kanununda öngörülen esaslar ile aynıdır. Daha önce kamulaştırma yolu ile irtifak hakkı tesisini ayrıntılı bir şekilde ele aldığımız için imar irtifaklarının kurulmasında izlenecek esaslar başlığı altında sadece kamulaştırma işleminin imar irtifaklarının kurulması açısından farklılık teşkil eden kısımlarını inceleyeceğiz.

Kamulaştırma Kanununun 6. md. sine göre imar irtifaklarının kurulması için gerekli olan onaylı imar planına dayanılarak yapılacak olan kamulaştırma işlemlerinde ayrıca kamu yararı kararı alınmasına ve ilgili mercii tarafından onaylanmasına gerek

²⁷³ Metin Günday, İdare Hukuku..., s. 230.

bulunmamaktadır. Madde hükmü şu şekildedir; “Onaylı imar planına veya ilgili bakanlıklarca onaylı özel plan ve projesine göre yapılacak hizmetler için ayrıca kamu yararı kararı alınmasına ve onaylanmasına gerek yoktur. Bu durumlarda yetkili icra organınca kamulaştırma işlemine başlanıldığını gösteren bir karar alınır.” Dolayısıyla konumuz olan İmar Kanunu çerçevesinde kurulacak olan irtifak haklarında, bu irtifak hakları onaylı imar planlarına dayanılarak yapıldıkları için ayrıca bir kamu yararı kararı alınmasına ve onaylanmasına gerek bulunmamaktadır. Zira burada onaylı imar planları, imar irtifaklarının kurulması açısından gerekli olan kamu yararı kararı yerine geçmekte²⁷⁴ ve tekrar kamu yararı kararı alınmasına ve bu kararın ayrıca onaylanmasına gerek bulunmamaktadır.

Bu nokta dışında imar irtifaklarının kurulması ile kamulaştırma yolu ile irtifak hakkının tesisi usulünde her hangi bir farklılık bulunmamaktadır.

3.5.İMAR İRTİFAKLARININ KURULMASININ ŞARTLARI

İmar hukuku kuralları gereğince ve diğer bütün irtifak haklarında olduğu gibi kamu yararı amacıyla taşınmaz mülkiyeti üzerine konan inşaat ve imar kısıtlamalarına genel olarak ‘imar irtifakları’ adı verildiğini belirtmiştik. İmar irtifakları her şeyden önce idari irtifakların bir çeşididir. Bu sebeple imar irtifaklarının kurulmalarının da tabi olduğu kurallar genel olarak diğer idari irtifakların tabi oldukları kurallar ile benzerlikler göstermektedirler. Hem diğer idari irtifaklar açısından bakıldığında hem de imar irtifakları bir arada değerlendirildiğinde imar irtifaklarının kurulmaları için şu şartların gerçekleşmesi gerektiğini söyleyebiliriz.

3.5.1.Amaç

İmar irtifakları da nihai amaç olarak kamu yararı amacıyla tesis edilmektedirler. Kamu yararı ise çok değişik şekillerde ortaya çıkabilmektedir. Örneğin imar planlarının uygulanmasını sağlamakta imar irtifaklarının amacıdır. İmar planları da kamu yararı amacı ile yapıldıklarından imar irtifaklarının kurulmalarındaki nihai amacın kamu yararı olduğunu söyleyebiliriz. Zira idare hukukunda idarenin bütün eylem ve işlemlerinin nihai amacı istisnasız olarak kamu yararını gerçekleştirmektir. İdareye bir takım kamusal yetkilerin verilmesinin nedeni de esas olarak kamu yararının

²⁷⁴ Halil Kalabalık, İmar Hukuku....., s.605.

gerçekleştirilmesi amacıdır.²⁷⁵

İmar irtifakları da diğer idari irtifaklarda olduğu gibi kamu yararı amacı ile kurulmaktadır. Ancak imar irtifaklarının kurulması, ileri de göreceğimiz üzere, onaylı imar planlarının uygulanması sırasında ve uygulanmasını sağlamak üzere söz konusu olacağından ayrıca kamu yararı kararı alınmasına ve onaylanmasına gerek bulunmamaktadır²⁷⁶. Burada onaylı imar planları kamu yararı kararı yerine geçmekte ve buna uygun olarak ayrıca bir kamu yararı kararı alınması gerekmemektedir.²⁷⁷

3.5.2.Mevzuata Dayanma

İmar irtifakları Medeni Hukuk anlamındaki irtifaklardan farklı olarak malikin iradesine tabi olmaksızın doğrudan doğruya yasal dayanakları olan mevzuattan doğarlar. Bu en başta idari irtifakları ve özelde imar irtifaklarını, Medeni Hukuk anlamındaki irtifak haklarından ayıran en belirgin farklılıklardan biridir. İmar irtifaklarının yasal dayanakları daha önce bahsettiğimiz gibi Anayasamızın 46. md. si, Kamulaştırma Kanununun 4. md. si ve İmar Kanununun 14. md. sidir.

3.5.3.İmar İrtifakı Kurma Yetkisi

İmar Kanununun 14. md. si, imar planlarının uygulanması sırasında ve uygulanmaları amacı ile taşınmazın tamamı kamulaştırılmaksızın belirli alanı, yüksekliği veya derinliğindeki bir kısmı üzerinde, kamu yararı amacıyla, irtifak hakkı tesis edilmesi için belediye ve valiliklerce bu doğrultuda karar alması gerektiğini belirtmektedir. Maddeye göre imar planlarının uygulanması sırasında ve bu planların uygulanmaları amacı ile irtifak hakkı tesisine belediye ve mücavir alan sınırları içinde belediyeler, bu sınırlar dışında il özel idareleri yetkilidir. Belediyelerce gerçekleştirilecek olan irtifak tesislerinde Belediye Kanunu md. 34/b gereğince belediye encümeninin, il özel idarelerince gerçekleştirilecek olan irtifak tesislerinde ise il encümeninin bu doğrultuda karar alması gerekmektedir.

Belediye ve mücavir alan sınırları içinde ihtiyaç duyulan bir irtifak hakkının kurulması yönünde il özel idaresinin almış olduğu bir karar veyahut tam tersi, belediye ve mücavir alan sınırları dışında ihtiyaç duyulan irtifak hakkının kurulması yönünde belediyelerin idari işlem tesis etmeleri mümkün değildir. Aksi durum işlemi yetki

²⁷⁵ Kemal Gözler, İdare Hukuku Dersleri..., s. 364.

²⁷⁶ Taha Erdiç Bülül, Ömer Türk, Belediyelerde Uygulamalı İmar Hukuku, İstanbul 2001, s. 59.

²⁷⁷ Halil Kalabalık, İmar Hukuku....., s.605.

yönünden hukuka aykırı kılar ve yetki tecavüzü teşkil eder.²⁷⁸ Aynı şekilde belediye ve il özel idarelerinin belirtilen organlarının yerine, aynı idaredeki başka bir organın örneğin il özel idarelerinde il encümeni yerine il genel meclisinin irtifak hakkı tesis etmesi de işlemi yetki unsuru açısından sakat kılar.

3.5.4.İmar İrtifaklarının Onaylı İmar Planlarına Dayanması Zorunluluğu

İmar irtifaklarını diğer idari irtifaklardan ayıran ve kurulmaları için gerekli olan en önemli koşullardan biri de imar irtifaklarının ilgili imar planına dayanması zorunluluğudur.

İmar Kanununun 14. md. sinde “...imar planlarının uygulanması sırasında... irtifak hakkı tesis edilebilir.” şeklindeki hükümden de anlaşılacağı üzere, kurulması istenen imar irtifaklarının onaylı imar planları doğrultusunda tesis edilmesi gerekmektedir. Zira burada imar irtifakının tesisi için gereken bir koşul olarak ele aldığımız bu unsur aynı zamanda imar irtifakı şeklindeki idari işlemin sebep unsurunu da oluşturmaktadır. Bu sebeple imar planı kavramı daha ayrıntılı bir şekilde ele almak yerinde olacaktır.

3.5.4.1. İmar Planı Kavramı ve İmar Planlarının Hukuki Niteliği

Düzenli ve sağlıklı bir şehirleşme için gereken önemli unsurlardan biri olarak imar planları, fiziksel mekânın korunması ve sağlıklı altyapı hizmetlerinin gereği gibi oluşturulması için yapılırlar.²⁷⁹

İmar planları en kısa tanımıyla bir yerleşim biriminin imar düzenini gösteren plan olarak tanımlanabilir²⁸⁰. İmar Kanununda özel olarak bir imar planı tanımı bulunmamasına rağmen, Plan Yapımına Ait Esaslara Dair Yönetmelik’ de imar planlarının tanımı şu şekilde yapılmaktadır;

“Belde halkının sosyal ve kültürel gereksinmelerini karşılamayı, sağlıklı ve güvenli bir çevre oluşturmayı, yaşam kalitesini artırmayı hedefleyen ve bu amaçla beldenin ekonomik, demokratik, sosyal, kültürel, tarihsel, fiziksel özelliklerine ilişkin araştırmalara ve verilere dayalı olarak hazırlanan, kentsel yerleşme ve gelişme eğilimlerini alternatif çözümler oluşturmak suretiyle belirleyen, arazi kullanımı,

²⁷⁸ Halil Kalabalık, İmar Hukuku....., s. 603.

²⁷⁹ Yücel Oğurlu, “İmar Planlarının Değiştirilmesinin Ruhsat ve Süren İnşaatlara Etkisi Konusunda ABD Hukukundan Çözümler “Aykırı Kullanım Hakkı ve “Kazanılmış Parselleme Hakkı” (<http://www.idare.gen.tr/ogurlu-imar.html>) Erişim Tarihi; 20.10.2009).

²⁸⁰ Ali Şafak, Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü, Ankara 2002, 4. B., s. 327.

koruma, kısıtlama kararları, örgütlenme ve uygulama ilkelerini içeren pafta, rapor ve notlardan oluşan belgedir.”

İmar planları genel ve uyulması zorunlu belgeler olarak kamu düzenini ve mülkiyet hakkını yakından ilgilendiren belgeler²⁸¹ oldukları için hukuki niteliklerinin belirlenmesi son derece önemlidir. Ancak imar planlarının hukuki niteliği konusunda görüş birliği bulunmamaktadır. Uygulamada genel olarak imar planlarının hukuki niteliğini açıklayan üç farklı görüş bulunmaktadır.

İmar planlarının hukuki niteliğini açıklayan ilk görüş²⁸² bu planların gücünü kanunlardan alan ve kanunlara eş metinler oldukları yönündedirler. Bu görüşe göre imar planları da kanunlar gibi objektif, aleni ve uygulanması zorunlu olan metinlerdir²⁸³. Her kent planının kendi yapılarına uygun kanunlar bütünü olması sebebi ile imar planları ile getirilen düzenlemelerle imar yönetmeliklerine yollamada bulunulabilir veya plan sınırları içerisinde kalmak koşulu ile imar yönetmeliklerinin hükümlerini uygulanamaz kılabirirler.²⁸⁴

İmar planlarının hukuki niteliğini açıklayan ikinci görüş, imar planlarını genel düzenleyici işlem sayan görüştür.²⁸⁵ Bu görüşe göre imar planları, diğer bütün düzenleyici işlemlerde olduğu gibi genel, soyut, sürekli ve objektif niteliktedirler ve bir defa uygulanmakla sona ermezler.²⁸⁶

Danıştay da vermiş olduğu birçok kararında imar planlarının nitelikleri itibari ile düzenleyici idari işlem olduklarını açıkça belirtmişlerdir.²⁸⁷

İmar planlarının hukuki niteliğini açıklayan üçüncü görüş ise imar planlarını karma nitelikli bir hukuki işlem olarak kabul eden görüştür.²⁸⁸ Bu görüşü savunanlara göre imar planları belli bir yeri, belli bir hukuki statüye sokan şart işlem niteliğinde idari işlemlerdir. Aynı zamanda hem tahsis işlemi hem de şemaları ile bir bütün oluşturan yönetmeliğe benzer nitelikte kurallar koyan rapor olması sebebiyle karma nitelikte

²⁸¹ Ömer Köroğlu, Kamulaştırma Davalarında..., s. 74.

²⁸² Halil Kalabalık, İmar Hukuku..., s. 97.

²⁸³ Safa Erkin, İmar Hukuku Prensipleri, İstanbul 1960, s. 12-15.

²⁸⁴ Muhittin Abama, Açıklamalı – İçtihatlı İmar Kanunu Mevzuatı ve Uygulaması, Üçbilek Matbaası, Ankara 1992.

²⁸⁵ Halil Kalabalık, s., 98; Yıldızhan Yayla, İdare Hukuku I, 2. b., İstanbul 1990, Filiz Kitabevi, s. 119.

²⁸⁶ Sıdık Sami Onar, C. I, s. 961; Kemal Gözler, İdare Hukuku Dersleri..., s. 398.

²⁸⁷ Örneğin bkz; Dan. 6. D. E. 197/4802, K. 1998/4766, Karar Tarihi; 21.10.1998

.(<http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsq>) (Erişim Tarihi; 01.04.2010)

²⁸⁸ Lütfi Duran, İdare Hukuku ve İmar Konuları, 12. Dünya Şehircilik Günü Kolokiyumu, Ankara 1988, s.22.

hukuki işlemler olarak kabul edilmelidirler.

Gerek Danıştay'ın vermiş olduğu kararlar doğrultusunda gerekse uygulamada hâkim olan görüşten yola çıkarak imar planlarının değiştirilmediği ya da mahkemece iptal edilmediği sürece kamu yararını içeren genel düzenleyici işlemler²⁸⁹ olduklarını ve aynı zamanda idare tarafından uygulanmaları zorunlu olan belge niteliğinde²⁹⁰ olduklarını söyleyebiliriz.

3.5.4.2. İmar Planlarının Amacı

İmar Kanununun 1. md. sinde kanunun genel amacının yerleşme yerleri ile bu yerlerdeki yapılaşmaların; plan, fen, sağlık ve çevre şartlarına uygun şekilde oluşmasını sağlamak olarak belirtilmiştir. İmar planları da İmar Kanununda belirtilen genel amaç doğrultusunda bölge halkının sağlığını korumayı, sosyal ve kültürel açılardan ihtiyaçlarını gidermeyi, asgari olarak belli bir yaşam seviyesine sahip olmalarını sağlamayı, oturma, çalışma gibi bir takım kentsel fonksiyonlarının yerine getirilmesini mevcut koşullarla en iyi şekilde gerçekleştirmeyi amaçlar.²⁹¹

İmar planları kapsamına aldığı bölgedeki mevcut verilere göre, birçok ihtiyacı en iyi şekilde gidermeyi, bu ihtiyaçlar arasındaki dengeyi sağlamak ve gidermek amacı ile bölgenin ihtiyaçlarına, yaşayış tarzına ve şehircilik esaslarına uygun şekilde yapılmaktadırlar.²⁹²

Danıştay da konu ile ilgili olarak verdiği bir kararında imar planlarının amacını şu şekilde açıklamıştır; “İmar Planları, planlanan yörenin bugünkü durumunun, olanaklarının ve ilerideki gelişmesinin gerçeğe en yakın şekilde saptanabilmesi için coğrafi veriler, beldenin kullanılışı, donatımı ve mali bilgiler gibi konularda yapılacak araştırma ve anket çalışmaları sonucu elde edilecek bilgiler ışığında, çeşitli kentsel işlevler arasında varolan ya da sağlanabilecek olanaklar ölçüsünde en iyi çözüm yolları bulmak, insan, toplum çevre münasebetlerinde kişi ve aile mutluluğu ile toplum hayatını yakından etkileyen fiziksel çevreyi sağlıklı bir yapıya kavuşturmak, yatırımların yer seçimlerini ve gelişme eğilimlerini yönlendirmek

²⁸⁹ Celal Karavelioğlu, İmar Hukuku, C. I., s. 514.

²⁹⁰ Bayram Uzun, Çevre Yolu – Mülkiyet İlişkilerinin İmar hakları Açısından İncelenmesi ve Arazi Düzenlemesi Yaklaşımı ile Bir Model Önerisi, KTÜFBE (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Y. 2000, s. 16 (<http://tez2.yok.gov.tr/> Erişim Tarihi: 20.08.2009).

²⁹¹ Muhittin Abacıoğlu, İmar Hukuku....., s.49 - 50.

²⁹² Muhittin Abacıoğlu , a.g.e., s.96.

ve toprağın korunma, kullanma dengesini en rasyonel biçimde belirlemek, belde halkına iyi yaşama düzeni ve koşulları sağlamak amacıyla kentin kendine özgü yaşayış biçimi ve karakteri, nüfus, alan ve yapı ilişkileri, yörenin gerek çevresiyle ve gerekse çeşitli planları arasında olan bağlantıları, halkın sosyal ve kültürel gereksinimleri, güvenlik ve sağlığı ile ilgili konular göz önüne alınarak hazırlanır.”²⁹³

3.5.4.3.İmar Planlarının Çeşitleri

İmar planları İmar Kanununun 8. md.’ sine göre nazım imar planı ve uygulama imar planı olmak üzere iki aşamadan meydana gelir. Nazım imar planı ve uygulama imar planının tanımları hem İmar Kanununun “tanımlar” başlıklı 5. maddesinde hem de Plan Yapımına Ait Esaslara Dair Yönetmelik’ de tanımlanmıştır. İmar Kanununa göre Nazım İmar Planı ve Uygulama İmar Planının tanımları şu şekildedir:

Nazım İmar Planı; varsa bölge veya çevre düzeni planlarına uygun olarak hâlihazır haritalar üzerine, yine varsa kadastral durumu işlenmiş olarak çizilen ve 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 göstermek ve uygulama imar planlarının hazırlanmasına esas olmak üzere düzenlenen, detaylı bir raporla açıklanan ve raporuyla beraber bütün olan plandır.

Uygulama İmar Planı; tasdikli hâlihazır haritalar üzerine varsa kadastral durumu işlenmiş olarak nazım imar planı esaslarına göre çizilen ve çeşitli bölgelerin yapı adalarını, bunların yoğunluk ve düzenini, yolları ve uygulama için gerekli imar uygulama programlarına esas olacak uygulama etaplarını ve diğer bilgileri ayrıntıları ile gösteren plandır.

Bu plan türleri dışında bölge imar planları, koruma amaçlı imar planı, ülke fiziksel planı, mevzi imar planı, revizyon imar planı olmak üzere birçok imar planı çeşidi bulunmaktadır.²⁹⁴

²⁹³ Dan. 6. D., E. 1986/18, K. 1986/1023, karar tarihi; 25.11.1986. (Halil Kalabalık, İmar Hukuku...., s. 64 – 65)

²⁹⁴ Cafer Ergen, İmar Planları, Seçkin Yayınları, Ankara 2006, s. 20 –29.

3.5.4.4. İmar Planlarının Yapılması

İmar Kanununun 8. md. sinde imar planlarının nasıl yapılacağı belirtilmiştir. Madde hükmüne göre imar planları şu şekilde yapılır;

“İmar Planları; Nazım İmar Planı ve Uygulama İmar Planından meydana gelir. Mevcut ise bölge planı ve çevre düzeni plan kararlarına uygunluğu sağlanarak, belediye sınırları içinde kalan yerlerin nazım ve uygulama imar planları ilgili belediyelerce yapılır veya yaptırılır. Belediye meclisince onaylanarak yürürlüğe girer. Bu planlar onay tarihinden itibaren belediye başkanlığınca tespit edilen ilan yerlerinde bir ay süre ile ilan edilir. Bir aylık ilan süresi içinde planlara itiraz edilebilir. Belediye başkanlığınca belediye meclisine gönderilen itirazlar ve planları belediye meclisi on beş gün içinde inceleyerek kesin karara bağlar.

Belediye ve mücavir alan dışında kalan yerlerde yapılacak planlar valilik veya ilgisince yapılır veya yaptırılır. Valilikçe uygun görüldüğü takdirde onaylanarak yürürlüğe girer. Onay tarihinden itibaren valilikçe tespit edilen ilan yerinde bir ay süre ile ilan edilir. Bir aylık ilan süresi içinde planlara itiraz edilebilir. İtirazlar valiliğe yapılır, valilik itirazları ve planları on beş gün içerisinde inceleyerek kesin karara bağlar.”

3.5.4.5. İmar İrtifaklarının Onaylı İmar Planlarına Dayanması Zorunluluğu

İmar kamulaştırmalarında olduğu gibi imar irtifaklarının kurulmalarının da asıl sebebi imar planlarının uygulanmasını sağlamaktır. İmar irtifaklarının kurulmaları, İmar Kanununun 14. md. si gereğince, imar planlarının uygulanmasını sağlamak üzere hazırlanan imar planlarına dayanılarak gerçekleştirilir. İdareler de imar planlarının uygulanmasını sağlamak üzere imar planlarına uygun olarak hareket etmek zorundadırlar. Dolayısı ile bir yandan belediye ve il özel idarelerinin imar planlarına uygun olarak irtifak hakkı tesis etmeleri, diğer yandan da mahkemelerin uyuşmazlık halinde kurulan irtifak hakkının onaylı imar planına uygun bir şekilde kurulup kurulmadıklarını inceleyip tespit etmeleri gerekecektir. İmar planında belirtilen amaç dışında irtifak hakkı tesis edilmesi işlemin iptal edilmesi sonucunu doğuracak nitelikte bir hukuka aykırılıktır. Bu husus uygulamada genel olarak ‘imar planlarına uygunluk

ilkesi' olarak da ifade edilmektedir.²⁹⁵

Danıştay da vermiş olduğu bir kararında²⁹⁶ bu hususu tekrarlamış ve kurulan imar irtifakının imar planlarına uygun biçimde kurulması gerektiğini ifade etmiştir. Söz konusu olayda kamulaştırma suretiyle kurulan irtifak hakkının imar planı doğrultusunda yapılıp yapılmadığının mahkemece incelemesi yapılmaksızın bilirkişi incelemesi yaptırılarak hüküm tesis edilmesini Danıştay hukuka aykırı bulmuş ve yerel mahkemenin kararını bozmuştur. Danıştay'ın bu kararında da ayrıntılı olarak ifade edildiği üzere, yargı mercilerince, imar irtifakı kurulması şeklindeki işlemlerin imar planları ve bu planlara uygun şekilde oluşturulan projelere uygun bir biçimde yapılıp yapılmadıklarını incelenmesi ve değerlendirilmesi gerekmektedir.

3.5.5.İmar İrtifaklarının Kurulmasının İmar Planının Uygulanması Açısından Zorunlu Olması

İmar planında belirtilen amacın gerçekleştirilmesi için kurulması istenen irtifak hakkının zorunlu olması gerekir.²⁹⁷ Yani kurulması istenen imar irtifakı imar planının uygulanması bakımından zorunlu olmalı, başka bir amacı gerçekleştirmek için tesis edilmiş olmamalıdır. İlgili idare istenilen amacın gerçekleştirilmesini irtifak hakkı tesisi yoluna başvurmadan da gerçekleştirebilecek ise, irtifak hakkı tesis ederek vatandaşların mülkiyet hakkını kısıtlaması hukuka uygun olmaz. Eğer ilgili idareler böyle bir zorunluluk bulunmamasına rağmen imar irtifakı tesis ediyor ve malikin mülkiyet hakkını kısıtlıyor ise malikin idari yargıda dava açarak idarenin bu tasarrufunu iptal ettirebilmesi mümkündür.²⁹⁸

İmar planları ancak imar planlarının uygulanmasını sağlamak üzere kurulurlar. İmar planında belirtilen amacın dışında başka bir amaç için irtifak hakkı tesis edilmesi mümkün değildir.²⁹⁹

Danıştay da konu ile ilgili olarak verdiği 1976 tarihli bir içtihadı birleştirme kararı³⁰⁰ na göre “Kamulaştırma uygulamalarında, kamulaştırma konusu taşınmaz malların, imar

²⁹⁵ Halil Kalabalık, İmar Hukuku..., s. 339.

²⁹⁶ Dan. 6. D., E. 1991/3786, K. 1992/1524, Karar Tarihi, 14.04.1992, Dan. Der S. 86. (<http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>) (Erişim Tarihi; 12.10.2009)

²⁹⁷ Taha Erdiñç Bülbul, Ömer Türk, Belediyelerde..., s. 59.

²⁹⁸ Eraslan Özkaya, Açıklamalı İctihatlı İmar Kanunu Şerhi ve Uygulaması, , Seçkin yayıncılık, Ankara 2000, 2. B., s. 231.

²⁹⁹ Ömer Köroğlu, Kamulaştırma..., s. 76.

³⁰⁰ Dan. İBK., E. 1974/2, K. 1976/2 karar tarihi; 29.01.1976 (Ömer Köroğlu, a.g.e., s. 77)

planlarında belirtilmiş maksat dışında kamulaştırılmasına mevzuat hükümleri elverişli değildir.”

3.5.6.İmar İrtifakının Kurulmasından Sonra Taşınmazın Geri Kalan Kısımında Mülkiyet Hakkının Kullanılması İmkânsız Hale Gelmemelidir

İrtifak hakkının kurulması sonucunda taşınmazın geri kalan kısmında malikin mülkiyet hakkından doğan yetkileri kullanılamaz hale gelmemelidir. Eğer taşınmaz mal üzerinde kurulan irtifak hakkı malikin mülkiyet hakkından doğan yetkilerini kullanılamaz hale getiriyor ve yahut büyük oranda kısıtlıyor ise ilgili idarenin taşınmazın bir kısmında irtifak hakkı kurmak yerine taşınmazın tamamı üzerinde mülkiyet kamulaştırması yapması gerekmektedir.³⁰¹

Danıştay vermiş olduğu bir kararında,³⁰² bu kurala uygun olarak, yapının bodrum katında bulunan bağımsız bölümün trafo merkezi olarak kullanılması durumunda taşınmaz sahibinin artık bu yeri kullanma imkânı kalmayacağı için, taşınmaz mülkiyetinin kamulaştırılması gerekirken üzerinde irtifak hakkı tesisi suretiyle kamulaştırma işlemi yapılmasının hukuka aykırı olduğu kanaatine varmıştır. Zira Danıştay’ a göre irtifak hakkının kurulmasından sonra taşınmazın geri kalan kısmında mülkiyet hakkının kullanılmasının imkânsız hale gelecek şekilde bir işlemin tesis edilmesi yasanın varlık amacı ile bağdaşmamaktadır.

3.6.İMAR İRTİFAKLARININ ÇEŞİTLERİ VE ÖZEL OLARAK BEDELSİZ İRTİFAK HAKKI TESİSİ

3.6.1. İmar İrtifaklarının Çeşitleri

İmar Hukukunda taşınmaz mülkiyeti üzerine konulan sınırlamalar oldukça çeşitlidir. Örneğin; kentin veya bölgenin imar açısından gelişmesini sağlamak üzere boş bırakılan veya boş durumda bekletilen arsaların üzerinde yapı yapmaya zorlanması, belli yerleşim yerlerindeki binaların kat sayılarının sınırlandırılması, imar planı kapsamındaki arazinin bir kısmının konut, bir kısmının turizm alanı olarak bırakılması, imar planı bulunmaması nedeniyle plan yapılıncaya kadar ya da plan uygulaması nedeniyle yapı yapma yasağı getirilmesi İmar Hukukunda mülkiyet hakkı üzerine

³⁰¹ Halil Kalabalık, İmar Hukuku....., s. 602.

³⁰² Dan. 6. D., E. 1989/1529, K. 1990/1655, karar tarihi; 10.10.1990, Dan. Der., 1992 (Celal Karavelioğlu, İmar Hukuku, C. I....., s. 515)

getirilen sınırlamaların tipik örneklerini teşkil etmektedirler.³⁰³

İmar Hukukundaki bu gibi özel mülkiyete getirilen sınırlamalar genel nitelikteki sınırlamalardır. Bu yüzden imar planı kapsamında bulunan bütün taşınmazlara ilişkin olduklarından teknik anlamda idari irtifak – imar irtifakı olarak değerlendirilebilmeleri mümkün değildir³⁰⁴. Ancak sübjektif bir şekilde, özel olarak ve yine imar planı ile belli araziler üzerinde kamu tüzel kişileri lehine irtifak hakkı – imar irtifakı tesisine de hiçbir engel bulunmamaktadır. Ancak dediğimiz gibi bu sınırlamaların genel nitelikte olmamaları gerekir.

Genel olarak yapı yapma yasağı ve yapı yapmaya zorlama şeklinde iki grupta ele alabileceğimiz, İmar Hukuku alanındaki bu sınırlama işlemleri, yükümlendirici idari işlemlerdir³⁰⁵. İlgilisinin haklarını sınırlayan veya onların lehlerine olan bir şeyden yararlanmalarına engel olan işlem türü olarak yükümlendirici idari işlemler ya bir hakka müdahale eder, bireylerin hukuki durumunu sınırlar ya da bireylere bir şeyi yapıp yapmama konusunda bir takım yükümlükler yüklerler³⁰⁶.

3.6.1. Bedelsiz İrtifak Hakkı Tesis

3.6.1.1. Bedelsiz İrtifak Hakkı Kavramı

İmar Kanununun 14/2. maddesi hükmü “Belediyeler veya valilikler, mümkün olan yer ve hallerde mal sahibinin muvafakatiyle, bedelsiz irtifak hakkı verme karşılığında, bedelsiz irtifak hakkı tesis edebilir.” şeklindedir. Bu hüküm gereğince belediye sınırları ve belediyelerin sorumluluğu altında bulunan mücavir alan sınırları içinde kurulacak olan irtifak haklarında belediyeler, il sınırlarında kurulacak olan irtifak haklarında valiliklerce uygun yer ve koşulların sağlanması halinde idare lehine bedelsiz irtifak hakkı tesis edilebilecektir.

Burada bedelsiz kavramı yanıltıcı olabilir. İrtifak hakkı idare lehine bedelsiz olarak sağlanmaktadır ancak idare de elde ettiği bu irtifak hakkı karşılığında taşınmaz malikine kendisine ait bir arazi üzerinde irtifak hakkı tesis etmektedir. Yani idare kendi lehine kurulan irtifak hakkının bedelini taşınmaz maliki lehine idareye ait bir arazi

³⁰³ Melikşah Yasin, “İdari İrtifaklar”, s. 186; Halil Kalabalık, İmar Hukuku, s. 621–644; Sadık Artukmaç, Türk İmar Hukuku..., s. 327

³⁰⁴ Melikşah Yasin, “İdari İrtifaklar”..., s. 186.

³⁰⁵ Halil Kalabalık, İmar Hukuku..., s. 623.

³⁰⁶ Bahtiyar Akyılmaz, İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü, Yetkin Yayınevi, Ankara 2000, s. 57.

üzerinde irtifak hakkı kurarak ödemektedir.

Bedelsiz şekilde kurulabilecek bu irtifak haklarına, idarenin de taşınmaz malikine idareye ait bir taşınmaz üzerinde bedelsiz olarak irtifak hakkı sağlaması zorunluluğu bulunduğundan uygulamada “trampa yoluyla irtifak hakkı” tesisi de denilmektedir.³⁰⁷

Bedelsiz irtifak hakkı kurulmasında veya diğer bir deyişle trampa yoluyla kurulan irtifaklarda irtifak bedeli, taşınmazı üzerinde idare lehine irtifak hakkı tesis olunan taşınmaz malikine idareye ait bir taşınmaz mal üzerinde malik lehine kurulacak irtifak hakkı ile ödenir. Ancak bunun için elbette ki taşınmaz malikinin bu şekilde irtifak hakkı kurulmasına rıza göstermesi gerekmektedir. Aksi halde ilgili idare tarafından Anayasamızın 46. md. sinde açıkça belirtildiği üzere kamulaştırma bedelinin nakden ödenmesi gerekecektir.³⁰⁸

Bedelsiz irtifak hakkı ya da diğer bir deyişle trampa yoluyla irtifak hakkı kurulması yöntemi daha ziyade, idare ve malikin kurulacak irtifak hakkı bakımından komşu ve bağlantılı bulunmaları durumunda başvuru ve son derece işlevsel - faydalı bir yöntemdir.³⁰⁹

3.6.2.2. Bedelsiz İrtifak Hakkı Kurulmasının Şartları

Bedelsiz irtifak hakkı veya trampa yoluyla irtifak hakkı kurulması için diğer imar irtifaklarının kurulması şartlarına ilave olarak bir takım özel koşulların daha yerine getirilmesi gerekmektedir. Bu sebeple burada sadece bedelsiz irtifak hakkı tesisi konusundaki özel şartlar incelenecektir.

İmar Kanununun 14. maddesinin 2. fıkrası hükmünden yola çıkarak bedelsiz irtifak hakkı tesisi için gerekli olan koşulları şu şekilde belirleyebiliriz;

- Taşınmaz malikinin bedelsiz irtifak hakkı tesisi konusunda rızasının bulunması gerekir³¹⁰.

³⁰⁷ Melikşah Yasin, “İdari İrtifaklar”..., s. 187.

³⁰⁸ Sezer Çabri, İmar Kanunu Uyarınca..., s. 125.

³⁰⁹ Eraslan Özkaya, Açıklamalı İctihadı..., s. 231.

³¹⁰ Burada taşınmaz malikinin vereceği rızanın iki boyutu vardır. Malikin bedelsiz irtifak hakkı tesis edilmesi yönünde göstereceği rıza hem kendi taşınmazı üzerinde kurulacak olan irtifak hakkının kullanılmasına hem de kendi taşınmazı üzerinde kurulacak olan irtifak hakkının karşılığı, bedeli olarak idare tarafından kendi lehine idareye ait taşınmazlardan biri üzerinde kurulacak irtifak hakkının kullanılmasına ilişkindir. Aksi takdirde yani bu iki hususa ilişkin rızanın bir boyutunun eksik olması durumunda belediye veya valilik, hangisi irtifak hakkını kurmaya yetkili ise, Anayasanın 46. maddesi gereğince kamulaştırma bedelini nakit ve peşin olarak ödemek zorunda olacaktır. (Sezer Çabri, İmar

- Bedelsiz irtifak hakkı tesis eden taşınmaz maliki lehine bu irtifak hakkı karşılığında üzerinde irtifak hakkı tesis edilebilecek idareye ait uygun taşınmazın bulunması ve idarenin bu taşınmaz üzerinde irtifak hakkı kurma yönünde bir yetkisinin bulunması gerekmektedir.

Burada değinilmesi gereken önemli noktalardan biri de idare lehine özel mülkiyet üzerinde kurulan irtifak hakkı ile özel kişi lehine idareye ait bir taşınmaz üzerinde kurulan irtifak hakkının aynı nitelikte olması gerekip gerekmediğidir.

Birçok yazara göre burada esas olan ve madde hükmünce de açıkça belirtildiği üzere, ilgili idare ve taşınmaz malikinin iradelerinin uyuşmasıdır³¹¹. Taraflar bu konuda anlaşmış iseler yani iradeleri kendi taşınmazları üzerinde karşılıklı olarak diğer taraf lehine bedelsiz irtifak hakkı tesisi konusunda uyuşuyor ise bedelsiz irtifak tesis edilmesi mümkün olacak ve taraflar kurulacak olan irtifak hakkının niteliğine de kendileri karar verebileceklerdir. Örneğin taşınmaz malikine ait ve idarenin taşınmazına göre daha değerli olan taşınmaz üzerinde 20 yıllık bir irtifak tesisi karşılığında idareye ait ve daha düşük bir değerde olan taşınmaz üzerinde daha uzun süreli bir irtifak hakkı kurulabilir. Bu görüşü savunan yazarlara göre bu husus tamamen tarafların konu üzerinde ne şekilde anlaşacaklarına bağlıdır.

BÜLBÜL \ TÜRK' e göre ise İmar Kanununun 14. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen bedelsiz şekilde kurulabilen irtifak hakları konusunda Kamulaştırma Kanununun 26. maddesine bakmak gerekir.³¹²

Kamulaştırma Kanununun 'trampa yoluyla kamulaştırma' başlıklı 26. maddesi hükmü ise şu şekildedir; "Mal sahibinin kabul etmesi halinde kamulaştırma bedeli yerine, idarenin kamu hizmetine tahsis edilmemiş olan taşınmaz mallarından, bu bedeli kısmen veya tamamen karşılayacak miktarı verilebilir.

Kamulaştırma bedeli yerine verilecek taşınmaz malın değeri, idarenin ihale komisyonunca yoksa bu amaçla kuracağı bir komisyonca tespit edilir. Taşınmaz mal bedelleri arasındaki fark taraflarca nakit olarak karşılanır. Ancak idarenin vereceği taşınmaz malın değeri, kamulaştırma bedelinin yüzde yüz yirmisini aşamaz."

Kanunu Uyarınca..., s. 125.)

³¹¹ Melikşah Yasin, "İdari İrtifaklar", s. 187; Sadık Artukmaç, Türk İmar Hukuku..., s. 327.

³¹² Taha Erdiç Bülül, Ömer Türk, Belediyelerde Uygulamalı..., s. 59.

Bu görüşü savunan yazarlara göre de idare mal sahibinin rıza göstermesi halinde bedelsiz irtifak hakkı verme karşılığında bedelsiz olarak irtifak hakkı tesis edebileceklerdir. Ancak onlara göre bu şekilde kurulacak olan irtifak haklarında irtifak hakkının değeri belediye encümenince tespit edilecek ve aradaki fark nakit olarak karşılanacaktır. Yine bu yazarlara göre 26. md hükmünden yola çıkarak belediyenin vereceği fark taşınmaz malın yüzde yüz yirmisini aşamaz.³¹³

Kanımca trampa yoluyla irtifak hakkı kurulması konusunda ilgili idare ve taşınmaz malikinin anlaşmaları gerektiği konusunda tartışılması gereken herhangi bir sorun bulunmamaktadır. Sorun çıkabilme noktası tarafların bu iki taşınmaz üzerinde kuracakları irtifakların bedelinde anlaşabilmeleri konusunda olabilmektedir. Eğer taraflar trampa yoluyla irtifak hakkı tesisi konusunda anlaşılır ve aralarında kuracakları irtifakların süresini de irtifakların değerleri ile orantılı olarak tespit edebilirler ve bu konuda da anlaşabilirler ise aralarında herhangi bir sorun çıkmayacaktır. Taraflar bedelsiz şekilde trampa yoluyla irtifak hakkı kurma konusunda anlaşılır ancak kurulacak irtifakların örneğin süresine dolayısıyla bedeline ilişkin bir anlaşmazlık yaşarlar ise Kamulaştırma Kanununun 26. md gereğince varsa idarenin ihale komisyonu yoksa bu iş için kurulacak bir komisyon tarafından bu konuda bir karar alınması gerekecektir.

3.7.İMAR İRTİFAKLARININ ÖZELLİKLERİ

İmar planlarının uygulanmasını sağlamak amacı ile belediye ve valiliklerce kamu yararı amacını gerçekleştirmek için kurulan imar irtifaklarının bütün çalışmamız boyunca elde ettiğimiz bir takım özelliklerini diğer idari irtifakların özellikleri ile bir arada değerlendirerek şu şekilde sıralayabiliriz;

- İmar irtifakları malikin iradesinin dışında doğrudan doğruya mevzuattan doğarlar ve uygulama alanı bulurlar.³¹⁴
- İmar irtifakları diğer bütün idari irtifaklarda ve idarenin bütün işlemlerinde olduğu gibi kamu yararı amacı ile kurulurlar.
- İmar irtifaklarının kurulmaları imar planlarının uygulanması sırasında ve uygulanması amacı ile olur. Dolayısıyla dar anlamda ve özel olarak imar

³¹³ Taha Erdiç Bülül, Ömer Türk, Belediyelerde Uygulamalı s. 59.

³¹⁴ Sadık Artukmaç, Türk İmar Hukuku..., s. 329.

planlarını gerçekleştirmek amacına dayanan imar irtifakları geniş anlamda kamu yararı amacını gerçekleştirmek amaçlı olarak kurulmaktadırlar.

- Kamulaştırma Kanununun 6. md. sinde belirtildiği üzere, İmar irtifakları imar planları doğrultusunda ve imar planlarının uygulanmasını sağlamak üzere kurulduklarından, onaylı imar planlarına göre yapılacak hizmetler için ayrıca kamu yararı kararı alınmasına ve onaylanmasına gerek bulunmamaktadır. Zira imar planları, değiştirilmediği ya da mahkemece iptal edilmedikleri süre zarfında kamu yararını içeren düzenleyici nitelikteki belgelerdir.³¹⁵

Danıştay da vermiş olduğu bir kararında³¹⁶ imar planının iptal edilmesi halinde kamulaştırma işleminin yasal dayanağından yoksun kalacağını belirterek bu özelliğe, vermiş olduğu kararında şu şekilde dikkat çekmiştir. Mahallinde yapılan keşif ve bilirkişi incelemesi sonucu düzenlenen raporda uyuşmazlık konusu uygulama imar planının şehircilik ve planlama ilkelerine uygun olmadığı, kamulaştırma uygulamasına altlık teşkil edemeyeceği belirtildiğinden, mahkemece bu plan ile buna göre yapılan kamulaştırma işlemi de iptal edilmiştir. Yani kamulaştırma işleminin ve konumuz açısından kamulaştırma yolu ile kurulan imar irtifaklarının yasal dayanaklarının Danıştay'ın vermiş olduğu karar doğrultusunda da imar planları olduğunu söyleyebiliriz.

- Kamulaştırmasının yapılması gerektiği durumlarda imar irtifakının kurulması mümkün değildir. Zira bazen imar irtifaklarının kurulması ile taşınmazın geri kalan kısmında mülkiyet hakkının kullanımı mümkün olmamakta dolayısıyla imar irtifakı kurmak yerine mülkiyet kamulaştırması yapılması gerekmektedir. Danıştay da vermiş olduğu birçok kararında bu ilkeye dikkat çekmektedir. Örneğin Danıştay'ın bir kararında³¹⁷ taşınmazın, yol için irtifak hakkına konu edilen kısmı bu yolun ve enerji nakil hattı geçirilmesinden sonra taşınmazın eski haline getirilmesi imkânı olmaması nedeni ile irtifak hakkına konu olmamalıdır. Söz konusu olayda taşınmazın bir kısmı, yol geçirmek ve enerji nakil hattı kurmak amacı ile irtifak hakkına konu edilmiş ancak kalan kısmında

³¹⁵ Celal Karavelioğlu, İmar Hukuku, C. I..., s. 514.

³¹⁶ Dan. 6. D., E. 1993/556, K.1993/2592, karar tarihi; 23.06.1993, Dan. Der. S. 89, s. 358 (Cafer Ergen, İmar Hukuku, s. 165)

³¹⁷ Dan. 6. D., E. 1986/961, K. 1986/1141, karar tarihi; 17.12.1986. (Celal Karavelioğlu, İmar Hukuku, C. I, s. 514.)

ise mülkiyet hakkından doğan kullanım imkânı ortadan kalkmıştır. Dolayısı ile Danıştay, taşınmazın kamulaştırılması gerekirken irtifak hakkı tesis edilerek malikin kullanım hakkının sona erdirilemeyeceği gerekçesi doğrultusunda karar vermiştir.

3.8.İMAR İRTİFAKLARINDA MALİKE BEDEL ÖDENİP ÖDENMEYECEĞİ SORUNU

Daha öncede ‘idari irtifakların elde edilmesinde bedel sorunu’ başlığı altında ayrıntılı olarak ele aldığımız üzere Anayasamızın 35. maddesi gereğince taşınmaz mülkiyeti ancak kamu yararı amacına uygun olarak ve kanunla sınırlandırılabilir. Genellik ve eşitlik ilkelerine uygun olarak vatandaşların mülkiyet hakkına getirilen bu tarz sınırlamalar için malike bir tazminat ödenmesi gerekmemektedir.³¹⁸

Ancak taşınmaz mülkiyeti üzerine konulan bu tarz kısıtlamaların özel ve bireysel bir nitelik arz ederek belli bir taşınmaz üzerinde söz konusu olmaları durumunda taşınmaz malikine kurulan irtifak hakkının karşılığı olarak hesaplanacak belli bir miktarın ödenmesi gerekecektir.

İmar irtifakları da kurulmaları itibariyle genel olarak kamulaştırma yolu ile kurulan irtifaklarla aynı hükümlere tabi olduğundan bedel konusunda da kamulaştırma Kanununun ilgili hükmüne bakmak gerekecektir. Zira Kamulaştırma Kanunumuz kamulaştırma yoluyla kurulan irtifak haklarında bedelin nasıl tespit edileceğini kendi içerisinde açığa kavuşturmuştur.

Kamulaştırma yoluyla kurulan irtifak haklarında bedel, Kamulaştırma Kanununun 11’ inci maddesinin son fıkrasının “Kamulaştırma yoluyla irtifak hakkı tesisinde, bu kamulaştırma sebebiyle taşınmaz mal veya kaynakta meydana gelecek kıymet düşüklüğü gerekçesiyle belirtilir. Bu kıymet düşüklüğü kamulaştırma bedelidir.” şeklindeki hükmü gereğince belirlenecektir.

Kamulaştırma yoluyla kurulan irtifak haklarında, taşınmazın kamulaştırmadan önceki değeri ile sonraki değeri arasındaki fark belirlenerek irtifak bedeli tespit edilmektedir. Bu değer düşüklüğü oranı, taşınmazın mevcut durumu ile irtifak hakkı tesis edildikten sonraki durumu dikkate alınarak hesaplanır. İrtifak hakkı tesis edilmesi nedeni ile taşınmaz malda meydana gelebilecek problemler önceden öngörülerek değer düşüklüğü

³¹⁸ Sezer Çabri, İmar Kanunu Uyarınca..., s. 120.

oranı önceden belirlenemez. Oluşabilecek zararlar ancak oluştuktan sonra tazminat konusu yapılabilecektir.³¹⁹

İrtifak hakkı tesisi nedeniyle taşınmazda meydana gelecek değer kaybı, irtifak hakkı tesis edilen kısmın alanı değil, taşınmazın tamamının alanı göz önünde bulundurularak tespit edilir.³²⁰ İrtifak kurulması nedeni ile taşınmaz malda oluşacak değer düşüklüğü oranı, taşınmazın cinsi, niteliği, kullanım şekli, irtifak hakkının niteliği, taşınmazı ne şekilde etkilediği, yönü, taşınmazın ve irtifak hakkının yüz ölçümleri vs. gibi birçok husus dikkate alınarak belirlenecektir.³²¹

Yargıtay'ın yerleşmiş bir ilkesi olarak irtifak hakkı tesis edilmiş taşınmaz malda hesaplanan değer düşüklüğü oranı, mülkiyet kamulaştırması yapılsa idi, ödenmesi gereken tazminat miktarını geçemez³²². İrtifak kamulaştırması sonucunda taşınmaz malda meydana gelen değer kaybının hiçbir şekilde mülkiyet kamulaştırması yapılsaydı ödenmesi gereken meblağa ulaşmamalı, bu miktarı aşmamalıdır.³²³

3.9.İMAR İRTİFAKLARININ TAPUYA TESCİLİ SORUNU

6785 sayılı eski İmar Kanununda taşınmazların tevhit, ifraz ve bunlar üzerinde irtifak hakkı kurulması veya kaldırılması ile ilgili işlemlerin tapuya tescili hususu özel olarak ele alınmıştı.

6785 sayılı eski İmar Kanununun 39. maddesi hükmü şu şekilde idi; “Belediye hudutları içinde gayrimenkullerin tevhit ve ifrazı, bunlar üzerinde irtifak hakkı tesisi veya bu hakların kazanılması, bu kanun ve talimatnameler hükümlerine uygunluğu belediye encümenlerince, varsa imar idare heyetlerince, kabul ve tasdik edilmedikçe, tapuya tescil edilemez.” Dolayısıyla o dönemde kurulan irtifak haklarının tapuya tescili konusunda bu madde hükmü uygulanıyor ve belediye sınırları ve mücavir alanlardaki taşınmazlar üzerine kurulan irtifak haklarının tapuya tescil edilmelerinde belediye encümeninin kabul ve onayı aranıyordu.

Ancak şu an yürürlükte olan 3194 sayılı İmar Kanunumuzda buna benzer nitelikte bir

³¹⁹ Mehmet Ali Hayta, Kamulaştırma Davaları..., s. 90.

³²⁰ Yarg. 5. HD, E.2005/2845, K.2005/2814, karar tarihi; 17.03.2005, (Yargıtay Kararları Dergisi, S. 2005/7, s. 1010-1011)

³²¹ Yarg., 18. HD, E. 1992/8639, K. 1978/561, karar tarihi; 18.10.2001 (Mehmet Ali Hayta, Kamulaştırma Davaları ...s.89)

³²² Veli Böke, Kamulaştırmaz El Atma Davaları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006, s. 567.

³²³ Mehmet Ali Hayta, Kamulaştırma Davaları,..... s. 90.

hüküm yer almamıştır. Böyle olunca irtifak hakkının tapuya tescilinde, belediye encümeni tarafından alınmış karara ihtiyaç bulunmadığını söylemek mümkün olacaktır³²⁴. Zaten Tapu Kadastro Genel Müdürlüğü de çıkarmış olduğu 7.11.1985 gün ve 1477 sayılı Genelgesine ek olarak çıkardığı Yönerge de irtifak hakkının tapuya tescil edilmesinde belediye encümeninin kararına ihtiyaç olmadığını ifade etmektedir.

Yönergenin ilgili hükmü şu şekildedir; “Kanunun 14’ncü maddesinde (İmar Kanununun irtifak haklarını düzenleyen 14. md. si) belediye veya valilikler imar planlarının uygulanması sırasında bir gayrimenkulün mülkiyetine dokunulmadan, o yerin muayyen saha, yükseklik ve derinliğindeki kısmı üzerinde kamu yararı amacıyla irtifak hakkı tesis edebilir. Mal sahiplerinin muvafakatleri halinde bu hak bedelsiz olarak da tesis edilebilir.

Bu madde gereğince tesis edilecek irtifak hakları plan gereği olarak yapılacağından hakkın tesisi için Belediye Encümen veya idare kurul kararının aranmasına gerek bulunmamaktadır.”

Sonuç olarak imar irtifaklarının tapuya tescili konusunda şu anki yürürlükte bulunan mevzuat gereğince bir zorunluluk bulunmadığını söyleyebiliriz. İmar irtifaklarının kurulması da kamulaştırma yolu ile kurulan irtifaklar ile aynı aşamalarla olduğu için bu konuda oraya da bakmak uygun olacaktır. Kamulaştırma yolu ile kurulan irtifakların kurulmaları için tapuya tescil edilmeleri gerekmemektedir. İrtifak hakkı bu durumda ve dolayısı ile imar irtifaklarında tapuya tescil edilmeden açıklayıcı olarak doğmaktadır³²⁵. Gerek görülen durumlarda ve kurulan irtifak hakkının kullanılmasını sağlamak için tapu idaresi de irtifak hakkının tapuya tescili konusunda idarece kendisine yapılan başvuruyu değerlendirerek bir ay içinde tapuya tescil kararı alacaktır.³²⁶

3.10.İMAR İRTİFAKLARININ SONA ERMESİ

İmar irtifakları da, kurulmalarında bünyelerine uygun olduğu ölçüde uygulandıkları diğer idari irtifakların sona erme sebeplerine benzer şekillerde sona ermektedirler. İmar irtifakları genel olarak şu sebeplerle sona ermektedirler.

İmar irtifakları kurulmalarında güdülen amacın ortadan kalkması üzerine sona ererler. Daha öncede belirttiğimiz üzere imar irtifaklarının amacı kamu hizmetlerinin gereği

³²⁴ Celal Karavelioğlu, İmar Hukuku, C. I., s. 515.

³²⁵ Meltem Kutlu, İdari bir İşlem Olarak... s. 64.

³²⁶ Muhittin Abacıoğlu, İmar Hukuku..., s. 285.

gibi yerine getirilmesi sonucu kamu yararı amacının sağlanmasıdır. İmar irtifakları imar planlarının uygulanması sırasında kurulurlar. İmar planlarının yapılmasında öngörülen amacın sona ermesi ile irtifak hakkının da sona erdirilmesi gerekir.

İrtifak konusu olan taşınmazın ortadan kalkması ya da irtifak hakkının gereklerini artık yerine getiremeyecek hale gelmesi sebebiyle kurulmuş imar irtifakı sona erer. İrtifak hakkı kurulan taşınmazın heyelan sonucunda yok olması veya büyük bir kısmının kullanılamayacak hale gelmesi üzerine arazi üzerinde kurulmuş olan irtifak hakkının sona erdirilmesi gerekecektir.

Kamulaştırma Kanununun 23. maddesi gereğince malikin geri alma hakkını kullanması sonucunda mahkemenin malik lehine karar vermesi durumunda, kurulmuş olan irtifak hakkı sona erer.

İmar planlarının iptal edilmiş olması veya değiştirilmeleri bu planların uygulanmasını sağlamak amacı ile kurulan imar irtifaklarını sona erdirir mi?

İmar planlarının iptal edilmesi halinde, imar planlarına göre yapılan, öncelikle kamulaştırma işlemi ve kamulaştırma yoluyla kurulan irtifak hakları – imar irtifakları yasal dayanaklarından yoksun kalacaklarından bu işlemlerinde iptal edilmeleri gerekecektir.³²⁷

Danıştay'da vermiş olduğu birçok kararında imar planlarının kurulan irtifak haklarının ve yapılan kamulaştırma işlemlerinin yasal dayanakları olduğunu belirtmektedir. Örneğin vermiş olduğu bir kararında³²⁸ imar planlarının iptali halinde bu planlara göre yapılan kamulaştırma işleminin de yasal dayanağından yoksun kalması sebebiyle, bu işlemin de iptal edilmesi gerektiği sonucuna varmıştır.

Danıştay vermiş olduğu bir başka kararında³²⁹ aynı gerekçelerle, bu hususu vurgulamıştır. Kararda gerekçe şu şekilde belirtilmiştir. Mahallinde yapılan keşif ve bilirkişi incelemesi sonucu düzenlenen raporda uyumsuzluk konusu uygulama imar planının şehircilik ve planlama ilkelerine uygun olmadığı, kamulaştırma uygulamasına altlık teşkil edemeyeceği belirtildiğinden, mahkemece bu plan ile bu plana dayanılarak yapılan kamulaştırma işlemi de iptal edilmiştir.

³²⁷ Celal Karavelioğlu, İmar Hukuku....., s. 452.

³²⁸ Dan. 6. D. E. 1996/4263, K. 1997/2411, karar tarihi; 21.05.1997.

(<http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>) (Erişim Tarihi; 12.10.2009).

³²⁹ Dan. 6. D., E. 1993/556, K.1993/2592, karar tarihi; 23.06.1993, Dan. Der. S. 89, s. 358 (Cafer Ergen, İmar Hukuku, s. 165).

İmar planlarının değiştirilmelerinin kurulmuş olan imar irtifaklarına etkisine bakacak olur isek, öncelikle imar planlarının değiştirilmesi kavramı ile ne ifade edilmek istendiğini açıklamak gerekir.

İmar planı değişikliği “imar planı sınırları içinde arazi kullanışlarının büyüklüğünde, konumunda, yoğunluğunda veya ulaşım sistemlerinde, imar planı ana kararlarını bozmayacak biçimde mevzii olarak farklılık getiren değişikliklerdir.”³³⁰

İmar Planlarının Yapılması ve Değişikliklerine Ait Esaslara Dair Yönetmeliğin 21. maddesine göre “imar planlarında bulunan sosyal ve teknik alt yapı alanlarının kaldırılması, küçültülmesi veya yerinin değiştirilmesine dair plan değişiklikleri zorunlu olmadıkça yapılamaz.” Dolayısı ile imar planlarının değiştirilmesinin ancak ciddi bir zorunluluk bulunması durumunda ve düzenleyici işlemlerin değiştirilmeleri konusundaki esaslara tabi olduklarını söyleyebiliriz³³¹. Buna göre imar planlarının değiştirilmeleri sonucunda imar irtifakının kurulması ve devamı konusunda bir zorunluluk kalmıyor ise imar irtifakının sona erdirilmesi gerekecektir.

3.11.İMAR İRTİFAKLARINDAN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARDA GÖREVLİ YARGI YERİ

İmar irtifakları, kurulmaları itibari ile kamulaştırma yolu ile irtifak hakkı tesisine ilişkin hükümlere tabi olduklarından imar irtifaklarından doğan uyuşmazlıklarda hangi yargı yerinin görevli olacağına ilişkin hususun tespiti konusunda da kamulaştırma yolu ile irtifak tesisi konusuna bakmak gerekir. İrtifak hakkı tesisine kadar çıkan uyuşmazlıklar idari yargıda, irtifak hakkı kurulduktan sonra çıkan uyuşmazlıklar ise adli yargıda, diğer kamulaştırma işlemlerinde olduğu gibi, çözülecektir.

³³⁰ İmar Planlarının Yapılması ve Değişikliklerine Ait Esaslara Dair Yönetmeliğin tanımlar başlıklı 3. maddesinin 6. fıkrası.

³³¹ Halil Kalabalık, İmar Hukuku..., s. 212.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

ÇEŞİTLİ KANUNLARDA ÖNGÖRÜLMÜŞ OLAN DİĞER İDARİ İRTİFAKLAR

Çalışmamızın buraya kadar ki kısmında genel olarak Medeni Hukuk anlamında irtifak haklarını belirttikten sonra genel hatları itibari ile idari irtifak kavramına değindik ve kamulaştırma yolu ile kurulan irtifak hakları ekseninde idari irtifakların kurulmasını ve temel özelliklerini ele aldık. Bütün çalışmamız boyunca idari irtifak kavramını özel hukuk gerçek veya tüzel kişilerine ait taşınmazlar üzerinde idare lehine kurulan ve idareye mülkiyet hakkından doğan bir takım yetkilerin kullanımını devreden bir hak olarak değerlendirdik. Ancak uygulamada bazı yazarlarca hem özel hukuk kişileri lehine tahsis amaçları ile bağdaşmak koşulu ile kamu malları üzerinde hem de özel hukuk kişilerine ait taşınmazlar üzerinde idare –kamu tüzel kişileri- lehine tesis edilen irtifak hakları idari irtifak hakkı olarak kabul edilmektedir³³². Nitekim Danıştay vermiş olduğu bir kararında³³³ 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu kapsamında, lehine irtifak hakkı kurulan davacının taşınmaz üzerinde inşa ettiği tesisi başka bir şirkete kiralamasına Maliye Bakanlığınca izin verilmesi işleminin kamu gücüne dayalı bir işlem olduğuna karar vererek, kamu malları üzerinde özel hukuk kişileri lehine kurulan irtifak haklarının da idari irtifaklar olduğunu ve bir takım kamu gücü ayrıcalıklarından yararlanabileceğini belirtmiştir.

Kamu malları üzerinde, özel hukuk kişileri lehine irtifak kurulabilmesi, bir yandan kamu hizmetlerine özel hukuk kişilerinin katılımını sağlarken diğer yandan da idarenin çeşitli nedenlerle kullanmadığı ve tam anlamı ile faydalanamadığı, atıl durumdaki kamu mallarının en verimli şekilde kullanımına olanak tanıyacaktır³³⁴. Bu açıdan özel hukuk kişileri lehine kamu malları üzerinde irtifak hakkı kurulabilmesi oldukça işlevsel

³³² Örneğin Bkz; Melikşah Yasin, “İdari İrtifaklar”, s. 177; Mehmet Ünal, Orman Hukuku, s. 60 vd.

³³³ Dan. 6. D., E. 1996/6327, K. 1997/1679, Dan. Dergisi S. 94, s. 402.

³³⁴ Melikşah Yasin, “İdari İrtifaklar”,..... s. 171.

olmaktadır.

Mevcut hukuk kurallarımız da kamu malları³³⁵ üzerinde irtifak hakkı tesisine imkan tanımaktadır. Gerek Anayasamız gerekse çeşitli yasal düzenlemeler ile kamu malları üzerinde irtifak hakkı tesisini mümkün kılan hükümlerimiz bulunmaktadır.

Dolayısı ile çalışmamızın bu son kısmında kamu tüzel kişilerine ait taşınmazlar üzerinde tahsis amaçları ile bağdaşmak koşulu ile ve çeşitli sebeplerle özel hukuk kişileri lehine irtifak hakkı tesis edilebilmesine ilişkin düzenlemeleri değerlendirip ele alacağız.

4.1.ANAYASAMIZIN 169. MADDESİ ve 6831 SAYILI ORMAN KANUNU KAPSAMINDA KURULAN İDARİ İRTİFAKLAR

Kamu malları üzerinde özel hukuk kişileri lehine irtifak hakkı kurulabilmesine imkân tanıyan hükümlerden başlıcası Anayasamızın 169. maddesidir. ‘Ormanların korunması ve geliştirilmesi’ başlıklı 169. maddesinin 2. fıkrasına göre “Devlet ormanlarının mülkiyeti devir olunamaz. Devlet ormanları kanuna göre, Devletçe yönetilir ve işletilir. Bu ormanlar zamanaşımı ile mülk edinilemez ve kamu yararı dışında irtifak hakkına konu olamaz.”

Bu madde ile genel olarak Devlet ormanlarının mülkiyetinin devredilmesi yasaklanmakla birlikte, kamu yararının varlığı halinde ve kamu yararı sağlanması amacı ile Devlet ormanlarında özel kişiler lehine irtifak hakkına konu edilebileceği belirtilmiştir. Anayasal dayanağını bu şekilde bulan Devlet ormanları üzerinde irtifak hakları, yasal anlamda karşılığını ise 6831 Sayılı Orman Kanununda³³⁶ bulmaktadır. Kanunun 115. maddesi hükmü şu şekildedir;

“Devlet ormanları üzerinde kamu yararına yapılacak her türlü yapı ve tesisler için herhangi bir şekilde irtifak hakkı tesisi Maliye ve Tarım ve Orman Bakanlıklarının iznine bağlıdır.”

Orman Kanunun 115. maddesi hükmü Anayasamızın 169. maddesi hükmüne paralel olarak düzenlenmiştir. Her iki madde hükmünde de açık bir biçimde Devlet ormanları

³³⁵ Devletin özel mülkiyetinde bulunan taşınmazlar üzerinde sınırlı ayni hak tesisi işlemleri ise 19.07.2007 tarih ve 26557 sayılı Resmi Gazetede Yayınlanıp yürürlüğe giren Hazine Taşınmazlarının İdaresi Hakkında Yönetmelik hükümleri gereğince Maliye Bakanlığınca yürütülmektedir.

³³⁶ 9402 sayılı 08.09.1956 tarihli R. G. de yayımlanıp yürürlüğe giren 6831 Sayılı ve 31.8.1956 tarihli Orman Kanunu.

üzerinde irtifak hakkı tesis edilmesi işlemini ancak kamu yararı olması durumunda mümkün kılmaktadır. Ancak bu kural turizme ayrılmamış Devlet ormanları için geçerlidir, daha ileri de tekrar ele alacağımız üzere turizme ayrılmış orman alanlarında durum farklılaşmaktadır.

Turizm alan ve merkezleri dışında kalan Devlet ormanlarında, kamu yararına olan her türlü bina ve tesisler için gerçek ve tüzel kişilere, Bakanlıkça bedeli karşılığı izin verilebilir. Bu izin süresi de kırk dokuz yılı geçemez. Devletçe yapılan tesisler dışında kalan her türlü bina ve tesisler izin süresi sonunda eksiksiz ve bedelsiz olarak Orman Genel Müdürlüğünün tasarrufuna geçer.

2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu hükümleri gereğince turizme ayrılmış Devlet ormanlarında ise Türk ve yabancı gerçek ve tüzel kişiler lehine kiralama, tahsis, müstakil ve daimi haklar da dâhil olmak üzere her türlü irtifak hakkı kurulması mümkündür. Bu tür irtifak hakları kurulurken 6831 sayılı Orman Kanunu ile getirilen kayıtlarla, ilgili bakanlıklar bağlı değildir (TTK md. 8/C). Dolayısı ile turizme ayrılmış orman alanlarının Orman Kanunu kapsamından çıkarıldığını ve bu alanlarda kamu yararı söz konusu olmasa dahi irtifak hakkı tesis edilerek turistik bina ve tesis yapımına olanak tanındığını söyleyebiliriz.³³⁷

Turizm alanı olarak ayrılmamış Devlet ormanlarında kurulacak irtifak haklarında ise Anayasamız ve Orman Kanunu açık bir şekilde kamu yararının varlığı şartını aramış ancak kamu yararı ile ne ifade edilmek istendiğini belirtilmemiştir.

3116 sayılı eski Orman Kanunumuzun 25. md. sinin ikinci fıkrasına göre kamunun sağlığı, güvenliği ve korunması kamu yararından sayılmakta idi. Bugün için yürürlükte olan 6831 sayılı Orman Kanunumuzda ise bu konuda bir hüküm bulunmamakla beraber, tesis edilecek irtifak hakkının kamu yararına uygun olup olmadığına karar vermek üzere Bakanlıklara yetki tanınmıştır.

Devlet ormanları üzerinde kurulan irtifak hakkı diğer bütün idari irtifaklar da olduğu gibi ancak kurulma amacı doğrultusunda kullanılır. Amaç dışında kullanıldığında hak sona erer.

Devlet ormanları üzerinde kurulan irtifak haklarının hukuki niteliğine baktığımızda şu sonuca ulaşmak mümkündür. Verilen bu irtifak hakkı sadece ormanlardan yararlanma

³³⁷ Mehmet Ünal, Orman Hukuku....., s. 72.

izninden ibarettir ve bu hakkın gerek kurulması gerek kullanılması ve gerekse hakkın kapsamı tamamen İdare Hukuku kurallarına bağlıdır.³³⁸

4.2.2863 SAYILI KÜLTÜR VE TABİAT VARLIKLARINI KORUMA KANUNU KAPSAMINDA KURULAN İDARİ İRTİFAKLAR

Özel hukuk kişilerine kamu malları üzerinde irtifaklar kurabilme imkanı tanıyan kanun hükümlerinden bir diğeri de Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun³³⁹ 14. maddesidir. Kanunun ‘kullanma’ başlıklı 14. maddesi hükmü şu şekildedir; “Korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının intifa haklarının, belirli sürelerle kamu hizmetlerinde kullanılmak üzere, Devlet dairelerine, kamu kurum ve kuruluşlarına, kamu menfaatine yararlı milli derneklere bırakılması veya gerçek ve tüzelkişilere kiraya verilmesi, Kültür ve Turizm Bakanlığının iznine tabidir.

Anılan varlıklardan, Vakıflar Genel Müdürlüğünün yönetim ve denetiminde bulunan mazbut ve mülhak vakıflarla, 7044 sayılı Aslında Vakıf Olan Tarihi ve Mimari Kıymeti Haiz Eski Eserlerin Vakıflar Umum Müdürlüğüne Devrine Dair Kanunla yönetimi Vakıflar Genel Müdürlüğüne devredilen vakıf mallarının kamu hizmetlerinde kullanılmak üzere, Devlet dairelerine, kamu kurum ve kuruluşlarına ve kamu yararına çalışan milli derneklere, belirli sürelerle, intifa haklarının bırakılması veya gerçek ve tüzelkişilerce karakterine uygun kullanılmak şartı ile kiraya verilmesi, Vakıflar Genel Müdürlüğünün yetkisindedir.

Yukarıda belirlenen korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarını kullananlar, bunların bakım, onarım ve restorasyon işlerini bu Kanunda belirlenen esaslara göre yapmak ve bunun için gerekli masrafları karşılamakla yükümlüdürler.”

Bu maddeye göre korunması gereken taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının intifa haklarının belirli sürelerle kamu hizmetlerinde kullanılmak üzere Devlet dairelerine, kamu kurum ve kuruluşlarına, kamuya yararlı derneklere bırakılması veya gerçek veya özel kişilere kiraya verilmesi Kültür ve turizm Bakanlığının iznine tabidir.

Böylelikle örneğin idarenin mali imkansızlıklar sebebi ile restore ettiremediği yada edemediği tarihi bir binada, söz konusu eserin restore ettirilmesi koşulu ile özel hukuk kişileri lehine irtifak hakkı tesis edilmesi mümkün olabilmektedir.

³³⁸ Şükrü Özdemir, Necip Deda, Orman Hukuku, C. II, Ankara 1991, s. 908.

³³⁹ 18113 sayılı 23.07.1983 tarihli R. G. de yayımlanıp yürürlüğe giren 2863 Sayılı 21.07.1983 tarihli Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu.

Madde hükmüne göre kültür ve tabiat varlıkları üzerinde irtifak hakkı tesis edilebilme imkânı hem idarelere - Devlet dairelerine, kamu kurum ve kuruluşlarına - hem kamuya yararlı derneklere hem de gerçek kişilere tanınmıştır.

Kültür ve tabiat varlıkları üzerinde irtifak hakkının kurulabilmesi için madde hükmünden yola çıkarak şu koşulların gerekli olduğunu söyleyebiliriz.

- Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 23. maddesi gereğince kültür ve tabiat varlığı olarak kabul edilen taşınmazın korunması ihtiyacının bulunması³⁴⁰,
- Kültür ve Turizm Bakanlığının irtifak hakkının tesisi konusunda izin vermesi,
- Kurulan irtifak hakkının kamu hizmetine yönelik olması,
- İrtifak hakkının belli süreler dâhilinde kurulması,
- İrtifak hakkının kurulması karşılığında üzerinde irtifak hakkı tesis edilen kültür ve tabiat varlıklarının bakım, onarım ve restorasyon gibi işlemlerin yapılıp gereken masrafların karşılanması gerekir.

4.3.2873 SAYILI MİLLÎ PARKLAR KANUNU KAPSAMINDA KURULAN İDARİ İRTİFAKLAR

Özel hukuk kişilerine kamu malları üzerinde irtifaklar kurabilme imkânı tanıyan kanun hükümlerinden bir diğeri de 2873 sayılı Milli Parklar Kanununun³⁴¹ 8. md. sidir. Kanunun ‘gerçek ve özel hukuk tüzel kişilerine verilecek izinler’ başlıklı 8. maddesi hükmü şu şekildedir; “Turizm bölge, alan ve merkezleri dışında kalan milli parklar ve tabiat parklarında kamu yararı olmak şartıyla ve plan dâhilinde, turistik amaçlı bina ve tesisler yapmak üzere gerçek ve özel hukuk tüzelkişileri lehine Maliye Bakanlığının görüşü alınarak Çevre ve Orman Bakanlığınca izin verilebilir. Bu izin üzerine gerçek ve özel hukuk tüzelkişileri lehine tesis edilecek intifa hakkı süresi kırk dokuz yılı geçemez. Bu süre sonunda bütün tesisler eksiksiz olarak Hazineye devredilir. Ancak, işletmesinin başarılı olduğu Kültür ve Turizm Bakanlığınca belgelenen hak sahiplerinin intifa hakkı,

³⁴⁰ Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun ‘tanımlar ve kısaltmalar’ başlıklı 3. maddesine göre koruma ve korunma; taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarında muhafaza, bakım, onarım, restorasyon, fonksiyon değiştirme işlemleri; taşınır kültür varlıklarında ise muhafaza, bakım, onarım ve restorasyon işlerini ifade eder.

³⁴¹ 18132 sayılı 11.08.1983 tarihli R. G. de yayımlanıp yürürlüğe giren 2873 Sayı ve 09/08/1983 tarihli Milli Parklar Kanunu

Çevre ve Orman Bakanlığınca tesisin rayiç değeri üzerinden belirlenecek bedelle doksan dokuz seneye kadar uzatılabilir. Bu durumda Hazineye devir işlemi bu uzatma sonunda yapılır. Milli park ve tabiat parklarının gelişme planları kesinleşmeden bu Kanunda sözü edilen izin verilemez.”

Turizm bölge, alan ve merkezleri dışında kalan milli parklar ve tabiat parklarında kamu yararı olmak şartıyla ve plan dâhilinde, turistik amaçlı bina ve tesisler yapmak üzere gerçek ve özel hukuk tüzel kişileri lehine Maliye Bakanlığının görüşü alınarak Çevre ve Orman Bakanlığınca izin verebilmektedir.

Kanun kapsamında irtifak haklarının kurulabilmesi için şu koşulların gerçekleşmesi gerekmektedir;

- Turizm bölge, alan ve merkezleri dışında kalan milli park ve tabiat parklarında kurulabilir. Zira turizm bölge, alan ve merkezlerinde irtifak haklarının tesisi 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu Hükümlerine göre gerçekleştirilecektir.
- Diğer idari irtifak haklarında olduğu gibi burada da irtifak hakkının kurulması ancak kamu yararının varlığı halinde mümkündür.
- Milli park ve tabiat parklarının gelişme planları³⁴² kapsamında irtifak hakkı tesis edilebilir.
- Ancak turizm amaçlı bina ve tesisler yapmak üzere tesis edilebilir.
- Gerçek ve özel hukuk tüzel kişileri lehine kurulabilir.
- İrtifak hakkının kurulması konusunda Maliye Bakanlığının görüşünün alınması ve Orman Bakanlığınca izin verilmesi gerekir.
- Kanunda belirtilen sürenin uzatılması durumu hariç olmak üzere irtifak hakkı en fazla kırk dokuz yıllık bir süre için kurulabilir.

³⁴² Gelişme planları, Milli Parklar Kanununun 4. maddesine göre milli park olarak belirlenen yerlerin özellik ve nitelikleri göz önüne alınarak koruma ve kullanma amaçlarını gerçekleştirmek üzere kuruluş, geliştirme ve işletilmelerini kapsayan ve ilgili bakanlıkların olumlu görüşleri ve gerektiğinde fiili katkılarıyla Çevre ve Orman Bakanlığınca hazırlanır ve yürürlüğe konur.

4.4.2960 SAYILI BOĞAZİÇİ KANUNU KAPSAMINDA KURULAN İDARİ İRTİFAKLAR

Özel hukuk kişileri lehine kamu malları üzerinde irtifak hakkı kurabilme imkanı tanıyan kanun hükümlerinden biri de 2960 sayılı Boğaziçi Kanununun³⁴³ 4. maddesi hükmüdür. Kanunun ‘orman alanları’ başlıklı 4. maddesi hükmü şu şekildedir; “Boğaziçi alanı sınırları içinde Devlet ormanı statüsüne alınacak yerler, Boğaziçi İmar Yüksek Koordinasyon Kurulunca kararlaştırılır ve kamu kurum ve kuruluşlarına ait olanlar bedelsiz olarak Hazineye devredilir. Özel mülkiyete ait olanlar ise Tarım ve Orman Bakanlığınca kamulaştırılır.

Devlet ormanı statüsüne alınan bu yerler, Tarım ve Orman Bakanlığınca hazırlanacak proje ve programa göre Boğaziçi Alanının doğal yapısına uygun olarak düzenlenir, ağaçlandırılır parklar ve mesire yerleri yapılır ve bunların bakımı, işletilmesi ve muhafazası sağlanır.

Devlet ormanı statüsüne alınan bu yerlerde 6831 sayılı Orman Kanununun 2’nci maddesi uygulaması yapılamaz.

Boğaziçi Alanı içindeki ormanlarda intifa ve irtifak hakkı tesis edilemez. Ancak bu Kanunun amacına uygun intifa ve irtifak hakkı, Boğaziçi İmar İdare Heyetinin teklifi üzerine ilgili bakanlıklarca tesis edilebilir.”

Ancak 3194 sayılı Kanunun 46. maddesi ile Boğaziçi İmar İdare Heyeti kaldırıldı ve bu kurulun görevi İstanbul Büyükşehir Belediyesine ve İlçe Belediyelerine verildi.

Dolayısı ile Boğaziçi alanı içindeki ormanlar üzerinde irtifak hakkı tesis edilebilmesi, ancak kanunun amacına uygun şekilde ilgili belediyenin teklifi üzerine ilgili Bakanlık tarafından mümkündür. Boğaziçi Kanununun 4. maddesine göre intifa ve irtifak hakkı tesis edilebilmesi için şu koşulların gerçekleşmesi gerekmektedir;

- Bu haklar ancak kanunun amacına³⁴⁴ uygun olarak (Kanunun amacında belirtildiği üzere kamu yararı gözetilerek İstanbul Boğaziçi alanının korunması ve geliştirilmesi amacı ile) irtifak hakkı tesis edilebilir.

³⁴³ 18229 sayılı 22.11.1983 tarihli R. G. de yayımlanıp yürürlüğe giren 2960 Sayılı 18/11/1983 tarihli Boğaziçi Kanunu.

³⁴⁴ Kanunun amacı ilk maddesinde belirtilmiştir; “Bu kanunun amacı, İstanbul Boğaziçi alanının kültürel ve tarihi değerlerini ve doğal güzelliklerini kamu yararı gözetilerek korumak ve geliştirmek bu alandaki nüfus yoğunluğunu artıracak yapılanmayı sınırlamak için uygulanacak imar mevzuatın belirlemek ve

- Boğaziçi İmar İdare Heyetinin teklifi üzerine (değişiklikten sonra artık ilgili belediyenin teklifi gerekecektir.) ilgili Bakanlıkça tesis edilebilirler.

4.5.2634 SAYILI TURİZMİ TEŞVİK KANUNU KAPSAMINDA KURULAN İDARİ İRTİFAKLAR

Özel hukuk kişileri lehine kamu malları üzerinde irtifak hakkı kurabilme imkânı tanıyan kanun hükümlerinden biri de 2634 sayılı Turizmi teşvik Kanununun³⁴⁵ 8. maddesi hükmüdür. Kanunun ‘taşınmaz malların turizm amaçlı kullanımı’ başlıklı 8. maddesine göre turizme ayrılmış taşınmaz mallar üzerinde yatırımcılar lehine irtifak hakkı tesis edilmesi mümkündür. Madde hükmü şu şekildedir;

“C. Bakanlığın tasarrufuna geçen taşınmazların yatırımcılara tahsisi, kiralanması ve bunlar üzerinde irtifak hakkı tesisine ilişkin esaslar ile süreler, bedeller, hakların sona ermesi ve diğer şartlar, saydamlık, güvenilirlik, eşit muamele, kamu kaynaklarının etkin ve verimli kullanımı ilkeleri doğrultusunda Bakanlık, Maliye Bakanlığı ve Çevre ve Orman Bakanlığı tarafından 8.9.1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ile 31.8.1956 tarihli ve 6831 sayılı Orman Kanunu hükümlerine bağlı olmaksızın müstereken tespit edilir.

D. Bakanlığın tasarrufuna geçen taşınmazları (C) fıkrası uyarınca tespit edilmiş olan şartlarla Türk ve yabancı uyruklu gerçek ve tüzel kişilere tahsis etmeye Bakanlık yetkilidir. Bu taşınmazlar üzerinde bağımsız ve sürekli nitelikli üst hakları dahil olmak üzere irtifak hakkı tesisi ve bunlardan alt yapı için gerekli olanlar üzerinde, alt yapıyı gerçekleştirecek kamu kurumu lehine bedelsiz irtifak hakkı tesisi, Bakanlığın uygun görüşü üzerine, Maliye Bakanlığınca belirlenen koşullarla ve bu Bakanlık tarafından yapılır.”

Böylelikle, Turizmi Teşvik Kanunu ile turizm alanları ve turizm merkezlerinde yer almalarından dolayı Turizm Bakanlığı’ na tahsis edilen ve kamu malı niteliği taşıyan araziler üzerinde, özel hukuk kişileri lehine de irtifak hakkı kurulabilmesi imkanı tanınmıştır³⁴⁶. Madde hükmünde bedelsiz irtifak hakkı kurulması imkânı da tanınmıştır. Ancak bu imkân sadece alt yapıyı gerçekleştirecek kamu kurumu lehine tanınmış bir

düzenlemektir.”

³⁴⁵ 17635 sayılı 16.03.1982 tarihli R. G. de yayımlanıp yürürlüğe giren 2634 Sayılı 12/03/1982 tarihli Turizmi Teşvik Kanunu.

³⁴⁶ Osman Berat Gürzumar, Türk Medeni Hukukunda..., s. 195.

haktır ve Bakanlığın uygun görüşü üzerine, Maliye Bakanlığınca belirlenen koşullarla ve bu Bakanlık tarafından yapılır. Bedelsiz irtifak hakkı tesisi sadece alt yapıyı gerçekleştirecek kamu kurumu lehine tanınmış bir imkândır ve aynı zamanda yatırımcı özel gerçek ve tüzel kişileri kapsamamaktadır.

Turizm bölgelerinde yer alıp da turizm alan ve turizm merkezleri dışında kalan ve imar planları ile turizme ayrılan yerlerdeki taşınmazlara da Bakanlığa bu bölgelerde yatırım yapmak amacı ile başvurulduğu takdirde Bakanlığın talebi üzerine yine Kanununun 8. maddesi hükümleri uygulanacaktır.³⁴⁷

Turizm amaçlı tesisler için hak sahipleri adına tapuda irtifak hakkı tesis edilerek bu hakkın kullanılması imkânı tanınmaktadır. İrtifak haklarının amaç dışında kullanılması mümkün değildir³⁴⁸.

Turizmi Teşvik Kanunu turizm alan ve merkezlerinde yer alarak Bakanlığa tahsis edilen kamu arazisi üzerinde kurulacak olan irtifak haklarının kurulmasına, süresine, bedeline ve sona ermesine ilişkin hükümler içermemektedir. Kanun bu konuların tespitine ilişkin hükümleri daha alt nitelikli düzenlemelere bıraktığı için konu ile ilgili olarak ‘Kamu Arazisinin Turizm Yatırımlarına Tahsisi Hakkında Yönetmelik³⁴⁹ çıkarılarak belirtilen hususların cevaplandırılması sağlanmıştır. Ancak turizm bölge, alan ve merkezinde imar planları ile turizme ayrılmış taşınmaz malların, kamulaştırma, Bakanlığa tahsis, tapuya tescil, yatırımcılara tahsis, kiralama, irtifak hakkı tesis işlemleri ile bu işlemlere ilişkin süre, bedel, hakların sona ermesi ve diğer koşullara ait hükümler konusunda ayrıntılı düzenlemeler getiren yönetmelik, 2006 tarihli ‘Kamu Arazisinin Turizm Yatırımlarına Tahsisi Hakkında Yönetmeliğin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik’ ile yürürlükten kaldırılmıştır.

4.6.7478 SAYILI KÖY İÇME SULARI HAKKINDA KANUN KAPSAMINDA KURULAN İDARİ İRTİFAKLAR

Özel kişiler lehine kamu malları üzerinde irtifak hakkı tesis edilmesine imkân tanıyan hükümlerden biri de Köy İçme Suları Hakkında Kanun’dur.³⁵⁰ Kanunun ‘istimlâk hükümleri’ başlıklı 12. maddesi hükmü şu şekildedir. “Bu kanunun tatbikini temin için

³⁴⁷ Necip Boz, Turizm Hukuku, 2.B., Seçkin Yayınları, Ankara 2004, s. 42.

³⁴⁸ Necip Boz, a.g.e., s. 153.

³⁴⁹ 28.04.1983 tarihli Resmi Gazetenin 18031 Sayılı nüshasında yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

³⁵⁰ 10506 sayılı 16.05.1960 tarihli R. G. de yayımlanıp yürürlüğe giren 7478 Sayılı ve 09.05.1960 tarihli Köy İçme Suları Hakkında Kanun.

sahipli veya köyün bedeli mukabilinde iktisap ettiği sularla diğer gayrimenkulleri 6830 sayılı İstimlâk Kanunu gereğince istimlâke veya gayrimenkul üzerinde irtifak hakkı tesisine DSİ Umum Müdürlüğü yetkilidir.”

Köy İçme Suları Hakkında Kanuna göre, bu kanunun uygulanmasını sağlamak için taşınmaz mallar üzerinde irtifak tesis etmeye Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü yetkilidir. Ayrıca aynı kanunun 13. maddesi hükmü gereğince yapılması il idaresine bırakılan köylerin içme ve kullanma su ihtiyacını temin için 12’nci maddede belirtilen yetkiler il idare kurullarına aittir.

4.7. 3213 SAYILI MADEN KANUNU KAPSAMINDA KURULAN İDARİ İRTİFAKLAR

Özel kişiler lehine irtifak hakkı tesis edilmesine imkân tanıyan hükümlerden biri de Maden Kanunu³⁵¹dur.

Anayasamızın 168. maddesine göre “Tabii servetler ve kaynaklar Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır.” Aynı şekilde Maden Kanununun 4. maddesine göre de “Madenler Devletin hüküm ve tasarrufu altında olup, içinde bulundukları arzın mülkiyetine tabi değildir.”

Maden Kanunun ‘irtifak, intifa hakkı ve kamulaştırma’ başlıklı 46. maddesine göre “Maden arama dönemi içerisinde arama sahası özel mülkiyete konu gayrimenkul üzerinde kullanma amacına münhasır olmak üzere belli süreler için madenci, Bakanlığa müracaat ile irtifak ve/veya intifa hakkı tesisi isteyebilir. İrtifak ve/veya intifa hakkı karşılığı, Kamulaştırma Kanununa uygun olarak seçilecek bilirkişiler tarafından tespit edilir. Arama süresi sonunda... işletme talebi söz konusu olduğu takdirde tesis edilen irtifak ve/veya intifa hakkının süresi... işletme süresini geçmemek kaydıyla uzatılabildiği gibi yeni irtifak ve/veya intifa hakkı talebinde de bulunulabilir. ”

Maden Kanunu kapsamında irtifak hakkı tesis edilebilmesi için şu koşulların gerçekleşmesi gerekmektedir.

- Öncelikle madenci, arama sahası maliki ile anlaşma yoluna gitmeli, anlaşma sağlanamaz ise bu kanun kapsamına göre irtifak hakkının kurulması yoluna gidilmelidir.

³⁵¹ 18785 sayılı 15.06.1985 tarihli R. G. de yayımlanıp yürürlüğe giren 3213 Sayılı ve 04.06.1985 tarihli Maden Kanunu.

- Ancak maden arama dönemi içerisinde,
- Arama sahası özel mülkiyete konu gayrimenkullerde,
- Bakanlığın izni üzerine,³⁵²
- Sadece kullanma amacı ile sınırlı olmak üzere ve
- Belli süreler dâhilinde kurulabilir.

Kanunda madenci lehine kurulacak irtifak haklarının kurulma şartları belirtilmişken, irtifak hakkının nasıl kurulacağı belirtilmemiştir. İdari irtifaklar 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu hükümlerine göre kurulduklarından ve madenci lehine kurulan irtifak hakları da Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı tarafından kamu yararı kararı alınarak kuruldukları için bu irtifak haklarının kurulmaları da Kamulaştırma Kanununda belirtilen şartlara göre olacaktır. Buna göre; Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı tarafından kamu yararı kararı alınarak idari irtifak kurma işlemine başlanmalı, Kamulaştırma Kanununda öngörülen usul ve şartlara uyularak ve kurulan irtifak hakkının bedeli nakden ve peşin olarak ödenmelidir. Bütün bu şartların gerçekleşmesi ile kurulacak irtifak hakkı, tapu siciline tescil ile doğar ve tapu siciline yapılacak tescil açıklayıcı niteliktedir.³⁵³

Lehine irtifak hakkı tesis edilen madenci maden arama sahasında, madencilik faaliyetlerinde bulunma yetkisine sahip olur. İrtifak hakkı sahibi bu yetkisini malike en az zarar verecek şekilde kullanırken, taşınmaz maliki de madencinin arama faaliyetlerini engellememeli ve zorlaştırmamalıdır.³⁵⁴ Aksi takdirde madencinin zararlarını tazmin etme yükümlülüğü doğar.³⁵⁵ Kanunun md. 46/4 gereğince “Faaliyetler sırasında sahaya zarar verilmesi durumunda ruhsat sahibi adli merciler tarafından tespit edilecek tazminatı arazi sahibine ödemek ve sahayı kullanılabilir durumda terk etmekle yükümlüdür.”

Maden Kanunu kapsamında kurulacak olan irtifak haklarının bedeli irtifak ve/veya intifa hakkı karşılığı, Kamulaştırma Kanununa uygun olarak seçilecek bilirkişiler

³⁵² İrtifak hakkının kurulması için başvuruyu madenci, Bakanlığa yapacaktır. Madenler konusunda yetkili bulunan bakanlık hangisi ise başvurulacak makamda orası olacaktır. Bugün için bu yetki Enerji ve Tabiat Bakanlığındadır. (Ali Arcak, Kamulaştırma – Devletleştirme Kanunları, C. I, Ankara 1986, 2. B., s. 126.)

³⁵³ Mustafa Topaloğlu, Maden ve Taşocakları Hukuku, Karahan Yayınları, Ankara 2003, s. 102.

³⁵⁴ Mustafa Topaloğlu, Maden, ..., s. 103.

³⁵⁵ Ali Arcak, Kamulaştırma, C.I, s. 127.

tarafından tespit edilecek ve bu tespitte Kamulaştırma Kanununun 11. maddesinin son fıkrası hükmünde öngörülen esaslar uygulanacaktır.

SONUÇ

Mülkiyet hakkı, konusu olan eşya üzerinde sahibine, kullanma, yararlanma ve tasarruf etme yetkilerini tanıyan aynı bir haktır. Anayasamızın ‘mülkiyet hakkı’ başlıklı 35. maddesi hükmü gereğince “Herkes mülkiyet hakkına sahiptir. Bu haklar ancak kamu yararı amacı ile ve kanunla sınırlandırılabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz.” Maddede açık bir şekilde belirtildiği üzere mülkiyet hakkı ancak kamu yararı amacı ile ve kanunla sınırlandırılabilir. Mülkiyet hakkının sınırlandırılması sebeplerinden biri de kanunla öngörülen durumlarda taşınmaz üzerinde irtifak hakkının tesis edilmesidir.

Başkasına ait bir eşyayı kullanma veya ondan faydalanma veyahut bu yetkilerden her ikisini birden veren aynı haklara Medeni Hukukta irtifak hakkı denmektedir. İrtifak hakkının içeriği sadece hak sahibine eşyadan yararlanma ve / veya kullanma hakkı sağlama imkânından ibarettir.

İdari irtifaklar ise kamu yararı amacı ile özel kişilere ait taşınmazlar üzerinde malikin mülkiyet hakkından doğan haklarını kısmen idare lehine kısıtlayan ve bununla birlikte, idareye ait taşınmazlar üzerinde idarenin sahip olduğu taşınmazdan yararlanmasını özel hukuk kişileri lehine, tahsis amacı ile bağdaştığı ölçüde sınırlayan ve ancak kanunla getirilebilen sınırlamalardır. Zira Anayasamızın 35. maddesi gereğince taşınmaz üzerinde kurulan irtifak hakları da mülkiyet hakkının sınırlandırılması anlamına geldiğinden, idari irtifaklar ancak kanunla öngörülen durumlarda ve kamu yararı amacını gerçekleştirmek için kurulabilmektedirler. Ancak özel mülkiyet üzerine kamu yararı amacı ile getirilen her türlü sınırlandırma idari irtifak olarak kabul edilmemektedir. Mülkiyet hakkına genel düzenlemeler ile getirilen sınırlamalar idari irtifak kapsamında değil Anayasanın 35. maddesi kapsamında değerlendirilmelidir. Mülkiyet hakkı üzerine getirilen genel ve objektif nitelikli sınırlamalar ancak geniş anlamda idari irtifak kapsamında incelenirken özel ve objektif nitelikli sınırlamalar idari irtifak olarak kabul edilir.

İdare üstlendiği kamu hizmetlerini yerine getirebilmek için yürüttüğü faaliyetler

kapsamında taşınır veya taşınmaz mallara ihtiyaç duyabilir. Bu sebeple ihtiyaç duyduğu malları edinebilir. Bir takım mallar nitelikleri gereği idarenin tasarrufunda iken, bazıları sonradan farklı yollarla idarenin tasarrufu altına girmektedirler. Bazı mallar üzerinde de idare, malı tasarrufu altına almaksızın yararlanma hakkına sahip olmaktadır. İşte idarenin ihtiyaç duyduğu taşınmaz mallar üzerinde sahip olduğu bu yararlanma hakkı uygulamada genel olarak idari irtifak kavramı ile ifade edilmektedir.

İdari irtifakların kurulabilmesi için şu koşulların gerçekleşmesi gerekmektedir; İdari irtifaklar kural olarak ancak özel mülkiyet altındaki taşınmazlar üzerinde kamu tüzel kişilerinin lehine kurulabilir. Ancak mevzuatımızda özel hukuk gerçek veya tüzel kişileri lehine ve tahsis amaçları ile bağdaşmak koşulu ile kamu malları üzerinde de irtifak hakkı tesisine imkân tanıyan birçok düzenleme de bulunmaktadır. İdari irtifaklar, kamu yararı amacını gerçekleştirmek için tesis edilebilir. Anayasamızın 35. maddesi gereğince irtifak hakkının tesis edilmesi mülkiyet hakkının sınırlandırılması anlamına geldiği için ancak kanunla öngörülen durumlarda idari irtifak hakkı tesis edilebilir. İrtifak hakkı tesisi için izlenilmesi gereken usul Kamulaştırma Kanununda kamulaştırma yolu ile irtifak hakkının kurulması için izlenmesi gereken usuldür. İrtifak hakkı tesisi taşınmazın amaç için yeterli olacak kadarki kısmı üzerinde kurulur. İrtifak hakkı tesis edilmesi sonucunda taşınmazın geri kalan kısmı üzerinde artık malik mülkiyet hakkını kullanamayacak olur ise taşınmazın tümünün kamulaştırılması gerekir. Genellik ve eşitlik ilkelerine uygun olarak mülkiyet hakkının sınırlandırılması için taşınmaz malikine herhangi bir bedel ödenmesi gerekmez iken bedelsiz şekilde irtifak hakkı tesisi dışında, malikin taşınmazındaki sınırlama bireysel ve somut bir nitelik taşır veya taşınmazdan yararlanma imkânını ortadan kaldırır ise malike tespit edilecek bir tazminatın ödenmesi gerekecektir.

Hukukumuzda idari irtifak kurulmasına imkân tanıyan birçok düzenleme bulunmaktadır. Bunlardan en önemlisi ve bütün idari irtifakların Anayasal anlamda dayanağı Anayasamızın 46. maddesi hükmüdür. Bu hükme göre “Devlet ve kamu tüzel kişileri; kamu yararının gerektirdiği hallerde, gerçek karşılıklarını peşin ödemek şartıyla, özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların tamamını veya bir kısmını, kanunla gösterilen esas ve usullere göre, kamulaştırmaya ve bunlar üzerinde idarî irtifaklar kurmaya yetkilidir.” Bu hüküm dışında uygulamada idari irtifak kurulmasına imkân tanıyan en önemli hükümler Kamulaştırma Kanununun ‘irtifak hakkı kurulması’ başlıklı

"Taşınmaz malın mülkiyetinin kamulaştırılması yerine, amaç için yeterli olduğu takdirde taşınmaz malın belirli kesimi, yüksekliği, derinliği veya kaynak üzerinde kamulaştırma yoluyla irtifak hakkı kurulabilir." diyen 4. maddesi hükmü ve İmar Kanununun 'irtifak hakları' başlıklı "Belediye veya valilikler, imar planlarının uygulanması sırasında, bir gayrimenkulün tamamını kamulaştırmadan o yerin muayyen saha, yükseklikte ve derinliğindeki kısmı üzerinde kamu yararı amacıyla irtifak hakkı tesis edebilir." hükmünü içeren 14. maddesidir. Her ne kadar idari irtifak kurulmasına imkan tanıyan oldukça fazla mevzuat hükmü olsa da bütün kanunlarda öngörülen idari irtifakların kurulması usulü aynıdır ve kamulaştırma yolu ile irtifak hakkı tesis edilmesinde uygulanacak olan usulüdür.

İdari irtifak kurulması şeklindeki idari işlemde taşınmazın mülkiyeti malikte kalmakta, malik irtifak hakkına zarar vermeksizin taşınmazdan yararlanmaya devam etmektedir. Taşınmazın tamamı elde edilmeksizin sadece idarenin ihtiyaç duyduğu kadar ki kısmı üzerinde idare lehine irtifak hakkı tesis edildiğinden, idare taşınmazın mülkiyetinin elde edilmesine oranla daha az bir masrafla kamu hizmetinin yerine getirilmesini sağlayacaktır. Bu açıdan bakıldığında idari irtifak hakkı tesisi hem idare hem de taşınmaz maliki açısından oldukça faydalı bir yöntem olacaktır. Kamu malları üzerinde özel kişiler lehine kurulan idari irtifaklarda ise kamu hizmetlerine özel kişilerin katılımını sağlamak ve çeşitli sebeplerle idarenin gerçekleştiremediği bir takım faaliyetlerin özel kişiler tarafından yerine getirilmesini ve dolayısı ile kamu hizmetlerinin yerine getirilmesine katkı sağlayacak oldukça faydalı yöntemlerdir. Ancak Türk İdare Hukukunda idari irtifak kavramı yeterince incelenmemiştir. Gerek İdare Hukuku kaynaklarında gerekse yargı mercileri tarafından verilen kararlarda bu kavrama ilişkin yeterli bir bilgi bulunmamaktadır.

İdari irtifak kavramını genel esasları itibari ile açıklamaya çalıştığımız 'irtifak hakları' başlıklı çalışmamız dört bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde genel esasları birer ayrı hak olarak mülkiyet ve irtifak hakkı kavramları, ikinci bölümde bütün idari irtifakların genel kuruluş usulü olan kamulaştırma yolu ile kurulan irtifaklar incelenmiştir. Çalışmanın üçüncü bölümünde idari irtifakların en bilinen örneklerinin görüldüğü İmar Hukukunun uygulanmasından doğan imar irtifakları ele alınmıştır. Dördüncü ve son bölümünde ise özel hukuk gerçek veya tüzel kişileri lehine tahsis amaçları ile bağdaştığı ölçüde kamu malları üzerinde tesis edilmesine imkân tanınan irtifak haklarına yer

verilmiştir.

Çalışmamız boyunca açıklamaya çalıştığımız üzere gerek idare lehine özel hukuk kişilerine ait taşınmazlar üzerinde gerekse özel kişiler lehine idareye ait taşınmazlar üzerinde tahsis amaçları ile bağdaştığı ölçüde kurulabilen idari irtifaklar hem idare hem de özel hukuk kişileri açısından oldukça işlevsel yöntemlerdir. Zira idare taşınmazın mülkiyetini elde etmeksizin kuracağı irtifak hakkı ile kamu hizmetini yerine getirebileceği için, kamulaştırma işlemine oranla, daha az masraf yapacak, taşınmaz maliki de irtifak hakkı ile bağdaştığı oranda taşınmazını kullanmaya devam edecektir.

Günümüz koşullarında kamu hizmetlerinin en kısa sürede ve en pratik şekilde yerine getirilmesi bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu sebeple, kamu yararı amacı ile hareket eden idarenin idari irtifak kurulması şeklindeki bu işlevsel yöntemden daha fazla yararlanması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

ABACIOĞLU, Muhittin, Açıklamalı ve Uygulamalı İmar Kanunu Mevzuatı ve Uygulaması, 7. b., Seçkin Yayınevi, Ankara 2001.

ABAMA, Muhittin, Açıklamalı-İçtihatlı İmar Kanunu Mevzuatı ve Uygulaması, Seçkin Yayınevi, Ankara 1992.

AKAD, Mehmet / VURAL DİNÇKOL, Bihterin, Genel Kamu Hukuku, 3. b., Der Yayınları, İstanbul 2004.

AKAR, Zeki, Kamulaştırma ve Kamulaştırmaz El atma Davaları, Turhan Yayınevi, Ankara 2007.

AKİPEK, Jale, Türk Eşya Hukuku, 3. kitap (Mahdut Ayni Haklar), AÜHFY, Ankara 1974.

AKILLIOĞLU, Tekin, “İnsan Hakları Kavramı Üzerine Düşünceler” *İHİD*, Lütfi Duran’ a Armağan, S. 1-3, s. 11-22.

AKKAYA, Oktay, Kamulaştırma ve Kamulaştırmaz El Atma Davaları, Ankara 1998.

AKYILMAZ, Bahtiyar, İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü, Yetkin Yayınları, Ankara 2000.

AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil, Türk İdare Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2009.

ANSAY, Sabri Şakir, Hukuk Bilimine Başlangıç, 7. b., AÜHFY, Ankara 1958.

ARCAK, Ali, Kamulaştırma-Devletleştirme Kanunları, İş Matbaacılık, C. I, 2. b., Ankara 1986.

ARTUKMAÇ, Sadık, Türk İmar Hukuku, Turhan Yayıncılık, Ankara 1979.

ARTUKMAÇ, Sadık, Kamulaştırma Hukuku, Ayyıldız Matbaası, Ankara 1977.

BAŞPINAR, Veysel, Mülkiyet Hakkını İhlal Eden Müdahaleler, Yetkin Yayınları, Ankara 2009.

BERTAN, Suat, Ayni Haklar, AÜHFY, Ankara 1976.

BİLGE, Necip, Hukuk Başlangıcı, 6. b., AÜHFY, Ankara 1987.

BİLGİN, Pertev, İdare Hukuku Ders Notları – İdare Malları, İ.Ü.S.B.F. yay., İstanbul 1995.

BOZ, Necip, Turizm Hukuku, 2.b., Seçkin Yayınları, Ankara 2004.

BÖKE, Veli, Kamulaştırmaz El Atma Davaları, Seçkin Yayınları, Ankara 2006.

BÜLBÜL, Taha Erdinç / TÜRK, Ömer, Belediyelerde Uygulamalı İmar Hukuku, İstanbul 2001.

Conservation Easements, (http://en.wikipedia.org/wiki/Conservation_easement) (Erişim Tarihi; 17.08.2009),

Conservation Easements with the Conservancy of Montgomery County, (<http://www.conservemontco.org/conservation.html>) (Erişim Tarihi; 18.08.2009)

ÇABRİ, Sezer, İmar Kanunu Uyarınca Kamulaştırma, Vedat Yayınevi, İstanbul 2005.

ÇINAR, Turan, Kamulaştırma ve Kamulaştırmaz El Atma Davaları, Adalet Yayınları, Ankara 2005.

DİNÇ, Güney, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Malvarlığı Hakları, TBB Yayın No: 124, Ankara 2007.

DOĞANAY, Ümit, “Toplum Yararı ve Kamu Yararı Kavramları” *Mimarlık Dergisi*, S. 7, Temmuz 1974, s. 1-19.

DÜREN, Akın, İdare Hukuku Dersleri, Sevinç Matbaası, Ankara 1979.

DÜREN, Akın, İdare Malları, AÜHFY, Ankara 1975.

DURAN, Lütfi, İdare Hukuku ve İmar Konuları, 12. Dünya Şehircilik Günü Kolokyum, Ankara 1988.

ERDOĞAN, Mustafa, Anayasal Demokrasi, 7. b., Siyasal Kitabevi, Ankara 2005.

EREN, Fikret, “Mülkiyet Kavramı” A. Recai SEÇKİN’ e Armağan, A.Ü.H.F.Y., Ankara 1974, s. 765-796.

ERGEN, Cafer, İmar Planları, Seçkin Yayınları, Ankara 2006.

ERTAŞ, Şeref, Eşya Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara 2006.

ESMER, Galip, Mevzuatımızda Gayrimenkul Hükümleri ve Tapu Sicili, Olgaç Matbaası, Ankara 1969.

FEYZİOĞLU, Feyzi / DOĞANAY, Ümit / AYBAY, Aydın, Eşya Hukuku Dersleri, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1968.

GİRİTLİ, İsmet / BİLGİN, Pertev / AKGÜNER, Tayfun, İdare Hukuku, 3. b., Der Yayınları, İstanbul 2008.

GÖZE, Ayferi, Liberal, Marksist, Faşist ve Sosyal Devlet, İstanbul 1995.

GÖZLER, Kemal, “Anayasa Değişikliğinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri: Anayasanın 13' üncü Maddesinin Yeni Şekli Hakkında Bir İnceleme", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl 59, S. 2001/4, s. 53-67.

GÖZLER, Kemal, Anayasa Hukukuna Giriş, 4. b., Ekin Yayınevi, Bursa 2004.

GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku, 2. b., Ekin Yayınevi, Bursa 2009.

GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku Dersleri, 8. b., Ekin Yayınevi, Bursa 2009.

GÖZLÜGÖL, Said Vakkas, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukukumuz Etkisi, 2. b., Turhan Yayınevi, Ankara 2002.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref / TAN, Turgut, İdare Hukuku, C.I Genel Esaslar, 6. b., Turhan Yayınevi, Ankara 2008.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref / GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 6. b., Turhan Yayınevi, Ankara 2005.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref, Yönetmelik Yargısı, 23. b., Turhan Yayınevi, Ankara 2005.

GÜLAN, Aydın, Kamu Mallarından Yararlanma Usullerinin Tabi Olduğu Hukuki Rejim, Alfa Yayınevi, Ankara 1999.

GÜNDAĞ, Metin, İdare Hukuku, 9. b., İmaj Yayınları, Ankara 2004.

GÜRİZ, Adnan, Teorik Açısından Mülkiyet Sorunu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No: 253, Ankara 1969.

GÜRSOY, Kemal / EREN, Fikret / CANSEL, Erol, Türk Eşya Hukuku, 2. b., AÜHFY, Ankara 1989.

GÜRZUMAR, Osman Berat, Türk Medeni Hukuku'nda Üst Hakkı, Beta Yayınları, İstanbul 1998.

GÜVENÇ, İsmet, Anayasa Mahkemesi Kararlarında Mülkiyet Hakkı (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2008.

HAYTA, Mehmet Ali, Kamulaştırma Davaları, Adalet Yayınevi, Ankara 2007.

KALABALIK, Halil, İmar Hukuku, 2. b., Seçkin Kitabevi, Ankara 2005.

KARAGÖL, Ömer, Kamulaştırma Davalarında Bedel Tespiti Esasları, (İKÜSBE - Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi) İstanbul 2009.

KARAHACIOĞLU, Ali Haydar, Kamulaştırma Kanunu, Ankara 1995.

KARATEPE, Şükrü, İdare Hukuku, DEÜY, İzmir 1993.

KARAVELİOĞLU, Celal, Açıklamalı İçtihadlı İmar Kanunu, Adalet Yayınevi, İstanbul 2009.

KARTAL, Nihat, “Mülkiyet hakkı”, Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü, İstanbul Bölge Müdürlüğü I. Mülkiyet Sempozyumu, İstanbul, 1998.

KIRCA, Çiğdem, “Zorunlu İrtifakların Hukuki Niteliği”, *A.Ü.H.F.D.*, Yıl 2005, s. 65-76.

KOÇAK, Hüseyin / BEYAZ, Metin, İmar Uygulamaları, 3. b., Ankara 2007.

KÖPRÜLÜ, Bülent / KANETİ, Selim, Sınırlı Ayni Haklar, 2. b., Özkan Matbaacılık, İstanbul 1982-1983.

KÖROĞLU, Ömer, Kamulaştırma, Seçkin Yayınları, Ankara 1995.

KUTLU, Meltem, İdari Bir İşlem Olarak Kamulaştırma ve İptal Davası, DEÜY, Ankara 1992.

REZAKİ, Sait / TUTAR, Muzaffer / PULAK, Tahsin Murat / ARAS, Ümmühan, Kamulaştırma Davaları, Turhan Yayınevi, Ankara 1999.

SARAÇ, Osman, “Kamu Yararı Kavramı”, Maliye Dergisi, S.139, Ocak-Haziran, 2002 s. 1-11.

SİRMEN, Lale, Eşya Hukuku Ders Notları, Ankara 2007–2008.

STINSON, Joe, “Preserving Open Space with Land Trusts and Conservation Easements” (www.law.pace.edu/library/tocprot.html, erişim tarihi; 15.07.2009)

ŞAFAK, Ali, Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü, Ankara 2002, Seli Yayınları, 4. b.

ODYAKMAZ, Zehra / ERCAN, İsmail / KAYMAK, Ümit, Anayasa Hukuku – İdare Hukuku, 8. b., İkinci Sayfa Yayınları, Ankara 2008.

OĞUZMAN, Kemal / SELİÇİ, Özer / ÖZDEMİR, Saibe, Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, 12. b., İstanbul 2009.

OĞURLU, Yücel, “İmar Planlarının Değiştirilmesinin Ruhsat ve Süren İnşaatlara Etkisi Konusunda ABD Hukukundan Çözümler “Aykırı Kullanım Hakkı ve “Kazanılmış Parselleme Hakkı” (<http://www.idare.gen.tr/ogurlu-imar.html> Erişim Tarihi; 20.10.2009)

ONAR, Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, 3. b., Hak Kitabevi, İstanbul 1966.

ÖZAKMAN, Cumhuri, Türk Hukukunda Mecra İrtifakları, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1978.

ÖZAY, İlhan, Günışığında Yönetim, Alfa Basım Yayın, İstanbul 2002.

ÖZBUDUN, Ergün, Türk Anayasa Hukuku, 7. b., Yetkin Yayınları, Ankara 2002.

ÖZDEMİR, Şükrü / DEDA, Necip, Orman Hukuku, C. II, Feryal Matbaacılık, Ankara 1991.

ÖZKAYA, Eraslan, Açıklamalı İçtihatlı İmar Kanunu Şerhi ve Uygulaması, 2. B., Seçkin Yayıncılık, Ankara 2000.

ÖZTAN, Bilge, Medeni Hukukun Temel Kavramları, Turhan Yayınevi, Ankara 2008, 27. B.

ÖZYÖRÜK, Mukbil, İdare Hukuku Dersleri, AHF 1972 – 1973.

ÖRÜCÜ, Esin, Taşınmaz Mülkiyetine Bir Kamu Hukuku Yaklaşımı – Mülkiyet Hakkının Sınırlandırılması, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1976.

TEKİNAY, Selahattin / AKMAN, Sulhi / BURCUOĞLU, Sermet / ALTOP, Haluk, Eşya Hukuku (Zilyetlik, Tapu Sicili, Mülkiyet) C. I, 5. b., Filiz Kitabevi, İstanbul 1989.

TEZİÇ, Erdoğan, Anayasa Hukuku, 9. b., Beta Yayınları, İstanbul 2004.

TOPALOĞLU, Mustafa, Maden ve Taşocakları Hukuku, Karahan Kitabevi, Ankara 2003.

TUĞRUL, Saim, Kamu Hukuku Açısından Mülkiyet Hakkı ve Sınırlandırılması,

Kazancı Yayınları, İstanbul 2004.

Türk Dil Kurumu, Büyük Türkçe Sözlüğü,

(<http://tdkterim.gov.tr/bts/?kategori=verilst&kelime=tahsis&ayn=tam>, Erişim Tarihi; 09.10.2009)

UZUN, Bayram, Çevre Yolu – Mülkiyet İlişkilerinin İmar hakları Açısından İncelenmesi ve Arazi Düzenlemesi Yaklaşımı ile Bir Model Önerisi, KTÜFBE (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Y. 2000, s. 16 (<http://tez2.yok.gov.tr/> erişim tarihi; 20.08.2009).

ÜNAL, Erol / DUYGULUER, Feridun / BOLAT, Ersin, İmar Terimleri, TODAİE yay., Ankara 1998.

ÜNAL, Mehmet, Orman Hukuku, 2. b., Nobel yayınları, Ankara 2003.

YASİN, Melikşah, “İdari İrtifaklar”, *M.Ü.H.F.D.*, Yayın No: 7, S. 2005/2, İstanbul 2005, s. 165-203.

YAYLA, Yıldızhan, İdare Hukuku I, 2. b., Filiz Kitabevi, İstanbul 1990.

YAYLA, Yıldızhan, “Kamu Malı Üzerinde İrtifak Tesisi”, *İHİD*, Lütü Duran’ a Armağan, S. 1-3, Y. 9, 1988, s. 357-364.

YILDIRIM, Ramazan, İdare Hukuku Dersleri I, 3. b., Mimoza Yayınevi, Konya 2009.

YILMAZ, Ejder, Hukuk Sözlüğü, Yen. 9. b., Yetkin Yayınevi, Ankara 2005.

ÖZGEÇMİŞ

Aynur Cidecigiller, 16.03.1986'da Kayseri'de doğdu. İlk ve orta öğretimini Kayseri' de tamamladı. Lisans öğrenimini 2008 yılında Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesinde tamamladı aynı yıl Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Tezli yüksek lisans programında yüksek lisansına başladı. 2009 yılında Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku anabilim dalına araştırma görevlisi olarak atandı.

İLETİŞİM BİLGİLERİ

Adres : Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Melikgazi / Kayseri

Tel : 0352 4374901 (38112)

Web : aynurcidecigiller@hotmail.com